



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 706.556 - MG (2015/0104141-1)

RELATORA : MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : NILBER ANDRADE E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA
ADVOGADO : LUCIANO CARDOSO COSTA E OUTRO(S)
INTERES. : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA - MASSA FALIDA

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO E PAGAMENTO A MENOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO A *QUO*. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA DO ART. 150, § 4º, DO CTN. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. As matérias referentes aos dispositivos tidos por contrariados não foram 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. Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação não declarados e não pagos, o prazo decadencial conta-se nos moldes determinados pelo art. 173, I, do CTN, impossível, assim, a sua acumulação com o prazo determinado no art. 150, § 4º, do CTN. Contudo, uma vez efetuado o pagamento parcial antecipado pelo contribuinte, inclusive quando da realização aproveitamento de créditos, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação.

3. No caso em apreço, entendeu a Corte de origem que não ocorreu dolo, fraude ou simulação, mesmo havendo pagamento a menor, o que atrai a incidência do art. 150, § 4º, do CTN para definir como termo a *quo* do prazo decadência a data da ocorrência do fato gerador.

4. Registre-se que infirmar o entendimento a que chegou a Corte de origem, de modo a albergar as peculiaridades do caso e verificar a existência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, ensejaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 19 de abril de 2016(Data do Julgamento).

Ministra Assusete Magalhães
Presidente

Ministra Diva Malerbi
(Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 706.556 - MG (2015/0104141-1)

RELATORA : MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : NILBER ANDRADE E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA
ADVOGADO : LUCIANO CARDOSO COSTA E OUTRO(S)
INTERES. : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA - MASSA FALIDA

RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial.

Defende a parte recorrente, em síntese, que (i) não se aplica o óbice da Súmula 7/STJ, tendo em vista que o Tribunal de origem deixou consignando que o recolhimento a menor do ICMS ocorreu devido à apropriação indevida de créditos de ICMS; e (ii) existe precedente do STJ no sentido de que o não recolhimento do ICMS decorrente de aproveitamento indevido de créditos exige a incidência do art. 173, I, do CTN, em detrimento do art. 150, § 4º, desse mesmo normativo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 706.556 - MG (2015/0104141-1)

VOTO

A SRA. MINISTRA DIVA MALERBI - DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO (Relatora): A pretensão recursal não merece êxito, na medida em que a parte interessada não trouxe argumentos aptos à alteração do posicionamento firmado na decisão recorrida. Assim, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada, nos seguintes termos:

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da CF/88, contra acórdão proferido pelo respectivo Tribunal de Justiça, assim ementado (e-STJ, fl. 347):

REEXAME NECESSÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ICMS - RECOLHIMENTO A MENOR DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS EXEQUENDOS - OCORRÊNCIA - ART. 150, § 4º, CTN - SENTENÇA CONFIRMDA.

- Ocorrendo o pagamento antecipado, ainda que parcial, 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.

- A regra geral da decadência, prevista no art. 173, I, do CTN, tem aplicação limitada às hipóteses em que não há pagamento antecipado pelo contribuinte, ou em que o pagamento antecipado é feito com dolo, fraude ou simulação, o que não é o caso dos autos.

Alega o recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 149, V, 150, § 4º, e 173, I, do CTN. Aduz, em síntese, que (e-STJ, fl. 359):

O v. acórdão recorrido, ao contrário do que registra em sua fundamentação, encontra-se em desconformidade com a jurisprudência dessa col. Corte Superior a respeito da matéria (decadência), cujo entendimento é pela incidência da regra do art. 173, I, do CTN e não a do art. 150, § 4º do CTN, para constituição de crédito tributário (ICMS) não recolhido a tempo e modo mediante lançamento de ofício (CTN, art. 149, V), em decorrência de recolhimento do tributo em desconformidade com a legislação, como ocorre no caso em questão, em que a recorrida foi autuada por conta de aproveitamento de créditos indevidos (créditos extemporâneos), conforme consta da CDA em execução.

Foram apresentadas contrarrazões às e-STJ, fls. 402/405.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inadmitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 415/421).

O Ministério Público Federal, em seu parecer às e-STJ, fls. 444/446, manifestou-se pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

Esta Corte de Justiça possui entendimento de que, na hipótese de ausência de pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial para lançamento do crédito segue a regra do art. 173, I, do CTN.

Entretanto, no caso de pagamento antecipado, mesmo que a menor, e não havendo dolo ou fraude, a regra legal aplicável para decadência é a do art. 150, § 4º, do CTN. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. OCORRÊNCIA DE FRAUDE. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. CDA. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação não declarados e não pagos, o prazo decadencial conta-se nos moldes determinados pelo art. 173, I, do CTN, impossível, assim, a sua acumulação com o prazo determinado no art. 150, § 4º, do CTN.

2. Contudo, uma vez efetuado o pagamento parcial antecipado pelo contribuinte, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação.

3. No caso em apreço, entendeu a Corte de origem que ocorreu fraude, razão pela qual, mesmo havendo pagamento a menor, afastou a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, fazendo incidir o art. 173, I, do mesmo diploma legal.

4. [...]

(AgRg no REsp 1.523.619/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 13/11/2015)

Dessa forma, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte a incidir, à espécie, o enunciado Sumular 83/STJ.

Ademais, infirmar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, de modo a albergar as peculiaridades do caso e verificar a existência de dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte, ensejaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em sede de recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, com base no art. 544, § 4º, inc. II, alínea "a", do CPC, conheço do agravo em recurso especial para negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Registre-se, por oportuno, que a tese ora levantada pelo recorrente (impossibilidade de se aplicar o art. 150, § 4º, do CTN às hipóteses de aproveitamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevido de créditos tributário) não objeto de apreciação pela Corte de origem, que se resumiu a dizer que (e-STJ, fl. 350):

Neste ínterim, a jurisprudência firmou entendimento de que, se não ocorre qualquer pagamento do tributo, não se há que falar em homologação do autolançamento efetivado pelo contribuinte, posto que inexistente este, não há prazo para assim proceder, deixando de ser aplicável a aludida norma do § 4.º, art. 150, de maneira a incidir a regra geral do art. 173, I, do CTN. Assim, o direito de constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados 'do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

Nesse sentido, a regra geral da decadência, prevista no art. 173, I, do CTN, tem aplicação limitada às hipóteses em que não há pagamento antecipado pelo contribuinte, ou em que o pagamento antecipado é feito com dolo, fraude ou simulação. Não restando demonstrada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação quando do recolhimento, aplica-se o disposto no art. 150, §4º, do CTN, para os casos em que o lançamento do crédito, embora realizado, se deu de forma indevida, uma vez que o crédito fora recolhido a menor.

Dessa forma, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento de referida tese, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal com base no art. 105, III, "a", da Constituição.

Se a parte recorrente entendesse existir alguma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, ainda que a questão federal tenha surgido somente no julgamento perante o Tribunal de origem, deveria ter oposto embargos declaratórios, a fim de que fosse suprida a exigência do prequestionamento e viabilizado o conhecimento do recurso em relação aos referidos dispositivos legais. E, caso persistisse tal omissão, seria imprescindível a alegação de violação do art. 535 do CPC por ocasião da interposição do recurso especial, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento.

Incide ao caso, portanto, o disposto nos Enunciados 282 e 356 da Súmula do STF, a seguir transcritas:

Súmula 282: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 356: "O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Sobre o tema, os seguintes precedentes jurisprudenciais das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - PRESCRIÇÃO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282 E 356 DO STF - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO - PRECEDENTES - RECURSO QUE NÃO REFUTA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ.

1. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, por falta de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356/STF.
2. O entendimento desta Corte é o de que mesmo as questões de ordem pública precisam estar prequestionadas para serem analisadas em sede de recurso especial. Precedentes.
3. A decisão monocrática aplicou com acerto o raciocínio da Súmula nº 182 do STJ, uma vez que a parte agravante deixou de impugnar, especificamente, os pontos que serviram de arrimo para obstar a subida do recurso especial.
4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 201.596/AP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/5/2013, DJe 10/5/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CDC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não tendo o Tribunal de origem emitido nenhum juízo de valor acerca do dispositivo legal tido por violado no acórdão recorrido, no que concerne à legalidade da cobrança com base na tarifa mínima e na tarifa progressiva, resta ausente seu necessário prequestionamento, incidindo na espécie as Súmulas 282 e 356 do STF.

[...]

5. Agravo não provido. (AgRg no AREsp 266.103/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/3/2013, DJe 20/3/2013)

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. VENCIMENTOS. PLANO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS, CARREIRAS E SALÁRIOS (PCCS) INSTITUÍDO PELA ADMINISTRAÇÃO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Os arts. 189 e 193 do Código Civil, 219, § 5º, e art. 269 do CPC, e art. 21 e seguintes da Lei Complementar n. 101/2000 não foram enfrentados, quer implícita ou explicitamente, pelo acórdão recorrido, o que determina a incidência das Súmulas 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

[...]

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 192.983/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/10/2012, DJe 16/10/2012)

Ainda que assim não fosse, registre-se que a orientação mais recente da Segunda Turma é no sentido de que, mesmo na hipótese de aproveitamento indevido, se houve pagamento a menor do tributo, eventual lançamento de ofício referente ao restante do crédito submete-se ao prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, CTN, sobretudo quando afastada a existência de dolo, fraude ou simulação. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS, NOS MESES DE JANEIRO A MARÇO E JULHO A NOVEMBRO DE 2000, DESTACADOS EM NOTAS FISCAIS DECLARADAS POSTERIORMENTE INIDÔNEAS, PELO FISCO. NOTIFICAÇÃO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, EM DEZEMBRO DE 2005. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA QUE HOVE O RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, AINDA QUE PARCIAL, E QUE NÃO SE VERIFICARAM, NO CASO CONCRETO, AS HIPÓTESES DE FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM INÍCIO A CONTAR DO FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. OCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. PRETENSÃO RECURSAL INADMISSÍVEL.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 766.050/PR (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJU de 25/02/2008), deixou assentado que a decadência, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento. No referido julgamento, restou decidido que "a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem tenha sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece à regra prevista na primeira parte do § 4º do artigo 150 do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, a contar da ocorrência do fato gerador".

II. Nos presentes autos, consta, do acórdão recorrido, que o Fisco constatou o **aproveitamento** de créditos de ICMS, nos meses de janeiro a março e julho a novembro de 2000, destacados em notas fiscais posteriormente declaradas inidôneas, e notificou o sujeito passivo da lavratura do auto de infração, em dezembro de 2005.

III. Tendo o Tribunal de origem, soberano no exame de matéria fática, consignado, no acórdão recorrido, que ocorreu a decadência, na espécie, porque houve o pagamento antecipado do tributo, ainda que parcial, bem como porque não se verificaram, no caso concreto, as hipóteses de dolo, fraude ou simulação, previstos na exceção mencionada no art. 150, § 4º, do CTN, para se chegar a conclusão diversa - como pretende o recorrente - far-se-ia necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, em sede de Recurso Especial, por força da Súmula 7/STJ.

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 58.954/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/12/2014, DJe 11/12/2014)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0104141-1

AgRg no
AREsp 706.556 / MG

Números Origem: 0411090483214 04832149720098130411 10411090483214001 10411090483214003
411090483214

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : NILBER ANDRADE E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA
ADVOGADO : LUCIANO CARDOSO COSTA E OUTRO(S)
INTERES. : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA - MASSA FALIDA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : NILBER ANDRADE E OUTRO(S)
AGRAVADO : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA
ADVOGADO : LUCIANO CARDOSO COSTA E OUTRO(S)
INTERES. : AGROPECUÁRIA MINAS RANCHO LTDA - MASSA FALIDA

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 Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.