



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 613.801 - SC (2014/0294643-5)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : GRW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : DANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S)
PEDRO HENRIQUE LUCHTENBERG
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULAS 7, 282 E 356/STF.

1. A tese trazida em recurso especial não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, a teor do que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Não cabe na via especial a revisão das premissas fáticas de julgamento que fundamentaram o acórdão recorrido, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 14 de abril de 2015(Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 613.801 - SC (2014/0294643-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo em recurso especial.

A agravante alega que "não se objetivou apurar se há ou não fraude, mas apenas se a fraude pode ser presumida para fins de aplicação da parte final do § 4º do artigo 150 do CTN".

Aduz não ser necessário o reexame probatório, bem como a questão foi devidamente prequestionada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 613.801 - SC (2014/0294643-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Verifica-se que a parte agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado. Assim, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada, nos seguintes termos:

Trata-se de agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em oposição a acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO. DOCUMENTOS QUE DÃO CONTA DE QUE AS NOTAS FISCAIS UTILIZADAS SÃO INIDÔNEAS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DECORRENTE DE ICMS. Se, nos termos do art. 24 da Lei Estadual n. 10.297/96, "o direito de crédito, para efeito de compensação com débito de imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação", cabe ao contribuinte comprovar, de forma idônea, a existência da operação que culminou na incidência de ICMS (CPC, art. 333, I), sob pena de ser rejeitada sua pretensão compensatória. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. CONSTITUIÇÃO EXTEMPORÂNEA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DA EXAÇÃO. "É, pois, estreme de dúvidas que a Corte Superior definiu que, no caso dos tributos cujo lançamento se dá por homologação, se ocorrer o pagamento antecipado, o prazo para a constituição do crédito tributário será de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) e, caso não ocorra o pagamento, não há o que se falar em homologação, pois o Fisco procederá o lançamento de ofício no prazo de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I)" (TJSC, AC n. 2006.003587-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 16.8.11). ALEGADA NULIDADE DA CDA. TÍTULO QUE PREENCHE OS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DA AÇÃO EXECUTIVA, CONFORME DISPÕE O ART. 202 DO CTN E DO ART. 2º, § 5º, DA LEI N. 6.830/80. TESE NÃO ACOLHIDA. "No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedimento fiscal, a observância das exigências legais quanto às formalidades tem por escopo garantir ao sujeito passivo da obrigação tributária a ampla defesa. Se nenhum prejuízo resultar ao seu exercício, eventual vício formal não conduzirá à nulidade do lançamento (AgRgAl 81.681, Min. Rafael Mayer; AgRgAl 485.548, Min. Luiz Fux; REsp 271.584, Min. José Delgado) [...]. Em favor da dívida tributária regularmente inscrita milita presunção de liquidez e certeza (CTN, art. 204; Lei 6.830/80, art. 3º) (TJSC, AC N. 2010.086624-1, rel. Des. Newton Trisotto, j. 7.6.11). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.004493-4, de Indaial, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 6/5/2014).

A agravante alegou violação do arts. 5º da LEF, 150, § 4º do Código Tributário Nacional e 72 da Lei n. 4.502/1964. Aduz que, "para se configurar a fraude, deve, necessariamente, ocorrer o dolo do contribuinte, devidamente comprovado pelo sujeito ativo".

Decido.

Em relação à alegada violação do art. 5º da LEF, o agravo não merece ser conhecido.

É entendimento sedimentado neste Superior Tribunal que não cabe tal recurso contra decisão que não admite o recurso especial com fundamento no art. 543-C do CPC, ainda que tenha por objetivo discutir a correta aplicação do repetitivo.

Nesses casos, se o agravo tiver sido interposto antes de 12/5/2011, data em que publicada a Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, será devolvido à origem para que seja julgado como agravo interno; aquele que tiver sido interposto após esta data não será conhecido, em razão de caracterizar erro grosseiro.

No ponto:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL A *QUO* QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC. NÃO CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO AG. 1.154.599/SP.

1. Na Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, DJe de 12/05/2011, esta Corte firmou entendimento de que é incabível o agravo interposto contra decisão que nega seguimento a recurso especial que discute matéria submetida a julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC.

2. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de considerar que se o agravo foi interposto antes de 12/5/2011, data da publicação da Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, deve ser devolvido para o Tribunal *a quo* e julgado como agravo contra a decisão de inadmissibilidade do recurso pela Presidência daquele Órgão. Caso contrário, se o recurso foi interposto após a publicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da referida Questão de Ordem, considera-se erro grosseiro e não será conhecido.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AREsp 305.545/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/9/2013, DJe 16/9/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NOS TERMOS DO ART. 543-C, § 7º, DO CPC. QUESTÃO DE ORDEM. DEVOLUÇÃO DO AGRAVO PARA A ORIGEM. JULGAMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA.

1. Na Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual é incabível a interposição de agravo de instrumento ou nos próprios autos contra decisão que inadmite o recurso especial com fundamento no art. 543-C do CPC, ainda que o recurso tenha por objetivo discutir a correta aplicação do recurso especial repetitivo.

2. Dessa maneira, o agravo interposto antes de 12/5/2011 (hipótese dos autos, em que o recurso foi protocolado em 30/11/2009 - e-STJ fl. 3), data da publicação da Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP, deve ser devolvido para a instância de origem e julgado como agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade da Presidência. Por outro lado, o recurso interposto a partir dessa data não é passível de conhecimento, por caracterizar erro grosseiro.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.300.957/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 4/6/2013, DJe 11/6/2013)

No mais, a tese recursal segundo a qual a fraude fora meramente presumida, o que impediria a aplicação do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, não foi objeto de exame na origem.

Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, a teor do que preceituam as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente transcritas:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS -
SÚMULA 7/STJ - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO -
SÚMULAS 282 E 356 DO STF E 211 DO STJ - INOVAÇÃO
RECURSAL

1. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento (Súmula 211 do STJ), bem como é manifestamente inadmissível o recurso especial em relação às teses que configuram inovação recursal e, por isso, não foram apreciadas pelo acórdão recorrido.

2. Inviável análise de pretensão que demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer juízo de valor sobre a tese defendida no especial (Súmulas 282 e 356/STF).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 15.180/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 10/5/2013)

No mais, a análise dos argumentos trazidos ao debate esbarraria no óbice disposto na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido, a Corte Especial desta Casa já decidiu:

Recurso especial.

Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. **Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados.** (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/6/1999, DJ 16/8/1999, p. 36)

Na espécie, a Corte de origem assim se manifestou sobre o tema decadência:

Acerca do prazo decadencial, estabelecem os arts. 150 e 173, ambos do CTN, que:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à 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.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Ora, "*Segundo firme jurisprudência desta Corte, o prazo decadencial nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso tenha havido dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo, tem início no primeiro dia do ano seguinte ao qual poderia o tributo ter sido lançado*" (STJ, REsp 1.086.798/PR, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 18.4.13).

Neste sentido, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

"TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ALEGADA DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, A TEOR DO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. INOCORRÊNCIA. PROVA DE EXISTÊNCIA DE FRAUDE NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

'Se há dolo, fraude ou simulação no lançamento do tributo (apropriação indevida de crédito tributário), o prazo decadencial para a sua constituição é contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro (= ano civil) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.' (Agravado de Instrumento n. 2008.017031-8, de Trombudo Central, rel. Des. Jânio Machado, j. 29.07.2008). (TJSC, Apelação Cível n. 2009.054978-1, de Trombudo Central, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 07-12-2010);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - 'EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE' OPOSTA À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - FRAUDE FISCAL -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS INDEVIDOS - CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO ANO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO - NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - INOCORRÊNCIA.

Labora com fraude o contribuinte que se apropria de créditos indevidos, com o objetivo deliberado de fugir do pagamento integral, de sorte que não houve, em relação ao valor não pago, lançamento por homologação, daí porque a autoridade fiscal podia lançar de ofício. "Se há dolo, fraude ou simulação no lançamento do tributo (apropriação indevida de crédito tributário), o prazo decadencial para a sua constituição é contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro (= ano civil) seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado." (TJSC, AI n. 2008.017031-8, de Trombudo Central, Rel. Des. Subst. Jânio Machado, j. 29.07.2008). A Certidão de Dívida Ativa que obedece aos requisitos do art. 202 do Código Tributário Nacional e do art. 2º, § 5º, da Lei de Execuções Fiscais (Lei Federal n. 6.830/80), tem presunção de certeza e liquidez, só podendo ser ilidida por inequívoca prova em contrário. Indicados, na Certidão de Dívida Ativa, a natureza do crédito, o termo inicial, a legislação aplicada e a forma de calcular os juros e a correção monetária, não há como falar em nulidade do referido documento. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.044171-5, de Indaial, rel. Des. Jaime Ramos, j. 08-10-2009).

É justamente a hipótese em análise, conforme se destaca da notificação fiscal n. 102076834: *"apropriar crédito de imposto considerado indevido pela legislação tributária, constatado na escrituração feita nos livros fiscais próprios, de crédito de imposto destacado em documento fiscal declarado inidôneo em edital publicado pela administração tributária. A inscrição estadual da empresa Bruthica Têxtil Ltda foi cancelada pelo Edital n. 278, publicado no Diário Oficial n. 15.831 de 29.12.97, sendo inidôneos todos os documentos fiscais emitidos após esta data e a inscrição estadual da empresa Dacbiex Comercial Ltda foi cancelada pelo Edital n. 56, publicado no Diário Oficial n. 15.664 de 29.4.97, sendo inidôneos todos os documentos fiscais emitidos após 30.8.96. O sujeito passivo não contabilizou no livro diário o pagamento das mercadorias e seu ingresso no estoque, oriundas da empresa Dacbiex Comercial Ltda. As supostas empresas remetentes encerraram atividades sem os procedimentos de baixa da inscrição estadual"* (fl. 31 dos autos da execução fiscal).

Ora, verifica-se que os fatos geradores das referidas operações ocorreram entre fevereiro de 1998 e dezembro de 1998, de modo que o Estado poderia constituir o crédito tributário, respectivamente, até 1º.1.04. Em sendo assim, a considerar que o lançamento ocorreu em 12.12.03 (fl. 2 dos autos da execução fiscal), restando perfectibilizado com a notificação do sujeito passivo em 16.12.03 (fl. 2 dos autos da execução fiscal), mantém-se hígido o crédito ora questionado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A tese acerca da impossibilidade de aplicação do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional por mera fraude presumida não foi devidamente analisada na origem, o que atrai a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

Por outro lado, a Corte de origem aferiu a inidoneidade das notas fiscais e a inexistência de provas de que as operações foram efetivamente realizadas, fundamento à cobrança da dívida na execução fiscal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0294643-5

AgRg no
AREsp 613.801 / SC

Números Origem: 00637712120148240000 031090061790 20110044934 20110044934000100
20110044934000101 31090061790 637712120148240000

PAUTA: 14/04/2015

JULGADO: 14/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

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

AGRAVANTE : GRW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : DANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S)
PEDRO HENRIQUE LUCHTENBERG
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GRW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS : DANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S)
PEDRO HENRIQUE LUCHTENBERG
AGRAVADO : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : CARLOS ALBERTO PRESTES E OUTRO(S)

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 Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.