

14/7/2010



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Folha de informação rubricada sob nº
Rubrica

Av. Rangel Pestana, 300 - 9º andar - São Paulo - SP - Tel. 3243.3634

12ª CÂMARA JULGADORA	PROCESSO N.º DRTC-II-7100/2008	RECURSO ORDINÁRIO
-------------------------	-----------------------------------	-------------------

AUTUADA: CIA. BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO	
RELATOR: BELMAR COSTA FERRO	
AIIM Nº: 3085280-8	SUSTENTAÇÃO ORAL: SIM

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário (fls. 92/108) interposto contra decisão monocrática, que julgou procedente o presente AIIM, restando controvertidos os itens 1, 3.1 e 3.2 do DDF, relativos a crédito indevido de valores lançados como ICMS em notas fiscais relativas a entradas de energia elétrica no estabelecimento autuado e a crédito indevido de valor superior a 1/48 por mês referente à aquisição de ativo imobilizado.

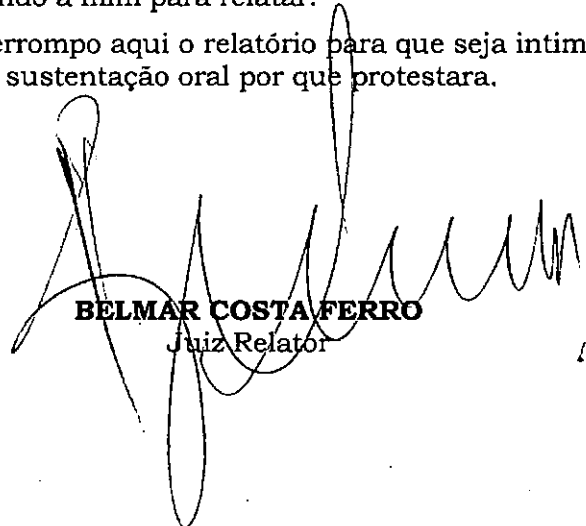
Os itens 2 e 3.3 do DDF não são objeto de litígio, pois foram liquidados, conforme informação oficial, de fls. 119 e 150, o que foi confirmado pela decisão *a quo*.

Cumpra informar que inicialmente o Recurso Ordinário foi distribuído ao i. juiz Dr. Sylvio César Afonso, cujo relatório aproveito e adoto, que, às fls. 168/180, votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso ordinário. Porém, seguindo o voto de vista do i. juiz Dr. Elcio Fiori Henriques, a c. 15ª Câmara Julgadora converteu o julgamento em diligência para que o agente autuante se manifestasse sobre o laudo técnico trazido pela recorrente.

À fl. 189, manifestou-se o agente autuante no sentido de que, quando da autuação, "*não só não havia justificativa para o aproveitamento do crédito como o laudo técnico não se refere ao período da autuação*", concluindo que tal laudo "*nada altera o auto de infração e imposição de multa*".

Não se concluindo tal julgamento, dado o encerramento do mandato dos juizes deste Tribunal relativamente ao biênio 2008/2009, os autos foram redistribuídos, vindo a mim para relatar.

Interrompo aqui o relatório para que seja intimado o patrono da autuada para realizar a sustentação oral por que protestara.



BELMAR COSTA FERRO
Juiz Relator



RO 200076

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS
2ª 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 14/07/2010

NOME: Nathalia de Oliveira Campos de Souza

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 262274


SECRETÁRIO

ADRIANA ESTEVES GUIMARÃES



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Folha de informação rubricada sob nº
Rubrica

Av. Rangel Pestana, 300 - 9º andar - São Paulo - SP - Tel. 3243.3634

12ª CÂMARA JULGADORA	PROCESSO N.º DRTC-II-7100/2008	RECURSO ORDINÁRIO
-------------------------	-----------------------------------	-------------------

AUTUADA: CIA. BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO	
RELATOR: BELMAR COSTA FERRO	
AIIM Nº: 3085280-8	SUSTENTAÇÃO ORAL: SIM
ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO DIREITO. ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO SUPERIOR A 1/48. RECURSO ORDINÁRIO. NEGADO PROVIMENTO.	

Na data aprazada, compareceu o patrono da autuada e produziu a sustentação oral por que protestara.

É o relatório.

VOTO.

Conheço do recurso ordinário, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Improcedente a alegação de decadência, fundada no art. 150, § 4º, do CTN. Tal dispositivo legal - que determina o prazo de "cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador", para que a Fazenda Pública homologue a atividade exercida pelo obrigado - somente é aplicável nas hipóteses de lançamento por homologação, ou seja, aquele que "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa". Porém, no presente caso, não há falar em lançamento por homologação, justamente por não haver qualquer dever de antecipação de pagamento, como exigido por tal dispositivo legal, nem poderia haver porque não é caso de pagamento do imposto, aqui se discute o crédito apropriado indevidamente pela autuada. Portanto, inaplicável ao caso o art. 150, § 4º, do CTN, subordinando-se o caso à regra geral do art. 173, I, do CTN. Frise-se que os créditos considerados indevidos foram apropriados no período de setembro a dezembro de 2002 e que a autuada recebeu o presente AIIM em 26 de dezembro de 2007 (fl. 02), portanto dentro do prazo legal, não havendo falar em decadência.

Improcedente a alegação de que a multa é confiscatória,



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Av. Rangel Pestana, 300 - 9º andar - São Paulo - SP - Tel. 3243.3634

Folha de informação rubricada sob n°
Rubrica

12ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO N.º
DRTC-II-7100/2008

RECURSO ORDINÁRIO

notadamente porque a proteção constitucional contra o efeito confiscatório proíbe que os agentes políticos utilizem **TRIBUTO** com efeito de confisco, proteção que não se estende à multa. Multa não é tributo. Multa é sanção por descumprimento de dever legal. No mais, a multa aqui exigida tem base legal, foi regularmente calculada e aplicada, estando os valores ora exigidos corretamente definidos, e guarda ela proporcionalidade com os danos causados ao Estado e à sociedade pelo comportamento da autuada, razão por que deve ser mantida.

Improcedente a alegação de ilegalidade quanto à capitulação da multa na alínea "j" do inciso II do art. 527 do RICMS/00. Tal dispositivo é válido, vigente e eficaz, não se tendo notícia de que tenha ele sido expurgado da ordem jurídica, estando apto a ser aplicado, e apesar de sua generalidade, verifica-se que dentre as hipóteses regulamentares esta é a que melhor enquadra os fatos de que tratam estes autos. *

No mais, melhor sorte não socorre à recorrente.

Quanto aos itens 3.1 e 3.2 do DDF, a controvérsia limitou-se à questão da decadência, nada trazendo a recorrente quanto ao mérito propriamente dito. Afastada a decadência, resta incontroversa a acusação fiscal, motivo por que deve ser mantida.

Relativamente ao item 1 do AIIM (1 do DDF), são incontroversos os fatos nele narrados, vez que a recorrente não nega que se creditou dos valores lançados como ICMS nas notas fiscais relativas a entradas de energia elétrica em seu estabelecimento, ao contrário, sustenta ela ter direito integral a eles.

Conforme se verifica no AIIM exordial, o Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) da autuada é o 5212-4/00, "Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância em produtos alimentícios, com área de venda...".

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já tem posição pacificada no sentido de que ao 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. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. DIREITO DE CRÉDITO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. RECURSO



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Folha de informação rubricada sob n°
Rubrica

Av. Rangel Pestana, 300 – 9º andar – São Paulo – SP – Tel. 3243.3634

12ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO N.º
DRTC-II-7100/2008

RECURSO ORDINÁRIO

ESPECIAL N. 1.117.139-RJ, DECIDIDO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. OFENSA AO ART. 285-A DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A TESE UNIFORMIZADA POR ESTA CORTE.

...

2. *A Primeira Seção, na assentada de 25.11.2009, ao apreciar o Recurso Especial de n. 1.117.139-RJ, sob o regime do artigo 543-C, do CPC, fixou o entendimento segundo o qual, em se tratando de estabelecimentos de natureza comercial, não é possível ao contribuinte 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.*

3. *Agravo regimental não provido.” (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.161.425 - RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06/05/2010, DJe 13/05/2010)*

Do exposto, verifica-se que a decisão *a quo* foi proferida no mesmo sentido do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, motivo por que deve ser mantida.

Quantos aos juros questionados, foram eles aplicados em estrita observância ao que determina o art. 96 da Lei nº 6.374/89, na redação dada pela Lei nº 10.619/00, devendo ser mantidos.

Por fim, não encontro razões suficientes que justifiquem o pleito recursal para relevação ou redução da multa aplicada, notadamente porque a autuada não trouxe qualquer justo motivo que me conduzisse a tanto.

Isto posto e tendo enfrentado no essencial as razões recursais, deixo de considerar as demais por entendê-las mero exercício de retórica e, sobretudo, irrelevantes para o deslinde do presente caso, dado que os elementos contidos nestes autos foram suficientes para formar a minha convicção no sentido da correção da ação fiscal.

“Não se verifica omissão no julgado recorrido pelo fato de não ter se manifestado sobre todas as teses suscitadas pelas partes. Como é de



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

Av. Rangel Pestana, 300 – 9º andar – São Paulo – SP – Tel. 3243.3634

Folha de informação rubricada sob nº
Rubrica

12ª CÂMARA
JULGADORA

PROCESSO N.º
DRTC-II-7100/2008

RECURSO ORDINÁRIO

sabença geral, o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes, mas sim decidir a contenda nos limites da litis contestatio, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto". (STJ. Ministro FRANCISCO FALCÃO. AgRg no REsp. 792693 / RS, DJ 13.03.2006 p. 225).

"O julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos que lhe são submetidos quando já encontrou fundamento suficiente para dirimir a lide". (STJ. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. REsp 617592 / DF, DJ 06.03.2006 p. 309).

"É entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para composição do litígio." (STF. Ministro JOSÉ DELGADO. AI 169073/SP, DJ 17.8.1998, p. 44).

"A função judicial é prática, só lhe importando as teses discutidas no processo enquanto necessárias ao julgamento da causa. Nessa linha, o juiz não precisa, ao julgar procedente a ação, examinar-lhe todos os fundamentos. Se um deles é suficiente para esse resultado, não está obrigado ao exame dos demais." (STJ. Ministro ARI PARGENDLER. REsp 15450/SP, DJ 6.5.1996, p. 14.399).

São estas as razões por que **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ordinário.

São Paulo, 14 de julho de 2010.

BELMAR COSTA FERRO
Juiz Relator



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

CAMARA
12ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-11-7100/08

RECURSO
ORDINÁRIO

VOTO DE PREFERÊNCIA

Com a devida vênia do ilustre Juiz Relator, Dr. Belmar Costa Ferro, a quem costume acompanhar em seus posicionamentos sempre precisos e revestidos do mais alto saber jurídico, no presente caso, ousou divergir quanto ao seu entendimento relativo à não caracterização da decadência.

Como cediço, o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, motivo pelo qual, quando da constituição do crédito tributário, deve se ater às disposições contidas no artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), "in verbis":

"Artigo 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Mais adiante, o mesmo diploma legal determina em seu artigo 144:

"Artigo 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente ainda que posteriormente modificada ou revogada."

Dessa forma, o lançamento efetuado pelo Fisco no presente caso reporta-se à data da ocorrência do fato gerador, ou seja, momento em que a Recorrente efetuou o creditamento do ICMS, escriturando os documentos em seus livros fiscais nos períodos descritos na peça exordial.

A partir dessa data o Fisco teria o prazo determinado no artigo 150, § 4º para homologar o lançamento efetuado pela Recorrente, conforme o texto legal abaixo:

"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 lançamento e definitivamente



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

CAMARA
12ª JULGADORA

PROCESSO Nº
DRX-III - 7100/08

RECURSO
ORDINÁRIO

extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Assim, o Fisco somente poderia exigir o ICMS e eventuais penalidades relacionadas com esse imposto em operações ocorridas antes de completados os 05 (cinco) anos da escrituração; ou seja, dentro do prazo decadencial determinado pelo artigo supra transcrito.

Ocorre que a exigência fiscal ora debatida diz respeito a operações que incluem períodos posteriores ao lapso temporal mencionado, ou seja, período que, em parte, já foi alcançado pela caducidade, não sendo, no presente caso, em meu sentir, motivo para a aplicação das disposições contidas no artigo 173, I do CTN como afirmado pelo nobre Juiz Relator.

Destarte, reconheço que se operou a decadência dos períodos superiores a 05 (cinco) anos contados da data da ciência do AIIM, sendo que, no mais, endosso todo o entendimento a que chegou, com brilhantismo, o nobre Juiz Relator.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** do Recurso Ordinário interposto por Companhia Brasileira de Distribuição por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e no mérito **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para reconhecer que operou a decadência dos fatos geradores ocorridos há 05 (cinco) anos da escrituração dos créditos, acompanhando, no mais, o voto do nobre Juiz Relator, Dr. Belmar Costa Ferro.

Sala de Sessões, *14 de julho* de 2010.

[Assinatura]
ANDRÉ MONTEIRO KAPRITCHKOFF
Juiz com Preferência

[Assinatura]
FLAVIO NASCIBEM DE FREITAS

com o Dr. André Monteiro Kapritchkoff
[Assinatura]
AUKIANA ESTEVES GUIMARÃES



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

Página: 8
Data: 19/07/2010
Hora: 14:46:05
DAP383R

Sessão: 14/07/2010

Processo: DRTC-II-7100/2008 - AIIM 3085280-8

Protocolo GDOC: 1000235-7100/2008

Câmara: Décima Segunda Câmara Julgadora

Recorrente: Companhia Brasileira De Distribuição - Ie: 116388370116

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Belmar Costa Ferro

Recurso: Ordinário

Advogados: Nathalia De Oliveira Campos Da Paz Maia
Renata Correia

Decisão: Recurso Ordinário: Provido parcialmente. Decisão não unânime
Publicado em:

24 JUL 2010