

RECURSO ESPECIAL Nº 1.668.363 - SP (2017/0093135-0)

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : ORBITUR TURISMO E PROMOÇÕES LTDA - MASSA
FALIDA
ADVOGADO : CÉSAR LOEFFLER - RS024449
REPR. POR : ACLIBES BURGARELLI
ADVOGADO : CÉSAR LOEFFLER E OUTRO(S) - RS024449

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. OMISSÃO DE RECEITAS. AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTIGO 173,1, DO CTN.

I - Em se tratando de tributo sujeito lançamento por homologação, a legislação tributária atribui ao sujeito passivo da obrigação a apuração do quantum devido mediante declaração dos valores e antecipação do respectivo pagamento, sujeitando-se à posterior homologação pela autoridade fazendária, a quem incumbirá, no prazo de 05 anos, a constituição de eventuais valores pendentes, na conformidade do artigo 173 do CTN.

II - Caso o sujeito passivo venha a omitir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária - por equívoco ou por esponte própria - e sequer declare o tributo, o Fisco dispõe de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento, para constituir os valores não declarados, nos termos do inciso 1 do artigo 173 do CTN, sob pena de decadência.

III - Constituído o crédito tributário referente a PIS e COFINS por meio de auto de infração lavrado e notificado ao contribuinte em 10.12.2003, ao fundamento de omissão de receita (tributo não declarado), cujos vencimentos datam de 1997, a constituição dos débitos fiscais poderia ter sido efetuada no mesmo ano calendário, imediatamente após os vencimentos.

IV - Considerando que o cômputo do prazo decadencial na hipótese se dá na forma do artigo 173,1, do CPC, e que os débitos referem-se às contribuições sociais CSLL, PIS/PASEP e COFINS, cuja constituição se dá mediante apresentação de DCTF, decaíram os débitos com vencimento nos 1º, 2º e 3º trimestre de 1997.

V - Isto porque a DCTF, naquele ano calendário, deveria ser apresentada trimestralmente nas seguintes datas: 30.09.97, 31.10.97, 28.11.97 e 04.02.98, iniciando-se o prazo decadencial quanto às receitas omitidas no exercício seguinte à apresentação das declarações.

VI - Remanesce a cobrança fiscal quanto aos tributos vencidos no 4º trimestre de 1997, relativamente ao qual não se operou a decadência.

VII - Agravo parcialmente provido.

O presente feito decorre de execução fiscal no valor de R\$ 44.905.184,51, em 23/01/2006 (fls. 10/11), referentes à diversos processos

administrativos, vinculados à empresa ora recorrida.

A ora recorrente apresentou exceção de pré-executividade, objetivando a extinção da execução fiscal.

Ao decidir a exceção o julgador da execução declarou que tratando-se de tributos sujeitos à lançamento por homologação, e havendo a entrega de declaração de rendimento, em relação às CDA's ns. 80.2.03.029640-19, 80.2.04.029936-57, 80.2.04.045313-59 e 80.2.05.020189-90, com vencimentos em 16/11/2000, 13/01/1999, 06/01/1999 e 10/05/2000, não operou-se a decadência, porque a inscrição da dívida se deu nos anos de 30/10/2003, 24/03/2004, 30/07/2004 e 02/02/2005, tendo em vista o termo inicial do prazo do art. 173, I, do CTN, ter se iniciado no primeiro dia do exercício seguinte aos vencimentos.

Entendeu, entretanto que havia se operado a decadência no tocante às CDA's 80.6.05.075457-26, 80.6.05.075458-07 e 80.7.05.022315-00, tendo em vista que o vencimento deu-se no período de 1994 a 1997 e o lançamento ocorreu em 10/12/2003, que juntos somavam cerca de R\$ 26.400.000,00, pelo valor originário da dívida.

Contra a referida decisão foi interposto agravo de instrumento pela Fazenda Nacional, objetivando o afastamento da decadência aos créditos concernentes ao ano de 1997. O agravo foi provido declarando o julgador que se tratando de tributos não declarados pelo contribuinte o termo inicial da contagem do prazo do art. 173, I, é o do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento, para constituir os valores não declarados, ou seja, 1/1/1998, que somente se findou em 31/12/2003, estando dentro do prazo decadencial o lançamento através da infração em 10/12/2003 (fls. 456/458).

Interposto agravo interno sobreveio a decisão cuja ementa se encontra acima transcrita.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

No presente recurso especial, a recorrente aponta a violação do art. 535 do CPC/1973, sustentando, em resumo, que, não obstante a interposição dos declaratórios, o Tribunal de origem não apreciou o fato de que a omissão de receitas somente pode ser apurada a partir da entrega da DIPJ, relativa ao ano calendário de 1997, o que ocorreu em 30/04/1998 (Declaração original) e em 30/06/1998 (Declaração retificadora), sendo o início do prazo decadencial 01/09/1999 e seu término ocorreria em 01/01/2004. Assim, como o auto de infração foi lavrado em 10/12/2003, não há que se falar em consumação do prazo decadencial.

Indica, ainda, a ofensa aos arts. 150, § 4º, e 173, I, do CTN, aduzindo, em síntese, que o Tribunal de origem deveria ter considerado a ausência da decadência quanto ao lançamento dos tributos apurados no exercício de 1997.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento parcial do recurso e, nesta extensão, pelo não provimento.

É o relatório. Decido.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assentado no sentido de que se faz necessário o confronto entre a data de entrega da declaração de débitos tributários e a data do vencimento do tributo, para determinar o início da contagem do prazo prescricional, devendo ser escolhido como termo *a quo* a data posterior.

Assim, como no caso não se depreende do acórdão recorrido as datas de entrega das referidas declarações, necessário se faz o retorno dos autos à origem para aferir qual a data dos referidos documentos e, após, determinar o termo inicial para a contagem do prazo prescricional.

Observe-se, ademais, que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, sendo a prescrição tributária matéria de ordem pública e não sujeita à preclusão, pode ser conhecida inclusive de ofício pelo órgão julgador.

Neste diapasão, destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE COM DISPENSA DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DOAÇÃO COM ENCARGO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, o pedido alternativo, qual seja: "Caso assim não entenda esta Corte, requer seja provido em parte o recurso especial quanto ao tema, reconhecendo a ocorrência de prescrição quanto ao pedido de nulidade da doação levada a efeito, acolhendo o pedido de indenização, fixando-a no valor venal do imóvel para fins de apuração do IPTU cobrado atualmente pelo Município" (fl. 1221, e-STJ). Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

3. Ademais, aferir eventual necessidade de produção de prova demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, dado o óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ.

4. No sistema de persuasão racional adotado pelos arts. 130 e 131 do CPC, cabe ao magistrado determinar a conveniência e a necessidade da

produção probatória, mormente quando, por outros meios, já esteja persuadido acerca da verdade dos fatos.

5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, por ser matéria de ordem pública, a análise de ocorrência ou não de prescrição, não ocorre preclusão pro judicato. Precedentes. REsp. 1.450.361/RN, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 24/6/2014; EDcl no AgRg no REsp. 1.358.343/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13/5/2013.

6. Verifica-se que o acórdão recorrido encontra-se no mesmo sentido do entendimento desta Corte, qual seja, não há falar em prescrição, pois a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, "mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF)" (AREsp 79.268/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON).

7. Demais disso, a orientação desta Corte é no sentido de que "não há prescrição para os bens públicos. Nos termos do art. 183, §3º, da Constituição, ações dessa natureza têm caráter imprescritível e não estão sujeitas a usucapião (Súmula 340/STF, art. 200 do DL 9.760/1946 e art. 2º do CC). Construção feita também com base na imprescritibilidade de atos nulos, de ações destinadas ao ressarcimento do Erário e de ações de declaração de inexistência de relação jurídica - querela nullitatis insanabilis. Precedentes do STJ" (REsp 1.227.965/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011.).

8. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao negar provimento à apelação, entendeu pela inexistência de relevante interesse público capaz de afastar a licitação para a doação com encargo.

9. Portanto, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, no sentido de existência de interesse público capaz de afastar a necessidade de licitação, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

10. Não pode ser conhecido o recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional quando o recorrente não realiza o necessário cotejo analítico, bem como não apresenta, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Apesar da transcrição de ementa, não foram demonstradas as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1517891/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 17/08/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DISCUSSÃO INICIADA SOMENTE NO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRECLUSÃO PRO IUDICATO. INEXISTÊNCIA.

1. O Tribunal de origem rejeitou os Embargos de Declaração opostos contra acórdão que negou provimento à Apelação da Fazenda Nacional, ao argumento de que não se poderia rediscutir, mediante juntada de prova que já existia ao tempo da tramitação do feito no juízo de primeiro grau, o tema da configuração da prescrição intercorrente, diante da preclusão consumativa.

2. O STJ possui entendimento de que a prescrição é matéria de ordem pública, não se sujeitando à preclusão pro iudicato nas instâncias ordinárias. Precedentes: AgRg no Ag 1333860/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/12/2013; EDcl no AgRg no REsp

1.358.343/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/5/2013.

3. Em raciocínio inverso, imagine-se que a parte devedora opusesse Embargos à Execução Fiscal e não apontasse a prescrição do crédito tributário como matéria de defesa: nada a impediria de suscitar o tema no Tribunal, em Apelação ou nos Embargos de Declaração.

4. Da mesma forma, o próprio órgão colegiado poderia de ofício se pronunciar a respeito da matéria, sendo inadmissível qualquer argumentação no sentido de que a ausência de discussão do tema na petição inicial dos Embargos do Devedor implicaria preclusão.

5. Recurso Especial provido para anular o acórdão hostilizado e determinar novo julgamento nos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, observando-se o princípio do contraditório, para que seja analisada a prova dos autos no que se refere à consumação ou não da prescrição intercorrente.

(REsp 1450361/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 24/06/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, DECLARADO PELO CONTRIBUINTE.

1. De acordo com os precedentes do STJ, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação executiva relativa aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação tem início com a constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a entrega da respectiva declaração pelo contribuinte, identificando o valor a ser recolhido, ou o do vencimento do tributo, o que for posterior.

2. Definida a exegese da legislação federal infringida, deverão os autos retornar à origem para que sejam confrontadas as datas de vencimento da exação e a data de entrega da DCTF, devendo a análise da prescrição considerar como seu termo inicial o que ocorreu por último.

3. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1651585/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, DO CTN. TERMO INICIAL. ENTREGA DAS DECLARAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NESTA CORTE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. No caso dos autos, houve pagamento a menor do tributo, logo, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

2. Não se depreendem do decisum *a quo* as datas de entrega das referidas declarações e, ante o impedimento desta Corte, pelo teor da Súmula 7/STJ, em revolver as provas dos autos, necessário se faz o retorno dos autos à origem para aferir acerca da decadência com aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

4. Anulação do acórdão recorrido e determinação de retorno dos autos à origem, para que a Corte local examine a ocorrência da decadência, tendo em vista que deve ser observada a exata data da constituição do crédito tributário (data em que foi apresentada a declaração pelo contribuinte). Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 331.396/RS, Rel. Ministro

HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2014)

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para determinar o retorno dos autos à origem objetivando aferir as datas de entrega das Declarações do contribuinte para determinar o termo inicial de contagem do prazo prescricional.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator

