



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

CAMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
9ª. JULGADORA	DRT I B - 881608/08 DRTC-IL-881608/08	ORDINÁRIO

RECORRENTE	CIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO					
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA					
RELATOR	NILTON LUIZ BARTOLI	AIIM	3.105.772-0	S.O.	SIM	FLS. 328
EMENTA						
ICMS - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA PARCIAL - ART. 150, §4º, DO CTN. PRECEDENTES DA CÂMARA SUPERIOR DESTE EG. TRIBUNAL. ICMS - INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO DO IMPOSTO - AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.						

RELATÓRIO

Trata-se de constatação fiscal, formalizada pelo AIIM de fls. 02/04, instruída pelo Demonstrativo do Débito Fiscal de fls. 05/08, diante da qual se imputa ao contribuinte as seguintes acusações:

Item I.1. Creditar se indevidamente do ICMS, no período de 01/01/03 a 31/12/05, mediante lançamentos na GIA, devido a entrada de energia elétrica no estabelecimento;

Item I.2. Creditar se indevidamente do ICMS, no período de 01/01/03 a 31/12/05, mediante lançamentos na GIA, por ter recebido serviços de comunicação;

Item I.3. Creditar se indevidamente do ICMS, no período de 01/01/03 a 31/12/05, em montante superior ao limite autorizado pela legislação fiscal de 1/48 avos por mês, decorrente de aquisição de ativo imobilizado;

Item II.4. Deixar de exibir à autoridade fiscalizadora, no prazo cominado em notificação específica para tal fim, 979 documentos fiscais;

Item III.5. Creditar se indevidamente de ICMS, no período especificado no demonstrativo anexo a este AIIM, uma vez que as NFs referentes à Entradas/Compras/Aquisição de mercadorias que



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B – 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

embasam as operações não são as primeiras vias.

Instrui o AIIM os documentos de fls. 09/185, dentre os quais:

1. Relatório de compra de energia elétrica por estabelecimento comercial – Item I.1. (fls. 09/11);
2. Relatório de aquisição de serviços de comunicação por estabelecimento comercial – Item I.2. (fls. 12/26);
3. Relatório de compra de bens para o ativo imobilizado – Item I.3. (fls. 27/30);
4. Relatório discriminativo da não apresentação das primeiras vias das NFs relativas à Entradas/Compras/Aquisição de mercadorias, embora tivesse o contribuinte sido prévia e especificamente notificado para tal – Itens II.4. e III.5. (fls. 31/46 e 47/62);
5. AALD nº 15315085 (fl. 63);
6. Livro Registro de Entradas (fls. 64/78);
7. Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA (fls. 79/170);
8. Cópia de Legislação específica (fls. 171/176);
9. Notificações e Ordem de Verificação Fiscal (fls. 177/181 e 185); e
10. Procuração (fls. 182/184).

Em sua defesa (fls. 191/209) o contribuinte apresenta, em suma, os seguintes argumentos:

Preliminarmente:



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

1. Com relação aos itens "2", "3" e "5" procedeu à inclusão dos créditos, ora questionados, não atingidos pela decadência, no Programa de Parcelamento Incentivado – PPI do ICMS, no contexto dos benefícios do referido programa estadual, razão pela qual, requer seja reconhecida a extinção dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 156 do CTN;
2. Procedeu ao pagamento integral do item "4" relativo à multa por descumprimento de obrigação acessória, porém, fora do PPI, conforme documentação acostada, razão pela qual, requer, também, a extinção do respectivo crédito, segundo o citado artigo do CTN;
3. Alega a decadência referente ao crédito dos períodos situados anteriormente a dezembro de 2003, visto que, tratando-se de imposto cujo lançamento se dá por homologação, com base no artigo 150, § 4º da Constituição Federal, o prazo decadencial para que o Fisco realize a homologação expressa do lançamento é de cinco anos contados do fato gerador; do mesmo modo que, não havendo manifestação por parte da autoridade administrativa, considerar-se-á a norma individual e concreta homologada tacitamente, extinguindo-se assim, o crédito tributário;

Mérito:

4. Uma vez que o princípio da não-cumulatividade está albergado e delineado no artigo 155, § 2º, incisos I e II da Carta Magna, o aproveitamento por parte da autuada dos créditos relativos à aquisição de energia elétrica e de serviços de comunicação onerados pelo ICMS é válido, implicando, portanto, na invalidação do lançamento de ofício;
5. Não merece prosperar o entendimento de que a autuada teria se creditado indevidamente do ICMS nos montantes e períodos constantes do ALLM, por ter lançado em sua escrita fiscal créditos do imposto relativos à entrada de energia elétrica no estabelecimento sem atender às restrições impostas pela legislação



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

CAMARA
9ª, JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

do tributo para seu aproveitamento, posto que a fiscalização não questionou o fato de ter adquirido energia elétrica e empregado no desenvolvimento de suas atividades destinadas à comercialização de mercadorias tributadas pelo ICMS;

6. Outrossim, o entendimento fiscal implica em ofensa ao princípio da isonomia, já que a energia consumida operacionalmente é um insumo, seja para a indústria, seja para o comércio, a qual é consumida viabilizando diretamente a prática de operações tributadas;
7. quando o legislador mencionou somente ser cabível o crédito relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando for objeto de operação de saída de energia elétrica, consumida em processo de industrialização ou, que de seu consumo resulte em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais, em verdade, buscou evidenciar que o crédito deve ser implementado por todo e qualquer contribuinte que realize operações de saída tributadas ou de exportação e empregue a energia em sua respectiva atividade empresarial (industrial ou comercial), pois que, somente assim, haverá interpretação conforme a Constituição Federal;
8. ainda que não se entendesse pela validade de tal interpretação, é inegável que seus estabelecimentos exercem, na condição de supermercados, atividades industriais, tais como de corte de frios, embalagem, panificação, etc., em que há, inexoravelmente, utilização de energia elétrica e, em relação as quais, de acordo com a restrita interpretação fiscal, não lhe pode ser negado o direito ao crédito do imposto, o que igualmente demonstra a ilegalidade da cobrança;
9. No que tange à aplicação da multa, há afronta ao princípio da estrita legalidade e do não-confisco, na medida em que sua imposição, no presente AIIM, corresponde a 100% (cem por cento) do valor do suposto crédito indevidamente escriturado ou não estornado, e revela que o critério utilizado desconsidera as circunstâncias do fato, uma vez que a autuada creditou-se regularmente dos valores do ICMS cobrado nas operações anteriores. Acaso não possa ser



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B – 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

cancelada, requer seja a mesma relevada, ou que ao menos seja afastada a incidência de juros sobre ela;

10. Ainda em relação a multa, se mantida, pede que seja afastada a incidência de juros sobre ela, por constituir tal prática uma maneira indevida de aumentá-la, multiplicando-a ao longo do tempo indefinidamente.

Para corroborar seu entendimento, utilizou-se de citações doutrinárias e de jurisprudências que tratam da matéria.

Com base nos argumentos transcritos, requer o cancelamento e arquivamento do processo.

Anexa em sua defesa documentos de fls. 211/237, dentre os quais:

- i. Procuração e Substabelecimento (fls. 211/217);
- ii. Cópia do AIIM (fls. 219/225);
- iii. Termo de Aceite do PPI do ICMS, Relação de Débitos não inscritos na Dívida Ativa e Cópia de GARE-ICMS – Itens "2", "3" e "5" (fls. 227/235); e
- iv. Cópia de GARE-ICMS – Item "4" (fl. 237).

Encaminhados os autos à Delegacia Regional Tributária da Capital – DTJ-1 (fls. 239/240), estes foram convertidos em diligência para o encaminhamento à UFC da DRTC-II, a fim de verificar se o débito fiscal, constituído no presente AIIM, encontra-se totalmente incluído no programa (PPI do ICMS).

Em cumprimento à citada diligência, a DRTC-II (fl. 296), manifesta-se no sentido de que os itens 2.1 a 2.36, 3.1 a 3.8 e 5.1 a 5.3 do DDF (fls. 249/295) estão liquidados, restando em aberto, somente os itens 1.1 a 1.24 e 4 do DDF, conforme há de se constatar nos documentos (fls. 241/295).

SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
9ª. JULGADORAPROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08RECURSO
ORDINÁRIO

A Delegacia Tributária de Julgamento de São Paulo julgou pela procedência do AIIM (fls. 299/307), resumindo-se seu entendimento nos seguintes pontos:

1. No que concerne aos prazos decadenciais, em virtude de o presente caso tratar de creditamento indevido, não há como se aplicar o art. 150 do CTN, mas sim, o art. 173, I, do referido diploma legal;
2. Considerando que o AIIM foi lavrado em 16/12/2008 e a escrituração do crédito se deu em 31/01/2003, por exemplo, só ocorreria a caducidade em 31/12/2008, portanto, não há que se falar em decadência;
3. No tocante a energia elétrica, quanto à "limitação" do crédito de ICMS relativamente à energia elétrica consumida no processo de industrialização não houve alteração, assim, permanece o direito de utilizar como crédito fiscal a parcela do ICMS cuja mercadoria for empregada no setor industrial;
4. Deste modo, tornou-se obrigatória às empresas efetuar um rateio criterioso do consumo de energia entre as atividades produtivas e não produtivas, conforme os termos do art. 33, II, "b", da LC nº 87/96, com redação dada pelo art. 1º da LC nº 102/00;
5. A referida LC nº 87/96 consignou expressamente no art. 33, II, "b", que o aproveitamento do crédito do ICMS, proveniente de energia elétrica pode ser reconhecido apenas a empresas industriais;
6. Insta mencionar que a energia elétrica nunca é consumida



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO *

"in natura", vez que sempre passa por um processo de transformação, tal transformação não corresponde e nem pode ter conotação de um "processo industrial" para fins tributários, visto que industrializar é alterar a configuração de bens e padronizá-los em massa;

7. O consumo de energia elétrica que confere direito ao crédito do ICMS é apenas aquele que se enquadra no conceito de custos, ou seja, que integra fisicamente a mercadoria produzida ou consumida diretamente no processo produtivo, neste aspecto, há de se constatar a ofensa ao princípio da não-cumulatividade, visto que este visa apenas resguardar a cobrança do tributo em cascata sobre uma mesma mercadoria, nas várias fases do processo de circulação;
8. Para fins tributários, apenas o ICMS incidente na compra de energia elétrica relativamente à parcela consumida na atividade industrial é que confere direito ao crédito do ICMS;
9. A legislação infraconstitucional, se não vedou expressamente, como fez o Convênio nº 66/88, impôs requisitos e condições para compensação dos créditos decorrentes de aquisição de mercadorias para o ativo permanente, de energia elétrica e de prestação de serviços de comunicação;
10. Entende-se que embora a regra da não-cumulatividade esteja prevista na CF, no que toca ao ICMS, cabe a Lei Complementar disciplinar seu regime;



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

11. Não há que se cogitar a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas infraconstitucionais que disciplinam o direito de crédito e a compensação do ICMS ou as que vedaram o creditamento;
12. Quanto à alegação sobre a cobrança da multa capitulada no art. 527, II, "j", como sendo vaga e imprecisa, deve o autuado entender que é perfeitamente válida e legal, estando correto o percentual de 100% sobre o valor do crédito indevidamente escriturado, sendo que tal penalidade está expressa na Lei nº 6374/89 e no RICMS/00;
13. Referente à alegação de que a multa é confiscatória, há de se considerar que no art. 150, IV, da CF, é vedada a utilização de tributo com efeito confiscatório, assim, examinando o teor do art. 3º do CTN, é cediço concluir que a multa por infração não é tributo, desta forma, tal capitulação não estaria afrontando o texto constitucional.

Diante do exposto, foi julgado procedente o AIIM, ratificando a multa no valor de R\$ 3.894.074,00, sem prejuízo do recolhimento do imposto indevidamente creditado e demais gravames.

Ressalta-se que só deverão ser exigidos os créditos constantes dos itens 1.1 a 1.24 do DDF, conforme informação (fl. 296), sendo que o crédito do item 4 foi liquidado de acordo com às fls. 237/398.

Em tempestivo Recurso Ordinário (fls. 318/328) o contribuinte reitera os argumentos manifestados em sua defesa inicial, acrescentando que os créditos remanescentes do AIIM são no valor de R\$ 259.758,90, não havendo motivo para se perseguir na cobrança de valor maior que este.



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

Ao final, requer o recebimento e o processamento de seu recurso, para se reformar a decisão, a fim de que a parcela mantida no presente AIIM seja julgada totalmente improcedente, determinando-se o seu cancelamento e arquivamento. Houve protesto por sustentação oral.

Em pedido de diligência, a Representação Fiscal à fl. 331, solicita que os autos sejam retornados à DRTC-II, para que se determine conclusivamente a efetividade e suficiência do pagamento noticiado à fl. 237, para quitação integral do item 4 do AIIM.

Em atendimento a diligência (fl. 334), há de se constatar que o valor de R\$ 62.484,67, que quita integralmente o item 4 do AIIM, foi recolhido conforme Demonstrativo de débito não inscrito na dívida ativa (fls. 332/333)

Em contra-razões (fls. 335/340), manifesta-se a Representante Fiscal da Secretaria Fazenda Estadual, opinando pelo não provimento do Recurso, diante dos seguintes argumentos:

1. Não procedem as alegações do autuado, pois a infração está devidamente fundamentada, consoante as provas dos autos e segundo a legislação de regência, não merecem qualquer reparo;
2. Em relação à alegação de ocorrência de decadência, no caso em exame, ainda que se conseguisse seguir pela pretensa forma de cálculo defendida pelo autuado, é equívoca, visto que em se tratando de crédito indevido de imposto, a contagem do prazo decadencial é a regra geral do art. 173, I, do CTN;
3. Quanto ao mérito, o autuado exerce a atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, desta forma, admite que efetuou o creditamento de ICMS, tanto no que se refere às



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

CAMARA
9ª. JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

aquisições de energia elétrica quanto em relação aos serviços de comunicação;

4. No que diz respeito ao creditamento de ICMS sobre as suas aquisições de energia elétrica, seu procedimento foi sem critério e não está em conformidade com nenhuma das hipóteses permissivas de crédito, previstas no art. 1º das DDTT, do RICMS/00;
5. Constata-se que o creditamento realizado pelo autuado, em relação à energia, foi lançado ao arrepio da legislação vigente e sem amparo na jurisprudência;
6. No tocante às multas aplicadas, cumpre salientar que as ações praticadas pelo autuado estão perfeitamente subsumidas à penalidade imposta;
7. Quanto ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, este não restou caracterizado, vez que seu percentual está em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com os danos causados ao Estado pelo descumprimento da obrigação prevista na norma.

Foram os autos distribuídos a este Juiz Relator numerados até às fls. 341, última, em dois volumes.

É o relatório.



TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

9ª CÂMARA JULGADORA

SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de hoje desta Câmara e procedeu à
Sustentação oral requerida.

SALA DAS SÉSSÕES, em 11/06/2010

NOME: Leonardo Fabrício Gomes da Silva

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 203935 OAB/SP

Katia Ohara Higuti

SECRETÁRIO

KATIA OHARA HIGUTI



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

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Ordinário, do qual tomo conhecimento, se encontram os autos em condições de julgamento por este Eg. Tribunal de Impostos e Taxas.

De plano, consigno que se encontra em discussão apenas o item I.1 do AIIM (itens 1.1 a 1.24 do DDF fl. 05), na medida em que o contribuinte optou por incluir os itens 2, 3 e 5 no PPI instituído pelo Decreto 51.960/2007, e por recolher o montante exigido no item 4. Os documentos que demonstram a adesão ao PPI, e respectivos pagamentos, bem como o recolhimento quanto ao item 4, se encontram nos autos às fls. 227/235, 237, 241/296, 298, e 331/334.

Cinge-se, portanto, a controvérsia, a acusação de que o contribuinte creditou-se indevidamente, a título de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, quanto ao período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2005.

Antes, no entanto, de adentrar na questão de mérito envolvida nos autos, necessário analisar questão preliminar suscitada pelo Recorrente – decadência.

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 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



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA

9ª JULGADORA

PROCESSO Nº

DRT I B – 881608/08

RECURSO

RECURSO ORDINÁRIO

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 autolançamento ou, ao contrário, constituir de ofício o crédito tributário eventualmente omitido pelo contribuinte, exceto pela comprovação de ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Veja-se, 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 16.12.2008, para exigência de tributos relativos ao período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005.

É inegável, portanto, que os fatos geradores ocorridos antes de 16 de dezembro 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

FOLHAS 12



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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

Relator: Eduardo Perez 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

FOLHAS 13



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

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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:

"...

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.

FOLHAS 14



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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 geradores de ICMS (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



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

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT I B - 881608/08

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

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 acrescidos 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 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 AIIIM, 16.12.2008, que se encontrava decaído o direito da Fazenda para a exigência dos fatos geradores antecedentes à data de 16.12.2003.

No mérito, como já visto, a lide em questão refere-se a 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."

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);

§3º 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 I B – 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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. 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;

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 I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

- 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 1ª 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 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. Consecutivamente, 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



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

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT I B – 881608/08

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

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 aperfeiçoar 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 aperfeiçoar 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);

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 híbrida.

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. Creditamento de serviços de energia elétrica utilizado no processo



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

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

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 cediço, 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 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



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

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT I B - 881608/08

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

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.

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;

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 I B – 881608/08

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

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 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**



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

CÂMARA
 9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT I B - 881608/08

RECURSO
 RECURSO ORDINÁRIO

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 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



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

CÂMARA
9ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRT I B - 881608/08

RECURSO
RECURSO ORDINÁRIO

dos precedentes judiciais, ainda que oriundos do STF/STJ, não resultantes de julgamentos sujeitos à nova sistemática." (grifos do original)

Pelo exposto, no mérito, é forçoso **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, para manter incólume a r. decisão recorrida.

Por fim, no tocante às penalidades que lhe foram impostas, tenho por 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 do Recorrente.

No que se refere 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, 11 de Junho de 2010


Nilton Luiz Bartoli
Juiz Relator

A pedido do(a) vista do processo a(o) SR.(a)

MARCELO ALVES

pelos prazos de 15 dias (art. 028 do R.J.)

ficando adiado o julgamento.

SALA DAS SESSOES, em 11 / 06 / 2010

Presidente

MARCELO ALVES
Presidente



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA	PROCESSO	RECURSO
9ª	DRT-C-II nº 881608/08	ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO				
RECORRIDA	FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO				
RELATOR	NILTON LUIZ BARTOLI.	AIIM	3.105.772-0	S.ORAL	Produzida
EMENTA					
ICMS –acusação remanescente					
> Crédito indevido decorrente de apropriação da entrada de energia elétrica.					
> Atos contrários à legislação do ICMS não se sujeitam a homologação – regra do art. 173, I, do CTN – decadência incurrência. Pagamentos parciais dos itens 2, 3 e 5 devem ser imputados na fase de liquidação do AIIM .					
> Energia elétrica utilizada em estabelecimento comercial, em padarias, corte de frios e açougue não caracteriza atividade de industrialização – jurisprudência iterativa do C, STJ.					
RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO.					

VOTO EM SEPARADO – MARCELO LAVES- JUIZ COM VISTA

1, Pedí vista dos autos para melhor analisar , em conjunto com os processos nº 's DRTC-I números **258697**, **258723** e **258678**, todos contra empresas do mesmo grupo econômico que cuidam de matéria análoga, nos quais o l. Juiz Relator houve por bem acatar a decadência parcial , bem como corroborar a desnecessidade da realização de sustentação oral, pelo que dispõe a Questão de ordem nº 17 desta Eg. Corte Administrativa.

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

3, No que se refere à decadência suscitada 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 lembrar 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 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



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

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.

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



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

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



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

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).

Quando a obrigação não corresponde a fato próprio da atividade relativa ao lançamento por homologação, então a obrigação extinguir-se-á em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pela regra do inciso I do artigo 173 do CTN, para cuja regência se desloca o fato. **Créditos indevidos , sobre a entrada de energia elétrica para estabelecimento comercial,** aplica-se a regra do inciso I do artigo 173 do CTN, porque é procedimento que não compõe a atividade própria do lançamento por homologação, mesmo porque o creditamento indevido não está sujeito a homologação .

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.

Crédito indevido de ICMS sobre serviços de telecomunicação -Crédito indevido de ICMS efetuado em valor superior ao limite autorizado. A Recte ao efetuar o pagamento dos itens que entendeu não abrangidos pela decadência admite a falta que lhe é imputada, restando como incontroversa - Acusações procedentes.

4, Quanto ao mérito da acusação o 1. Juiz relator bem apreciou a questão. A Recte em grau de recurso anexa laudo técnico que supostamente comprovaria a sua utilização no processo



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

que classifica como industrialização. O r. Laudo não foi realizado na época de sua apropriação, portanto não se presta para elidir a acusação fiscal.

Aquisição de energia elétrica não gera créditos de IPI. Apesar de poder ser considerada insumo industrial, a eletricidade não se enquadra no conceito de produto intermediário e não gera os créditos para compensação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Esse foi o entendimento, unânime, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processo relatado pela ministra Eliana Calmon, no qual uma empresa do Paraná recorreu de decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)

Para o TRF4, os valores relativos à energia elétrica não geram créditos para o IPI. No STJ, a defesa da empresa alegou que a energia elétrica seria consumida no processo de produção e se caracteriza como mercadoria, estando inclusive sujeita ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Também alegou que teria havido erro na correção monetária de créditos concedidos por outras razões além do IPI, já que essa se limitou a atualizar apenas temporalmente.

No seu voto, a ministra Eliana Calmon observou que a eletricidade não gera direito ao crédito do IPI, pois não se identifica a ligação efetiva entre o seu consumo e o produto final, não sendo considerado valor agregado à mercadoria. A relatora considerou que a eletricidade não se enquadra como produto intermediário, ou seja, aquele que se situa entre a matéria-prima e o resultado final e que atua para modificar a primeira.

A ministra Eliana Calmon esclareceu que o ICMS incide na circulação da mercadoria e o IPI se restringe a produtos industrializados. Para a magistrada, a eletricidade não resulta de um processo de produção, mas sim de "extração" de energia para uso em fábricas, máquinas etc. "Ademais, ainda sobre o prisma da não cumulatividade, é flagrante a não incidência de IPI na aquisição de energia elétrica", ponderou.

Quanto ao cálculo da correção monetária, a ministra apontou que jurisprudência do Tribunal é pacífica quando se trata da correção monetária em créditos escriturais (contábeis). Esta correção só seria aceitável se a Fazenda, de forma ilegítima, impõe óbice ao pagamento dos créditos. No caso, foi a empresa, e não o Fisco, que recorreu. Com essa fundamentação, a magistrada negou os pedidos da empresa. A empresa recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

Demais disso, recentemente o C. STJ dirimiu a dúvida que estabelecimentos similares, supermercados, cuja atividade de corte, congelamento, preparo de pães e atividades afins, não se constituem em atividade de industrialização, conforme ementas transcritas pelo I. Juiz Relator.

5. 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.



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
9ª

PROCESSO
DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
ORDINÁRIO

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 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)

*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***



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

FLS.

CÂMARA JULGADORA
 9ª

PROCESSO
 DRT-C-II nº 881608/08

RECURSO
 ORDINÁRIO

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.Civ. - 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)

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.

6. 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. Dr. Nilton Luiz Bartoli. Quanto aos itens quitados parcialmente que a Recte entendeu como abrangidos pela decadência, há que se imputar os valores recolhidos referente ao item que foi parcialmente quitado.

É como voto, em separado.

Tribunal de Impostos e Taxas/ Sala de Sessões, 07 de julho de 2010.

Marcelo Alves
 Juiz com vista

com a devida vênia, no sentido de
 conhecer do recurso para rejeitar a
 decadência suscitada e no mérito,
 acompanhar o I. Dr. Nilton Luiz
 Bartoli. Quanto aos itens quitados
 parcialmente que a Recte entendeu
 como abrangidos pela decadência,
 há que se imputar os valores
 recolhidos referente ao item que
 foi parcialmente quitado.

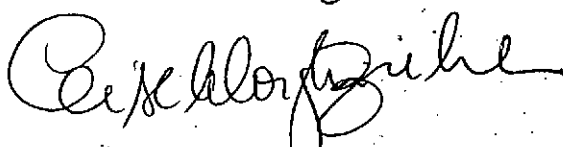
9
 NILTON LUIZ BARTOLI

Com o Dr. Marcelo Alves.

kau@macau.mt

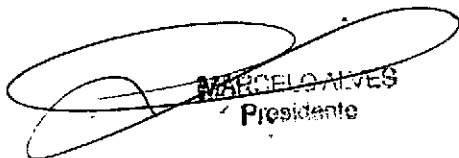
KATIA OHARA HIGUTI

Com a devida vênia ao Ilustre Juiz, entendo ser aplicável o art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que a atividade a ser homologada pelo Fisco não se restringe ao pagamento do imposto, mas também a toda escrituração. Nestes termos, acompanho o Ilustre Relator.



Gisele Borghi Buhier de Lima

Desde sendo emple quanto a decisão
voto no sentido de afastar, nos termos do meu voto
de vista


MARCELO ALVES
Presidente



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

Página: 1
Data: 07/07/2010
Hora: 14:09:47
DAP383R

Sessão: 07/07/2010

Processo: DRTC-II-881608/2008 - AIIM 3105772-0

Protocolo-GDOC: 1000232-881608/2008

Câmara: Nona Câmara Julgadora

Recorrente: Cia Brasileira De Distribuição - Ie: 115967650112

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Nilton Luiz Bartoli

Recurso: Ordinário

Advogados: Marcel Alcades Theodoro

Renata Correia

Decisão: Recurso Ordinário: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em:

24 JUL 2010