



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|---------------|
| CAMARA |
| 9ª. JULGADORA |

| |
|---------------------|
| PROCESSO Nº |
| DRT. 14 247024/2008 |

| |
|-------------------|
| RECURSO |
| RECURSO ORDINÁRIO |

| | | | | | | |
|--|--------------------------------------|------|--|---------|-----|----------|
| RECORRENTE | COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO | | | | | |
| RECORRIDO | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | | | | | |
| RELATOR | NILTON LUIZ BARTOLI | AIIM | 3.090.228-9 | S. ORAL | SIM | Fls. 393 |
| CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO | | | CAPITULAÇÃO DA MULTA | | | |
| - Art. 1º, inciso I e II das Disposições Transitórias do RICMS (Dec. 45.490/00). | | | - Art. 527, inciso II, alínea "j", c/c §§ 1º e 10 do RICMS (Dec. 45.490/00); - Art. 527, inciso II, alínea "j", c/c §§ 1º e 10 do RICMS (Dec. 45.490/00). | | | |

RELATÓRIO

Trata-se de constatação fiscal, formalizada pelo lançamento de ofício de fls. 02/03 e Demonstrativo do Débito de fls. 04/07, diante do qual se imputa ao contribuinte atuado as seguintes acusações:

- i. creditamento indevido do ICMS, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, mediante lançamentos nos Livros de Registro de Entrada e de Registro de Apuração do ICMS e na GIA, devido a entrada de Energia Elétrica no estabelecimento; e
- ii. creditamento indevido do ICMS, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, mediante lançamentos nos Livros de Registro de Entradas e de Registro de Apuração de ICMS e na GIA, por ter recebido serviços de comunicação.

Instrui o AIIM os seguintes documentos:

- i. Demonstrativos de Crédito Indevido do ICMS decorrente de aquisições de energia elétrica referente aos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 08/09);
- ii. Demonstrativos de Crédito Indevido do ICMS decorrente de aquisições de serviços de telecomunicações referente aos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 10/15);



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 429

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Secretária
RG. 73.311.377

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-~~XIV~~¹⁴ - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

- iii. Notificação (fl. 16);
- iv. Relatórios de pesquisa de créditos de energia elétrica, de comunicações e de ativo imobilizado, referentes aos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 17/34);
- v. Notas fiscais das contas de energia elétrica, referentes aos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 35/61);
- vi. Notas fiscais dos serviços de telecomunicações (fls. 62/88);
- vii. Livro registro de entradas, referentes aos anos de 2003, 2004 e 2005 (fls. 89/278);
- viii. Procuração (fls. 279/281).

Intimada a defender-se da autuação em tela, o contribuinte autuado apresenta sua Impugnação - fls. 284//301, aduzindo, em resumo:

Preliminarmente

1. O AIIM trata de imposto sujeito ao "lançamento por homologação", e está previsto no art. 150, §4º, do CTN, que estabelece o prazo decadencial como de 5 anos contados do fato gerador, portanto, resta claro que na data em que o fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia direito em relação aos períodos compreendidos anteriores a março de 2003, razão pela qual estes devem ser excluídos do AIIM;

Mérito:

2. Não deve prosperar o entendimento de que se creditou indevidamente do ICMS em determinados montantes e períodos constantes do AIIM, por ter lançado em sua escrita fiscal créditos do imposto relativos à entrada de energia elétrica no estabelecimento,



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 430

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Acim. Tributário
13.313.837/0

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14-247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

sem atender às restrições impostas pela legislação do ICMS para o seu aproveitamento;

3. A Fiscalização não questiona o fato de que adquiriu energia elétrica e que a empregou no desenvolvimento de suas atividades destinadas à comercialização de mercadorias tributadas pelo ICMS, pois apenas contesta as restrições ao crédito do ICMS, em face do princípio da não-cumulatividade do imposto, previsto no art. 155, §2º, I e II, da CF, uma vez que tem o direito de escriturar os créditos relativos a tal aquisição;
4. Os artigos da Lei do RICMS trazem a idéia de que ao industrial só caberia o aproveitamento de créditos relativos aos elementos essenciais e mercadorias que emprega em seu processo industrial, enquanto que, ao comerciante apenas aqueles decorrentes da aquisição das mercadorias que irá revender;
5. No que tange aos créditos decorrentes da aquisição de energia elétrica, foi formulado na legislação do ICMS um regime específico, o qual indica para os contribuintes do imposto situações particulares em que tais créditos poderão ser aproveitados;
6. Entretanto, nesse regime só caberia creditamento do ICMS de algumas formas, o que restringiu o direito de creditar-se do ICMS que é objeto do presente lançamento, no entanto, não pode o legislador - a pretexto de disciplinar o princípio da não-cumulatividade - fixar normas que acabem por limitar indevidamente ou tornar inócuos princípios constitucionais como o da isonomia;
7. Para que possam dar efetividade ao princípio da não-cumulatividade, a interpretação das normas relativas ao creditamento do ICMS deve ser feita de maneira lógica e levando em conta os princípios constitucionais;



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 421
MÁRIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Adm. F. J. J. J.
Aux. Adm. F. J. J. J.

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-11-247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

8. Não poderia o AIIM estar motivado no fato de que não teria demonstrado que a energia elétrica entrada foi utilizada de forma determinada pela legislação do imposto, pois tal interpretação implicaria em ofensa aos princípios da isonomia e da não-cumulatividade, tendo em vista que a energia consumida operacionalmente é um insumo, seja para a indústria ou para o comércio, o qual viabiliza a prática de operações tributadas;
9. Diante do exposto, resta claro que o AIIM em questão foi lavrado com base em interpretação incorreta da legislação em questão, na medida em que considerou que só seria cabível o creditamento realizado pelo contribuinte autuado apenas se este tivesse realizado processo de industrialização, mas não por ter utilizado a energia em suas atividades comerciais tributadas;
10. Não procede a acusação fiscal de que teria se creditado indevidamente do ICMS em determinados montantes e períodos constantes do AIIM relativos ao recebimento de serviços de comunicação, sob os mesmos fundamentos acima expostos;
11. A multa foi aplicada de forma ilegal, isto porque tanto na Lei do ICMS, quanto no respectivo regulamento, a citada alínea "j" disposta no AIIM refere-se à aplicação da multa "em hipóteses não previstas nas alíneas anteriores", assim, a terminologia utilizada nesses dispositivos é vaga e imprecisa, o que infringe o princípio da estrita legalidade;
12. Ademais, a multa deve ser afastada por assumir caráter abusivo e confiscatório pelo fato de corresponder a 100% do valor do crédito indevidamente escriturado.

Diante dos fundamentos apresentados, requer que seja cancelado e arquivado o presente processo.

Anexa em sua defesa Procurações (fls. 303/305 e 308), Ata de



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 432

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Adm. Tributário

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Assembléia Geral (fls. 306/307) e Substabelecimento (fl. 309) todos autenticados.

Os autos foram encaminhados, a UFC/DRT - 14 se manifesta (fl. 368) informando que o contribuinte autuado aderiu ao PPI e efetuou o pagamento somente dos itens 2.3 a 2.36 do AIIM em tela.

Juntou aos autos cópias do Termo de Aceite do PPI do ICMS (fls. 321/325) e correspondentes extratos detalhados (fls. 326/367).

Encaminhados os os autos à Unidade de Julgamento de Pequenos Débitos – UJPD-1/14- Osasco (fls. 369/377), foi julgado PROCEDENTE o AIIM, sob os seguintes fundamentos:

1. Não foi reconhecida a alegada decadência, relativa a períodos anteriores a março/2003, pois no presente não se aplica o disposto o art. 150, parágrafo 4º do CTN, mas sim o art. 173, inc. I do CTN, o qual dispõe que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, assim, somente a partir de janeiro de 2009, estaria impedido o Fisco de constituir referido crédito tributário, por perecimento do seu direito;
2. No tocante aos créditos, razão não assiste à defesa, pois as atividades desenvolvidas pelo contribuinte autuado não estão entre as hipóteses contempladas pelo direito ao crédito, dispostas no art. 33, incisos II e IV da Lei Complementar 87/96;
3. No que tange à multa imposta, é resultado da aplicação do percentual estabelecido na legislação sobre o montante creditado pelo contribuinte autuado, que não demonstrou a legitimidade dos créditos, não havendo, pois, que se falar em confisco.

Diante do exposto, julgou-se pela procedência da acusação fiscal



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 433

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Adm. Trib. Administrativo
13.301.937-9

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-114 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

contida no AIIM, e ratificou-se a multa imposta, sem prejuízo ao recolhimento do ICMS.

Publicada a decisão de primeira instância no Diário Oficial do Estado de São Paulo (fl. 378), de 14/04/2009, este apresenta intempestivo Recurso Ordinário (fls. 382/393), no qual reitera todos os argumentos expostos em sua defesa inicial, acrescentando, em suma, que procedeu a inclusão e ao pagamento dos débitos relativos aos subitens 2.3 a 2.36 do AIIM, não atingidos pela decadência, no contexto de benefícios do PPI do ICMS, desta forma, não poderia o D. Julgador "a quo" ter mantido a acusação no que tange aos referidos subitens, vez que esses foram objeto de pagamento, portanto, operou-se a extinção do crédito tributário, nos termos d art. 156, inc. I do CTN, referente àqueles períodos.

Ao final, requer o recebimento e processamento de seu Recurso Ordinário, para que seja reformada integralmente a recorrida decisão, julgando-se totalmente improcedente o presente AIIM e determinado-se ao seu cancelamento e arquivamento.

Protesta pela Sustentação Oral de seus argumentos.

Anexou em seu Recurso Ordinário Laudo Técnico (fls. 395/412).

O Parecer (fls. 417/422) da r. Diretoria da Representação Fiscal da Secretaria da Fazenda do Governo do Estado de São Paulo é pelo não provimento do Recurso Ordinário, diante dos seguintes argumentos:

1. Não procede a alegação de que os créditos lançados estariam abrangido pela decadência, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, posto que ao creditamento indevido, são aplicadas as regras do art. 173, I, do CTN;
2. No que pertine ao aproveitamento de crédito do ICMS, razão não assiste ao contribuinte autuado, tendo em vista que o art. 1º da DDTT do RICMS e a Decisão Normativa CAT 01/2001 dispõem que o



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 434
M. RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Adm. Febr. 2009
137.9

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-XIV - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

14
aproveitamento do crédito do ICMS somente é possível na proporção dos valores das saídas tributadas nos respectivos processos de industrialização, em relação aos valores totais de vendas efetuadas, o que não se verifica no presente caso;

3. No tocante à cominação da multa em dispositivo genérico (art. 527, inc. II, alínea "j" do RICMS), temos que tal dispositivo constitui previsão residual de aplicação de multa em casos de crédito indevido, ademais, inviável seria descrever taxativamente todas as possibilidades de creditamento indevido;
4. Razão não assiste ao contribuinte autuado quanto a alegação de que a multa seria confiscatória, pois as penalidades por infração à legislação tributária não se submetem à vedação constitucional de utilização de tributo com efeito de confisco, justamente por se tratar de sanção e não de tributo;
5. Além disso, a penalidade aplicada está em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com os danos causados ao Estado pelo descumprimento da obrigação tributária.

Foram os autos distribuídos a este Juiz Relator, em 24/08/2009, numerados até as fls. 423, última, processados em 3 volume.

Havendo protesto do interessado pela realização de Sustentação Oral, encaminho os autos para a Diretoria de Serviço de Apoio às Câmaras para o agendamento desta na Câmara Julgadora.

É o relatório.

Sala das Sessões, 30 de Setembro de 2009

Nilton Luiz Bartóli
Juiz Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE COSTAS E TAXAS

9ª Juizadora
SECRETARIA

CERTIFICADO de comparecimento à
Sessão de 30/09/09 e procedeu à
Sustentação oral.

SALA DAS SÉSSÕES: 30/09/09

NOME: Pamela Larissa Miguel

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 252.975 OAB/SP

Katia Charahiguti
SECRETARIO KATIA CHARAHIGUTI



SECRETARIA DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 438

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
 Aux. Tributária
 RG. 13.351.797-3

CAMARA
 9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT.X/9-247024/2008

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

| | | | | | | |
|---|--------------------------------------|------|--|---------|-----|----------|
| RECORRENTE | COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO | | | | | |
| RECORRIDO | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | | | | | |
| RELATOR | NILTON LUIZ BARTOLI | AIIM | 3.090.228-9 | S. ORAL | SIM | Fls. 393 |
| EMENTA | | | | | | |
| ICMS – INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO – AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – LAUDO TÉCNICO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. | | | | | | |
| CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO | | | CAPITULAÇÃO DA MULTA | | | |
| - Art. 1º, inciso I e II das Disposições Transitórias do RICMS (Dec. 45.490/00). | | | - Art. 527, inciso II, alínea "j", c/c §§ 1º e 10 do RICMS (Dec. 45.490/00). | | | |

VOTO

Conheço do Recurso Ordinário interposto pelo contribuinte autuado, haja vista sua tempestividade, bem como por tratar de matéria cuja competência é conferida a este Eg. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo – TIT.

O processo em tela carrega a imputação ao autuado de duas diferentes infrações à legislação tributária relativas, de forma sucinta, ao crédito do imposto.

Dentre tais infrações se encontra o item I.1 do AIIM, pertinente a crédito indevido do imposto, decorrente de aquisição de energia elétrica, sem a devida comprovação do direito ao crédito.

O cerne da questão se encontra na comprovação do percentual de energia elétrica consumido pelo estabelecimento com direito a crédito de ICMS, segundo a legislação que trata da não-cumulatividade do ICMS. Isto diante da limitação do aproveitamento do crédito do imposto à atividade fabril – processo de industrialização.

Neste sentido, em sede de Recurso Ordinário, requer o interessado a juntada aos autos de Laudo Técnico, elaborado por engenheiro, no qual se apresenta “análise estatística dos dados de consumo de energia elétrica para definição dos índices de apropriação de créditos de ICMS das áreas de industrialização”. (fls. 395/413)



SECRETARIA DA FAZENDA MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
 9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT-19 - 247024/2008

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

Nesta vereda, é de se observar que o processo administrativo fiscal se caracteriza pelos princípios da informalidade e da verdade material.

Nas palavras de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹:

“O princípio da informalidade significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal, sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido. Dispensam-se, destarte, ritos sacramentais e despidos de relevância, tudo em favor de uma decisão mais expedita e, pois, efetiva.

...

O processo deve ser um meio seguro de realização do direito, não de sua negação. O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas e ao atingimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei que à sua literalidade, no tocante ao iter estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo”

Da verdade material, cito Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas², em seu livro “Processo Administrativo Tributário”:

“Contrariamente ao que acontece no processo judicial, em que prevalece o princípio da verdade formal, no processo administrativo tributário, além de levar aos autos novas provas após a inicial, é dever da autoridade administrativa levar em conta todas as provas e fatos de que tenha

¹ FERRAZ, S.; DALLARI, A.A. Processo Administrativo. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102

² RIBAS, L. M. L. R. Processo Administrativo Tributário. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 437

MARIA RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Secretária Tributária
RG. 73.317.924-1

CÂMARA

9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº

DRT-~~107~~ - 247024/2008

RECURSO

RECURSO ORDINÁRIO

conhecimento e até mesmo determinar a produção de provas, trazendo-as aos autos, quando elas forem capazes de influenciar na decisão.

Assim, a Administração pode valer-se de qualquer prova de que a autoridade julgadora ou processante tiver conhecimento, devendo trazê-la aos autos, com o objetivo de aproximar a materialidade do fato imponível e sua formalização por meio do lançamento tributário."

Além desses princípios, o processo administrativo obedecerá, entre outros requisitos de validade, aos princípios da publicidade, da economia, da motivação e da celeridade, assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 2º da Lei 10.941/01, e art. 48 do Decreto 46.674/02).

E, para concluir, peço *venia* para transcrever trecho da obra "Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário", do ilustre doutrinador Alberto Xavier³:

"No que concerne aos meios de prova, entendemos que o órgão de julgamento não está limitado, como o antigo "juiz-árbitro", às provas voluntariamente exibidas pelos particulares, vigorando o princípio inquisitório que lhe atribui o poder de promover, por sua iniciativa, todas as diligências que considere necessárias ao apuramento da verdade no que concerne aos fatos que constituem o objeto do processo."

Isto posto, entendo que não há como se fechar os olhos aos documentos apresentados pelo autuado.

Com obviedade, impõe-se que estes sejam devidamente verificados, a fim de que se apure se atendem aos requisitos do direito ao crédito do ICMS, nos termos da legislação que rege a matéria.

³ XAVIER, A. Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 438
MARIÁ RODRIGUES DOS ANJOS
Aux. Adm. Judiciário
1937-0

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT. 14 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Destarte, tendo em vista a apresentação de novo documento pelo contribuinte – laudo técnico elaborado por profissional habilitado -, impõe-se a necessidade do envio dos autos ao r. AFR autuante para sua consideração e manifestação acerca dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte – fls. 395/413, os quais podem influenciar no *quantum* apurado no item I.1 do AIIM.

Por hora, deixo de me manifestar quanto aos demais itens do AIIM, os quais deverão aguardar o cumprimento da diligência neste proposta, a fim de que este Eg. Tribunal prolate uma decisão unitária.

É como voto.

Sala das Sessões, 14 de outubro de 2009

Nilton Luiz Bartoli
Juiz Relator

pedido dou vista do p. uesso SR

MARCELO ALVES

Presidente

peio prazo de 15 dias (art. 100, do R.L.)
ficando adiado o julgamento

SALA DAS SESSÕES em 14/10/2009

Presidente

MARCELO ALVES

Presidente



FLS. 439

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

SECRETARIA DOS ANJOS
RC. 13
0.037.0

| | | |
|------------------|---------------------|-----------|
| CÂMARA JULGADORA | PROCESSO | RECURSO |
| 9ª | DRT-14 nº 247024/08 | ORDINÁRIO |

| | | | | | |
|--|--------------------------------|------|---|--------|-----------|
| RECORRENTE | CIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO | | | | |
| RECORRIDA | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | | | | |
| RELATOR | NILTON LUIZ BARTOLI | AIIM | 3.090.228-9 | S.ORAL | PRODUZIDA |
| EMENTA | | | | | |
| <ul style="list-style-type: none"> ➤ Crédito indevido decorrente da apropriação de crédito relativo a entrada de energia elétrica declarado em GIA sem que tenha sido comprovado oportunamente sua utilização em processo de industrialização. ➤ Laudo juntado após prolação da r. Decisão Recorrida – prova preexistente não fornecida ao Fisco antes da autuação, na peça de defesa ou no recurso e após a manifestação da Representação Fiscal em contra-razões de recurso – preclusão. ➤ Período de apropriação de 2005– laudo de outubro 2008 anexado 09/04/2009. SINERCONSULT - atende ao Grupo Pão de Açúcar a cerca de 10 anos segundo informações durante a produção de sustentação oral – Documento novo é cronologicamente velho e contemporâneo à época dos fatos . ➤ Laudo anexado e produzido extemporaneamente não se presta a comprovar apropriação dos créditos de fatos pretéritos. <p style="margin-left: 40px;">Recurso que se nega provimento</p> | | | | | |
| CAPITULAÇÃO DAS MULTAS | | | Artigo 527, inciso II, alínea "j" c.c. §§ 1º e 10 do RICMS/2000 | | |

VOTO EM SEPARADO – MARCELO LAVES- JUIZ COM VISTA

1, Pedi vista dos autos para melhor analisar , em conjunto com os processos nº 's DRT-2 números 377179/08, 377302, DRT-5 nº 860305, DRTC-I números 258697, 258723, 258678 DRT 14 número 247017 , todos contra empresas do mesmo grupo econômico, nos quais o l. Juiz Relator houve por converter o julgamento em diligência , em face do "laudo técnico" anexado pela Recte após a prolação da r. Decisão Recorrida, por entender se tratar de documento novo que deveria ser contestado pelo Agente Autuante.

2, Para evitar repetições ociosas em desnecessárias, permissa venia, adoto o minudente relato do l. Dr. Nilton Luiz Bartoli.

3, Imperioso salientar que, por ocasião da produção da sustentação oral requerida, a l. Representante da autuada, quando perguntada, esclareceu que houve critérios rigorosos na apuração dos índices percentuais de utilização de energia elétrica no processo de industrialização, tanto que variavam entre os diversos estabelecimento, entre 30 a 40%, em média. Registre-se que o l. Relator aventou a hipótese de equipamentos eventualmente substituídos, cujo consumo dos novos, poderia não representar o consumo da época de apropriação... Em resposta afirmou que foram considerados na apuração os equipamentos substituídos ou concertados e que a empresa que forneceu os "laudos", acompanha Grupo Pão de Açúcar a cerca de 10 anos.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 440
MAY 12 2008
SECRETARIA DOS ANJOS
12/05/2008
1237-0

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

Em razão da similitude da matéria aqui discutida, *permissa venia*, reporto-me ao voto exarado nos autos do Proc. DRTC-I nº 258678, a seguir transcrito:

4, *Por primeiro há que se conceituar o que a melhor doutrina define como documento novo. Os artigos 396 a 398 do CPC, cuida da prova documental e preceituam que junto da inicial ou na resposta, neste caso na defesa, deve ser juntado os documentos destinados a provar as alegações, sendo lícito a juntada, a qualquer tempo, de documentos novos destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos, devendo a parte contrária manifestar-se sobre a juntada. O conceito de documento novo se insere na regra do inciso VIII, do art. 485 do CPC, como segue:*

Art. 485 - *A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
.... omissis

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Vale dizer, documento novo é cronologicamente velho, isto é contemporâneo à época dos fatos, que não foram colacionados oportunamente em razão de ignorá-los ou impedidos de fazer seu uso por motivos justificáveis. Em todos processos supra mencionados o r. "Laudo Técnico" para cada estabelecimento autuado foram confeccionados no decorrer do exercício de 2008. Vê-se pois, que os mesmos não foram elaborados à época da apropriação dos créditos entre 2003 a 2005. É de se perguntar, e isso o laudo não aponta, qual foi o percentual de energia elétrica utilizado naquele período. Não há nenhuma prova conclusiva de os equipamentos hoje existentes no estabelecimento sejam os mesmos em quantidade, tipo ou em consumo de energia à época dos fatos. Quer a Recte aplicar preteritamente um laudo novo, mas para efeito jurídicos não se trata de documento novo. Demais disso, a Recte foi reiteradamente notificada a comprovar a apropriação dos créditos nas GIA's a título de energia elétrica utilizada no processo de industrialização. Não fez a aludida prova pela sua inexistência em valores segregados por uso. A Recte na verdade pretende corrigir o erro perpetrado no passado, com um laudo, em se confirmando sobre a sua exatidão, somente poderia se projetar no futuro.

Convém lembrar que, etimologicamente, processo significa "marcha avante", "caminhada" (do latim, *procedere* = seguir adiante), conforme salienta Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco in *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, Malheiros editores, p. 275).

Erigida a princípio fundamental do procedimento está a preclusão, a qual manifesta-se em razão da necessidade de que as diversas etapas do processo se desenvolvam de maneira sucessiva, sempre para frente, de modo que esgotada uma etapa, não é mais permitido o regresso a ela, respeitando-se assim, momentos processuais extintos e consumados. Com esse método, ensina Humberto Theodoro Júnior, "evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e para o próprio juiz." (in *Curso de Direito Processual Civil*, 10ª edição, Ed. Forense, p. 244.). Assim, segundo este mesmo autor,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 441
MARIA DO ANJOS
SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

citando Chiovenda, é da essência da preclusão a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

No processo **DRT-2 nº 377179/08**, o AIIM foi lavrado em 24/03/2008, no item I-1 relativo ao lançamento de crédito decorrente da entrada de energia elétrica, na totalidade da energia consumida no estabelecimento nos exercícios de jan/2003 a dez/2005 deixando de comprovar o percentual utilizado no processo de industrialização. A Recte protocolou defesa em 09/05/08 e a cópia da r. Decisão Recorrida, foi encaminhada à Recte em 26/12/2008 (fl. 138) A Recte interpôs o r. recurso em 04/12/2008, A d. Representação Fiscal, manejou as contra-razões de recurso em 18/03/2009. Situação análoga nos **Processos DRTC-I nº 25897/08, DRT-2 nº 377302/08, DRTC-I nº 258723/08, DRT-5 nº 860305/07**. Cumpridas todas etapas do procedimento administrativo, a Recte inova com o r. laudo de fls.164 manufaturado em maio de 2008. Somente juntado em 27/04/09. Observa-se desta forma que a Recte já possuía o laudo quando da interposição do recurso, com a justificativa de que só foi concluído recentemente, ainda assim não se reporta aos dados do passado, portanto não se prestando ao fim que se destina. Nos Autos do Proc. **DRT-14 nº 247024**, do mesmo modo no Proc. **DRT-14 n. 247017/08**, a d. Representação Fiscal em contra-razões de recurso manifestou-se, à fl.421 e 302, respectivamente, sobre o laudo nos seguintes termos:

"... Ressalte-se, também que o Laudo Técnico (fls. 395/3298), apresentado pelo contribuinte em complementação à sua peça recursal, a nosso ver, em nada o socorre. Como informa a própria autuada, às fls. 391, a empresa por ela contratada para a elaboração do referido laudo teria iniciado o trabalho no 1º semestre de 2008, vindo a concluí-lo por volta do mês de março de 2009. Essa informação torna certo que o laudo só abrange período posterior ao dos créditos impugnados, nada podendo informar, portanto sobre as condições do estabelecimento no período relativo à autuação (janeiro de 2003 a dezembro de 2005), não possuindo, desse modo, valor como prova no presente caso. ..."

A jurisprudência a seguir transcrita corrobora assertivas supra expostas e que, permissa venia, as adoto com razão de decidir:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS.

1. **DOCUMENTO NOVO. CONCEITO. ART. 397, CPC.** Conforme art. 397 do CPC, documento novo é aquele destinado a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-lo aos que foram produzidos nos autos. Não se pode, pois, juntar documento com razões de apelação para fazer prova de situação fática anterior à prolação da sentença.

2. **É DO ALIMENTANTE O ENCARGO DE COMPROVAR A SUA REAL CAPACIDADE FINANCEIRA. CONCLUSÃO Nº 37 DO CETJRS.** 3. Declaração prestada por técnico contábil não possui credibilidade para fins de comprovação dos ganhos do alimentante, em face do comprometimento profissional daquele com este.

NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70011861002, Sétima Câmara Cível,



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA DOS ANJOS
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 442
MÁRIA F. DOS ANJOS
AUX. FISCAL
130137-0

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/07/2005)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ART. 485, VII. DOCUMENTO NOVO. LAUDO PERICIAL.

I - Para ensejar ação rescisória (CPC, art. 485, VII), considera-se "documento novo" aquele que já existia à época do julgamento da lide, mas não instruiu o processo em função de impedimentos alheios à vontade do autor.

II - Considera-se documento novo o laudo médico-pericial, cujo conhecimento oportuno poderia influir na decisão da causa.

(REsp 743.011/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14.02.2008, DJ 05.03.2008 p. 1)

O laudo pericial é o relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato litigioso, por meio dos conhecimentos especiais de quem o examinou.

Vale pelas informações que contenha, não pela autoridade de quem o subscreveu, razão pela qual deve o perito indicar as razões em que se fundou para chegar às conclusões enunciadas em seu laudo (art. 431, CPC).

O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. "Deve apenas apurar a existência de fatos cuja certificação dependa de conhecimento técnico." Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário a base de outros elementos ou fatos provados no processo.

E, realmente, deve ser assim, pois do contrário, o laudo pericial deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitiço de decisão arbitral e o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tomando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional.

Assim, "o parecer do perito é meramente opinativo e vale pela força dos argumentos em que repousa".

Deles, em consequência, o juiz pode divergir, em duas hipóteses:

a) quando carecer de fundamentação lógica. "Se o perito subtrair ao conhecimento do juiz e dos interessados os motivos em que se baseou para emitir a sua opinião, nenhum valor se poderá atribuir ao seu laudo: é como se não existisse laudo pericial";

b) quando outros elementos de prova do processo o conduzirem à formação de convicção diversa daquela apontada pelo perito, posto que a perícia não é prova hierarquicamente superior às demais provas; e na técnica do Código, o juiz não se vincula à opinião do perito, mas apenas à própria convicção.

Poderá entretanto ser considerado como subsídio, todavia não vincula o Juiz em



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 043
MAJUA
SECRETARIA DOS ANJOS
13.001.0372

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

processo que se apura ilícito tributário, pelo que dispõe o artigo 436 do Código de Processo Civil, e as jurisprudências que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

PROVA PERICIAL - VINCULAÇÃO DO JUÍZO - Nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito à prova técnica produzida, podendo valer-se de outros elementos constantes do autos. (TRF 4ª R. - AC 96.04.33572-3 - RS - 5ª T. - Relª Juíza Maria Lucia Luz Leiria - DJU 04.11.1998 - p. 531)

PERÍCIA - DESNECESSIDADE - Nosso sistema processual determina que o juiz pode dispensar a prova pericial acaso seja ela desnecessária frente a outras provas realizadas (CPC, art. 420, parágrafo único, II), bem como o indeferimento de diligências que se afigurem inúteis a solução da lide ou protelatórias (CPC, art. 130). (TRF 4ª R. - AI 97.04.17645-7 - RS - 4ª T. - Rel. Juiz José Germano da Silva - DJU 03.06.1998)

PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO - 1. A teor do que dispõe o parágrafo único do art. 420 do Código de Processo Civil brasileiro, é perfeitamente possível ao juiz, a seu critério e de acordo com a sua convicção, indeferir o pedido de prova pericial, uma vez que esta se fizer desnecessária em vista de outras provas produzidas. 2. Recurso improvido. (TRF 4ª R. - AI 96.04.40000-2- RS- 3ª T.- Relª Juíza Luiza Dias Cassales-DJU 30.09.1998- p.488)

Neste diapasão, compulsando as provas carreadas aos autos concluo que o processo encontra-se em condições de ser julgado e pela legalidade da exigência fiscal.

5, No que se refere à decadência suscita nos processos, adiantando meu voto, assumo quão tormentosa é a matéria atinente ao tema. Prescrição e decadência são seguramente dos mais intrincados assuntos, em qualquer dos quadrantes do direito. Ocorre que, não obstante, o posicionamento reiteradamente adotado, nos julgados, e todos no mesmo sentido, proferidos nos **REsp. 202176/PR** (j. sessão de 27.04.1999); **REsp. 135659/SP** (j. sessão de 02.10.1997); **REsp. 172997/SP** (j. sessão de 18.05.1999) e **REsp. 205232/SP** (j. sessão de 04.05.1999) e mais recente **RESP n.º 178.526-SP** j.sessão do plenário de 29.11.2001 (DJ de 11.03.2002), além do **RESP18942-1**, não mais se sustentam na medida em que o Eg. Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da sua Primeira Sessão e nos **Embargos de Divergência no Recurso Especial 146.213/SP**, no qual figurou como relator o Ministro José Delgado, e em recurso que foi movido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), definiu a questão relativa à decadência do direito de o Fisco poder lançar tributo.

Nesse contexto, convém relembrar que o entendimento adotado pelo C. STJ, até então, era de que o fisco tinha o prazo de até dez anos para poder realizar a constituição de um



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

RELS. 444
RECEBEMOS
SANTOS DOS ANJOS
RG. nº 11.111.111-11
337-9

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

tributo, por meio do seu lançamento tributário e para os tributos cujo lançamento se verificava pelo regime de homologação.

O lançamento fiscal que atende ao regime da homologação é aquele por meio do qual o contribuinte realiza o recolhimento do imposto na forma que entende correta, cabendo ao fisco considerá-la adequada e, a posteriori, homologando o lançamento (exemplo: Declaração de Imposto de Renda feita pelo contribuinte).

O artigo 150, o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece o que se deve entender por lançamento tributário feito por homologação, o qual se verifica quanto aos tributos cuja legislação dispõe caber ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento respectivo e sem que a autoridade administrativa realize seu exame.

Estabelece ainda, em seu parágrafo 4º, que se a legislação não dispuser sobre o prazo de homologação, ele deverá ser de cinco anos contados da data da ocorrência do respectivo fato gerador. E, passado esse prazo, sem que o fisco tenha se pronunciado a respeito, será considerado homologado o lançamento tributário, extinguindo-se o crédito, sem que o fisco possa exigí-lo posteriormente, exceto quando comprovada a ocorrência de fraude, simulação ou dolo.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.1996, que é considerada como legislação complementar à Constituição Federal) estabelece em seus artigos 173 e 174 os prazos relativos à decadência e à prescrição tributária.

No artigo 173, o Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que o direito de o fisco constituir o crédito tributário extingue-se depois de decorridos cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido feito o lançamento (inciso I do citado artigo 173), ou, conforme o caso, a data na qual tenha transitado em julgado a decisão a qual haja anulado o lançamento anteriormente feito e em razão da ocorrência de vício formal (inciso II do mencionado artigo 173 do CTN).

A matéria citada diz respeito à decadência tributária. Já no artigo 174 do Código Tributário Nacional, a matéria versada diz respeito à prescrição tributária, ou seja, qual o prazo que o fisco tem para exigir e para cobrar o tributo constituído em definitivo, anteriormente, e quais os meios legais e cabíveis.

Como é de conhecimento, o Imposto de Renda (IRPF ou IRPJ), a CSSL, o IPI, o ICMS, assim como as contribuições para o INSS, são tributos que estão sujeitos aos lançamentos por homologação, sendo que o fisco, pelo entendimento jurisprudencial do STJ, anterior à decisão tomada pela Primeira Sessão do citado tribunal e nos **Embargos de Divergência no Resp. 146.213/SP**, tinha o prazo de dez anos para analisar os fatos e, eventualmente, realizar a exigência tributária caso considerasse indevido o lançamento.

De certa forma, os contribuintes foram beneficiados com a mudança de orientação sobre a matéria atribuída pelo STJ, uma vez que o fisco passa a ficar obstado de realizar o lançamento de tributo depois de decorridos cinco anos nos termos do artigo 173, I e II do CTN.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 446

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
REG. 13.241/93-0

| | | |
|------------------|---------------------|-----------|
| CÂMARA JULGADORA | PROCESSO | RECURSO |
| 9ª | DRT-14 nº 247024/08 | ORDINÁRIO |

Assim, o lançamento de ofício, atividade privativa do Fisco, pressupõe necessariamente a **inexistência de constituição regular do crédito tributário por parte do sujeito passivo da obrigação tributária**. O cerne da questão corresponde ao plano da eficácia, da regra abstrata que determina o dever instrumental de realizar o pagamento antecipado. Não havendo lançamento regular (pagamento antecipado) não há o que se homologar nos termos do artigo 150 do CTN. Por estas razões é que a concretização do lançamento, a teor do artigo 17 do CTN deve se dar, em regra, no lapso temporal de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do CTN). O conseqüente normativo dessa regra ataca a competência administrativa de o Fisco produzir o ato-norma administrativo de lançamento tributário ou, que é o mesmo, extingue o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito, na precisa dicção do caput do artigo 173 do Código Tributário Nacional. O I. Mestre Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi, quando Juiz desta Egrégia Corte Administrativa, externou este mesmo entendimento nos autos do Proc. DRT -05 nº 09649/94, lastreado nos ensinamentos do I. Doutrinador Max Limonad, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", p. 164/165 e 168.

Demais disso, o regime do artigo 150 só é aplicável no ICMS à luz dos atos lícitos sujeitos à homologação. Atos ilícitos, são atos contra o direito e não estão sujeitos, portanto, a qualquer homologação: regem-se pelo artigo 173, I, do CTN. Não se subsume, no caso em comento, à aplicabilidade da regra inserta do artigo 150, § 4.º do CTN. A jurisprudência que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir, bem elucidam a controvérsia:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - PRAZO (CTN, ART. 173) - I - O art. 173, I, do CTN, deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4º. II - A decadência do direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art. 150, § 4º)" (RESP 58.918-5/Humberto). III - Recurso provido em parte. (STJ - RESP 413343 - SC - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 17.02.2003)

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA (ARTS. 496, VIII E 546, CPC - ART. 266, RISTJ) - TRIBUTÁRIO - ICM - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO - DECADÊNCIA - CTN, ARTIGOS 150, § 4º E 173, I - 1. A lavratura do auto de infração é uma das bases de procedimento administrativo fiscal e não encerramento do lançamento fiscal e tributário. A constituição do crédito tributário é ato complexo. 2. A data do fato gerador, por si, não é o termo inicial da decadência. Opera-se depois de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo do Estado rever e homologar o lançamento. Interpretação conjugando as disposições dos artigos 150, § 4º e 173, I, CTN. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Embargos acolhidos. (STJ - ERESP 204457 - MG - 1ª S. - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - DJU 11.11.2002) (Ementas no mesmo sentido)JCPC.496 JCPC.496.VIII JCPC.546 JCTN.150 JCTN.173 JCTN.150.4

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXECUÇÃO FISCAL - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO -



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 446

MANTENHA
AV. A. N. P. DOS ANJOS
R. 1311 B. 937.0

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

PRAZO (CTN ART. 173) -

- I - O Art. 173, I do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4º.
- II - O termo inicial da decadência prevista no Art. 173, I do CTN não é a data em que ocorreu o fato gerador.
- III - A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art 150, § 4º). (STJ - REsp 200659 - AP - 1ª T. - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 21.02.2000 - p. 93)

TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, de modo que o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo). Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, situação em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ - REsp 199560 - SP - 2ª T. - Rel. Min. Ari Pargendler - DJU 26.04.1999 - p. 87).

No presente caso, restou provado que não houve o recolhimento do tributo. Nesse diapasão, não havendo recolhimento não á que se falar em homologação. Assim, subsiste o direito do Fisco em efetuar a exigência do tributo pelo lançamento de ofício, nos termos do inciso I, do artigo 173 do Código Tributário Nacional, qual seja; contando do 1.º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

6, É sabido que o descumprimento de obrigação principal impõe, além do pagamento do tributo não pago e do pagamento dos juros e da correção monetária, o pagamento de uma multa, comumente chamada de moratória ou de revalidação e que o descumprimento de obrigação acessória acarreta tão-somente a imposição de uma multa disciplinar, usualmente conhecida pela expressão "isolada". Assim, pouco importa ser a multa isolada ou de mora; descumprida a obrigação a multa passa a ser devida. A vedação constitucional de confisco refere-se ao tributo e não à multa pelo inadimplemento da obrigação que visa coibir a prática de ilícito fiscal e é graduada em função da gravidade da falta cometida.

A multa constitui-se em penalidade pela ausência de pagamento do crédito tributário no vencimento, não podendo ser julgada confiscatória ao ser aplicada, na medida em que exerce suas funções de prevenção geral e específica e não fulmina a fonte de renda do contribuinte, situando-se nos limites impostos pelo RICMS.

Ao Julgador não compete graduar o percentual, estabelecido em lei, da multa imposta em razão do não pagamento do tributo, sobretudo porque a alegada natureza confiscatória é fundada em mero juízo subjetivo do devedor, alegando inviabilidade da empresa. Ademais, a multa aplicada está consentânea com a legislação de regência, razão pela qual rejeito arguição de que



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 447

ANOS DOS ANJOS
13.3
p.937.0

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-14 nº 247024/08

RECURSO
ORDINÁRIO

seu elevado percentual afrontaria princípio constitucional.

O Colendo Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no que tange à legitimidade dos Estados-Membros reconhecendo que os mesmos têm competência para estabelecer a forma de atualização dos seus créditos fiscais, para aplicação de multas, bem como na exigência do tributo declarado em não pago, inclusive reformulando o entendimento do Eg. STJ, conforme ementas que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – ICMS – ACÓRDÃO – MOTIVAÇÃO – OMISSÃO – ARTIGOS 128, 458, II, E 460, CPC – DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO – DISPENSA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A INSCRIÇÃO E COBRANÇA EXECUTIVA DA DÍVIDA FISCAL – CORREÇÃO MONETÁRIA – UFESP – IPC/FIPE – ÍNDICE APLICÁVEL – CTN – LEI Nº 6.899/1981 – LEI Nº 8.177/1991 –

1, O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o artigo 128, do mesmo código.

2, **Tratando-se de débito declarado e não pago pelo contribuinte, torna-se despicienda a homologação formal, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de procedimento administrativo fiscal. Descogita-se de ofensa ao “devido processo legal”.**

3, Predomina a compreensão da legalidade da UFESP, reconhecendo-se que os estados-membros tem competência para estabelecer a forma de atualização dos seus créditos fiscais.

4, A jurisprudência do STF, afastando acenada eiva de inconstitucionalidade, estadeou a legalidade da aplicação do IPC/FIPE como índice para a Correção Monetária de créditos fiscais da fazenda estadual, assentamento acolhido para modificar a compreensão que prevalecia no âmbito do STJ (EDREsp 85.080/SC – Rel. Min. Ari Pargendler – in DJU de 24.11.1997).

5, **A aplicação da multa e consequência do procedimento fiscal, decorrente da falta de pagamento do tributo declarado. Não é ilegal a sua imposição.**

6, **Multiplicidade de precedentes. Jurisprudência pacificada.**

7. **Recurso improvido.** (STJ – REsp 98805 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 30.03.1998 – p. 11)

APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – CDA – JUROS – MULTA – A multa fiscal é espécie de sanção por descumprimento, de caráter punitivo; os juros ressarcem a mora. O Município de Porto Alegre aplica a multa de 15% sobre o valor monetariamente corrigido do tributo (artigo 69, parágrafo 3º, da LC 7/73, com a redação que lhe deu a LC 209/89), e faz incidir juros, de 1% ao mês (mesmo artigo, parágrafo 5º), com o que não ultrapassa do razoável e não tem feição confiscatória. Apelo não provido. (TJRS – APC 599460771 – 1ª C.Cív.Esp. – Rel. Des. Genaro José Baroni Borges – J. 26.10.2000)

TRIBUTÁRIO – IPTU – ALEGAÇÃO DE MAJORAÇÃO DO TRIBUTO, PELO AUMENTO



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
 TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS. 448

SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
 TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
 Nº. 13.600.037-9

CÂMARA JULGADORA
 9ª

PROCESSO
 DRT-14 nº 247024/08

RECURSO
 ORDINÁRIO

DA BASE DE CÁLCULO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA EM PLANTA GENÉRICA, POR ATO DO PODER EXECUTIVO – POSSIBILIDADE – MULTA – Impossibilidade de redução, pelo Judiciário, do percentual estabelecido em lei com suporte em juízo meramente subjetivo de sua natureza confiscatória. É possível, através de planta genérica, estabelecida por ato do Poder Executivo, a correção monetária dos valores prestantes ao estabelecimento da base de cálculo do IPTU. Ao Judiciário não compete graduar o percentual de multa, estabelecido em lei, imposta em razão do não pagamento do tributo, sobretudo porque a alegada natureza confiscatória é fundada em mero juízo subjetivo do devedor, alegando que ela inviabilizará a sua empresa. Recurso a que se nega provimento. (TJMG – AC 127.062/8 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Fernandes Filho – J. 09.02.1999 (g.n.)

A Constituição da República (art. 150, IV), veda a utilização do tributo com efeito de confisco, porém tal vedação não se estende aos seus acréscimos legais, como a multa punitiva ou moratória. Até porque, este não é o fórum apropriado para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou deixar de aplicá-la por ter sido argüida pela parte irresignada, na esteira da ementa que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ADMINISTRATIVO – PRAZO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE – ISENÇÃO – MULTA CONFISCATÓRIA – QUESTÃO CONSTITUCIONAL – O ato não deve ser repetido, nem suprida a falta, quando não prejudicar a parte. A questão referente à isenção prevista no art. 11 do Decreto-lei nº 406/68 é constitucional, não podendo ser revista em recurso especial, assim como a questão referente à aplicação de multa com caráter alegadamente confiscatório. Recurso improvido. (STJ – REsp 218.871 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 11.10.1999 – p. 50)

7, Pelo exposto, impetrando venia ao l. Dr. Nilton Luiz Bartoli, voto no sentido de conhecer do recurso e no mérito negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. Decisão Recorrida, devendo o presente ser encaminhado ao l. Juiz Relator, no caso de superação da diligência proposta, para a apreciação do mérito, nos termos do art. 29, §8º do Regimento Interno do Tribunal de Impostos e Taxas -

É como voto, em separado.

Tribunal de Impostos e Taxas/ Sala de Sessões, 23 de outubro de 2009.

Marcelo Alves

Juiz com vista

MANTENDO meu voto pela diligência

NILTON LUIZ BARTOLI

acompanho o voto do ilustre juiz
 de vista no tocante a preliminar
 de diligência

JOSÉ DUFEK NETTI

FIS 10

Com o Dr. Marcelo Aves.

Katia@matyuu
KATIA OHARA HIGUTI

C
A



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|---------------------|
| CÂMARA |
| 9ª JULGADORA |

| |
|------------------------------|
| PROCESSO Nº |
| DRT 207 - 247024/2008 |

| |
|--------------------------|
| RECURSO |
| RECURSO ORDINÁRIO |

| | | | | | | |
|---|---------------------------------------|-------------|--------------------|----------------|------------|-----------------|
| RECORRENTE | CIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO | | | | | |
| RECORRIDO | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | | | | | |
| RELATOR | NILTON LUIZ BARTOLI | AIIM | 3.090.228.9 | S. ORAL | SIM | Fis. 393 |
| EMENTA | | | | | | |
| ICMS – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA PARCIAL – ART. 150, §4º, DO CTN. PRECEDENTES DA CÂMARA SUPERIOR DESTE EG. TRIBUNAL. INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO: - AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA; - AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. | | | | | | |

VOTO

De plano, consigno que se encontram os autos em plenas condições de julgamento, uma vez realizada Sustentação Oral, ora requerida pelo interessado, em 30.09.2009, perante a esta Eg. 9ª. Câmara Julgadora, sob mesma composição.

Consigno que não se encontram sub *judice* os itens 2.3 à 2.36 do AIIM, relativos ao creditamento atrelado à aquisição de serviços de comunicação, haja vista que o contribuinte optou por incluí-los no Programa de Parcelamento Incentivado, previsto pelo Decreto 51.960/2007, conforme demonstram documentos colacionados aos autos, e atestado pela informação de fl. 368.

Antes, no entanto, de adentrar na questão de mérito envolvida nos autos, necessário analisar questão preliminar suscitada pelo Recorrente – decadência – a qual não se encontra no objeto da decisão antes proferida por esta Eg. Câmara, em 23.10.2009.

No tocante à decadência, pelos fundamentos que abaixo irei delinear, no sentido dos quais já me manifestei por inúmeras vezes perante este Eg. Tribunal, por sempre me balizar em entendimento pacífico, de doutrina e jurisprudência, de que no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o ICMS, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150 § 4º do CTN, de seguinte redação:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT-~~14~~ - 247024/2008

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

14
 pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
 § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Neste sentido, concluo que, com ou sem o pagamento antecipado do tributo, dispõe a Fazenda Pública do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologar o autolancamento ou, ao contrário, constituir de ofício o crédito tributário eventualmente omitido pelo contribuinte, exceto pela comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Veja-sê, a propósito, o que diz o artigo imediatamente antecedente:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....
 V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

Assim sendo, ainda que não se trate, *in casu*, de recolhimento antecipado de tributo, já que se trata de acusação de crédito indevido, dispunha o Fisco do prazo de cinco anos, da ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Com efeito, a previsão para que se aplique o disposto no artigo 173 do CTN pressupõe a comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que não se demonstra nos presentes autos.

Sucedo que o lançamento de ofício efetuado pela Autoridade Fiscal ocorreu em 27.03.2008, para exigência de tributos relativos ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-19 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

É inegável, portanto, que os fatos geradores ocorridos antes de 27 de março de 2003, encontravam-se cobertos pela decadência no momento da autuação, não podendo ser contemplados pelo AIIM ora em julgamento.

Nestes termos, uma vez que a autuação pretende a exigência de tributos supostamente devidos, relativos ao período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2005, diante da ocorrência do evento decadência, mostra-se parcialmente improcedente o AIIM.

Isso, aliás, segundo iterativa jurisprudência deste Tribunal, segundo a qual o prazo decadencial se exaure após cinco anos da ocorrência do fato gerador do tributo, ou seja, após cinco anos da data em que foi praticada a infração, conforme disciplina o parágrafo 4º, do artigo 150, do Código Tributário Nacional.

Também é de se ressaltar que há precedentes da Câmara Superior deste Eg. Tribunal, dando conta de que o prazo decadencial nos casos dos lançamentos por homologação deve ser regido pelo disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos:

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRT-16-289634/2006- **Câmara Superior 08/09/2009**

Relator: Eduardo Perez Salusse

Decisão publicada no Diário Oficial de 16 de Outubro de 2009

ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 150, PARÁGRAFO 4º DO CTN.

O prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

O objeto da homologação é a atividade de apuração, e não o pagamento do tributo.

Recurso especial do contribuinte conhecido e provido.

RECURSO CONHECIDO. PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Processo: DRT-05-3001/1998 - AIIM 78454-P

Recorrente / Recorrida: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO

Recorrida / Recorrente: TRW AUTOMOTIVE LTDA



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-14 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Relator: Eduardo Pérez Salusse

Tipo de Recurso: Recurso Especial

Advogado: Dr(a). Celso Botelho De Moraes

Ementa: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO. BENS DE USO E CONSUMO. ATIVO IMOBILIZADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECONHECIMENTO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. SUBMISSÃO DESTE TRIBUNAL. RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. 1 - O prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. 2 - É indevida a correção monetária de créditos extemporâneos do imposto, a teor da Súmula 3/2003 do TIT. 3 - É ilegítimo o creditamento de ICMS proveniente da aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. 4 - Este Tribunal é obrigado a decidir em conformidade com decidido por sentença judicial transitada em julgado, reconhecendo direito à correção monetária do imposto. Recurso especial da Fazenda conhecido relativamente à decadência e, no mérito, negado provimento, mantendo-se incólume a decisão recorrida; e Recurso especial do contribuinte conhecido no que se refere ao creditamento de bens de uso e consumo e, no mérito, negado provimento. Recurso especial do contribuinte conhecido quanto ao aspecto relativo à correção monetária dos créditos extemporâneos, e, no mérito, provido parcialmente para afastar integralmente o item 10 da acusação fiscal reconhecidos por sentença transitada em julgado. RECURSO DA FAZENDA CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. RECURSO DO CONTRIBUINTE. CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE. DECISÃO UNÂNIME. Recurso da Fazenda: Negado provimento. Decisão unânime

Recurso do Contribuinte: Provido parcialmente. Decisão unânime.

Penso, portanto, que não se deve ignorar os precedentes acima colacionados, de origem na Câmara Superior deste Eg. Tribunal, até pela observância dos princípios da eficiência, celeridade, e economia processual, que norteiam o processo administrativo.

Por fim, destaco que, aos autos, não se aplicaria o disposto no artigo 173 do Código Tributário Nacional, haja vista expressa disposição do mesmo mandamento de que aos lançamentos por homologação aplica-se a regra do artigo 150, como já exposto no presente.

Neste sentido, reproduzo comentários do ilustre Jurista e Professor, José Eduardo Soares de Melo, ex juiz deste Eg. Tribunal de Impostos e Taxas, em obra destinada a comentar o Código Tributário Nacional:



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|---------------------|
| CÂMARA |
| 9ª JULGADORA |

| |
|---|
| PROCESSO Nº |
| DRT-107 – 247024/2008 |

| |
|--------------------------|
| RECURSO |
| RECURSO ORDINÁRIO |

“...
 14

O CTN (art. 156, V) estatui a extinção do crédito tributário pela decadência, fixando que o direito da Fazenda efetuar o lançamento fenece após 5 (cinco) anos contados da forma seguinte:

a) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Essa regra geral determina que o sujeito passivo somente pode registrar (lançar) o tributo no período compreendido entre o exercício em que ocorre o fato gerador e o último dia do quinquênio posterior. Tendo procedido à declaração dos fatos tributários (exercício de 2002), o Fisco terá que lançar o tributo até 31.12.2007; enquanto que, tendo apurado a sonegação de tributos (gerados em 2000), o Fisco somente poderá efetuar o lançamento de ofício até 31.12.2005.

Essa sistemática é inaplicável aos denominados lançamentos por homologação, em que o prazo decadencial não é contado de conformidade com os exercícios, pois o CTN estabelece (§4º, art. 150) que “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Sendo realizados os fatos geradores de tributos, cuja modalidade é a antecipação de pagamento – como é o caso do IPI, do ICMS e do ISS – o Fisco somente poderá efetuar a cobrança dos valores devidos e não recolhidos no prazo de cinco anos contados de cada fato gerador. **Tendo o comerciante vendido mercadorias em 31.3.2000, sem recolher o ICMS, o Estado somente poderá lançar este tributo até 31.3.05.**

A utilização de métodos fazendários para a apuração de fatos



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|---------------------|
| CÂMARA |
| 9ª JULGADORA |

| |
|---|
| PROCESSO Nº |
| DRT. 14 - 247024/2008 |

| |
|--------------------------|
| RECURSO |
| RECURSO ORDINÁRIO |

geradores de ¹⁴ICMS (operações mercantis) não possibilita ao Fisco dilatar o prazo decadencial. Considerando-se que é mensal o período usual de apuração desse imposto, não pode promover levantamento (econômico, específico, de produção) considerando o exercício (período anual) e, por conseqüência, pretender que o termo inicial seja o primeiro dia do exercício seguinte.

Verificado o fato gerador no final de junho/2000 – com início do prazo de decadência em 1.7.2000 (art. 150, §4º) – não pode a Fazenda considerar o exercício anual (2000) e somente iniciar a contagem da decadência em 1.1.2001 (art. 173, I, CTN).

A ressalva contida no §4º do art. 150 do CTN – “se a lei não fixar prazo à homologação” – não pode significar facultatividade ao legislador ordinário para aumentar o prazo decadencial para a homologação, uma vez que compete exclusivamente à lei complementar (como é o caso do CTN) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre decadência tributária (art. 146, III, a, CF). Tendo o CTN fixado o prazo de cinco anos, não há fundamento para cogitar-se prazo superior.” (Melo, José Eduardo Soares de. in Comentários ao Código Tributário Nacional. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe, coordenadores – São Paulo: MP Editora, 2005. Destaques acrescentados ao original.

Adotando a mesma linha de raciocínio, uma vez que o ICMS é imposto de apuração mensal¹, ainda que se entenda pela adoção do prazo decadencial previsto no artigo 173, I², do Código Tributário Nacional, o exercício seguinte àquele em que o

¹ Art. 84. Os estabelecimentos enquadrados no regime periódico de apuração, em relação às operações ou prestações efetuadas no período, apurarão (Lei nº 6.374/89, arts. 48, parágrafo único, e 49);

...
³ Salvo disposição em contrário, a apuração do imposto far-se-á mensalmente, no último dia do mês.

² Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT ~~127~~ - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

lançamento poderia ter sido efetuado só pode ser o mês imediatamente subsequente ao do fato gerador do imposto.

Destarte, ainda assim, o lançamento em análise estaria parcialmente afetado pela decadência.

Concluo, pois, considerando a data da lavratura do AIIM, 27.03.2008, que se encontrava decaído o direito da Fazenda para a exigência dos fatos geradores antecedentes à data de 27.03.2003.

No mérito, no tocante a infração apontada no **item 1.1** do AIIM, esta diz respeito à imputação de crédito indevido de ICMS, decorrente de aquisição de energia elétrica.

A recorrente aduz, em derradeiros argumentos, que exerce, "*na sua condição de supermercados, atividades industriais, tais como corte de frios, embalagem, panificação, etc.*".

Atentemo-nos que é fato incontroverso o novel posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, quanto à matéria em debate, em que pese este relator não compartilhar do mesmo entendimento.

Sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil³, o Egrégio Tribunal, ao apreciar o Recurso Especial de nº 1.117.139-RJ⁴, firmou o entendimento segundo o qual, em se tratando de estabelecimento de natureza comercial, não é possível se creditar dos valores pagos a título de ICMS sobre a energia elétrica, **ainda que tenha sido destinada à produção de alimentos a serem vendidos naquele estabelecimento.**

Vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-c, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS.

³ Trata-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento de recursos repetitivos.

⁴ No julgamento de Embargos de Declaração, ocorrido em 27.4.2010, o STJ confirmou o resultado do julgamento proferido no Resp nº 1.117.139-RJ.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-19 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO) ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, 'B', DA LEI COMPLEMENTAR 87/96, ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.
2. A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (art. 20, caput).
3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que segue:

'Art. 33 (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
(...)

II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;' (redação original)

'II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;' (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000)
- 'd) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;' (alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002)
- 'd) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;' (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006)

(...)'

4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).
5. Deveras, com o advento da Lei Complementar 102/2000 (entrada em vigor em 1º.08.2000), a entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: (i) quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea 'a'); (ii) quando consumida no processo de industrialização (alínea 'b'); (iii) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea 'c'); e (iv) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea 'd').
6. A Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-109 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

de 17.12.2002), no que concerne às hipóteses diversas das previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.

7. Por fim, a Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do inciso II, do art. 33, da LC 87/96) surge somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

8. Conseqüentemente, a entrada de energia elétrica no estabelecimento, que não for objeto de operação de saída de energia elétrica, que não for consumida no processo de industrialização e cujo consumo não resulta em operação de saída ou prestação para o exterior, somente ensejará direito ao creditamento de ICMS a partir de 1º.01.2011.

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semi-faturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96, foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que "produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária".

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis:

"Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT-199 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.

16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta:

"I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação: a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor" (artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

18. Conseqüentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como "processo de industrialização", à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Decreto 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

19. A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

20. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 588.954/SC, cujo thema iudicandum restou assim identificado:

"ICMS. Crédito de serviços de energia elétrica utilizado no processo produtivo. Princípio da não-cumulatividade. Supermercado. Atividade industrial de alimentos. Panificação e congelamento."

21. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como condição, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

22. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT. 14 - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

23. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

24. Os dispositivos legais apontados como violados restaram implicitamente prequestionados, não se vislumbrando violação do artigo 535, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido afastou a alegação de cerceamento de defesa (pugnando pela desnecessidade da prova) e considerou impossível o creditamento do ICMS, ao fundamento de que "a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo".

25. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98).

26. A manutenção do julgado monocrático pelo órgão colegiado, em sede de agravo interno, com a encampação dos fundamentos exarados pelo relator, torna prejudicada a controvérsia acerca da regular aplicação do caput, do artigo 557, do Código de Processo Civil (Precedentes do STJ: **AgRg no Ag 1.155.697/DF**, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009; **AgRg no Ag 807.013/GO**, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 03.09.2009; **REsp 772.447/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 27.11.2008; **AgRg no REsp 389.936/SC**, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 09.10.2008; e **REsp 1.038.501/PR**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 12.05.2008).

27. A apontada violação dos artigos 130 e 131, do CPC, não resta configurada, quando o Tribunal de origem, prestigiando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, considera desnecessária a produção de prova, sob o fundamento de que "a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo".

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (grifos do original)

Desta forma, de acordo com a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, embora a Constituição Federal determine a não-cumulatividade como técnica de imposição e arrecadação do ICMS, as normas previstas no Decreto 4.544/2002 (Regulamento do IPI) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT ~~100~~ - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Frisa-se que, especialmente a regra do artigo 5º, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais, o preparo por padarias, quitandas e semelhantes, de produtos destinados à venda direta ao consumidor e que não sejam acondicionados em embalagem de apresentação.

Pois bem, como destacado no início, o Superior Tribunal de Justiça fixou o referido entendimento, sob o regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, dispositivo acrescentado ao diploma em questão pela Lei nº 11.672, de 8.5.2008⁵.

Mencionado dispositivo trata do procedimento para julgamentos de recursos repetitivos pelo STJ, mediante a seleção de recursos representativos da controvérsia.

Em se tratando de processos judiciais, por força dos incisos I e II, do §7º, do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, os tribunais devem seguir a orientação do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

(...)

§7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado nas hipóteses de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça;

II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

O mecanismo, portanto, prevê a retratação do tribunal *a quo*, nos casos em que o acórdão por ele proferido contrastar com o entendimento firmado pelo STJ.

Nessa esteira, entendo que não cabe a este tribunal administrativo inovar ante o referido posicionamento, exarado sob o regime de recursos repetitivos, haja vista que as decisões submetidas a tal sistemática (543-C do

⁵ Que inclusive se aplica aos recursos já interpostos por ocasião da sua entrada em vigor., nos termos do art. 2º da mencionada Lei.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT ~~14~~ - 247024/2008

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

Código de Processo Civil) ostentam força persuasiva especial e diferenciada.

Inclusive, este foi o posicionamento que instruiu recente Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/2010), ao concluir pela ausência de interesse da instituição em continuar apresentando recursos (ordinários ou extraordinários) contra decisões proferidas em consonância com precedente oriundo do novo regime imposto pelos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil:

" [...]

7. Finalmente, com a introdução, no sistema processual civil pátrio, da **sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extremos repetitivos** (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), tal qual delineada pelos arts. 543-B e 543-C, a **força persuasiva dos precedentes judiciais oriundos do STJ/STF chegou a um nível bastante elevado**, abaixo, apenas, da força – no caso, vinculante – de que os mesmos se revestem quando resultam em Súmulas Vinculantes ou quando provém de julgamentos realizados, pela Suprema Corte, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

[...]

9. Entretanto, apesar de não ser, propriamente, vinculante, e de não ensejar a inadmissão automática dos recursos interpostos contra os futuros acórdãos que o aplicarem, é certo que os precedentes judiciais formados sob as vestes dos arts. 543-B e 543-C do CPC ostentam uma **força persuasiva especial e diferenciada**, capaz, a um só tempo, de **distingui-los** dos outros precedentes judiciais, também oriundos do STF/STJ, mas que não resultaram de julgamentos submetidos a tal sistemática, e de **tornar a sua aplicação** praticamente impositiva às futuras demandas que tratem da mesma questão jurídica nele tratada, podendo essa aplicação ser superada, apenas, em hipóteses absolutamente remotas e excepcionais.

10. E de onde advém essa **sobredita força persuasiva especial e diferenciada dos precedentes judiciais formados sob a nova sistemática de julgamento**? A resposta, segundo aqui se entende, é **ade** que a força persuasiva especial e diferenciada desses precedentes judiciais advém, basicamente, de **dois fatores** (que guardam entre si verdadeira relação de interdependência): **primeiro**, do procedimento, também especial e diferenciado, conferido ao julgamento dos recursos extremos, repetitivos, tal qual delineado nos arts. 543-B e 543-C do CPC; **segundo**, da própria lógica do novo instituto, ou, ainda, da sua razão-de-ser.

[...]

13. Justamente por resultarem de procedimento tão especial e legitimador, os precedentes judiciais formados nos termos dos arts. 543-B e 543-C do COC revestem-se de um nível de **definitividade e**



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT. ~~14~~ - 247024/2008

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

certeza diferenciado, quando comparado àquele ostentado pelos precedentes oriundos de julgamentos, ainda que do STF/STJ, não submetidos à nova sistemática. Com isso se quer dizer que a alteração, pelo STF/STJ, do entendimento contido em precedente judicial formado nos moldes da nova sistemática, embora possível, parece pouco provável, e, ao que tudo indica, apenas ocorrerá em casos excepcionais e extremos, quando, por exemplo, novos dados possam ser agregados à questão jurídica tratada no precedente de modo a demonstrar que a definição nele contida já não mais se apresenta como a melhor tecnicamente, ou, então, como a mais justa.

[...]

14. Nessa linha, pode-se afirmar, então, que: o procedimento especial e legitimador previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC faz com que os precedentes judiciais dele decorrentes ostentem um nível bastante elevado de certeza e definitividade; esses atributos, por sua vez, estando presentes em tais precedentes, são capazes de lhes elevar a força persuasiva, o que significa que a sua observância, pelos órgãos jurisdicionais inferiores, embora não seja obrigatória, dado o seu caráter não vinculante, certamente será a regra.

[...]

17. E esse descumprimento indiscriminado retiraria, do novo instituto, muita da sua utilidade, eis que demandas idênticas e múltiplas, que tratassem de controvérsia jurídica já detidamente analisada e definitivamente resolvida pelo STJ/STF, em julgamento realizado sob a sistemática prevista no art. 543-B e 543-C do CPC, continuariam recebendo tratamentos divergentes e, nessa linha, anti-isonômicos, pelos órgãos jurisdicionais inferiores. E mais: os recursos interpostos nos autos dessas demandas repetitivas e múltiplas continuariam aportando ao STJ/STF, contribuindo, dessa forma, para o abarrotamento desses Tribunais e, conseqüentemente, para a – tão indesejada – elevação dos índices de morosidade e de ineficiência na entrega da prestação jurisdicional.

[...]

35. Assim, dos dois fatores acima referidos decorre a constatação de que o precedente judicial formado sob as vestes dos arts. 543-B e 543-C do CPC, a despeito de não possuir caráter vinculante, apresenta um “plus” em sua força persuasiva, sendo esta mais elevada do que a dos precedentes judiciais, ainda que oriundos do STF/STJ, não resultantes de julgamentos sujeitos à nova sistemática.” (grifos do original)

Pelo exposto, é forçoso reconhecer a impossibilidade de reforma da decisão recorrida quanto ao item I.1.

No que se refere ao item I.2, sobre o qual me manifesto apenas em relação aos itens 2.1 e 2.2 – não incluídos no PPI, e apenas na hipótese de esta Eg.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT ~~2007~~ - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

Câmara entender que não se operou a decadência sobre estes, como já explanado no presente voto, cuida-se de crédito referente à aquisição de serviços de comunicação.

A legislação federal (LC 87/96, art. 33, I) prevê que "(...) somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011;" (g.n.)

Nessa esteira, é assente no Superior Tribunal de Justiça que:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. AQUISIÇÃO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. CONHECIMENTO. INVIABILIDADE.

1. Energia elétrica e serviços de telecomunicação não podem, em regra, ser considerados insumos para fins de creditamento do ICMS. A legislação federal admite apenas excepcionalmente o aproveitamento do crédito, nos estritos termos e limites previstos no art. 33, II, da LC 87/1996 (contribuintes que atuem no mercado de energia elétrica e a utilizem em processo industrial ou de exportação).

2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou expressamente que a contribuinte não comprovou exercer atividade industrial, o que nem sequer é impugnado no Agravo Regimental (questão incontroversa). Impossível, pois, o creditamento pleiteado. (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.182.149 – RJ, Min. Herman Benjamin, j. em 16.3.2010) (g.n.)

3. Inviável analisar a suposta inconstitucionalidade da legislação que regula o creditamento do tributo estadual, por ofensa ao princípio da não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF), sob pena de invasão da competência do STF.

4. Agravo Regimental não provido.

Deste modo, o que se apura da legislação é que não há previsão para o crédito efetuado pelo contribuinte.

No tocante às penalidades que impostas à atuada, tenho por



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT ~~108/~~ - 247024/2008

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

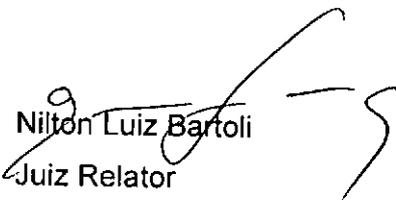
corretamente capituladas, em legislação válida, eficaz e vigente, bem como é legítima a aplicação de juros, nos termos da Súmula TIT nº 08/2005, de forma que não há como acolher os argumentos da Recorrente.

No que se refere à redução a multa aplicada, não há como reduzi-la, pois não vislumbro na hipótese o atendimento a todos os requisitos previstos no artigo 527-A do RICMS/00.

Isto posto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Ordinário em apreço, para reconhecer da decadência parcial que se operou sobre o lançamento.

É como voto.

Sala das Sessões, 23 de junho de 2010


 Nilton Luiz Bartoli
 Juiz Relator

A pedido dou vista ao processo a(o) (S/A, etc)

Dr. MARCELO ALVES

pele prazo de 15 dias (art. 028 do R.J.)

ficando adiado o julgamento. 23, 06, 2010

SALA DAS SESSOES, em



Presidente



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS.

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

| | | | | | |
|---|--------------------------------|------|-------------|--------|-----------|
| RECORRENTE | CIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO | | | | |
| RECORRIDA | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | | | | |
| RELATOR | NILTON LUIZ BARTOLI | AIIM | 3.090.228-9 | S.ORAL | PRODUZIDA |
| EMENTA | | | | | |
| <ul style="list-style-type: none">➤ Crédito indevido decorrente da apropriação de crédito relativo a entrada de energia elétrica declarado em GIA sem que tenha sido comprovado oportunamente sua utilização em processo de industrialização.➤ Crédito indevido decorrente da aquisição de serviços de telecomunicações.(incontroverso - PPI parcial)➤ Atos contrários à legislação do ICMS não se sujeitam a homologação – regra do art. 173, I, do CTN – decadência inoccorrência.➤ Energia elétrica utilizada em estabelecimento comercial, em padarias, corte de frios e açougue não caracteriza atividade de industrialização – jurisprudência do C, STJ. | | | | | |
| RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO | | | | | |

VOTO EM SEPARADO – MARCELO LAVES- JUIZ COM VISTA

- 1, Pedi vista dos autos para melhor analisar , em conjunto os processos, todos contra empresas do mesmo grupo econômico, em julgamento nesta mesma sessão, nos quais o I. Juiz Relator houve por bem aplicar a decadência parcial com supedâneo no art. 150, §4º, do CTN .
- 2, Para evitar repetições ociosas e desnecessárias adoto o profícuo relato do I. Juiz Dr. Nilton Luiz Bartoli.
- 3, No que se refere à decadência suscita nos processos, assumo quão tormentosa é a matéria atinente ao tema. Prescrição e decadência são seguramente dos mais intrincados assuntos, em qualquer dos quadrantes do direito.

O lançamento fiscal que atende ao regime da homologação é aquele por meio do qual o contribuinte realiza o recolhimento do imposto na forma que entende correta, cabendo ao fisco considerá-la adequada e, a posteriori, homologando o lançamento (exemplo: Declaração de Imposto de Renda feita pelo contribuinte).

O artigo 150, o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece o que se deve entender por lançamento tributário feito por homologação, o qual se verifica quanto aos tributos cuja legislação dispõe caber ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento respectivo e sem que a autoridade administrativa realize seu exame.

Estabelece ainda, em seu parágrafo 4º, que se a legislação não dispuser sobre o prazo de homologação, ele deverá ser de cinco anos contados da data da ocorrência do respectivo fato gerador. E, passado esse prazo, sem que o fisco tenha se pronunciado a respeito, será considerado homologado o lançamento tributário, extinguindo-se o crédito, sem que o fisco possa exigí-lo posteriormente, exceto quando comprovada a ocorrência de fraude, simulação ou dolo.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
 TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| | | |
|------------------|---------------------|-----------|
| CÂMARA JULGADORA | PROCESSO | RECURSO |
| 9ª | DRT-14 nº 247024/08 | ORDINÁRIO |

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.1996, que é considerada como legislação complementar à Constituição Federal) estabelece em seus artigos 173 e 174 os prazos relativos à decadência e à prescrição tributária.

No artigo 173, o Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que o direito de o fisco constituir o crédito tributário extingue-se depois de decorridos cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido feito o lançamento (inciso I do citado artigo 173), ou, conforme o caso, a data na qual tenha transitado em julgado a decisão a qual haja anulado o lançamento anteriormente feito e em razão da ocorrência de vício formal (inciso II do mencionado artigo 173 do CTN).

A matéria citada diz respeito à decadência tributária. Já no artigo 174 do Código Tributário Nacional, a matéria versada diz respeito à prescrição tributária, ou seja, qual o prazo que o fisco tem para exigir e para cobrar o tributo constituído em definitivo, anteriormente, e quais os meios legais e cabíveis.

Como é de conhecimento, o Imposto de Renda (IRPF ou IRPJ), a CSSL, o IPI, o ICMS, assim como as contribuições para o INSS, são tributos que estão sujeitos aos lançamentos por homologação, sendo que o fisco, pelo entendimento jurisprudencial do STJ, anterior à decisão tomada pela Primeira Sessão do citado tribunal e **nos Embargos de Divergência no Resp. 146.213/SP**, tinha o prazo de dez anos para analisar os fatos e, eventualmente, realizar a exigência tributária caso considerasse indevido o lançamento.

De certa forma, os contribuintes foram beneficiados com a mudança de orientação sobre a matéria atribuída pelo STJ, uma vez que o fisco passa a ficar obstado de realizar o lançamento de tributo depois de decorridos cinco anos nos termos do artigo 173, I e II do CTN.

Assim, o lançamento de ofício, atividade privativa do Fisco, pressupõe necessariamente a **inexistência de constituição regular do crédito tributário por parte do sujeito passivo da obrigação tributária**. O cerne da questão corresponde ao plano da eficácia, da regra abstrata que determina o dever instrumental de realizar o pagamento antecipado. Não havendo lançamento regular (pagamento antecipado) não há o que se homologar nos termos do artigo 150 do CTN. Por estas razões é que a concretização do lançamento, a teor do artigo 17 do CTN deve se dar, em regra, no lapso temporal de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I, do CTN). O conseqüente normativo dessa regra ataca a competência administrativa de o Fisco produzir o ato-norma administrativo de lançamento tributário ou, que é o mesmo, extingue o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito, na precisa dicção do caput do artigo 173 do Código Tributário Nacional. O I. Mestre Dr. Eurico Marcos Diniz de Santi, quando Juiz desta Egrégia Corte Administrativa, externou este mesmo entendimento nos autos do Proc. DRT -05 nº 09649/94, lastreado nos ensinamentos do I. Doutrinador Max Limonad, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", p. 164/165 e 168.

Demais disso, o regime do artigo 150 só é aplicável no ICMS à luz dos atos lícitos sujeitos à homologação. Atos ilícitos, são atos contra o direito e não estão sujeitos, portanto, a qualquer homologação: regem-se pelo artigo 173, I, do CTN. Não se subsume, no caso em comento, à aplicabilidade da regra inserta do artigo 150, § 4.º do CTN. A jurisprudência que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir, bem elucidam a controvérsia:



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| | | |
|------------------|---------------------|-----------|
| CÂMARA JULGADORA | PROCESSO | RECURSO |
| 9ª | DRT-14 nº 247024/08 | ORDINÁRIO |

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – PRAZO (CTN, ART. 173) – I – O art. 173, I, do CTN, deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, § 4º. II – A decadência do direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art. 150, § 4º)" (RESP 58.918-5/Humberto). III – Recurso provido em parte. (STJ – RESP 413343 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 17.02.2003)

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA (ARTS. 496, VIII E 546, CPC – ART. 266, RISTJ) – TRIBUTÁRIO – ICM – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO – DECADÊNCIA – CTN, ARTIGOS 150, § 4º E 173, I – 1. A lavratura do auto de infração é uma das bases de procedimento administrativo fiscal e não encerramento do lançamento fiscal e tributário. A constituição do crédito tributário é ato complexo. 2. A data do fato gerador, por si, não é o termo inicial da decadência. Opera-se depois de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo do Estado rever e homologar o lançamento. Interpretação conjugando as disposições dos artigos 150, § 4º e 173, I, CTN. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Embargos acolhidos. (STJ – ERESP 204457 – MG – 1ª S. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 11.11.2002) (Ementas no mesmo sentido) JCPC.496 JCPC.496.VIII JCPC.546 JCTN.150 JCTN.173 JCTN.150.4

TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – EXECUÇÃO FISCAL – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – PRESCRIÇÃO – PRAZO (CTN ART. 173) –

I – O Art.173, I do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art.150,§ 4º.

II – O termo inicial da decadência prevista no Art. 173, I do CTN não é a data em que ocorreu o fato gerador.

III – A decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento (CTN, Art 150, § 4º). (STJ – REsp 200659 – AP – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 21.02.2000 – p. 93)

TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, de modo que o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo). Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, situação em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ – REsp 199560 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 26.04.1999 – p. 87).



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
 COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
 TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

No presente caso, restou provado que não houve o recolhimento do tributo. Nesse diapasão, não havendo recolhimento não á que se falar em homologação. Assim, subsiste o direito do Fisco em efetuar a exigência do tributo pelo lançamento de ofício, nos termos do inciso I, do artigo 173 do Código Tributário Nacional, qual seja; contando do 1.º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Mesmo porquem, os créditos efetuados pela Recte, relativos a energia elétrica e dos serviços de telecomunicação, em descompasso com o RICMS, não estão sujeitos a homologação.

4, É sabido que o descumprimento de obrigação principal impõe, além do pagamento do tributo não pago e do pagamento dos juros e da correção monetária, o pagamento de uma multa, comumente chamada de moratória ou de revalidação e que o descumprimento de obrigação acessória acarreta tão-somente a imposição de uma multa disciplinar, usualmente conhecida pela expressão "isolada". Assim, pouco importa ser a multa isolada ou de mora; descumprida a obrigação a multa passa a ser devida. A vedação constitucional de confisco refere-se ao tributo e não à multa pelo inadimplemento da obrigação que visa coibir a prática de ilícito fiscal e é graduada em função da gravidade da falta cometida.

A multa constitui-se em penalidade pela ausência de pagamento do crédito tributário no vencimento, não podendo ser julgada confiscatória ao ser aplicada, na medida em que exerce suas funções de prevenção geral e específica e não fulmina a fonte de renda do contribuinte, situando-se nos limites impostos pelo RICMS.

Ao Julgador não compete graduar o percentual, estabelecido em lei, da multa imposta em razão do não pagamento do tributo, sobretudo porque a alegada natureza confiscatória é fundada em mero juízo subjetivo do devedor, alegando inviabilidade da empresa. Ademais, a multa aplicada está consentânea com a legislação de regência, razão pela qual rejeito arguição de que seu elevado percentual afrontaria princípio constitucional.

O Colendo Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no que tange à legitimidade dos Estados-Membros reconhecendo que os mesmos têm competência para estabelecer a forma de atualização dos seus créditos fiscais, para aplicação de multas, bem como na exigência do tributo declarado em não pago, inclusive reformulando o entendimento do Eg. STJ, conforme ementas que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – ICMS – ACÓRDÃO – MOTIVAÇÃO – OMISSÃO – ARTIGOS 128, 458, II, E 460, CPC – DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO – DISPENSA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA PARA A INSCRIÇÃO E COBRANÇA EXECUTIVA DA DÍVIDA FISCAL – CORREÇÃO MONETÁRIA – UFESP – IPC/FIPE – ÍNDICE APLICÁVEL – CTN – LEI Nº 6.899/1981 – LEI Nº 8.177/1991 –

1, O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente, a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não emoldura negativa de vigência aos artigos 458, II, e 535, II, CPC, nem se entremostra confronto com o artigo 128, do mesmo código.

2, Tratando-se de débito declarado e não pago pelo contribuinte, torna-se despicienda a homologação formal, passando a ser exigível independentemente de prévia notificação ou da instauração de



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

FLS.

| |
|------------------|
| CÂMARA JULGADORA |
| 9ª |

| |
|---------------------|
| PROCESSO |
| DRT-14 nº 247024/08 |

| |
|-----------|
| RECURSO |
| ORDINÁRIO |

procedimento administrativo fiscal. Descogita-se de ofensa ao “devido processo legal”.

3, Predomina a compreensão da legalidade da UFESP, reconhecendo-se que os estados-membros tem competência para estabelecer a forma de atualização dos seus créditos fiscais.

4, A jurisprudência do STF, afastando acenada eiva de inconstitucionalidade, estadeou a legalidade da aplicação do IPC/FIPE como índice para a Correção Monetária de créditos fiscais da fazenda estadual, assentamento acolhido para modificar a compreensão que prevalecia no âmbito do STJ (EDREsp 85.080/SC – Rel. Min. Ari Pargendler – in DJU de 24.11.1997).

5, A aplicação da multa e conseqüência do procedimento fiscal, decorrente da falta de pagamento do tributo declarado. Não é ilegal a sua imposição.

6, Multiplicidade de precedentes. Jurisprudência pacificada.

7. Recurso improvido. (STJ – REsp 98805 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 30.03.1998 – p. 11)

APELAÇÃO – TRIBUTÁRIO – CDA – JUROS – MULTA – A multa fiscal é espécie de sanção por descumprimento, de caráter punitivo; os juros ressarcem a mora. O Município de Porto Alegre aplica a multa de 15% sobre o valor monetariamente corrigido do tributo (artigo 69, parágrafo 3º, da LC 7/73, com a redação que lhe deu a LC 209/89), e faz incidir juros, de 1% ao mês (mesmo artigo, parágrafo 5º), com o que não ultrapassa do razoável e não tem feição confiscatória. Apelo não provido. (TJRS – APC 599460771 – 1ª C.Cív.Esp. – Rel. Des. Genaro José Baroni Borges – J. 26.10.2000)

TRIBUTÁRIO – IPTU – ALEGAÇÃO DE MAJORAÇÃO DO TRIBUTO, PELO AUMENTO DA BASE DE CÁLCULO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA EM PLANTA GENÉRICA, POR ATO DO PODER EXECUTIVO – POSSIBILIDADE – MULTA – Impossibilidade de redução, pelo Judiciário, do percentual estabelecido em lei com suporte em juízo meramente subjetivo de sua natureza confiscatória. É possível, através de planta genérica, estabelecida por ato do Poder Executivo, a correção monetária dos valores prestantes ao estabelecimento da base de cálculo do IPTU. Ao Judiciário não compete graduar o percentual de multa, estabelecido em lei, imposta em razão do não pagamento do tributo, sobretudo porque a alegada natureza confiscatória é fundada em mero juízo subjetivo do devedor, alegando que ela inviabilizará a sua empresa. Recurso a que se nega provimento. (TJMG – AC 127.062/8 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Fernandes Filho – J. 09.02.1999 (g.n.)

A Constituição da República (art. 150, IV), veda a utilização do tributo com efeito de confisco, porém tal vedação não se estende aos seus acréscimos legais, como a multa punitiva ou moratória. Até porque, este não é o fórum apropriado para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou deixar de aplicá-la por ter sido argüida pela parte irresignada, na esteira da ementa que a seguir transcrevo e adoto como razão de decidir:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ADMINISTRATIVO – PRAZO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – RECURSO ESPECIAL – ADMISSIBILIDADE – ISENÇÃO – MULTA CONFISCATÓRIA – QUESTÃO CONSTITUCIONAL – O ato não deve ser repetido, nem suprida a falta, quando não prejudicar a parte. A questão referente à



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-14 nº 247024/08

RECURSO
ORDINÁRIO

isenção prevista no art. 11 do Decreto-lei nº 406/68 é constitucional, não podendo ser revista em recurso especial, assim como a questão referente à aplicação de multa com caráter alegadamente confiscatório. Recurso improvido. (STJ - REsp 218.871 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 11.10.1999 - p. 50)

A penalidade imposta está em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com os danos causados ao Estado pelo descumprimento da obrigação tributária. Demais disso, a norma vigente, bem como o fato de que a multa foi anteriormente fixada como regra pelo legislador e busca uma finalidade coercitiva.

A multa aplicada na espécie ao que se vê decorre da Lei, que a fixou em razão do tipo de infração praticada, e cujo exame de seu valor, conteúdo e alcance, inclusive escapa à competência deste Tribunal, que ao examinar a dosimetria da multa fixada pelo legislador esta analisando o critério por ele adotado e sua validade, sem contar que referido exame acaba por esbarrar em toda a estrutura legislativa, pois acaba por colocar em julgamento o valor fixado pelo legislador, o que não compete a este Tribunal, ou mesmo ao Poder Judiciário. Assim, compete a este tribunal artigo 1º - Esta lei regula o processo administrativo, decorrente de lançamento de ofício, para solução de litígios relativos aos tributos estaduais e respectivas penalidades.

5, Pelo exposto, impetrando venia ao I. Dr. Nilton Luiz Bartoli, voto no sentido de conhecer do recurso para rejeitar a decadência suscitada e no mérito, acompanhar o I. Juiz Relator.

É como voto, em separado.

Tribunal de Impostos e Taxas/ Sala de Sessões, 10 de setembro de 2010.

Marcelo Alves
Juiz com vista

Mantenho meu voto de fls. com relação a Inelegibilidade I, nesse momento no MÉRITO

Nilton Luiz Bartoli

Com o Dr. Marcelo Alves.
Katia Charahiguti
KATIA CHARAHIGUTI

Com o Dr. Nilton Bartoli.

Ferido prazo expirado quanto a decadência devida aforada, no ferido momento

JOSE DUFEK NETTO

Marcelo Alves
Presidente



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Página: 10
Data: 13/09/2010
Hora: 15:26:57
DAP383R

Sessão: 10/09/2010

Processo: DRT-14-247024/2008 - AIIM 3090228-9

Protocolo GDOC: 1000314-247024/2008

Câmara: Nona Câmara Julgadora

Recorrente: Companhia Brasileira De Distribuição - Ie: 255189152114

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Nilton Luiz Bartoli

Recurso: Ordinário

Advogados: Renata Correia

Decisão: Recurso Ordinário: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

18 SET 2010

O

D