

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1551563 - RJ (2019/0218749-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA
ADVOGADOS : FELIPE ITALA RIZK - ES012510
RAFAEL RAMOS FRIGGI - ES022862
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. DIVERGÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. "Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal" (art. 266 do RISTJ).

2. O "pressuposto para a oposição dos embargos de divergência é a existência de interpretação divergente na legislação aplicável ao caso concreto entre os órgãos fracionários do STJ, sem a qual são eles incabíveis" (AgInt nos EREsp 1.362.789/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 19/05/2020, DJe 26/05/2020).

3. Hipótese em que o acórdão embargado atuou em perfeita harmonia com a pacífica orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no enunciado da Súmula 555 do STJ, que dispõe:

"Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa." Incidência da Súmula 168 do STJ.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes

Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 11 de novembro de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Gurgel de Faria
Relator

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.563 - RJ (2019/0218749-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA. contra decisão em que indeferi liminarmente os embargos de divergência, por incidência do óbice da Súmula 168 do STJ, porquanto o acórdão embargado atuou em perfeita harmonia com a pacífica orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no enunciado da Súmula 555 do STJ.

Sustenta a parte agravante que "a r. decisão recorrida não compreendeu o real objeto da discussão judicial posta nos presentes Embargos de Divergência, uma vez que não se controverte a aplicação do art. 173, I, do CTN, mas tão somente há divergência sobre a correta interpretação que deve ser conferida à norma jurídica ali inserida" (e-STJ fl. 259).

Defende que "no caso em tela trata-se de crédito tributário referente ao exercício financeiro de 2001, com fato imponível ocorrido em 31 de dezembro de 2001, cujo lançamento foi realizado somente 05 de outubro de 2007, ou seja, 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias após a ocorrência do fato imponível" (e-STJ fl. 260).

Segue afirmando que o "v. Acórdão ora recorrido pecou ao divergir da correta interpretação que deve ser conferida ao art. 173, I, CTN na determinação do dies a quo do prazo decadencial" (e-STJ fl. 261).

A parte embargada apresentou impugnação (e-STJ fls. 267/271).

É o relatório.

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.563 - RJ (2019/0218749-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA
ADVOGADOS : FELIPE ITALA RIZK - ES012510
RAFAEL RAMOS FRIGGI - ES022862
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. DIVERGÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. "Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal" (art. 266 do RISTJ).

2. O "pressuposto para a oposição dos embargos de divergência é a existência de interpretação divergente na legislação aplicável ao caso concreto entre os órgãos fracionários do STJ, sem a qual são eles incabíveis" (AgInt nos EREsp 1.362.789/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 19/05/2020, DJe 26/05/2020).

3. Hipótese em que o acórdão embargado atuou em perfeita harmonia com a pacífica orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no enunciado da Súmula 555 do STJ, que dispõe:

"Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa." Incidência da Súmula 168 do STJ.

4. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Conforme disposto no *caput* do art. 266 do RISTJ: "Cabem embargos de divergência contra acórdão de Órgão Fracionário que, em recurso especial, divergir do julgamento atual de qualquer outro Órgão Jurisdicional deste Tribunal."

Em outras palavras, o "pressuposto para a oposição dos embargos de divergência é a existência de **interpretação divergente na legislação** aplicável ao caso concreto entre os órgãos fracionários do STJ, sem a qual são eles incabíveis" (AgInt nos EREsp 1362789/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 19/05/2020, DJe 26/05/2020) (Grifos acrescidos).

A parte ora agravante interpôs embargos de divergência contra acórdão da Segunda Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, assim ementado (e-STJ fls. 199/200):

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 173, I, DO CTN. PRAZO. *DIES A QUO*. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO PODERIA TER SIDO REALIZADO.

1. Cinge-se a controvérsia à ocorrência ou não da decadência para a constituição de créditos tributários correspondentes à competência de dezembro de 2001.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou: "o caso em apreço possui uma singularidade que o difere do paradigma acima mencionado que é a competência ser referente a dezembro/2001. O que significa dizer que, nesse caso específico, o lançamento não poderia ter ocorrido de ofício ainda no ano de 2001, já que seu vencimento apenas se daria em janeiro do ano subsequente, ou seja, em 01/2002, momento a partir do qual se tornaria exigível. Sem a expiração do prazo de recolhimento, qualquer atividade do Fisco perderia a razão prática uma vez que ainda haveria a possibilidade de pagamento, cuja efetivação eliminaria a necessidade de lançamento, restando à Administração Tributária apenas a homologação(...). De tal maneira, o início da contagem do prazo decadencial se iniciaria apenas em 01.01.2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Logo, se o lançamento se deu em 05.10.2007, não houve o decurso do prazo decadencial, como acertadamente verificou o juízo *a quo*" (fls. 89-90, e-STJ).

3. O STJ consolidou sua jurisprudência, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009, submetido ao rito dos recursos repetitivos, no sentido de que, na hipótese de ausência de pagamento antecipado/declaração prévia de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN, com início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado.

4. No caso, o Tribunal *a quo* considerou que o lançamento poderia ser efetuado apenas em janeiro de 2002. Em consequência, fixou o termo inicial do prazo em 1º.1.2003. A tese está em consonância com a jurisprudência do STJ.

5. Com efeito, os tributos referentes a dezembro de 2001 não poderiam ser lançados antes de findar o próprio mês, pois o período de apuração ainda não estaria

encerrado. Nesse passo, a constituição dos referidos créditos em dezembro/2001 pela autoridade fazendária não se encontra fulminada pela decadência.

6. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Especial.

Sustenta haver divergência em relação ao entendimento firmado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, por entender que, não havendo o pagamento do tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo decadencial é a data de ocorrência do "fato imponible", e não a correspondente ao dia em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado.

Conforme exposto na decisão agravada, a matéria não comporta maiores discussões.

No caso em exame, o acórdão embargado atuou em perfeita harmonia com a pacífica orientação da jurisprudência deste Superior Tribunal, consolidada no enunciado da Súmula 555 do STJ, que dispõe:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

A mencionada súmula sobreveio em decorrência exatamente do julgamento realizado pela Primeira Seção no próprio acórdão apontado como paradigma (REsp 973.733/SC), proferido sob o regime dos recursos repetitivos, assim ementado:

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 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 973.733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 12/08/2009, DJe de 18/09/2009).

Nessa oportunidade, firmou-se a seguinte tese, de que cuida o Tema 163, *in verbis*:

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 (Grifos acrescidos).

É oportuno acrescentar que, diante da clareza da Súmula 555 do STJ e da tese fixada em decorrência do próprio acórdão apontado como paradigma, não há que falar em divergência jurisprudencial pela simples existência da expressão "fato impositivo", contida no voto condutor daquele julgado.

Dessa forma, inexistente entendimento diverso no âmbito deste Colegiado, é mister a manutenção do *decisum* que indeferiu os presentes embargos de divergência por força da Súmula 168 do STJ, *in verbis*: "Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado."

Embora não merecedor de acolhimento, entendo que o presente inconformismo não representa interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente a ensejar a multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

AgInt nos EAREsp 1.551.563 / RJ

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0218749-0

Número de Origem:

201800000034716 0003471-02.2018.4.02.0000 34710220184020000 00034710220184020000
01153176120154025001 201550011153178

Sessão Virtual de 28/10/2020 a 11/11/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA

ADVOGADOS : FELIPE ITALA RIZK - ES012510

RAFAEL RAMOS FRIGGI - ES022862

EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - DÍVIDA ATIVA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FARINA'S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MASSAS LTDA

ADVOGADOS : FELIPE ITALA RIZK - ES012510

RAFAEL RAMOS FRIGGI - ES022862

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

TERMO

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 11 de novembro de 2020