



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

5ª CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.				
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA				
RELATORA	CACILDA PEIXOTO	AIIM	3.088.038-5	S. ORAL	SIM L. 13.457/09
EMENTA					
<p>ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA, DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E NA AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO LIMITE AUTORIZADO PELA LEGISLAÇÃO.</p> <p>Crédito indevido de valores relativos a entrada de energia elétrica no estabelecimento (Item 1); crédito indevido de valores referentes ao recebimento de serviços de comunicação (item 2) e crédito indevido de valores superiores ao permitido na legislação referentes à aquisição de ativo imobilizado (item 3). Pedido de produção de sustentação oral nos termos da Lei 13.457/2009.</p>					
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA		
<p>1: Artigo 1º, inciso I das Disposições Transitórias do RICMS/00.</p> <p>2: Artigo 1º, inciso II, das Disposições Transitórias do RICMS/00.</p> <p>3: Art. 61, §10, item 1 e art. 61, §10, item 1, do RICMS (Dec. 45.490/00) e art. 20, § 5º da LC 87, de 13/09/1996.</p>			<p>1: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.</p> <p>2: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.</p> <p>3: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.</p>		

RELATÓRIO

1. Trata-se de RECURSO ORDINÁRIO tempestivo (fls. 117/148), interposto contra Decisão de Primeira Instância (fls. 106/108), que julgou procedente o AIIM inicial, lavrado em decorrência das seguintes infrações:

1. Creditou-se indevidamente do ICMS no período de Janeiro de 2003 até Dezembro de 2005, mediante lançamentos efetivados nos Livros de Registro de Entradas/Livros de Registros de Apuração do ICMS/GIA dos períodos, decorrente da entrada de energia elétrica no estabelecimento, conforme especificado no demonstrativo às fls. ... Obs.: O autuado não apresentou laudo estatístico de dados de consumo de energia elétrica em processo de industrialização para fins direito de apropriação dos créditos de ICMS.

2. Creditou-se indevidamente do ICMS no período de Janeiro de 2003 até Dezembro de 2003, mediante lançamentos efetivados nos Livros de Registro de Entradas/Livros de Registros de Apuração do ICMS/GIA dos períodos, relativamente a entradas de serviços de comunicação, conforme especificado no demonstrativo de fls... Obs. O autuado não demonstrou que o recebimento dos serviços de comunicações tenham sido utilizados na execução de serviços objeto da natureza do objeto social da empresa.

3. Creditou-se indevidamente de ICMS, no período compreendido entre



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

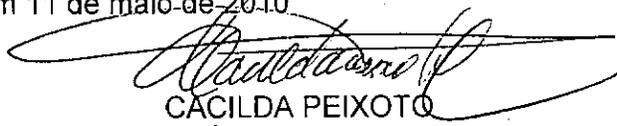
27/01/2004 até 21/02/2005, por ter escriturado no Livro Registro de Entradas montantes superiores ao limite autorizado de 1/48 por mês, relativos à aquisição de ativo imobilizado, conforme consta do demonstrativo que segue em anexo.

2. São apresentadas, em síntese, as seguintes razões de recurso: 1) impossibilidade da exigência em face da decadência: teria ocorrido a decadência em relação aos períodos anteriores a cinco anos contados da ciência da lavratura do AIIM, por entender aplicável o § 4º do artigo 150 do CTN. 2) Impossibilidade de se vedar o direito do Recorrente de escriturar os créditos relativos à aquisição de energia elétrica: alega que teria direito ao crédito relativo à energia elétrica, porque esta é consumida em seus estabelecimentos e em atividades essenciais para a prática de operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS; entende que nada justifica seja discriminada em relação a outros contribuintes, a despeito da atividade desempenhada ser comercial ou industrial, pois em ambos os casos, a energia é consumida e transformada no estabelecimento do contribuinte com vistas a possibilitar nova etapa de circulação sujeita ao ICMS; as suas razões de defesa não foram além do pleito de aplicação das limitações aos créditos de ICMS de forma isonômica ao caso concreto; na condição de supermercados, seus estabelecimentos exercem atividades industriais, tais como corte de frios, embalagem, panificação, etc. Junta documento denominado "laudo técnico" (fls. 129/146) que no seu entendimento comprovaria o direito ao crédito. 3) Incorreta aplicação da multa; ilegalidade da capitulação da multa: a aplicação da multa seria ilegal, por estar alicerçada na alínea residual, e de efeito confiscatório, impondo-se o seu cancelamento, ou a sua relevação/redução, consoante autorizado no artigo 108, IV c/c art. 112 do CTN; se mantida, seja afastada a incidência de juros sobre ela. 4) Quanto aos itens 2 e 3 do AIIM, informa que efetuou pagamento dos sub-itens 2.4 a 2.36 e 3.1 a 3.6 do D.D.F., os quais no seu entendimento não estariam atingidos pela decadência, juntando cópia de GARE às fls. 148.

3. A d. Representação Fiscal, apresenta as suas contra-razões às fls. 154/171 e pelos fundamentos que expõe pede pelo não provimento do Recurso.

4. Considerando que o Recorrente protesta por produção de sustentação oral (fls. 127), recurso interposto na vigência da Lei 13.457/2009 e do Decreto nº 54.486/2009, que em seu artigo 109, § 2º prescreve que a parte que protestou pela sustentação oral deverá comparecer à sessão de julgamento independentemente de intimação, interrompo o relatório, encaminhando o processo para colocação em pauta de julgamento, nos termos da Lei.

Sala das Sessões, em 11 de maio de 2010.


CACILDA PEIXOTO
JUÍZA RELATORA

TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

5ª CÂMARA JULGADORA

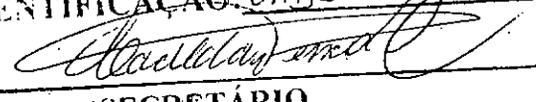
SUSTENTAÇÃO ORAL

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

SALA DAS SESSÕES, em 18/05/2010

NOME: Pamela Raissa Miguel

DOC. IDENTIFICAÇÃO: OAB-SP 252975



SECRETÁRIO



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

CÂMARA	PROCESSO Nº	RECURSO
QUINTA CÂMARA JULGADORA	DRTC-II-287009/2008	ORDINÁRIO

RECORRENTE	COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.			
RECORRIDO	FAZENDA PÚBLICA			
RELATORA	CACILDA PEIXOTO	AIIM	3.088.038-5	S. ORAL NÃO
EMENTA				
<p>ICMS. CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA, DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E NA AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO LIMITE AUTORIZADO PELA LEGISLAÇÃO.</p> <p>Crédito indevido de valores relativos a entrada de energia elétrica no estabelecimento (Item 1); crédito indevido de valores referentes ao recebimento de serviços de comunicação (item 2) e crédito indevido de valores superiores ao permitido na legislação referentes à aquisição de ativo imobilizado (item 3). Preliminares: multa confiscatória e ilegalidade da multa afastadas, posto que inócuentes; decadência: não ocorrente, no caso de infrações por crédito indevido aplica-se o prazo decadencial previsto no artigo 173, I do CTN. No mérito, trata-se de matéria que se resolve no plano probatório; provada a materialidade das infrações, o Recorrente não logrou produzir contraprova que pudesse infirmar o feito fiscal. O documento denominado "laudo técnico", juntado aos autos, por se referir a período distinto daquele a que se refere a autuação, não se presta a servir como documento de prova do alegado direito de crédito. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO. DESPROVIDO.</p>				
CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO			CAPITULAÇÃO DA MULTA	
1: Artigo 1º, inciso I das Disposições Transitórias do RICMS/00.			1: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.	
2: Artigo 1º, inciso II, das Disposições Transitórias do RICMS/00.			2: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.	
3: Art. 61, §10, item 1 e art. 61, §10, item 1, do RICMS (Dec. 45.490/00) e art. 20, § 5º da LC 87, de 13/09/1996.			3: art. 527, II, "j" c/c §§ 1º e 10 do RICMS/00.	

COMPLEMENTO DO RELATÓRIO

5. Ultrapassada a etapa de sustentação oral, conforme registrado nos autos, encerro o relatório, fundamento e decido

VOTO

6. Afasto a alegação de decadência, pelos fundamentos a seguir expostos.

6.1 O enunciado da regra do artigo 150, parágrafo 4º é dirigido ao Estado-fisco estipulando um prazo fatal, a contar da data da ocorrência do fato gerador, para que ele homologue ou não uma atividade obrigatória de autolancamento efetuada pelo contribuinte. Logo, é prazo de homologação e não de decadência, tendo como um dos



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

seus pressupostos uma atividade lícita (formalização do crédito tributário) efetuada pelo contribuinte, passível de fiscalização e de homologação. Do que se depreende que se a Fazenda Pública não se pronunciar, expressamente, no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sobre a atividade de formalização do crédito tributário a ser efetuada pelo contribuinte, então, o direito de se pronunciar sobre tal atividade (homologando-a ou não) extingue-se, considerando-se extinto, também, o crédito tributário porventura autolancado:

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

6.2 De modo diferente, o enunciado da regra do artigo 173, I, do CTN - que deve ser sempre observado nos lançamentos de ofício - estipula, sim, prazo de decadência para o fisco produzir o ato administrativo do lançamento, nos termos do artigo 142 do CTN:

"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:"

"Art. 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."

6.3 Feitas essas breves considerações, nos termos até aqui expostos, conclui-se que as regras em apreço regulam fatos jurídicos distintos: relacionado o primeiro (artigo 150, § 4º) à decadência do direito do Fisco de "homologar" o crédito constituído pelo contribuinte na forma preconizada no caput do citado artigo 150, e o segundo (artigo 173, I) à decadência, como perecimento do direito do Fisco de produzir o ato de lançamento por meio de lançamento de ofício.

6.4 Por outro lado, fato gerador, na dicção do artigo 4º do Código Tributário Nacional ("A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la."), gera obrigação ao contribuinte, e não direito, enquanto a escrituração de crédito do imposto é direito do contribuinte e não obrigação; vale dizer, portanto, que a escrituração de crédito não gera obrigação ao contribuinte. No caso de infração de crédito indevido é inaplicável a regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois a homologação do lançamento prevista no art. 150, § 4º do CTN tem como um de seus pressupostos a existência do "fato



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

gerador", o qual, como visto, não ocorre no caso de creditamento, ainda mais quando este for indevido. Conseqüentemente, não havendo fato gerador, não há como se determinar o "dies a quo" do prazo em questão.

6.5 No caso presente, considerando as três infrações narradas, houve escrituração de crédito indevido no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005. O contribuinte alega que teria ocorrido decadência em relação aos períodos anteriores a cinco anos contados da ciência da lavratura do AIIM, que ocorreu no dia 08/04/2008. Sendo aplicável a regra decadencial do artigo 173, I do CTN, com relação aos créditos efetuados no período de janeiro a dezembro de 2003, o termo inicial para contagem do prazo decadencial corresponde ao dia 1º (primeiro) de janeiro de 2004, tendo como marco final a data de 31/12/2008. Considerando-se que a notificação da lavratura do AIIM ocorreu no dia 08/04/2008, verifica-se que essa foi feita antes de expirado aquele prazo, de acordo, portanto, com a regra do artigo 173, I, do CTN, aplicável a esse tipo de infração. Logo não ocorreu a alegada decadência.

7. Quanto à alegação de que a multa possui caráter confiscatório, vale assinalar que o ato administrativo de aplicação da multa, decorrente de poder vinculado, está cingido à reserva absoluta da lei: configurado o fato como infração à legislação tributária sujeito se torna, portanto, à incidência e à aplicação da norma sancionatória, que não se confunde com a figura jurídica do tributo. Ademais, a fixação de critérios quantitativos ou qualificativos é de competência do Poder Legislativo, não existindo competência do Poder Executivo para desconstituir os atos emanados daquele Poder. Estando a multa aplicada em conformidade ao que dispõe a legislação, não cabe ao Agente Fiscal, bem como ao órgão julgador, perquirir se o percentual escolhido pelo legislador é exacerbado ou não. A subsunção do fato à norma que descreve a conduta infracional é que deu azo à aplicação da penalidade, que decorre de previsão legal válida, vigente e eficaz. Bastaria que o contribuinte não infringisse a legislação tributária para não ficar sujeito à referida penalidade, posto que o ordenamento prevê as conseqüências no caso do descumprimento da conduta preordenada, a fim de inibir a prática de infrações. A multa foi aplicada em conformidade com a legislação vigente e guarda proporcionalidade com o dano causado ao Erário pelo descumprimento da obrigação tributária, nada havendo, portanto, a se questionar, uma vez que houve a perfeita subsunção do fato à norma.

8. No que tange ao pedido de redução/relevação da multa ressalto que a redução ou relevação de penalidade implica dispensa parcial ou total de crédito tributário, estando, assim, vinculada à reserva absoluta da Lei. Com efeito, o artigo 92 da Lei Estadual 6.374/89 faculta ao órgão julgador a possibilidade de reduzir ou relevar a multa aplicada, desde que se encontrem presentes os requisitos nele elencados, cabendo ao Recorrente comprovar o atendimento destes requisitos, uma vez que é ele quem pleiteia pelo benefício. No caso, não restaram provados todos os requisitos, principalmente porque há cobrança de imposto por meio do lançamento posto no AIIM.



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

9. A alegação de ilegalidade da aplicação da multa não é de prosperar. A alínea "j" do inciso II do artigo 527 encerra uma norma punitiva específica residual que se refere a um inadimplemento específico, sem, contudo, proceder à descrição da conduta por meio da qual se pratica a infração. Dirigindo-se para um determinado tipo específico de inadimplemento (neste caso, crédito indevido do imposto) foi concebida pelo legislador, exatamente para possibilitar o enquadramento de qualquer hipótese de creditamento indevido que não seja enquadrável em outra alínea, em virtude das especificidades de cada caso verificado que, embora não descrito integralmente, nem por isso deixa de configurar uma infração. Em outras palavras, a não adequação do crédito indevido, escriturado de maneira contrária aos preceitos normativos vigentes, a alguma das possibilidades listadas não afasta a sua característica de ilegalidade, sendo, assim, legítima a aplicação da multa com fundamento na alínea residual. Por sua vez, não cabe o pedido de afastamento da incidência de juros sobre a multa, em virtude das disposições do artigo 565, inciso II do RICMS/00¹.

10. A invocação dos artigos 108, inciso IV² e 112³, do CTN não beneficia o Recorrente, revelando-se inaplicáveis as determinações do artigo 112 do CTN como pretendido. O artigo 112 do CTN prevê hipóteses em que, em matéria de infrações à legislação tributária, e penalidades correspondentes, devem as respectivas normas receber interpretação mais favorável ao contribuinte ou responsável. Entretanto, essa interpretação mais benéfica só se justifica se houver dúvida quanto a algum aspecto da norma, tal como enfocados nos incisos do citado artigo. Com relação aos incisos I, II e III do artigo 112 do CTN, vale ressaltar o entendimento de Luciano Amaro, in "Direito Tributário Brasileiro", Edit. Saraiva, 6ª ed., 2001, pg. 212. Segundo o renomado autor, "Na verdade, embora o art. 112 do Código Tributário Nacional pretenda dispor sobre "interpretação da lei tributária", ele prevê, nos seus incisos I a III, diversas situações nas quais não se estará cuidando da identificação do sentido e do alcance da lei, mas

¹ Artigo 565 - O montante do imposto ou da multa, aplicada nos termos do artigo 527, fica sujeito a juros de mora, que incidem (Lei 6.374/89, art. 96, na redação da Lei 13.918/09, art. 11, XVI): (Redação dada ao artigo pelo Decreto 55.437, de 17-02-2010; DOE 18-02-2010; Efeitos a partir de 23-12-2009)

(...)

II - relativamente à multa aplicada nos termos do artigo 527, a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do auto de infração.

² Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

(...)

IV - a equidade.

³ Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

sim da valorização dos fatos. Nessas situações, a dúvida (que se deve resolver a favor do acusado, segundo determina o dispositivo) não é de interpretação da lei, mas de "interpretação" do fato (ou melhor, de qualificação do fato). Discutir se o fato "x" se enquadra ou não na lei, ou se ele se enquadra na lei "A" ou na lei "B", ou se a autoria do fato é ou não do indivíduo "Z", diz respeito ao exame das circunstâncias em que ele teria ocorrido, e não ao exame da lei. A questão atém-se à subsunção, mas a dúvida que se põe não é sobre a lei, e sim sobre o fato." Com relação ao inciso IV, afirma o autor: "Já o inciso IV do dispositivo pode ser referido tanto a dúvidas sobre se o fato ocorrido se submete a esta ou àquela penalidade (problema de valorização do fato) como à discussão sobre o alcance da norma punitiva ou sobre os critérios legais de graduação da penalidade." Não se vislumbra, aqui, qualquer possibilidade de amparo nos ditames do artigo 112 do CTN, ressaltando que os fatos constatados pelo fisco, tal como descrito no AIIM, se subsumem perfeitamente à norma que prevê a penalidade por infringência aos artigos indicados. Por sua vez, a utilização da equidade só se justifica diante da ausência de disposição expressa na legislação tributária, o que não se verifica no caso presente, já que, como visto, existe disposição expressa sobre a multa aplicada.

11. Afastadas as preliminares, melhor sorte não assiste ao Recorrente quanto ao mérito das infrações. Registre-se que o Recorrente nada menciona acerca do mérito das infrações relatadas nos itens 2 (crédito relativo aos serviços de comunicação) e 3 (crédito indevido de valores superiores ao permitido na legislação referentes à aquisição de ativo imobilizado). Alega, inclusive, ter efetuado o pagamento dos sub-itens 2.4 a 2.36 e 3.1 a 3.6 do D.D.F., os quais no seu entendimento não estariam atingidos pela decadência, juntando cópia de GARE às fls. 148. Diante desses fatos é de se considerar que houve admissão tácita da prática dessas infrações e, considerando que não houve ainda certificação do noticiado pagamento, referida providência deve ser adotada e considerados os valores pagos quando da liquidação total do AIIM.

12. No que tange aos itens 1 e 2, o crédito efetuado é indevido, por contrariar o disposto no artigo 1º das Disposições Transitórias do RICMS/00 – que regulamentou o disposto no artigo 33 da Lei Complementar 87/96, alterado pelas Leis Complementares nº 102, de 11/07/2000; nº 114, de 16/12/2002 e nº 122, de 2006:

"Artigo 1º (DDTT) - O crédito do imposto com relação à entrada de energia elétrica e aos serviços de comunicação tomados pelo contribuinte, ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2001 e até 31 de dezembro de 2010, somente será efetuado relativamente (Lei Complementar federal 87/96, art. 33, II e IV, na redação da Lei Complementar 102/00, art. 1º, com alteração da Lei Complementar 122/06, art. 1º):

I - à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando:

- a) for objeto de operação de saída de energia elétrica;*
- b) for consumida em processo de industrialização;*
- c) seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;*

II - ao recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo contribuinte, quando:



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

- a) tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;
b) de sua utilização resultar operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais."

13. Verifica-se que, por força da legislação que disciplina a matéria, desde a edição da Lei Complementar 102 de 11 de julho de 2000, o crédito de ICMS relativo ao recebimento de serviços de comunicação só é permitido: a) ao contribuinte que executa serviços da mesma natureza – em outras palavras, ao contribuinte que executa serviços de comunicação – e b) proporcionalmente, quando de sua utilização resultar operação de saída ou prestação para o exterior:

Lei Complementar 87/96

"Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

IV – somente dará direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

a) ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

b) quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)"

13.1. O Recorrente não é prestador de serviços de comunicação nem tampouco comprovou a qualidade de exportador de produtos fabricados. Logo, não se enquadra em nenhuma das supracitadas hipóteses previstas na Lei Complementar, sendo, portanto, ilegítimo o crédito efetuado. Como a acusação se encontra devidamente comprovada pelos documentos juntados pelo fisco, essa parte remanescente do item 1 é de ser mantida.

14. No que se refere ao item 1 do auto de infração, a Lei Complementar 87/96, também em seu artigo 33 preceitua que:

"Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

b) quando consumida no processo de industrialização; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp nº 122, de 2006)

15. Como se verifica, o Recorrente tem como atividade (de acordo com a sua CNAE) o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados; não promoveu saída de energia elétrica, não realizou processo de industrialização e nem tampouco promoveu o seu consumo em operações de saídas ou prestações para o exterior, situações autorizativas ao crédito dessa



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

natureza. Sendo assim, diante das condições para o aproveitamento do crédito decorrente de aquisição de energia elétrica e das sucessivas prorrogações impostas na legislação, conclui-se que o Recorrente não se enquadra nas condições legais para usufruir dos créditos relativos à energia elétrica. Suas alegações perante as regras do ordenamento não se sustentam, sobretudo seu inconformismo com o disposto na legislação infraconstitucional, não havendo declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma que disponha sobre essa matéria.

16. Alegando ter o direito ao crédito relativo à energia elétrica, o Recorrente juntou com o recurso documento denominado "LAUDO TÉCNICO" (fls. 129/146)) que, segundo o seu entendimento, comprovaria esse direito. Encaminhado os autos para a manifestação do agente fiscal autuante, este assim afirma (fls. 153): "... o laudo apresentado em nada contribuiu para o trabalho fiscal em questão até porque elaborado a destempo não se aplicando a situações pretéritas. Não bastasse a extemporaneidade da apresentação, o laudo carece de dados que foram omitidos, tais como os que deveriam acompanhar o Anexo II (fls. 145) aonde deveriam estar listadas as características gerais e de consumo da unidade consumidora nos últimos 12 meses passados e que poderiam servir de base para uma discussão preliminar, como também as informações relativas a faturas das contas de energia que deveriam fazer parte do Anexo III (fls. 146)."

17. Com efeito, o laudo não pode se aplicar a situações pretéritas, mas a eventos futuros, já que ele pode ser utilizado para fundamentar créditos, nos termos da Decisão Normativa CAT 1/01, abaixo transcrita:

V - DO LAUDO TÉCNICO

6. - no tocante à necessidade ou não de laudo técnico para apropriação do valor do ICMS incidente sobre o total consumido de energia elétrica e do serviço de comunicação, o RICMS não estabelece esse método de quantificação técnica. Nessa situação, poderá o contribuinte munir-se de demonstrativo que comprove o real consumo de energia elétrica e do serviço de comunicação utilizado em cada área ou departamento, nos termos atrás expostos, que não necessariamente seja elaborado por perito de empresa especializada e que poderá ser feito pelo seu próprio pessoal técnico. Alerta-se que será de exclusiva responsabilidade do contribuinte a veracidade dos dados lançados em sua escrita fiscal

18. O que se verifica, portanto, é que embora a sua juntada aos autos seja intempestiva, o que em um primeiro momento poderia resultar no seu não acolhimento, é patente que o seu conteúdo não guarda relação com os fatos narrados na inicial, conforme se demonstra, não sendo apto a beneficiar o Recorrente, na forma pretendida.

19. De acordo com a informação nele constante, o levantamento "in loco", levado a efeito mediante o referido laudo técnico, foi realizado no mês de maio de 2008 (informação que difere do informado no campo data da visita, 23/10/2007), enquanto



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

que a autuação objeto do presente AIIM compreende o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2005. Destarte, o laudo em questão não permite identificar se o consumo de energia elétrica nele estampado seria equivalente ao efetivamente consumido no período do creditamento a que se refere o auto de infração, uma vez que se baseia em observação de período diverso. Mais ainda: sequer é possível aferir se os equipamentos objeto do consumo pretendido seriam os mesmos existentes por ocasião da prática da infração imputada; muito menos se consumiriam energia em quantidades maiores, menores ou iguais. Essas constatações são, por si sós, suficientes para afastar a alegação do Recorrente e concluir pela inservibilidade do documento juntado para a resolução da questão, pois não tem o mesmo qualquer valor probante para a situação em análise nesses autos.

20. E, embora não contestada também a infração do item 3, vale assinalar que não há amparo legal para a conduta do Recorrente, haja vista o que determinam as regras dos artigos 20, § 5º, III da Lei Complementar 87/96 e 61, § 10 do RICMS/2000:

"Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

(...)

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II deste parágrafo, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior ou as saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos: (Redação dada pela Lei Complementar nº 120, de 2005)"

"Artigo 61 - Para a compensação, será assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, nos termos do item 2 do § 1º do artigo 59, relativamente a mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas (Lei 6.374/89, art. 38, alterado pela Lei 10.619/00, art. 1º, XIX; Lei Complementar federal 87/96, art. 20, § 5º, na redação da Lei Complementar 102/00, art. 1º, Convênio ICMS-54/00).

§ 10 - O crédito decorrente de entrada de mercadoria destinada à integração no ativo permanente, observado o disposto no item 1 do § 2º do artigo 66:

1 - será apropriado à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

2 - para seu cálculo, terá o quociente de um quarenta e oito avos proporcionalmente aumentado ou diminuído "pro rata die", caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês.

21. Por derradeiro, cumpre assinalar, quanto ao protesto por juntada posterior de documentos comprobatórios de alegações, que os momentos previstos na legislação



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

CÂMARA
QUINTA CÂMARA JULGADORA

PROCESSO Nº
DRTC-II-287009/2008

RECURSO
ORDINÁRIO

para a produção de provas a cargo do atuado são quando da apresentação da defesa ou do recurso ordinário. Apesar das alegações, desde a ciência da lavratura do auto de infração até o presente momento, o Recorrente não juntou nenhuma prova documental que pudesse ilidir o feito fiscal.

22. De tudo quanto acima exposto, concluo que a materialidade das infrações resta comprovada, sendo que o Recorrente não produziu qualquer contraprova que pudesse infirmar o trabalho fiscal.

23. Considerando, portanto, as razões de fato e de direito que foram expendidas e por tudo que dos autos consta, CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO e NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a r. decisão de Primeira Instância, por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, 18 de maio de 2010

CACILDA PEIXOTO
JUÍZA RELATORA

Voto pela aplicação do §4º do artigo 150 do CTN, de modo a decretar a caducidade dos créditos referentes ao período de janeiro a abril de 2003, nos termos da jurisprudência da C. Câmara Superior deste E. Poder Judiciário (DRTC-III-9027445/04).

Cruz

com o Senhor

André Felix Ricotta de Oliveira

FOLHAS 9

FABIO HENRIQUE BORDINI CRUZ
Presidente



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

Página: 2
Data: 18/05/2010
Hora: 16:52:16
DAP383R

Sessão: 18/05/2010

Processo: DRTC-II-287009/2008 - AIIM 3088038-5

Protocolo GDOC: 1000232-287009/2008

Câmara: Quinta Câmara Julgadora

Recorrente: Cia. Brasileira De Distribuição - Ie: 105137557113

Recorrida: Fazenda Pública Do Estado

Relator: Cacilda Peixoto

Recurso: Ordinário

Advogados: Renata Correia

Decisão: Recurso Ordinário: Negado provimento. Decisão não unânime

Publicado em: 29MAI 2010

