



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 10.376 - SE (2011/0101402-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GISELE DE ASSIS CAMPOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA. FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE.

1. *In casu*, o Tribunal de origem, mantendo a sentença, em exceção de pré-executividade, acolheu os argumentos para reconhecer a decadência dos créditos tributários, declarando-os extintos nos termos do art. 156, V, do CTN, a partir dos fatos incontroversos nos autos, ou seja, sem necessárias dilações probatórias.

2. "Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias, e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como: as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, a compensação pretérita, entre outras" (REsp 1318418/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/08/2012).

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma 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 (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 10.376 - SE (2011/0101402-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **ESTADO DE SERGIPE**
PROCURADOR : **GISELE DE ASSIS CAMPOS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **VIVO S/A**
ADVOGADO : **SACHA CALMON NAVARRO COELHO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado de Sergipe contra decisão que está assim ementada (fls. 1.809-1.811):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA. FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTO ESSENCIAL NÃO ATACADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF. AGRADO NÃO PROVIDO.

O agravante, pugnando pela reforma do *decisum* proferido, sustenta que:

a) foi indevida a aplicação da Súmula 283/STF, considerando que "houve, sim, o ataque específico ao fundamento de que a empresa executada efetuou o pagamento antecipado do tributo devido";

b) a mera afirmação de que o Tribunal de origem, ao analisar a demanda, levou em consideração as provas constituídas nos autos, "não tem o condão de afastar a tese de que as alegações ofertadas pela recorrida somente poderiam ser aduzidas mediante a oposição de embargos à execução, eis que, para se comprovar a suposta ocorrência da decadência, tem-se como imprescindível a avaliação de diversos aspectos fáticos que norteiam a aplicação desse instituto tributário".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 10.376 - SE (2011/0101402-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA. FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE.

1. *In casu*, o Tribunal de origem, mantendo a sentença, em exceção de pré-executividade, acolheu os argumentos para reconhecer a decadência dos créditos tributários, declarando-os extintos nos termos do art. 156, V, do CTN, a partir dos fatos incontroversos nos autos, ou seja, sem necessárias dilações probatórias.

2. "Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias, e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como: as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, a compensação pretérita, entre outras" (REsp 1318418/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/08/2012).

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O recurso não merece prosperar, considerando que o agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar os fundamentos do decisum proferido, *in verbis* (fls. 1.809-1.811):

Trata-se de agravo em recurso especial interposto pelo Estado de Sergipe contra decisão que, ao inadmitir a subida de seu recurso especial, aplicou a Súmula 83/STJ. O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, está assim ementado (fl. 1.607):

Tributário - Execução Fiscal - Decadência - ICMS - Pagamento parcial antecipado - Inteligência do art. 150, § 4º, do CTN - Matéria reservada a Lei Complementar - Art. 146, III, "b", da CF - Recurso conhecido e desprovido.

I - Havendo pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, a partir da data do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN, tendo, no caso sob análise, decorrido mais de cinco anos entre a data do fato gerador do tributo e a lavratura do auto de infração;

II - A Constituição Federal, em seu art. 146, III, "b", afirma caber à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

III - Não merece acolhida a alegação de que as disposições previstas no art. 77 da Lei nº 3.796/96 devem ser aplicadas no caso em concreto, já que tratam de matéria reservada, pela Carta Magna de 1988, a Lei Complementar, padecendo, dessa forma, de inconstitucionalidade formal;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Recurso conhecido e desprovido.

Os aclaratórios foram rejeitados (fls. 1.631-1.637).

O recurso especial foi apresentado com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, onde se alegou violação dos arts. 535, II, do Código de Processo Civil - CPC e 16, § 2º, da LEF, 149 combinado com o art. 173, I, do CTN. Para tanto, argumentou que:

a) o Tribunal de origem, apesar de provocado, não se pronunciou "acerca da alegação estatal de inoccorrência de decadência por aplicabilidade do art. 149 c/c art. 173, I, ambos do CTN";

b) a matéria de defesa suscitada pela executada só poderia ser conhecida nos embargos à execução e não por meio de exceção de pré-executividade, considerando que a decadência suscitada dependeria "da análise probatória" (fl. 1.647).

Contrarrazões oferecidas às fls. 1.661-1.677.

O agravante sustenta a decisão agravada aplicou indevidamente a Súmula 83/STJ, considerando que "usou jurisprudencial realmente dominante, mas que foi proferida em casos completamente diversos do presente" (fl. 1.729), pugnando pela reforma do *decisum* proferido.

Contraminuta juntada às fls. 1.766-1.780.

É o relatório. Passo a decidir.

Constam dos autos que o Tribunal de origem, mantendo a sentença, em exceção de pré-executividade, acolheu os argumentos para reconhecer a decadência dos créditos tributários, declarando-os extintos nos termos do art. 156, V, do CTN.

Visando a reforma do acórdão recorrido, o ente público argumenta que (a) o Tribunal de origem, apesar de provocado, não se pronunciou "acerca da alegação estatal de inoccorrência de decadência por aplicabilidade do art. 149 c/c art. 173, I, ambos do CTN"; (b) a matéria de defesa suscitada pela executada só poderia ser conhecida nos embargos à execução e não por meio de exceção de pré-executividade, considerando que a decadência suscitada dependeria "da análise probatória" (fl. 1.647).

Da leitura atenta do voto condutos proferido no recurso de apelação e nos aclaratórios, ao contrário do afirmado nas razões recursais, a Corte local analisou todas as questões importantes para o deslinde da controvérsia, razão pela qual se afasta possível violação do art. 535 do CPC.

No mais, colaciona-se, por importante, parte dos fundamentos do voto condutor (fls. 1.610-1.620):

Sabe-se que o ICMS é um tributo cujo lançamento ocorre por homologação, sendo necessário para a apreciação da existência da decadência do crédito tributário analisar se ocorreu ou não o pagamento antecipado do imposto.

Quando há o pagamento antecipado do tributo, aplica-se a regra da decadência dos tributos com lançamento por homologação (art. 150, §4º do CTN). No entanto, em não sendo efetuado o pagamento pelo contribuinte, utilizam-se as regras do lançamento de ofício.

No presente caso, a Certidão da Dívida Ativa faz referência aos períodos de: 01/2000; 02/2000; 03/2000; 04/2000; 05/2000; 06/2000; 07/2000; 08/2000; 10/2000; 11/2000; 12/2000.

Ocorre que restou incontroverso nos autos que a empresa executada efetuou o pagamento antecipado do tributo devido, porém o fez a menor, consoante entendimento do Fisco Estadual, alegando equívoco da executada quando do uso da base de cálculo e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da alíquota referente à operação (fl. 67).

Assim, em havendo pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, o direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, a partir da data do fato gerador, nos termos do art. 150 §4º, do CTN, não merecendo acolhida a alegação do apelante de que, no caso de pagamento parcial do ICMS, o termo inicial do prazo decadencial é o 1º dia do exercício subsequente, já que, segundo o apelante, o lançamento do tributo deveria ser feito de ofício pela Fazenda Pública.

[...]

Entretanto, o que se depreende da análise dos autos é que a lavratura do auto de infração ocorreu em 13/12/2005 (fl. 67/67,verso), ou seja, quando já escoado o prazo legal em que o recorrente teria para lançar os créditos tributários, entre 01 de janeiro de 2000 e 30 de novembro de 2005. Relativamente às alegações de que o prazo de decadência do ICMS está regulado pela Lei nº 3.796/96 e de que esta dispõe que o prazo decadencial recomençaria a contar a partir da notificação, ocorrida em 12/08/2003, data em que o contribuinte fora notificado pela Administração Fazendária sobre o início da fiscalização tendente a constituir o crédito tributário, vê-se que as mesmas **não merecem guarida, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 146, III, b , afirma caber à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.**

Conforme se pode depreender, o Tribunal de origem, ao analisar a demanda, levou em consideração as provas constituídas nos autos. Assim, não prosperam os argumentos de que a matéria de defesa suscitada pela executada só poderia ser conhecida nos embargos à execução e não por meio de exceção de pré-executividade.

Ademais, das razões recursais, constata-se que o ente fiscal não infirma os fundamentos do voto condutor de que **"restou incontroverso nos autos que a empresa executada efetuou o pagamento antecipado do tributo devido, porém o fez a menor"** (fl. 1.611), incidindo, na espécie, a Súmula 283/STF.

Diante do exposto, **nego** provimento ao agravo em recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Conforme se pode depreender, a principal tese/argumentos trazida pelo então agravante foi de que a matéria de defesa trazida no recurso da executada (exceção de pré-executividade) não poderia ser conhecida pelo Tribunal de origem, ante o recurso próprio (embargos à execução fiscal), por envolver dilação probatória.

Registre-se que a orientação jurisprudencial da Primeira Seção do STJ se firmou no sentido de que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, a Corte local, ao analisar a demanda, levou em consideração as provas constituídas nos autos, ou seja, sem as necessárias dilações probatórias. Assim, conforme já consignado no *decisum* proferido, não prosperam os argumentos de que a matéria de defesa suscitada pela executada só poderia ser conhecida nos embargos à execução e não por meio de exceção de pré-executividade.

Sobre o assunto, confira-se o precedente mais recente:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE.

1. Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade naquelas situações em que não se fazem necessárias dilações probatórias, e em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como: as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, a compensação pretérita, entre outras. Precedentes: REsp. n. 1.252.333-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28.6.2011; e AgRg no REsp. n. 1085914 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.05.2010.
2. Recurso especial não provido (REsp 1318418/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

Diante do exposto, **nego** provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0101402-8

AgRg no
AREsp 10.376 / SE

Números Origem: 200712004091 2008219610 70532008

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GISELE DE ASSIS CAMPOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GISELE DE ASSIS CAMPOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIVO S/A
ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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 Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.