



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 - MG
(2011/0036985-1)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, **não há o pagamento**, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

3. "[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despidendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve **pagamento a menor de débito tributário** em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0036985-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg nos
EResp 1.199.262 /
MG

Números Origem: 10024060092814 10024060092814001 10024060092814002 10024060092814003
201001129964 24060092814 60092814

PAUTA: 08/06/2011

JULGADO: 10/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Relator."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 - MG
(2011/0036985-1)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência da contribuinte, assim ementada (fl. 1.141):

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC). EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

Nesta oportunidade, a Fazenda estadual sustenta que, nos casos de creditamento indevido, não é possível aplicar a regra do art. 150, § 4º, do CTN para a contagem do lapso decadencial, pois não há pagamento antecipado. Para tanto, aduz:

[...] o aproveitamento indevido de créditos tributários acaba por culminar com a total ausência de pagamento (ausência, portanto, de qualquer "antecipação de pagamento") em relação ao montante devido em que virtude da ocorrência de diversos fatos geradores ocorridos em determinado lapso mensal, de modo a aplicar-se o prazo decadencial para a Fazenda constituir o crédito tributário prescrito no art. 173, I, do CTN.

[...]

Impõe-se ter-se em vista o fato de que se está a tratar de débito oriundo do não recolhimento de ICMS. E, no que diz respeito a tal tributo, os cálculos dos montantes devidos pelo contribuinte são apurados mensalmente. Assim, no decorrer do lapso temporal de um mês (período de apuração do ICMS), ocorrem inúmeros fatos geradores do ICMS, em relação aos quais, a partir da conjugação das respectivas bases de cálculos e alíquotas, computa-se o valor do imposto a ser recolhido, quantificando-se a obrigação tributária.

As operações de creditamento, por sua vez, ocorrem por fora dos cálculos que, combinando alíquota e base de cálculo, apuram o valor do tributo devido em virtude da ocorrência de determinado fato gerador.

Na hipótese em tela, tendo em vista que houve creditamento indevido, pode-se concluir que o débito da contribuinte decorre do não recolhimento de qualquer valor a título de tributo devido, em relação a fatos geradores específicos ocorridos nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

períodos mensais considerados.

A parte agravada, espontaneamente, apresentou contra-minuta (fls. 1.167-1.181), pela qual defende, em síntese, que, depois da decisão agravada, o ente público alterou sua fundamentação com o intuito de demonstrar que nos casos de creditamento indevido não há qualquer recolhimento a ser homologado. Pugna, no particular, pela aplicação das Súmulas 7 e 182/STJ. Assevera, ainda, que a nova fundamentação é insustentável, pois:

Ora, o raciocínio é absurdo, uma vez que toda autuação fiscal se funda na ausência de recolhimento de tributo com relação a determinado período de apuração, com relação ao qual será apurado se houve ou não pagamento ou se este se deu a menor. Portanto, adotar esta lógica, de segregar todos os fatos geradores ocorridos em determinado período de apuração, é tornar inaplicável o art. 150, § 4º do CTN!

A tese proposta é ainda mais absurda no caso do ICMS, pois impõe como empecilho à aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN a própria lógica de calcular o tributo que se dá sempre mediante a operação de compensação crédito/débito. SACHA CALMON, subscritor desta, já teve a oportunidade de registrar que "quando se diz que não havendo pagamento, não há o que compensar, não se pode aplicar o mesmo entendimento aos tributos - como vimos - apurados por período, v.g., o ICMS. Se se questiona o creditamento de determinado material, faz este creditamento parte da apuração mensal, onde apurados os créditos e débitos, o contribuinte recolheu o que entendia devido. Neste caso há o que homologar e a regra é o § 4º do art. 150 do CTN.

Assim, o que realmente importa é saber se houve algum recolhimento, obviamente sobre outros fatos geradores, durante o período de apuração em questão. Alfim, como dito inúmeras vezes nestes autos, a *mens legis* do art. 150, § 4º do CTN está em que a partir da ocorrência dos fatos geradores já é dado aos Agentes Fiscais conhecer o que é tributável, pois o contribuinte procedeu ao pagamento do tributo acompanhado dos diversos deveres acessórios de registro e declaração junto à repartição fiscal, possibilitando a averiguação da correção do procedimento e a cobrança suplementar do que porventura tiver faltando; ao passo que a *mens legis* do art. 173 do CTN está em que, diante da falta de qualquer pagamento, não haverá o que se homologado ou, diante da ocorrência de dolo, fraude ou simulação a dificultar a fiscalização, estaria justificada a dilação do prazo para averiguação dos tributos devidos.

Por isso, o Exmo. Min. Relator entendeu que o motivo que ensejou o recolhimento a menor é "desinfluyente para a solução da controvérsia em comento", visto que "a jurisprudência consolidada por esta Corte [corroborada pela Agravante] dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 - MG
(2011/0036985-1)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.
2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, **não há o pagamento**, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.
3. "[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).
4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despidendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.
5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.
6. Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve **pagamento a menor de débito tributário** em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.
7. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Os argumentos ora ventilados não são capazes de modificar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, *in verbis*:

Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por Telemar Norte Leste S/A contra acórdão prolatado pela Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, assim ementado (fl. 889):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A questão que envolve a natureza de insumo de combustíveis consumidos na atividade-fim da empresa, prestadora de serviços de telecomunicações e, bem assim, a interpretação do art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, quando dirimida a partir de argumentos de natureza eminentemente fática, não pode ser reexaminada por este Tribunal ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. É sabido e consabido que esta Corte, uma vez reconhecida a sucumbência recíproca, tem deixado ao juiz da execução, em liquidação de sentença, que mensure a proporção de êxito de cada uma das partes litigantes. Esse juízo de proporcionalidade somente será possível se a fixação da base de cálculo dos honorários observar um mesmo critério para autor e réu.

3. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência, *in casu*, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

Agravo regimental improvido.

Rejeitados os aclaratórios (fl. 930).

A contribuinte sustenta que o acórdão ora impugnado divergiu do entendimento que foi adotado pela Primeira Seção nos seguintes precedentes: I) EREsp 184.262/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 9/4/2003; II) EREsp 572.603/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 8/6/2005; e III) EREsp 408.617/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10/8/2005.

Sustenta, em síntese, que deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º, do CTN à contagem do prazo de decadência a ser observado pelo fisco para o lançamento suplementar de ICMS recolhido a menor.

Recurso admitido às fls. 1.117-1.118.

O Estado de Minas Gerais apresentou impugnação (fls. 1.124-1.139), pelas quais defende que: a) não há similitude fática entre os acórdãos confrontados, pois nenhum dos arestos paradigmas apontados trata de creditamento indevido; e b)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nesses casos deve ser aplicada a regra do art. 173, I, do CTN, uma vez que, "não há como aplicar, ao caso em lume, o disposto no § 4º, do art. 150, do CTN (que dispõe sobre o prazo decadencial para homologação do tributo antecipado), pois como já dito não há fato gerador específico para servir de marco inicial" (fl. 1.135).

É o relatório. Decido.

Conforme relatado, os presentes embargos de divergência têm por escopo dirimir apontado dissenso interno quanto ao prazo decadencial a ser considerado para o lançamento de tributo sujeito a lançamento por homologação recolhido a menor (art. 150, § 4º, ou art. 173, I, do CTN).

Inicialmente, tenho que a divergência suscitada foi suficientemente demonstrada.

O acórdão embargado aplica o prazo decadencial disciplinado no art. 173, I, do CPC para a constituição, pelo fisco, de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor. Veja-se, com grifos adicionados (fl. 885):

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, *verbis*:

[...]

Na hipótese dos autos, **cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação recolhido a menor** no período de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000.

Já os dois primeiros arestos paradigmas indicados decidiram pela aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN para a constituição de diferenças apuradas no pagamento realizado antecipadamente pelo contribuinte. Confirmam-se:

Primeiro paradigma (EREsp 184.262/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 9/4/2003):

Aliás, como bem ponderou o **parquet** federal: "se o contribuinte antecipou o montante do tributo, a seu juízo devido, a Fazenda Pública tinha cinco anos, a partir do fato gerador do imposto, para homologar esse pagamento, expressa ou tacitamente (art. 150, § 4º). Decorrido esse prazo, decaiu do direito de constituir o crédito tributário correspondentes às diferenças, a seu ver, exigíveis".

Segundo paradigma (EREsp 572.603/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 8/6/2005):

Uma vez efetuado o pagamento antecipado pelo contribuinte, com a homologação ela expressa ou tácita, extingue-se o crédito tributário e a partir de então é vedado ao Fisco rever o lançamento ou exigir sua complementação, em obediência ao disposto no artigo 150 e seu parágrafo 4º do CTN.

Essa regra, no entanto, é excepcionada nas hipóteses em que houver prova da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, bem como para as hipóteses em que não houve pagamento, quando deverá ser aplicado o comando do inciso I do artigo 173 do mesmo *Codex*.

A circunstância apontada pela parte embargada, de que a autuação decorreu de creditamento indevido, é desinfluyente para a solução da controvérsia em comento. Com efeito, como veremos adiante, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não realizou o pagamento integral do tributo. Frise-se, ainda, que, diferentemente do sustentado pela parte embargada, o fato gerador de que trata o art. 150, § 4º, do CTN se refere ao do débito não adimplido (saldo devedor) e não dos créditos que supostamente foram indevidamente utilizados.

Preenchidos os pressupostos recursais dos presentes embargos de divergência, passo ao exame de seu mérito.

Assiste razão à contribuinte.

Isso, porque a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.

Eis a ementa do referido acórdão:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 impositivos 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 efetuasse 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 (REsp 973733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/9/2009).

No caso dos autos, como acima se observa, o acórdão embargado consignou que houve pagamento a menor do ICMS, no entanto, aplicou o disposto no art. 173, I, do CTN.

Porém, à luz da jurisprudência do STJ acima externada, o acórdão embargado merece reforma, pois o caso enseja a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, o qual dispõe que, "se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

A propósito, confira-se, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR MEDIDA LIMINAR. POSSIBILIDADE. ART. 151, V, DO CTN.

1. Ausente a violação ao art. 535, do CPC, quando a Corte de Origem expressamente se manifesta a respeito dos artigos de lei invocados. Ademais, o Poder Judiciário não é obrigado a efetuar expresse juízo de valor a respeito de todas as teses levantadas pelas partes, bastando proferir decisão suficientemente e adequadamente fundamentada.

2. Se houve pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento pelo Fisco de eventuais diferenças de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 111; e EREsp. n. 101.407/SP, Primeira Seção, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000.

3. Se não houve pagamento antecipado por parte do contribuinte, 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, desde que não se tenha constatado a ocorrência de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, aplicando-se o art. 173, I, do CTN. Precedente representativo da controvérsia: REsp. n. 973.733 - SC, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.8.2009.

4. Em ambos os casos, não há que se falar em prazo decenal derivado da aplicação conjugada do art. 150, §4º, com o art. 173, I, do CTN.

5. O art. 151, V, do CTN, estabelece que suspende a exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou tutela antecipada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1.033.444/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/8/2010).

Ante o exposto, **dou provimento aos embargados de divergência** a fim de determinar a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN para o cômputo da decadência (art. 557, § 1º-A, do CPC).

Cabe, ainda, por oportuno, tecer as seguintes considerações.

Pois bem, a decisão da Primeira Seção, tomada em recurso especial representativo da controvérsia em comento, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação, leva em consideração, apenas, a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no § 4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Lado outro, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I, do CTN.

Em face disso, repita-se que a circunstância apontada pela parte embargada, de que a autuação decorreu de creditamento indevido, é desinfluyente para a solução da controvérsia em comento.

Como efeito, não importa, para efeitos da contagem da decadência, perquirir as circunstâncias apresentadas pelo contribuinte para justificar o pagamento a menor. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

Na espécie, conforme assentado pela decisão agravada, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que, no caso dos autos, houve **pagamento a menor de débito tributário** em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0036985-1 PROCESSO ELETRÔNICO AgRg nos
EResp 1.199.262 /
MG

Números Origem: 10024060092814 10024060092814001 10024060092814002 10024060092814003
201001129964 24060092814 60092814

PAUTA: 14/09/2011

JULGADO: 26/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG
AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques.