

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 410.358 - SP (2001/0115949-8)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCELO ROBERTO BOROWSKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : CARBOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE
PRODUTOS QUÍMICOS
ADVOGADO : SURIA HELENA LIMA VALENTINI BERTIN E OUTRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão, de meu antecessor, que não admitiu a subida de recurso especial interposto, com base no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A decisão ficou assim ementada:

"Embargos à Execução Fiscal – Isenção de fertilizantes – Redução da base de cálculo na venda de suplemento mineral – Decadência reconhecida – Isenção e redução da base de cálculo amparadas em Lei – art. 5º, XI, 'b' e 33 'a' do Regulamento do ICMS – Erro na parte dispositiva da sentença que extinguiu a execução em relação às notas fiscais que menciona e deu provimento aos embargos – Reexame necessário e apelo da embargante providos em parte – Recurso da Fazenda do Estado não provido." (fl. 39)

Em sede de recurso especial, alegou a agravante que o termo inicial da decadência não é a data em que ocorreu o fato gerador, mas o primeiro dia do exercício seguinte à extinção do direito potestativo de homologar o lançamento (artigo 173, I, c/c artigo 150, § 4º do CTN).

Meu antecessor negou provimento ao agravo de instrumento, por entender que ficou ausente o necessário prequestionamento.

No agravo regimental, alega a agravante que houve prequestionamento implícito da questão federal ventilada.

É, no essencial, o relatório.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 410.358 - SP (2001/0115949-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - ICMS - DECADÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO - EXISTÊNCIA - PRAZO DECADENCIAL - DECENAL.

1. O Tribunal de origem abordou a questão da decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, na hipótese de lançamento por homologação, entendendo que o prazo respectivo é cinco anos. Assim, nada obstante a ausência de menção expressa dos dispositivos tidos por violados, houve seu prequestionamento.

2. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que, no caso de tributo lançado por homologação, em que não houve o pagamento antecipado, o prazo decadencial é contado cinco anos, após o fato gerador, mais cinco anos depois dessa data. Aplica-se conjuntamente os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN.

3. Não ocorreu *in casu* a decadência do direito de constituir o crédito tributário, pois o período de apuração do ICMS, objeto do auto de infração, compreende-se entre junho de 1983 a setembro de 1985, enquanto que o mencionado auto de infração foi lavrado em 25.6.1990. Com efeito, houve o lançamento, por intermédio da lavratura do auto de infração, dentro do aludido prazo decenal.

Agravo regimental provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Realmente assiste razão à agravante ao afirmar que os dispositivos tidos por violados no seu recurso especial foram prequestionados implicitamente no Tribunal de origem.

Com efeito, o acórdão recorrido abordou a questão da decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, na hipótese de lançamento por homologação, entendendo que o prazo respectivo é cinco anos.

Assim, nada obstante a ausência de menção expressa dos dispositivos tidos por violados, entendo que houve o seu prequestionamento.

Passo a analisar o mérito do agravo de instrumento.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que, no caso de tributo lançado por homologação, em que não houve o pagamento antecipado, o prazo decadencial é contado cinco anos após o fato gerador mais cinco anos depois desta data. Aplica-se conjuntamente os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. CITAÇÃO VÁLIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados 'do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

2. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. Definitivamente constituído o crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional para sua cobrança, de modo que o Fisco possui o lapso temporal de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal e, após, para a citação válida do executado, consoante previsto no art. 174 do CTN.

4. Na hipótese dos autos, o lançamento efetuou-se dentro do prazo de cinco anos em relação aos fatos geradores questionados, não ocorrendo, pois, o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN. Em seguida, o contribuinte foi notificado do auto de infração em 31 de dezembro de 1996, sem, contudo, apresentar impugnação do lançamento. A partir dessa data, então, o crédito tributário foi definitivamente constituído, iniciando-se, portanto, a contagem do prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN. Por sua vez, a execução fiscal foi ajuizada em 8 de outubro de 1997 e a citação da empresa e de seus sócios ocorreu em 16 de março de 1998 (fls. 7/18). Assim, não se implementou a prescrição, tampouco a decadência.

5. Recurso especial desprovido."

(REsp 739.694/MG, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 159.)

Superior Tribunal de Justiça

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE. INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira: (a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos contados 'do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'; (b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN.

2. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, deve ser aplicado o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. No caso dos autos, não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, motivo pelo qual a Fazenda Pública estadual lavrou Notificação Fiscal em 25 de janeiro de 1988, pugnando por débitos de ICMS referentes ao período de janeiro de 1982. Assim, o prazo que o Fisco estadual possuía para efetuar o lançamento era até 1º de janeiro de 1988, tendo em vista que, na hipótese, o prazo decadencial de que dispõe a Fazenda Pública para constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar 'do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' (art. 173, I, do CTN). Portanto, efetivamente se implementou a decadência, não havendo o que ser reformado no acórdão recorrido.

4. Recurso especial desprovido."

(REsp 678.454/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007, p. 211.)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO PARA CONSTITUIÇÃO DE SEUS CRÉDITOS. DECADÊNCIA. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DA CF/88.

1. Nas hipóteses de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, o poder-dever do Fisco de efetuar o lançamento de ofício substitutivo deve obedecer ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o

Superior Tribunal de Justiça

lançamento poderia ter sido efetuado.

2. Deveras, é assente na doutrina: 'a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado - com o prazo do artigo 150, § 4º - que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos 'cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa'; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...) A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se 'definitivamente extinto o crédito' no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar 'definitivamente extinto o crédito'? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo.' (Alberto Xavier, *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, págs. 92 a 94).

3. Desta sorte, como o lançamento direto (artigo 149, do CTN) poderia ter sido efetivado desde a ocorrência do fato gerador, é do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao nascimento da obrigação tributária que se conta o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, na hipótese, entre outras, da não ocorrência do pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, independentemente da data extintiva do direito potestativo de o Estado rever e homologar o ato de formalização do crédito tributário efetuado pelo contribuinte (Precedentes da

Superior Tribunal de Justiça

Primeira Seção: AgRg nos EREsp 190287/SP, desta relatoria, publicado no DJ de 02.10.2006; e ERESP 408617/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no DJ de 06.03.2006).

4. In casu, a notificação de lançamento foi efetivada em 14/02/2005, tendo como objeto os fatos geradores das contribuições previdenciárias inadimplidas referentes ao período de janeiro de 1995 a janeiro de 2000. Destarte, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos tão-somente os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos no ano de 2000, tendo em vista que o dies a quo do prazo decadencial para constituí-los se deu em 1º/01/2001 e o dies ad quem em 1º/01/2006.

5. Recurso especial desprovido."

(REsp 894.453/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 24.9.2007, p. 259.)

No caso dos autos, não houve o pagamento antecipado; logo, o prazo decadencial para a realização do lançamento é decenal.

Em meu sentir, não ocorreu a decadência do direito de constituir o crédito tributário, pois o período de apuração do ICMS, objeto do auto de infração, é de junho de 1983 a setembro de 1985; enquanto o mencionado auto de infração foi lavrado em 25.6.1990. Assim, houve o lançamento, por intermédio da lavratura do auto de infração, dentro do aludido prazo decenal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator