



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT3-829692-2009

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL				
RECORRIDO	EMBAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.				
RELATOR(A)	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	3.124.271-6	S. ORAL	SIM
EMENTA					
ICMS – CRÉDITO INDEVIDO DECORRENTE DE BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO PELO CONFAZ					
Tratando-se de crédito indevido do ICMS, aplica-se o inciso I do artigo 173 do CTN, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.					
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO À SEDE ORDINÁRIA PARA APRECIÇÃO DO MÉRITO DA AÇÃO FISCAL					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
Artigos 59 e 61 do RICMS (Dec. 45.490/2000).			Art. 527, II, "j", do RICMS/2000.		

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial, interposto pela Fazenda, contra decisão de recurso ordinário, que cancelou as exigências fiscais do auto de infração, aplicando o termo inicial de que trata o artigo 150, § 4º, do CTN para a contagem do prazo decadencial.

2. A acusação refere-se ao crédito indevido, decorrente de benefício fiscal não autorizado pelo CONFAZ.
3. Inconformada, a d. Representação Fiscal afasta a decadência, aplicando o artigo 173, I do CTN. Afirma que as infrações restaram comprovadas.
4. O contribuinte em contrarrazões pugna pela manutenção do acórdão recorrido. Às folhas 370 e 381, **pede sustentação oral (Lei 13.457/09)**.
5. É a síntese do necessário.

VOTO

6. Restou efetivamente demonstrada a necessária divergência de interpretação da

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA SUPERIOR
SUSTENTAÇÃO ORAL

CERTIFICO que o interessado compareceu à
Sessão de Hoje desta Câmara e proferiu
Sustentação oral requerida.

SALA DAS SESSÕES, em 14/12/2010

NOME: Isabel Garcia C. da Fonseca

DOC. IDENTIFICAÇÃO: 018-5P 234287



SECRETÁRIO
OLGA MARIA DE CASTILHO ARRUDA



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT3-829692-2009**

**RECURSO
 ESPECIAL**

legislação tributária de que trata o artigo 49 da Lei 13.457, de 2009. Portanto, o recurso da Fazenda deve ser conhecido. Há paradigma para suportar o apelo, com aplicação do inciso I do artigo do CTN, para o termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de não ter ocorrido comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

7. No que se refere ao termo inicial da decadência, a maioria da atual composição da Colenda Câmara Superior tem decidido que o termo inicial da contagem do prazo decadencial deve observar o disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, demonstrando forte tendência a pacificar a matéria relativa a essa matéria, considerando a contagem a partir da data da escrituração do crédito considerado indevido.
8. Para o caso destes autos, não há declaração no voto condutor da decisão recorrida de que estaria comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.
9. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que se aplica o inciso I do artigo 173 do CTN, para os casos de crédito indevido do ICMS, conforme pode-se constatar nos acórdãos abaixo colacionados:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG (20100112996-4)

RELATOR	:	MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE	:	TELEMAR NORTE LESTE SA
ADVOGADO	:	SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)
AGRAVADO	:	ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR	:	GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A questão que envolve a natureza de insumo de combustíveis consumidos na atividade-fim da empresa, prestadora de serviços de telecomunicações e, bem assim, a interpretação do art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, quando dirimida a partir de argumentos de natureza eminentemente fática, não pode ser reexaminada por este Tribunal ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. É sabido e consabido que esta Corte, uma vez reconhecida a sucumbência recíproca, tem deixado ao juiz da execução, em liquidação de sentença, que mensure a proporção de êxito de cada uma das partes litigantes. Esse juízo de proporcionalidade somente será possível se a fixação da base de cálculo dos honorários observar um mesmo critério para autor e réu.



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT3-829692-2009**

**RECURSO
 ESPECIAL**

3. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência, *in casu*, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Relator MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Brasília (DF), 19 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

9.1 Vale reproduzir parte deste voto do Min. Humberto, que diz com o tema ora em debate:

(...)

"DA APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, *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;"

Na hipótese dos autos, cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação recolhido a menor no período de janeiro de 1999 a fevereiro de 2000.

O lançamento, cuja notificação do devedor se deu em 1º.12.2004, decorreu de autuação por creditamento indevido de ICMS, porquanto a contribuinte, além de creditar-se de ICMS pago pela aquisição de insumos, quais sejam, óleo combustível e lubrificantes, deixou de apresentar à fiscalização estadual os documentos comprobatórios da idoneidade dos créditos de ICMS escriturados.

Assim sendo, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no art. 173, I, do CPC, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT3-829692-2009**

**RECURSO
 ESPECIAL**

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 19 E 20 DA LC 87/96. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NO ART. 155, § 2º, II, DA CF/88. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.

1. Havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, razão pela qual a decadência não ficou caracterizada no caso dos autos, como bem observou o Tribunal de origem. Nesse sentido: REsp 842.413/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006; REsp 979.228/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 16.4.2009.

2. Não obstante o recorrente (ora agravante) tenha indicado os arts. 19 e 20 da LC 87/96 para fundamentar seu inconformismo, a questão controvertida está atrelada à verificação acerca da ocorrência ou não de contrariedade ao art. 155, § 2º, II, da CF/88, tendo em vista que o acórdão recorrido, com base no referido preceito constitucional, afirmou que 'a exigência de estorno proporcional do crédito relativo às operações anteriores não configura violação ao princípio da não-cumulatividade'. Ressalte-se que não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1.273.246/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 3.9.2010.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. ART. 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO. AFIRMAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. REEXAME DE PROVA.

1. Verificando-se que o lançamento, na hipótese dos autos, decorreu da lavratura de auto de infração, por não ter a contribuinte antecipado o pagamento, aplica-se o disposto no art. 173, I, do CTN, que prevê o prazo de cinco anos para a constituição do crédito tributário, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

2. A conclusão no sentido de que houve lançamento de ofício com recolhimento a menor do imposto, e não lavratura do auto de infração, depende da reapreciação das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 954.487/SE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. PAGAMENTO A MENOR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. TAXA SELIC.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando ocorre o recolhimento em desconformidade com a legislação aplicável, deve a autoridade fiscal proceder ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), iniciando-se o prazo decadencial de cinco anos no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido feito (art. 173, I, do CTN).

2. Se a Fazenda Pública notifica o contribuinte do auto de infração no prazo de cinco anos a que alude o art. 173, I, do CTN, não há que se falar em decadência do direito à constituição do crédito tributário, ainda que a inscrição em dívida ativa se dê fora desse prazo.

3. É devida a Taxa Selic nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda Pública Federal.

4. Ante a existência de lei estadual que determina o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da Selic. Precedentes.

5. Recurso especial não provido."

(REsp 973.189/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.9.2007, DJ 19.9.2007, p. 262.)



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

**CAMARA
 SUPERIOR**

**PROCESSO Nº
 DRT3-829692-2009**

**RECURSO
 ESPECIAL**

Ante o exposto, não tendo a agravante trazido qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.” MINISTRO HUMBERTO MARTINS – Relator

9.2 Aponta igual direcionamento, desta feita publicado no DJe 03/09/2010:

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.273.246 - RS (20100018418-8)

RELATOR	:	MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE	:	MAKRO ATACADISTA S/A
ADVOGADOS	:	LUIZ PAULO ROMANO E OUTRO(S) TONIA RUSSOMANO MACHADO E OUTRO(S)
AGRAVADO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	CLÓVIS SÁ BRITO PINGRET E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 19 E 20 DA LC 87/96. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO NO ART. 155, § 2º, II, DA CF/88. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.

1. Havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, razão pela qual a decadência não ficou caracterizada no caso dos autos, como bem observou o Tribunal de origem.

Nesse sentido: REsp 842.413/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006; REsp 979.228/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 16.4.2009.

2. Não obstante o recorrente (ora agravante) tenha indicado os arts. 19 e 20 da LC 87/96 para fundamentar seu inconformismo, a questão controvertida está atrelada à verificação acerca da ocorrência ou não de contrariedade ao art. 155, § 2º, II, da CF/88, tendo em vista que o acórdão recorrido, com base no referido preceito constitucional, afirmou que "a exigência de estorno proporcional do crédito relativo às operações anteriores não configura violação ao princípio da não-cumulatividade". Ressalte-se que não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010.



SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT3-829692-2009

RECURSO
ESPECIAL

10 De outra parte, ainda que prevaleça a aplicação do termo inicial do § 4º do artigo 150 do CTN, devem retornar os autos para a aplicação do mérito da acusação fiscal, porquanto há lançamentos de crédito não abrangidos pela decadência, haja vista que a notificação da lavratura do auto de infração ocorreu em 8.12.2009, e há lançamentos efetuados depois de 9.12.2004.

11 Por todo o exposto, e por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO DESTE RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA, PARA DAR-LHE PROVIMENTO**, devendo os autos retornarem à sede ordinária para a apreciação do mérito.

Sala das Sessões, de de de 2010.

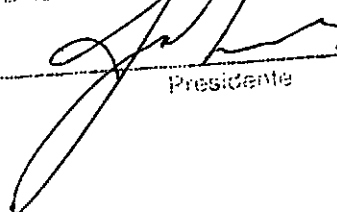

GIANPAULO CAMILO DRINGOLI
Relator

A pedido dou vista ao processo a(o) SR.(o)

LUIZ. F. MESSIAS SR.

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

ficando adiado o julgamento
SALA DAS SESSÕES, em 14 / 12 / 2010



Presidente



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE	FAZENDA PÚBLICA				
RECORRIDO	EMBAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.				
RELATOR	GIANPAULO CAMILO DRINGOLI	AIIM	3124271-6	S.O.	S
EMENTA					
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, POR SE CUIDAR DE SITUAÇÃO SUBSUMIDA À NORMA DO ARTIGO 150, § 4º, DO CTN.					

VOTO DE VISTA DO JUIZ

LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR

Com a devida vênia do I. Relator, vou dissentir.

Continuo firme na convicção de que situações como a dos presentes autos, em que se faz lançamento *ex officio* buscando a glosa de créditos apropriados pelo contribuinte e dados como indevidos, estão submetidas à regra de decadência que se retira do enunciado do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tal como decidido pela C. 10ª Câmara Julgadora e majoritariamente assentado, de momento, nesta Câmara Superior.

Não me abala, posto respeito, o argumento de que a matéria já estaria pacificada no seio do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, penso que ainda não está de pleno consolidada a orientação pretoriana superior sobre a questão específica de qual regra do CTN incide sobre as situações em que um contribuinte do ICMS toma créditos do imposto depois tidos como indevidos pelo Fisco na atividade de homologação do lançamento, se o artigo 150, § 4º ou o artigo 173, I.

Os precedentes invocados não traduzem, *data venia*, a almejada pacificação.

Há decisão prolatada no AgRg no Recurso Especial nº 1.042.821 – RS, exarada pela C. Primeira Turma, que faz referência a outras decisões, nenhuma, entretanto, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.



SECRETARIA DA FAZENDA
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

Há, também, julgado da Primeira Seção da Corte; versa este, todavia, sobre situação completamente distinta daquela aqui debatida, ou seja, sobre ser decenal ou quinquenal o prazo para a constituição de crédito tributário tendo por objeto contribuição previdenciária que não foi recolhida, isto é, não houve o seu pagamento.

Aqui examinamos quadro fático-jurídico diverso.

O que se analisa é qual é o *dies a quo* do prazo decadencial para a realização do **lançamento corretivo** da atividade declaratória do contribuinte do ICMS, que escriturou créditos que se pretendem ilegítimos, do que resultou não falta de pagamento, mas recolhimento a menor do tributo. Não é hipótese de **lançamento substitutivo** da atividade não exercida pelo sujeito passivo.

Se isto é verdadeiro – e não há como negar – não nos situamos, com o devido respeito, diante de jurisprudência firmada pelos tribunais judiciais sobre a questão da decadência para o lançamento *ex officio* corretivo que tem lastro na apropriação dita ilícita de créditos do ICMS.

Com esses motivos, estou pelo conhecimento do Recurso Especial, mas pelo seu não provimento.

Reitero meu entendimento de que se aplica a tais casos a norma do artigo 150, 4º, do Código Tributário Nacional.

É regra específica para os tributos de lançamento sujeito à homologação, em que o sujeito passivo determina, pela compensação dentro da chamada “conta-corrente fiscal”, o *quantum debeat* que erige e insere no sistema de direito posto a norma jurídica tributária individual e concreta em que figura no pólo devedor, obrigação que se extingue com o pagamento sujeito à homologação expressa ou tácita pelo Ente Tributante.

É procedimento que engloba complexo de atos, cada um deles sendo objeto potencial de análise pelo Fisco, a contar de sua consecução.

Em não havendo mácula de fraude, não há como se fugir à especificidade do artigo 150, 4º, do CTN, pelo que estou pelo **desprovimento** do Pedido fazendário.

É como voto.



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

CAMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-3-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

Sala das Sessões, em *22* de *MAIO* de *2011*


LUIZ FERNANDO MUSSOLINI JÚNIOR

Juiz com vista



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-03-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

RECORRENTE			
RECORRIDO			
RELATOR	Dr. GIANCARLO CAMILO DRINGOLI	AIIM	S. ORAL
EMENTA			
VOTO DE PREFERÊNCIA			
<p>ICMS</p> <p>CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO</p> <p>DECADÊNCIA Como, nas infrações de creditamento indevido, não existe qualquer atividade do contribuinte a ser homologada, nem existe fato gerador a partir do qual se possa iniciar contagem do prazo "DECADENCIAL" a que se refere o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, a regra aplicável a essas infrações de creditamento indevido é aquela prevista no inciso I do art. 173 do mesmo código</p> <p>DECISÃO PROFERIDA PELO EGRÉGIO STJ, NO AgRg NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262-MG e nos EDCL NO AgRg NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262-MG, RECONHECENDO QUE "a jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN".</p> <p>APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 173, INCISO I, AO CASO PRESENTE, em que se subscreve o voto do ilustre Sr. Relator</p>			
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO		CAPITULAÇÃO DA MULTA	

Pedi preferência na presente votação, para declarar meu entendimento acerca da questão em debate, atinente à decadência nos casos de creditamento indevido do ICMS.

Nos casos de crédito indevido, como o tratado neste processo, a regra aplicável é sempre aquela prevista no inciso I do art. 173 do CTN, e nunca a prevista no § 4º do art. 150 do mesmo código, porque o crédito do imposto não faz parte da atividade de lançamento sujeita à homologação e, se não faz parte dessa atividade, não se lhe pode aplicar regra destinada aos lançamentos por homologação.

Explico.

A finalidade do lançamento é constituir o crédito tributário. Assim, se não houver lançamento, não haverá crédito tributário.



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-03-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

A compensação de um tributo, porém, é exatamente o inverso do lançamento, porque a compensação é elemento de extinção do crédito tributário. E isso está previsto expressamente no art. 24 da Lei Complementar 87/96, que tem a seguinte dicção:

"Art. 24 - ... As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro, como disposto neste artigo:" (grifaram-se)

Conseqüentemente, é inevitável concluir que o lançamento e compensação são coisas que se antepõem, já que o lançamento vai constituir aquilo que a compensação vai extinguir.

Nesse diapasão, não há como dizer que a compensação, que é elemento extintivo do crédito tributário, seria parte integrante da atividade de lançamento por homologação, que é eminentemente constitutiva do crédito tributário.

Se a compensação fizesse parte da atividade de lançamento, teríamos que lidar com o paradoxo segundo o qual o crédito tributário estaria se extinguindo por compensação durante o processo de sua própria constituição, o que acabaria por inviabilizar o próprio aperfeiçoamento do processo de sua constituição.

E isso seria paradoxal!

Além disso, os momentos lógicos (e não, necessariamente, os cronológicos) de ocorrência do lançamento e de ocorrência da compensação são distintos.

Com efeito, se a compensação tem por finalidade extinguir o crédito tributário, para que ela efetivamente possa extinguir esse crédito tributário é necessário que o crédito tributário já esteja constituído em momento anterior ao momento da efetivação da compensação, pois, se assim não o for, não haverá o que extinguir.

Por sua vez, para que um crédito tributário exista, é preciso que o lançamento que o constitui já esteja concluído.

Como decorrência disso, sou levado a concluir que somente depois de efetuado e concluído o lançamento tributário é que se tem o crédito tributário constituído e, só depois da constituição desse crédito tributário é que se pode extingui-lo. Logo, se o momento da constituição do crédito tributário pelo lançamento antecede lógica e necessariamente o momento da extinção desse crédito pela compensação, então é forçoso concluir que a compensação ocorre após o procedimento de lançamento e, portanto, não faz parte desse procedimento.

No bojo desse raciocínio, a conclusão a que se chega é a seguinte: o § 4º do art. 150 do CTN se refere à homologação tácita, por decurso de prazo, da atividade de autolancamento desenvolvida pelo contribuinte. Como essa atividade tem natureza jurídica constitutiva do crédito tributário, e a compensação dos débitos com créditos tem natureza extintiva desse mesmo crédito tributário, então a compensação não ocorre, nem poderia ocorrer, dentro da referida atividade, razão pela qual a compensação não se sujeita a qualquer tipo de homologação, expressa ou tácita.

Logo, o § 4º do art. 150 do CTN não se aplica às situações relacionadas com os créditos



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-03-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

de ICMS.

Mas isso não é tudo.

O crédito do ICMS é um direito do particular, e não uma obrigação tributária dele. Assim sendo, o direito ao crédito do ICMS, tal como qualquer outro direito do contribuinte, não nasce da ocorrência de um fato gerador; pois fatos geradores só geram obrigações, e não direitos, ex vi dos arts. 114 e 115 do CTN.

Por sua vez, se o crédito de ICMS não nasce de fato gerador, então não há como contar o prazo apontado no § 4º do art. 150 do CTN, nos casos de infração de creditamento indevido, porque não há como proceder à contagem de um prazo em que o "dies a quo" (a data da ocorrência do fato gerador) não existe.

Diante dessas considerações, verifica-se que a regra do § 4º do art. 150 do CTN não pode ser aplicada às situações relacionadas com o crédito do ICMS. Conseqüentemente, deve-se aplicar a essas situações a regra do art. 173 desse mesmo código e, no caso presente, especificamente a do inciso I do *caput* desse dispositivo.

Mas isso não é tudo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário com atribuição para apreciar matéria referente à decadência, já firmou entendimento no sentido de que, nos casos de creditamento indevido de ICMS, a regra decadencial aplicável é a insculpida no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional.

Esse entendimento fica explicitado na transcrição de excerto da ementa integrante do AgRg no Recurso Especial nº 1.199.262 - MG, que faz referência específica à regra decadencial aplicável aos casos de creditamento indevido do ICMS, e que tem o seguinte teor:

“...
 3. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido, pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

...” (grifaram-se)

Frise-se que o texto acima transcrito não inovou, em momento algum, a jurisprudência daquela corte, mas simplesmente explicitou que sua jurisprudência já tinha entendimento consolidado no sentido de que a regra decadencial aplicável aos casos de creditamento indevido do ICMS é a do art. 173, inciso I do CTN, e não a do § 4º do art. 150 do mesmo código.

Nesse diapasão, tal decisão não constitui, de modo algum, alteração no entendimento até então adotado por aquele tribunal, mas, ao contrário, constitui declaração da existência de entendimento já há muito pacificado, no sentido de que, aos casos de creditamento indevido



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

CÂMARA
SUPERIOR

PROCESSO Nº
DRT-03-829692/09

RECURSO
ESPECIAL

do ICMS, a regra aplicável é a do inciso I do art. 173 do CTN.

Desse modo, embora a decisão citada e transcrita seja a primeira conhecida a fazer referência expressa à jurisprudência firmada pelo STJ sobre essa matéria, não foi ela que consolidou esse entendimento, pois ela apenas proclamou entendimento já há muito tempo consolidado.

O referido texto não tem natureza constitutiva de um novo entendimento, mas tão-somente declaratória de entendimento antigo e consolidado naquela corte de justiça.

Vale ressaltar, ainda, que houve oferecimento de embargos de declaração contra a decisão daquele agravo regimental, os quais foram rejeitados, conforme ementa infra-transcrita:

"EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. Conforme consignado no acórdão embargado, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, donde se deduz a não ocorrência, in casu, da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários.

2. A embargante, inconformada, busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

3. A inteligência do art. 535 do CPC é no sentido de que a contradição, omissão ou obscuridade, porventura existentes, só ocorre entre os termos do próprio acórdão, ou seja, entre a ementa e o voto, entre o voto e o relatório etc, o que não ocorreu no presente caso.

Embargos de declaração rejeitados."

Por todo o exposto e pelo mais que dos autos consta, subscrevo o voto do ilustre Sr. Relator, com o acréscimo das razões acima expostas.

Sala das Sessões, 22 de maio de 2011.


FERNANDO MORAES SALLABERRY
JUIZ com voto de preferência

Mantemos meu voto

Dringoli
Gianpaulo Camilo
Dringoli

Endosso o voto proferido
pelo Sr. Luiz Luiz Fernando
Mussolini Junior

[Signature]
Antonio Augusto S.P. de Carvalho

Com o Sr. Mussolini
[Signature]

AUGUSTO TOSCANO

Com o Sr. Dringoli
[Signature]
JOSE ROBERTO ROSA

Com o Sr. Mussolini
[Signature]
CELSO ALVES FEITOSA

[Signature]
FRANCISCO ANTONIO FELJO



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

FOLHA Nº

CAMARA SUPERIOR

PROCESSO Nº

*Assumo-me, neste oportunidade, a
reiteradas jurisprudências do STJ sobre a matéria,
acompanhando o dr. D'Amgoi.*

Egle
EGLE PRANDINI MACIOTTA

Com o Dr. D'Amgoi.

Paulo
PAULO GONCALVES DA COSTA SR.

com o Dr. Mussolini
Vicente
VICENTE DO CARMO SAPIENZA

com o Dr. Mussolini
Vanessa
Vanessa P. Rodrigues Domene

C/ A Dra. Egle
Julian
CELSO BARBOZA JULIAN

Com o Dr. Mussolini Jr.
Salusse

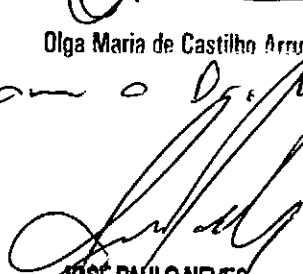
EDUARDO PEREZ SALUSSE

Do Sr. Dringali



Olga Maria de Castilho Arruda

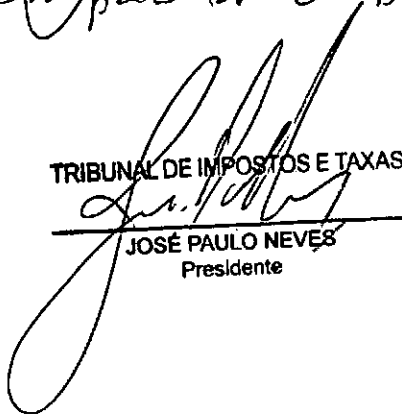
Com o Dr. Dringali



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente

Desempata a votação para
acompanhar o Dr. Dringali

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS



JOSÉ PAULO NEVES
Presidente