AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.077.654 - SP (2017/0070689-8)

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LILIANE SANCHES - SP118591
AGRAVADO : MAGNUS INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME
ADVOGADO : PRISCILA MEDEIROS LOPES PINHEIRO SORUCO - SP165727

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal objetivando reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> EXECUÇÃO FISCAL - Exceção de pré-executividade – Sentença de extinção da ação – Decadência - Inteligência do art. 173, I, do CTN - Irresignação - Descabimento - Passados mais de 6 anos entre a ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário (lançamento de CDA), denota que superado o prazo previsto pelo art. 173 do CTN - Recolhimento de nova GIA pela contribuinte que não afasta ou interrompe a contagem do prazo decadencial - Inteligência do disposto no art. 207 do Código Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido. |

O presente feito decorre de execução fiscal para a cobrança de dívida fiscal no valor de R$ 408.583,62 (quatrocentos e oito mil, quinhentos e oitenta e três reais e sessenta e dois centavos), em 21/7/2011.

Contra a referida execução. foi apresentada exceção de pré-executividade, sob o argumento de que a executada encerrou regularmente a sociedade em 2008, com anuência da exequente, sobrevindo, por isso, a nulidade da CDA, bem assim a decadência do crédito tributário.

O incidente foi provido, com a extinção da execução, sob o argumento de que houve a decadência, visto que os fatos geradores foram constituídos em 2004 e a dívida ativa somente foi inscrita em junho de 2011, quando deveria ser em 1º/1/2010, a teor do art. 173, I, do CTN. Afastou o argumento da Fazenda Pública no sentido de que o prazo decadencial se iniciaria com a entrega da GIA (Guia de Informação e Apuração) do ICMS cobrado.

Foram rejeitados os embargos declaratórios opostos.

No recurso especial, a parte recorrente aponta violação dos arts. 173, I, 126 do CTN e 267, IV, do CPC.

No tocante ao art. 173, I, do CTN afirma, em síntese, que não ocorreu a decadência, porquanto, antes do final do prazo decadencial, mais

precisamente em 30/11/2009, a própria excipiente constituiu o crédito tributário, apresentando as GIAs do período de janeiro de 2004 a janeiro de 2005. Afirmou que, interrompida a decadência pela entrega da declaração pela contribuinte, iniciou-se o prazo prescricional, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

O recurso especial foi inadmitido sob o óbice da Súmula n. 7/STJ.

No presente agravo, o recorrente apresenta argumentos objetivando rebater os fundamentos apresentados pelo julgador.

É o relatório. Decido.

Tendo o agravante impugnado a fundamentação apresentada na decisão agravada e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do presente agravo, passo ao exame do recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, julgado sob o rito dos recursos especiais repetitivos, consignou que, quando houver a declaração sem o respectivo pagamento, a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei, é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado.

Nessas hipóteses, não se cogita de prazo decadencial, mas prescrição, cujo termo inicial é a data do vencimento da obrigação tributária ou da entrega da declaração, quando posterior.

Com o mesmo diapasão, destacam-se:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR MEIO DA ENTREGA DE DECLARAÇÃO. TERMO INICIAL. VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.
>
> 1. Hipótese em que a Corte local reconheceu ter havido pagamento parcial do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, a saber: "Como se pode notar, pelo auto de infração anexo (fls. 45/47), a impetrante acabou por se creditar do ICMS de forma indevida, no período de período de janeiro de 2004, dezembro de 2005, janeiro e março a dezembro 2006, e janeiro a março de 2007, sendo lavrado o auto de infração em julho de 2009. Para apreciação do termo inicial da decadência, que se dá com o fato gerador, deve-se considerar o que contido no art. 173, I, do CNT, até porque em caso de recolhimento a menor do ICMS, inexistindo pagamento adequado, o lapso extintivo se dá no primeiro dia do exercício seguinte ao de ocorrência do fato gerador, que no caso se deu em 2005. Desta forma, o Auto de Infração n° 3.114.063-4, datado de julho de 2009, mostra-se adequado para o fim da

constituição definitiva desta diferença do crédito tributário, sem utilizar como esta base a expedição das GIA's, como quer a impetrante, já que somente com o auto é que se pode constatar a real diferença tributária" (fls 1.200-1.201, e-STJ).

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

3. Consequentemente, o termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

4. Nesses termos, no presente momento, deve-se afastar a orientação do Tribunal a quo e, em virtude da ausência de elementos fáticos necessários ao exame da prescrição no acórdão recorrido, considerando o óbice da Súmula 7/STJ, entende-se que a melhor solução repousa na devolução do presente feito ao Tribunal de origem, para que proceda à apuração da prescrição com base nas premissas fixadas.

5. No que diz respeito à tese de violação do art. 161 do CTN, não se vislumbra o cumprimento do requisito do prequestionamento. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte para que o Tribunal de origem proceda à apuração da prescrição com base nas premissas fixadas.

(REsp n. 1.717.211/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/6/2018, DJe 28/11/2018.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO, GIA OU SIMILAR PREVISTA EM LEI. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. REGIME ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LC 118/05. INÉRCIA IMPUTADA À EXEQUENTE.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que o pagamento do tributo é antecipado pelo contribuinte, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, tendo a Fazenda Pública, em regra, cinco anos para homologar o pagamento antecipado, a contar da ocorrência do fato gerador.

3. Todavia, nessa modalidade de lançamento por homologação, quando o contribuinte deixa de declarar e antecipar o pagamento do tributo devido, não há o que ser homologado pelo Fisco, dando espaço à figura do lançamento direto substitutivo a que alude o art. 149 do CTN.

4. Nesses casos de ausência de antecipação do pagamento pelo contribuinte, a mera apresentação de Guia de Informação e Apuração do

ICMS - GIA, ou de outra declaração semelhante prevista em lei, tal qual a Declaração de Importação apresentada na espécie, perfaz modalidade de constituição do crédito tributário, e o valor declarado pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, independentemente de qualquer procedimento administrativo de lançamento, ou notificação do contribuinte.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem afirmou que o crédito foi constituído no momento em que o contribuinte entregou as declarações de importação e não efetuou o recolhimento do ICMS.

6. Assim, não há se falar em decadência em relação aos valores declarados, mas apenas em prescrição do direito à cobrança, cujo termo inicial do prazo quinquenal é o dia útil seguinte ao do vencimento, quando tornam-se exigíveis, seguindo a inteligência do art. 174 do Código Tributário Nacional.

7. Restando incontroverso nos autos que o contribuinte declarou e não recolheu valores relativos ao ICMS, em 12/11/1993 e 2/12/1993, e ocorrida a citação por edital em 23/8/1999, deve a execução fiscal ser extinta por força da prescrição, mormente quando afastada na origem a aplicação da Súmula 106/STJ.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.145.116/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/4/2014, DJe 7/5/2014.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para determinar o afastamento da pronunciada decadência e o prosseguimento da execução, com o exame do pretendido redirecionamento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2019.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator