



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

16ª CÂMARA
 JULGADORA

PROCESSO Nº
 DRT-14-758318/2009

RECURSO
 Ofício

RECORRENTE	LOJAS AMERICANAS S/A.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA				
RELATOR	ELCIO FIORI HENRIQUES	AIIM	3.113.448-8	S. ORAL	NAO
EMENTA					
ICMS – CREDITO INDEVIDO Verificada a decadência nos termos do artigo 150, §4o, do CTN. Recurso de Ofício conhecido e não provido.					

Relatório

1. Tratam os presentes autos de infração de três infrações, quais sejam:
 - Item 1 – crédito indevido de ICMS decorrente de lançamentos em GIA de valores referentes a ressarcimento de Substituição Tributária sem a comprovação de sua origem, por falta de apresentação dos respectivos arquivos magnéticos;
 - Item 2 – crédito indevido de ICMS decorrente de lançamentos no campo 57 “outros créditos” das GIAs, sem a comprovação da origem dos mesmos.
 - Item 3 – promoveu o encerramento das atividades de seu estabelecimento, sem que esse fato tenha sido comunicado à Secretaria da Fazenda.
2. Devidamente notificada, a autuada apresentou Defesa. Assim, às fls. 80/87, o i. Julgador singular julgou improcedente os itens I.1 e I.2 e procedente o item II.3 do AIIM exordial. Houve recurso de ofício às fls. 87.
3. Às fls. 90/92, a d. Representação Fiscal se manifesta pelo provimento ao recurso de ofício, devendo ser mantido o AIIM em sua integralidade.
4. A autuada apresentou contra-razões de Recurso de Ofício a este E. TIT (fls.



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

100/112), deixando de apresentar Recurso Ordinário.

5. À fl. 117, o i. Delegado da DTJ de São Paulo admite o processamento do Recurso de Ofício.
6. Às fls. 118/119, a d. Diretoria da Representação Fiscal determina que seja providenciado o apartamento da cobrança quanto ao item II.3, uma vez que a autuada não recorreu de forma expressa dos itens que seriam suportados, eventualmente, por suas razões de recurso ordinário.
7. Às fls. 121/124, o i. Delegado da DTJ de São Paulo determina o apartamento do item II.3 do AIIM, com a formação de processo em apartado.
8. Destarte, em vista da disciplina processual da Lei nº 13.457/2009, resta a este E. TIT somente a apreciação do Recurso de Ofício (referente aos itens I.1 e I.2), em vista da não apresentação de Recurso Ordinário pela autuada.
9. Sem mais, passo ao voto.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

VOTO

1. Primeiramente, conheço do presente recurso de ofício, tendo em vista a existência dos pressupostos mínimos para o seu conhecimento.
2. Não havendo preliminares, passo ao exame do mérito.
3. Ressalte-se que o item 3 foi mantido pela decisão singular, sendo reconhecido inclusive pela autuada que procedeu ao respectivo pagamento através de GARE ICMS de fls. 75, sendo inclusive formado processo em apartado para os mesmos (fl. 120), motivo pelo qual a este órgão de julgamento caberá somente a apreciação do Recurso de Ofício referente aos itens 1 e 2 do AIIM.
4. Na decisão recorrida, concluiu o i. Julgador pela improcedência do itens 1 e 2 do AIIM, assim consignando:

“Como se vê, à nitidez, o AIIM foi lavrado em 05/11/2009, sendo o contribuinte notificado também nessa mesma data (dia 05/11/2009), mas, conforme foi exaustivamente mencionado acima, os períodos contidos nos Itens I.1 e I.2 do AIIM já estão homologados tacitamente, por tratarem-se de situações pertinentes a lançamento por homologação, evidentemente que se operou a decadência, logo, os Itens I.1 e I.2 do AIIM são totalmente improcedentes.”



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

(...)

Ante o exposto, e de tudo que dos autos consta, julgo: TOTALMENTE IMPROCEDENTE os ITENS 1.1 e 1.2 do AIIM exordial, anulando a multa bem como o imposto por ele exigido" (fls. 86/87).

5. Em manifestação, a Representação Fiscal discorda da aplicação do artigo 150, §4º do CTN para o caso, posto que a constituição do crédito tributário no presente rege-se pela regra geral de decadência do artigo 173, inciso I do CTN, que ocorreria somente em 31/12/2009.
6. A autuada alega, em apertada síntese, que resta demonstrada a decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário, nos termos do artigo 150, §4º c/c artigo 156, inciso VII ambos do CTN.
7. Vistos.
8. Primeiramente, alega a autuada decadência dos créditos tributários, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN.
9. Tal alegação merece análise detida.
10. O direito de constituir o lançamento tributário por Auto de Infração, longe de ser um direito de crédito, é em sua essência um direito potestativo ou formativo, tal como ensina a lição clássica de F. C. PONTES DE MIRANDA¹.

¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1955, tomo V, pp. 242-243.



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

11. Nesse sentido, o direito potestativo é um direito que tem por objetivo criar, modificar ou extinguir um outro direito, sendo um “direito formador de direitos”. Tal como analisado pelo saudoso SÍLVIO RODRIGUES, somente no caso de direito potestativos o direito e a ação que o assegura têm a mesma origem, sendo a única espécie de direito que se sujeita a decadência².
12. No direito tributário, verifica-se que o Código Tributário Nacional possui dois dispositivos sobre o prazo de decadência do direito potestativo de lançar, quais sejam, o contido no artigo 150, §4º, e o contido no artigo 173, I.
13. O prazo de decadência constante no artigo 150, §4º, determina que o termo inicial da decadência se opera na “ocorrência do fato gerador” nos casos em que especifica, *in verbis*:

“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,

² Cf. RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 329-330.



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

14. Por sua vez, o artigo 173, I, do mesmo código apresenta uma regra geral de decadência, também de cinco anos, mas com termo inicial no "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado", *in verbis*:

"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;"

15. Verifica-se, portanto, ser necessário determinar no caso concreto qual regra se aplica, de modo a determinar qual o termo inicial de contagem do prazo decadencial.

16. O artigo 150, *caput*, determina que sua aplicação se dá para o chamado "lançamento por homologação", o qual "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa".



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

17. Ademais, verifica-se que o prazo decadencial constante no §4º deste artigo não se aplica nos casos em que resta “*comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.
18. Sobre esta questão, em análise da jurisprudência reiterada deste E. TIT por sua Câmara Superior, órgão competente para pacificar questões jurídicas controvertidas entre as Câmaras Julgadoras, descobre-se facilmente qual o entendimento que prevalece.
19. Conforme decidido reiteradamente pela c. Câmara Superior, verifica-se que o entendimento que prevalece é o de que o termo inicial aplicável para a decadência do direito de lançar de ofício o ICMS é aquele esposado no artigo 150, §4º, do CTN, o qual seria a regra geral de decadência aplicável a qualquer situação relativa a este tributo pelo fato de que o mesmo se enquadra na categoria dos tributos sujeitos à homologação.
20. Nesse sentido, segue o entendimento da c. Câmara Superior, de relatoria da i. Dra. Olga Maria Castilho Arruda, *in verbis*:

“ICMS. DECADÊNCIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO REFERENTE A OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO ISENTA; CRÉDITO INDEVIDO REFERENTE A NOTA FISCAL DE MICROEMPRESA; CRÉDITO INDEVIDO EM MONTANTE SUPERIOR AO PERMITIDO EM AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO; CRÉDITO INDEVIDO REFERENTE A ENTRADA DE ENERGIA



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.

Na modalidade de lançamento por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN.

RECURSO CONHECIDO. PROVIDO (DECADÊNCIA). DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRT-02-183914/2008 - Câmara Superior 06/04/2010

Relatora: Olga Maria de Castilho Arruda

Decisão publicada no Diário Oficial de 17 de Abril de 2010

ICMS. DECADÊNCIA. ACUSAÇÃO REFERENTE A CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO POR ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.

Na modalidade de lançamento por homologação, o início da contagem do prazo



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN. Recurso conhecido e provido para afastar as exigências alcançadas pela decadência.

RECURSO CONHECIDO. PROVIDO (DECADÊNCIA). DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRTC-III-855753/2007 - Câmara Superior 06/04/2010

Relatora: Olga Maria de Castilho Arruda

Decisão publicada no Diário Oficial de 17 de Abril de 2010

ICMS. DECADÊNCIA - ACUSAÇÃO REFERENTE A CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO POR ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.

Na modalidade de lançamento por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

ou simulação, nos termos do parágrafo 4º do artigo 150 do CTN.

RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Recurso Especial da Fazenda Pública

Processo DRTC-I-882869/2007 - Câmara Superior 09/02/2010

*Relatora: Olga Maria de Castilho Arruda”
 (G.N.)*

21. Verifica-se, igualmente, que este entendimento é também acolhido por outros juízes relatores, *in verbis*:

“ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ATIVO FIXO. DECADÊNCIA. ARTIGO 150, PARÁGRAFO 4º DO CTN. OCORRÊNCIA.

Excetuando os subitens 2.12 e 3.5, do demonstrativo de débito fiscal, que foram objeto de parcelamento e, portanto, não se constituindo mais em litígio a ser dirimido por este Tribunal, é de se reconhecer a decadência dos demais subitens da autuação pela aplicação do quanto



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, consoante reiterada jurisprudência desta Corte Administrativa Superior, razão pela qual dou provimento ao recurso especial intentado pelo Contribuinte.

**RECURSO CONHECIDO. PROVIDO.
 DECISÃO NÃO UNÂNIME.**

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRT-14-867381/2007- Câmara Superior 30/03/2010

Relator: José Paulo Neves

Decisão publicada no Diário Oficial de 10 de Abril de 2010

ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ATIVO FIXO. DECADÊNCIA. ARTIGO 150, § 4º DO CTN. OCORRÊNCIA.

Excetuando os subitens 1.1, 1.2 e 3.1 a 3.36, do demonstrativo de débito fiscal, que foram objeto de parcelamento e, portanto, não se constituindo mais em litígio a ser dirimido por este Tribunal, é de se reconhecer a decadência do subitem 2.1



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

da autuação pela aplicação do quanto disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, consoante reiterada jurisprudência desta Corte Administrativa Superior, ficando integralmente mantidos os subitens 2.2 a 2.35, razão pela qual dou parcial provimento ao recurso especial intentado pelo contribuinte.

RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO NÃO UNÂNIME.

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRT-02-262427/2008 - Câmara Superior 06/04/2010

Relator: José Paulo Neves

Decisão publicada no Diário Oficial de 17 de Abril de 2010

ICMS – CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DA NÃO APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS

A decadência restou configurada. Na ausência de dolo, fraude ou simulação, deve-se aplicar o § 4º do artigo 150 do CTN.

MÉRITO



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

Não há recurso para a questão de fundo destes autos;

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO APENAS PARA DECLARAR A DECADÊNCIA PARCIAL DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS. decisão NÃO unânime

Recurso Especial do Contribuinte

Processo DRT-05-910457/2006 - Câmara Superior 26/01/2010

Relator: Gianpaulo Camilo Dringoli" (G.N.)

22. Portanto, conclui-se que o entendimento pacífico deste tribunal administrativo é o de que, na modalidade de lançamento por homologação, o início da contagem do prazo decadencial é o da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada ocorrência de dolo, fraude ou simulação, nos termos do parágrafo 4º do artigo 150 do CTN.
23. Uma vez aplicável o artigo 150, §4o, do CTN para o presente caso, tendo o auto sido lavrado em 05/11/2009, este pode cobrar somente débitos fiscais ocorridos até 05/11/2004. Como os débitos em discussão são relativos ao período de janeiro a agosto de 2004, verifica-se que estas obrigações se encontravam decaídas a época da lavratura da peça exordial.
24. Destarte, resta correto o quanto decidido pelo i. julgador singular, motivo pelo qual nego provimento ao Recurso de Ofício.



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

CÂMARA
16ª

PROCESSO Nº
DRT-14-758318/2009

RECURSO
Ofício

25. Diante do exposto, **CONHEÇO** do presente recurso de ofício, tendo em vista a existência dos pressupostos mínimos para o seu conhecimento, para no mérito **NEGAR-LHE** provimento, mantendo-se a r. decisão recorrida.

Sala das sessões, 18 de **AGOSTO** de 2010.

Elcio Fiori Henriques
 Elcio Fiori Henriques

Relator

Antônio Damasceno Rodrigues
 Antônio Damasceno Rodrigues

Maria Anselma Coscrato dos Santos
 Maria Anselma Coscrato dos Santos

Sylvio César Afonso
 SYLVIO CÉSAR AFONSO



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

Página: 18
Data: 20/08/2010
Hora: 12:25:22
DAP383R

Sessão: 18/08/2010

Processo: DRT-14-758318/2009 - AIIM 3113448-8

Protocolo GDOC: 1000314-758318/2009

Câmara: Décima Sexta Câmara Julgadora

Recorrente: Fazenda Pública Do Estado

Recorrida: Lojas Americanas S/A - Ie: 206010180114

Relator: Elcio Fiori Henriques

Recurso: Ofício

Advogados: Fernando Antonio Cavanha Gaia
Jorge Henrique F Facure

Decisão: Recurso de Ofício: Negado provimento. Decisão unânime

Publicado em: 28 AGO 2010