



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2017348 -
PE (2021/0363213-0)**

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : DSR SOLUÇÕES E INTELIGENCIA LOGÍSTICA LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIO EDUARDO MORO - PR041303
LUCIANO CEZAR VERNALHA GUIMARÃES - PR040919
GUILHERME LUIS DANTAS TRINDADE - PE042729
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DIEGO FRANKLIN PEREIRA DE FREITAS E OUTRO(S) -
PE001189B

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. REGRA A SER OBSERVADA. ART. 173, I, CTN. APLICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. Nos termos do decidido na origem, inexistindo pagamento antecipado, o prazo decadencial para o fisco proceder à constituição de imposto sujeito a lançamento por homologação deve ser contado na forma prevista no art. 173, I, do CTN. Incidem no ponto as Súmulas 7 e 83 do STJ.

2. A questão referente à equiparação da utilização indevida de créditos de ICMS ao pagamento a menor, para fins de aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, não foi objeto de análise pela Corte de origem.

3. "Vigora, no STJ, o entendimento de que o prequestionamento da matéria pressupõe o efetivo debate pelo Tribunal de origem sobre a tese jurídica veiculada nas razões do recurso especial, não sendo suficiente, para tanto, a menção pela Corte de origem de que dá por prequestionados os dispositivos legais suscitados pela parte recorrente" (AgInt no REsp n. 1.769.090/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 27/5/2022.)

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/06/2023 a 19/06/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 19 de junho de 2023.

Ministro GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt nos EDcl nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2017348 -
PE (2021/0363213-0)**

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **DSR SOLUÇÕES E INTELIGENCIA LOGÍSTICA LTDA**
ADVOGADOS : **MÁRCIO EDUARDO MORO - PR041303**
 : **LUCIANO CEZAR VERNALHA GUIMARÃES - PR040919**
 : **GUILHERME LUIS DANTAS TRINDADE - PE042729**
AGRAVADO : **ESTADO DE PERNAMBUCO**
ADVOGADO : **DIEGO FRANKLIN PEREIRA DE FREITAS E OUTRO(S) -**
 : **PE001189B**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. REGRA A SER OBSERVADA. ART. 173, I, CTN. APLICAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.

1. Nos termos do decidido na origem, inexistindo pagamento antecipado, o prazo decadencial para o fisco proceder à constituição de imposto sujeito a lançamento por homologação deve ser contado na forma prevista no art. 173, I, do CTN. Incidem no ponto as Súmulas 7 e 83 do STJ.

2. A questão referente à equiparação da utilização indevida de créditos de ICMS ao pagamento a menor, para fins de aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, não foi objeto de análise pela Corte de origem.

3. "Vigora, no STJ, o entendimento de que o prequestionamento da matéria pressupõe o efetivo debate pelo Tribunal de origem sobre a tese jurídica veiculada nas razões do recurso especial, não sendo suficiente, para tanto, a menção pela Corte de origem de que dá por prequestionados os dispositivos legais suscitados pela parte recorrente" (AgInt no REsp n. 1.769.090/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 27/5/2022.)

4. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela DSR SOLUÇÕES E INTELIGÊNCIA LOGÍSTICA LTDA. contra decisão de minha lavra (e-STJ fls. 980/984) em que conheci do agravo para não conhecer do recurso especial em face da incidência das Súmulas 7 e 83 do STJ.

Os primeiros embargos de declaração opostos à decisão foram rejeitados ao argumento de inexistir qualquer omissão, registrando, ainda, a ausência de prequestionamento na origem acerca da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, ao caso dos autos em face da equiparação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS ao pagamento a menor (e-STJ fls. 1.000/1.002).

Os segundos embargos de declaração foram rejeitados pelos mesmos fundamentos (inexistência de qualquer dos vícios do art. 1.022 e ausência de debate acerca da equiparação ao pagamento a menor do aproveitamento indevido de créditos de ICMS) (e-STJ fls. 1.023/1.026).

No agravo interno (e-STJ fls. 1.030/1.045), a parte afirma que o tema da equiparação teria sido prequestionado, uma vez que "[...] ventilada expressamente nas razões de Apelação interposta" (e-STJ fl. 1.035).

Aduz que o Tribunal de origem "consignou expressamente estarem prequestionados os dispositivos invocados nos embargos, inclusive o art. 150, §4º, do CTN" (e-STJ fl. 1.037), quando da análise dos aclaratórios lá opostos.

Por fim, diz que, "diante da adoção da correta premissa fática, resta evidentemente afastada a incidência da Súmula 83 do STJ e da Súmula 7 do STJ – tendo em vista que a aplicação do art. 150, §4º, do CTN nos casos de aproveitamento de crédito não glosados, pela sua equiparação ao pagamento parcial, é exatamente o entendimento deste e. STJ e não exige revolvimento fático probatório" (e-STJ fls. 1.038/1.041).

A impugnação não foi oferecida (e-STJ fl. 1.046).

É o relatório.

VOTO

O inconformismo não merece prosperar.

No caso dos autos, o recurso especial foi interposto contra acórdão que assim decidiu a questão (e-STJ fls. 444/445):

O inconformismo dos apelantes reside contra sentença que, nos Autos da Ação Ordinária, julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, para declarar a decadência do direito do Fisco Estadual constituir o crédito tributário referente às competências de 07/2004 e 10/2004, do Auto de Infração nº 2011.000000570711-20.

A presente Ação Ordinária foi ajuizada com o fito de questionar a validade do crédito tributário lançado pelo Fisco Estadual através do PAF nº 2009.000000470711-20, de 02.02.2011, conforme determinação do TATE, considerando que a obrigação teve origem no Auto de Infração que foi lavrado em 25.11.2009 e, por força do art. 173, II, do CTN, renovado em 21.02.11, para correção de vício formal reconhecido em decisão administrativa. A autora assevera que, quando da lavratura do Auto de Infração, o período compreendido entre julho de 2004 e outubro de 2004 teria sido atingido pela decadência, de modo que formulou impugnação administrativa sobre a tal exigência e requereu o parcelamento do crédito tributário do período compreendido entre novembro de 2004 e abril de 2005.

Em atenção à novel sistemática tributária sobre a decadência do crédito tributário, o Juízo de Piso - por entender que as competências de 08/2004 e 09/2004 não teriam sido comprovadamente pagas - concluiu por não terem sido elas também atingidas pela decadência.

Como sabido, a partir do julgamento do recurso repetitivo da controvérsia REsp. nº 1.120.295- SP, o Superior Tribunal de Justiça - STJ pacificou o tema aqui debatido, acerca da contagem do prazo decadencial em matéria tributária, concluindo:

- i. quando os tributos estão sujeitos a lançamento de ofício aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN;
- ii. quando os tributos estão sujeitos a lançamento por homologação em que houve declaração e pagamento antecipado, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, 4º, do CTN;
- iii. quando os tributos estão sujeitos a lançamento por homologação sem pagamento antecipado, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN; e
- iv. Quando da ocorrência de Fraude, dolo ou má-fé, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN.

Conforme o que se extrai do entendimento do STJ, para aplicação do art. 150, §4º, do CTN, faz-se necessário observar que o imposto a pagar tenha sido declarado pelo contribuinte, tenha havido pagamento, ainda que parcialmente, do imposto, não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação.

In casu, compulsando os autos, percebe-se que a situação jurídica se amolda mais aos termos do art. 173, inc. I, do CTN, do que propriamente ao art. 150, §4º, do mesmo Diploma Legal. Ressalte-se que, noutra ocasião processual, esta Relatoria teve a oportunidade de analisar o presente processo e, em sede de agravo de instrumento, fls. 250/252, ter concluído que:

"não consta nos autos qualquer prova de que houve pagamento do crédito tributário em debate, sequer, parcialmente. Dessa forma, ao que parece, há de ser aplicada a regra insculpida no art. 173, inc. I, do CTN, que estabelece que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

De lá pra cá, a situação probatória manteve-se inalterada e, portanto, deve-se manter a situação jurídica outrora decidida nos mesmos termos. Nesse sentido, como não há provas nos autos do pagamento, ainda que parcial, do crédito tributário ora debatido, deve ser aplicada - sem dúvidas - as regras do art. 173, I, do CTN.

Em sendo aplicado o dispositivo referido, os créditos tributários objeto da pretensão (07/2004 a 10/2004) não foram atingidos pela decadência, sendo imperiosa a reforma da sentença uma vez que o lançamento tributário foi realizado em 25/11/2009, antes de findado o prazo decadencial. Ressalte-se que o fato de ter havido a anulação do Auto de Infração nº

2009.000000470711-2 em nada afetará a contagem do prazo decadencial, uma vez que houve renovação ato, inclusive, em conformidade com a legislação vigente.

Ao examinar os embargos de declaração opostos pela ora recorrente, a Corte de origem consignou (e-STJ fl. 636):

[....]

A matéria posta em debate restou absolutamente enfrentada no aresto embargado, contudo de maneira contrária à parte, ora embargante que de forma reiterada, trouxe questões alheias às hipóteses elencadas no art. 535 do CPC, com propósito de rediscutir matéria já decidida.

Sob tais argumentos, conheço os presentes aclaratórios para fins de prequestionamento do disposto nos arts. 5º, XXXV da CF/1988, art. 150, § 4º, do CTN, 126, 128, 522, II, e 527, V, do CPC, porém, cuido em negar provimento pelos fundamentos aduzidos.

É como voto

No apelo raro, a recorrente apontou violação dos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN, ao argumento de decadência do direito de constituição do crédito tributário (ICMS) relativo às competências 7/2004 e 10/2004. Em síntese, defendia que que o acórdão recorrido teria aplicado a regra do art. 173, I, do CTN, no lugar de ter aplicado a norma do art. 150, § 4º, do mesmo código.

Pois bem.

Nos termos da decisão agravada, o recurso não merece prosperar, pois o entendimento do Tribunal local referente à forma de cômputo do prazo decadencial (no caso, nos termos do art. 173, I, do CTN) está em sintonia com a jurisprudência do STJ, porquanto respaldada na premissa fática de que "não consta nos autos nenhuma prova de que houve pagamento do crédito tributário [...] nem sequer, parcialmente", sendo certo que a revisão dessa circunstância pressupõe reexame de prova, o que é inviável no âmbito do recurso especial.

Ilustrativamente:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO EM FAVOR DE MUNICÍPIO DIVERSO. DECADÊNCIA. REGRA A SER OBSERVADA. ART. 173, I, CTN. APLICAÇÃO.

1. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

2. Hipótese em que a Corte estadual compreendeu que o recolhimento do tributo a município diverso daquele a quem seria efetivamente devido seria suficiente para a aplicação do regime do art. 150, § 4º, do CTN,

independentemente do momento do conhecimento, pelo outro ente federativo, acerca do fato gerador, bem como de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres. 3. In casu, revela-se incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o de ITAPEVI - SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária, o que afasta o regime do art. 150, § 4º, do CTN, impondo-se a reforma do acórdão para que seja aplicada a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, CTN.

4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp n. 1.904.780/SP, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 25/2/2022.).

No mais, reitero que a questão atinente à equiparação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS ao pagamento a menor, ao contrário do que entende a recorrente, não foi objeto de prequestionamento na instância ordinária.

Saliento que não socorre a agravante afirmar que (i) a questão teria sido posta nas razões de apelação e nos embargos de declaração deduzidos na origem; e (ii) que o Tribunal *a quo* considerou "estarem prequestionados os dispositivos invocados nos Embargos, inclusive o art. 150, §4º do CTN".

Como se sabe, para fins de prequestionamento, não basta que a questão (ou matéria) tenha sido suscitada pela parte, mas que o Tribunal de origem tenha efetivamente debatido o tema.

De fato, o acesso à instância especial pressupõe o prévio debate pela Corte de origem acerca da matéria que se pretende ver reexaminada no recurso especial.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRECEDENTE JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DO ICMS COMO RECEITA. FALTA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. A indicada afronta aos arts. 392, I, e 521 do Decreto 3.000/1990; ao art. 3º da Lei 9.718/1998; ao art. 1º da Lei 10.637/2002 e aos arts. 97 e 111 do CTN não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

[....]

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1758544/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018).

Demais disso, "vigora, no STJ, o entendimento de que o prequestionamento da matéria pressupõe o efetivo debate pelo Tribunal de origem sobre a

tese jurídica veiculada nas razões do recurso especial, não sendo suficiente, para tanto, a menção pela Corte de origem de que dá por prequestionados os dispositivos legais suscitados pela parte recorrente" (AgInt no REsp n. 1.769.090/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 23/5/2022, DJe de 27/5/2022.).

Nesse caso, caberia à embargante, caso entendesse que a Corte *a quo* teria persistido na omissão relativa à tese recursal lá defendida, apontar ofensa, nas razões de recurso especial, ao art. 1.022 do CPC/2015, situação não verificada nos autos.

Deixo de aplicar a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, tendo em vista que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do Colegiado, como no caso em análise.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 2.017.348 / PE

Número Registro: 2021/0363213-0

PROCESSO ELETRÔNICO

Número de Origem:

00702529420118170001 486706300 702529420118170001

Sessão Virtual de 13/06/2023 a 19/06/2023

Relator do AgInt nos EDcl nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DSR SOLUÇÕES E INTELIGENCIA LOGÍSTICA LTDA

ADVOGADOS : MÁRCIO EDUARDO MORO - PR041303

LUCIANO CEZAR VERNALHA GUIMARÃES - PR040919

GUILHERME LUIS DANTAS TRINDADE - PE042729

AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO

PROCURADOR : DIEGO FRANKLIN PEREIRA DE FREITAS E OUTRO(S) - PE001189B

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : DSR SOLUÇÕES E INTELIGENCIA LOGÍSTICA LTDA

ADVOGADOS : MÁRCIO EDUARDO MORO - PR041303

LUCIANO CEZAR VERNALHA GUIMARÃES - PR040919

GUILHERME LUIS DANTAS TRINDADE - PE042729

AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO

ADVOGADO : DIEGO FRANKLIN PEREIRA DE FREITAS E OUTRO(S) - PE001189B

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/06/2023 a 19/06/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 20 de junho de 2023