



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000337534

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0113346-37.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S/A.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso de apelação da FESP e ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 10 de maio de 2017

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 10.902 (processo físico)
APELAÇÃO Nº 0113346-37.2011.8.26.0100
Nº ORIGEM: 0113346-37.2011.8.26.0100
COMARCA: São Paulo (Vara das Execuções Fiscais Estaduais)
REEXAME NECESSÁRIO
APTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
APDO: GLENCORE IMPORTADORA E EXPORTADORA S/A
(anteriormente denominada GLENCORE PARTICIPAÇÕES LTDA.)
MM. Juíza de 1º GRAU: Carolina Bertholazzi

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA.

Não corre prazo prescricional ou decadencial antes de findar o processo administrativo (art. 151, III do CTN). Apenas com a notificação do resultado do recurso ou sua revisão administrativa inicia-se o prazo quinquenal da prescrição, isto é, com a constituição definitiva do crédito tributário. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal de Justiça.

O processo administrativo não permaneceu inerte, no caso concreto.

Reforma da r. sentença, que havia reconhecido a existência da prescrição.

Embargos à execução fiscal apta ao julgamento mérito, nos termos do art. 515, § 3º do CPC/1973 (aplicável ao caso, porque vigente na época em que proferida a r. sentença).

Inocorrência de decadência e preclusão da retificação de julgado administrativo. Nulidade absoluta, decretada de ofício e dispensada prova de prejuízo.

Inexistência de vícios na CDA. Encontram-se na CDA todos os dados da correta constituição do crédito tributário (art. 2º da Lei nº 6.830/1980 e art. 202 do CTN). Além disso, o embargante não se desfez do ônus de infirmar a higidez da CDA.

Afastada alegação de ausência de razoabilidade e efeito confiscatório da multa aplicada em tese imposta pelo art. 592, inciso I, alínea “e” do Decreto 33.118/91 – RICMS e obediência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que limita a multa a 100% sobre o valor do tributo.

Impossibilidade de aplicação da compensação por conta gráfica. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Embargos à execução, apreciados em seu mérito, nesta oportunidade e julgados improcedentes, nos termos do art. 515, § 3º do CPC/1973 (art. 1013, parágrafo 3º., do CPC/2015).

RECURSO DE APELAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Vistos.

Cuida-se de embargos à execução opostos Glencore Importadora e Exportadora S/A. (anteriormente denominada Glencore Participações LTDA.), atualmente denominada, em relação à execução fiscal ajuizada pela Fazenda Estadual de São Paulo. Indica a embargante que a execução fiscal objetiva a cobrança de ICMS por falta de recolhimento por guia especial do imposto decorrente de importação e multa, decorrente do AIIM nº 48.731, de 02.09.93, lavrado originalmente em face de Richo Cereais, incorporada pela ora embargante, cujo objetivo inicial era a exigência de débito de ICMS, bem como imposição de multa por suposta infração relativa à compensação do tributo através de “*conta gráfica*”.

Alega o embargante que recorreu administrativamente do AIIM e em 1997 o pedido de reconsideração foi julgado a seu favor; em 2004, após sete anos, a Fazenda teria requerido a nulidade absoluta da decisão por ter extrapolado os limites da divergência, que resultou em 2006 em uma nova decisão administrativa que declarou nula a decisão do pedido de reconsideração. Aduz, ainda que em 2008 a Diretoria Executiva da Administração Tributária determinou que fossem encaminhados os autos do processo administrativo para inscrição do débito em Dívida Ativa.

Sustentou, em sede de embargos à execução fiscal, preliminarmente, que: a) a atribuição de efeito suspensivo, pois garantiu o juízo (apresentou, em 04.01.2011, Carta de Fiança Bancária nº 10107066, emitida pelo Banco Votorantim S/A, no valor de R\$ 1.192.014,54); b) há decadência e preclusão do ato de anulação do julgamento do pedido de reconsideração administrativo, dado o transcurso do lapso temporal de 7 anos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

entre o julgamento e anulação do ato; c) há ocorrência de prescrição intercorrente administrativa; d) a CDA é nula, pois não identifica a origem, a natureza, a falta de identificação do tributo regularmente discriminado; e) a multa aplicada é confiscatória, desprovida de razoabilidade. No mérito, aduz, que deve ser aplicada a compensação do ICMS por conta gráfica, pois o tributo exigido foi integralmente recolhido. Requer, assim, que seja acolhida as preliminares extinguindo a execução fiscal, subsidiariamente a compensação do ICMS por conta gráfica e a embargada nos ônus da sucumbência (fls. 02/22).

Recebidos os embargos no efeito suspensivo, por ter garantido o juízo (fls. 193), impugnou a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 195/204), apresentou réplica a embargante (fls. 213/221).

Sobreveio r. sentença (fls. 223/225), cujo relatório adoto, que julgou procedentes os Embargos à Execução, reconhecendo-se a prescrição, uma vez que a AIIM n. 48.731, lavrada em 02/09/1993, foi objeto de recurso administrativo, com decisão favorável, datado de 15/10/1997, e *“deste julgamento não houve a interposição de nenhum recurso, portanto, acrescidos os dias do prazo recursal desta decisão, tenho que seria este o termo inicial do prazo prescricional”*, transcorrido prazo superior a cinco anos para a constituição do crédito tributário houve prescrição, causa extintiva do crédito tributário, nos termos do art. 156, V do CTN. Condenou a exequente ao pagamento de custas, despesas e honorários de advogado arbitrados em R\$ 2.000,00, atualizados a conta desta sentença e acrescidos de juros de 1% desde o trânsito em julgado.

Apela a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 254/262),



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

argumentando que: a) não ocorreu a prescrição, pois apelada foi autuada diversas vezes entre setembro/outubro de 1992/1993 e o auto de infração lavrado em 02.09.1993, antes do cômputo quinquenal, contado do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador, não podendo se falar em decadência; b) a executada exerceu seu direito de defesa no processo administrativo e foi notificada da decisão final do TIT em abril de 2008, em fevereiro o débito foi inscrito e em maio de 2009 a ação ajuizada; c) o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento que o auto de infração constitui lançamento e não corre prazo algum (colacionou julgados); d) com a lavratura do auto de infração iniciou-se o procedimento administrativo que tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito, pela possibilidade de apresentação de defesa ou recurso do contribuinte autuado, como dispõe o art. 151, III do CTN, de modo que entre a lavratura da AIIM (02/09/1993) até sua decisão final (maio de 2008) não fluiu prazo decadencial ou prescricional, que só se inicia com a constituição definitiva; e) a constituição definitiva do crédito tributário (maio de 2008), a inscrição do débito na dívida ativa em fevereiro de 2009 e o ajuizamento da execução com a determinação da citação do executado não transcorreram 5 anos (colacionou julgados); f) após a determinação da citação da empresa a exequente sempre tomou as medidas judiciais cabíveis visando o prosseguimento da execução, sem paralisação pelo prazo de 5 anos; h) os ônus sucumbenciais se guiam pelo princípio da causalidade, de modo que quem deu azo a instauração da demanda judicial foi o apelado que não recolheu a tributação, devendo arcar com os ônus sucumbenciais. Requer, portanto, o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e recebido no efeito suspensivo (fls. 264), processados com contrarrazões (fls. 271/274).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

Nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal de 1988 compete privativamente à União legislar sobre “*direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*”.

Notadamente quanto ao direito processual civil observa-se que até o dia 17.3.2016 as disposições legais insertas na Lei nº 5.869 de 11.01.1973, que instituiu o Código de Processo Civil, foram observadas em todo território nacional e em todos os graus de jurisdição.

Observa-se, contudo, que em prestígio à efetividade da justiça, foi instituído Novo Código de Processo Civil, por meio da Lei nº 13.105, em 16.3.2015, com vigência a partir de 18.3.2016, sendo tal data ratificada, inclusive, nos termos da decisão do pleno do E. STJ, datada de 02.3.2016, após questionamento do Min. Raul Araújo, Presidente da 2ª Seção daquela Corte.

Quanto à aplicação temporal de lei processual, o Novo Código de Processo Civil, visando garantir direitos e garantias fundamentais conferidos no art. 5º, inciso XXXVI da CF/88 e no art. 6º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), expressamente pontuou em seu art. 14 que “*a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No caso concreto, como a r. sentença foi proferida (11/02/2014 – fls. 225) e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não, em atenção ao art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

Aliás, neste sentido o Colendo STJ, em seu Enunciado administrativo n. 3: *“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ”*

Anote-se, outrossim, que é por força do disposto no art. 496 do CPC/2015 (semelhante ao art. 475, incisos I e II, do CPC/1973) – referente ao reexame necessário, ato tipicamente processual, cujo juízo de admissibilidade deve ser realizado de acordo com as disposições da norma vigente sobre a matéria: no caso em apreço, o Código de Processo Civil de 2015 –, que, além do recurso de apelação da parte, será apreciado aqui o reexame necessário.

Em razão do apontado, no caso em tela, será apreciado também o reexame necessário.

Assiste razão a Fazenda-apelante.

Respeitado o entendimento manifestado pelo Juízo de 1º.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Grau, deve a r. sentença ser reformada, pois parte de premissas fáticas equivocadas, como se verá na fundamentação que segue.

A r. sentença fundamentou a ocorrência de prescrição no caso concreto da seguinte forma:

*O feito comporta julgamento imediato nos termos do art. 17, parágrafo único, da Lei de Execuções Fiscais.
O tema da prescrição é prejudicial e mesmo se não alegado pela parte merece apreciação de ofício pelo juiz.*

A presente execução é decorrente do AIIM n. 48.731, lavrado em 02/09/1993. A embargante foi notificada do lançamento e interpôs recurso administrativo, sendo o Auto mantido em primeira e segunda instância. Porém, apresentou pedido de revisão e reconsideração, com decisão favorável em 15/10/1997, com publicação em 08/11/1997.

Com efeito, todo o período transcorrido entre a data da notificação do lançamento e o julgamento definitivo na esfera administrativa tem sido considerado pela jurisprudência como um intervalo no qual não transcorre os prazos de prescrição ou decadência.

Como é sabido, em nosso ordenamento jurídico existe a possibilidade de um ato administrativo, ainda que impregnado de vício e considera do nulo, ser mantido ou preservado, quando se colocarem em confronto, no âmbito administrativo, os princípios da legalidade e da segurança jurídica, considerando que estes nem sempre se postam em harmonia e conjunção.

De fato, a Administração Pública pode utilizar-se de seu poder de autotutela para anular ou revogar seus atos que se encontrem eivados de nulidades. Todavia, também tem um prazo para efetuar a revisão dos atos administrativos, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹, “(...) a prescrição administrativa, que, tecnicamente, é uma decadência, e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também interesse público, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Quanto ao prazo, razoável se afigura adotar orientação seguramente majoritária de renomados Doutores na matéria.

Pondera o mesmo HELY LOPES MEIRELLES: "entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80), e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)."

No caso, em outubro de 1997 foi decidido administrativamente pela inexistência do débito e somente após 05 anos tal decisão foi anulada e o crédito constituído.

Aplicável ao caso, portanto, o artigo 156, V, do Código Tributário Nacional, causa extintiva do crédito tributário, bem como da pretensão de sua satisfação, até porque adoção de posicionamento contrário atentaria contra o princípio da segurança jurídica.

Posto isto, JULGO PROCEDENTE os Embargos à Execução para declarar extinto o processo de execução, o que faço nos termos do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil." (fls. 223/225).

Entretanto, ao contrário do sustentado pelo Juízo "a quo", o processo administrativo não acabou em outubro de 1997, pois continuou pendente de análise de recurso administrativo da empresa-recorrida.

Nos autos do proc. administrativo de nº 89.515.615-3 (cuja cópia se encontra apenas a estes autos) é possível verificar a cronologia do processo administrativo junto ao Tribunal de Impostos e Taxas. Analisando aqueles documentos verifica-se que após a decisão proferida em 1997, o processo administrativo não findou, apenas foi julgada a reconsideração, prosseguindo com o pedido de revisão e só em 2008 o contribuinte foi notificado e em fevereiro de 2009 o crédito tributário foi inscrito na Dívida Ativa (27/02/2009 – fls. 314 do apenso).

Com efeito, a empresa Richco Cereais Comércio e Exportação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

LTDA (ora Grancore Importadora e Exportadora S/A) foi autuada (AIIM nº 048731 série 'T' de 02.09.1993) por ausência do recolhimento, através de guia especial, do ICMS no valor de Cr\$ 1.033.552,00, relativo a importações efetuadas nos meses de setembro até novembro de 1992, violando o art. 102, I, 'b' do RICMS, acarretando na penalidade prevista no art. 592, I, 'e' do RICMS.

O contribuinte apresentou defesa administrativa (fls. 46/81 do apenso – outubro de 1993). Mantido o AIIM em primeira instância (fls. 84/85 do apenso – novembro de 1994). A executada apresentou recurso ordinário administrativo (fls. 89/94 do apenso – dezembro de 1994). A 8ª Câmara Especial do TIT negou provimento ao recurso (101/104 do apenso – março de 1997 do apenso). A autuada ofereceu **pedido de reconsideração** (fls. 108/112 do apenso – maio de 1997 do apenso) e **pedido de revisão** (fls. 113/119 do apenso – maio de 1997 do apenso). Apresentadas contrarrazões do pedido de reconsideração do contribuinte (fls. 130 do apenso – agosto de 1997 do apenso). A Juíza designada Maria Lourdes Lage Vieira conheceu do pedido, mas negou provimento, mantendo a decisão anterior. Pediu vista o Dr. João Frazão de Medeiros Lima que divergiu da Relatora. Esta manteve seu voto e a Juíza Vera Lúcia Santoro acompanhou o Juiz Dr. João Frazão.

Assim sendo, o **Pedido de reconsideração** foi “*Provido parcialmente para excluir as DIs nº 830, 869, 904 e 943 da exigência fiscal. Decisão não unânime quanto ao imposto das DIs e unânime no mais.*” (fls. 135 - verso do apenso - novembro de 1997 do apenso).

A representante fiscal, com vistas ao **pedido de revisão de fls. 113/119** do apenso (processo administrativo), requereu a juntada dos arestos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indicados como paradigmas (fls. 138-verso do apenso – junho de 2001 do apenso), juntados às fls. 139/191 do apenso, como consta da certidão de fls. 192 do apenso (processo administrativo). **Apresentadas contrarrazões ao pedido de revisão, alegando nulidade absoluta da decisão do pedido de reconsideração, por não observância dos limites da divergência do recurso ordinário** (fls. 193/194 do apenso – maio de 2004).

A Presidência do TIT declarou inválido o julgamento proferido no pedido de reconsideração proferido pela 8ª Câmara Especial, u por ter verificado que a decisão (ato administrativo) está em desconformidade com as prescrições normativas (fls. 218 do apenso – comunicação efetivada em julho de 2004, no que se refere à decisão da Presidente do TIT datada de 23.06.2004).

Pelo que se depreende do processo administrativo, a então Presidente do TIT determinou que os autos fossem redistribuídos a uma das Câmaras daquele Tribunal para que o “pedido de reconsideração” interposto pelo contribuinte, fosse conhecido, ficando sobrestado o “pedido de revisão” também por ele interposto.

A 6ª Câmara do TIT, em 20.07.2007, de que foi Relator o Juiz Sérgio Approbato Machado, negou provimento ao pedido de reconsideração, pois “*a tese defendida pelo contribuinte já está superada neste Tribunal*” (julho de 2006 do apenso).

O executado interpôs **recurso especial administrativo** (fls. 236/248 do apenso).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A Presidência do TIT **indeferiu o processamento** do Recurso Especial do contribuinte, pois as razões recursais não trazem em seu bojo dissídio jurisprudencial, bem como deferiu o **processamento do Pedido de Revisão do contribuinte, que se encontrava sobrestado** (fls. 285/286 do apenso – outubro de 2007).

Foram apresentadas contrarrazões do pedido de revisão (fls. 291/292 do apenso).

As Câmaras Reunidas do TIT conheceram do recurso de “pedido de revisão”, mas **negaram-lhe provimento**, mantida a decisão recorrida (fls. 294/298 do apenso - abril de 2008).

A Coordenadoria da Administração Tributária-CAT informou que o contribuinte foi notificado para tomar providências em relação ao débito referente ao AIIIM, porém até aquela data não havia pagamento ou parcelamento, determinando o encaminhamento para inscrição em dívida ativa (fls. 308 do apenso – agosto de 2008).

A Diretoria Executiva da Administração Tributária acrescentou que se tornou prejudicado o encaminhamento da representação de eventual crime em razão do lapso de temporal transcorrido (fls. 310 do apenso – agosto de 2008). A delegacia regional tributária da capital informou que o AIIIM foi inscrito na Dívida Ativa em 27/02/2009 (fls. 314 do apenso).

A Procuradoria Fiscal **ajuizou execução fiscal em maio de 2009 a fim de cobrar a CDA de nº 1.001.688.895** (fls. 03/05 dos autos da execução fiscal).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O processo administrativo teve regular trâmite, conforme o Regimento Interno do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) vigente à época.

O Regimento Interno do TIT de 1968 (Lei nº 10.081/1968) vigente à época do trâmite administrativo, em seu art. 78, prevê que:

“Artigo 78 - Se interpostos cumulativamente o pedido de reconsideração e o de revisão, será processado, primeiramente, o de reconsideração e, em seguida, se cabível, o de revisão.”

A Lei 13.457/2009 (revogada pela Lei 10.941/2001) que trata do processo administrativo tributário em seu art. 71 informa que: *“O cabimento e o processamento do recurso serão regidos pela lei vigente ao tempo em proferida a decisão recorrível”*, ou seja, aplicável o imperativo disposto no art. 78 da Lei nº 10.081/1968.

No caso concreto, o contribuinte apresentou **pedido de reconsideração** (fls. 108/112 do apenso – processo administrativo) e **pedido de revisão** (fls. 113/119 do apenso – processo administrativo), ambos em maio de 1997, isto é, quando vigente a regra estampada no Regimento Interno do TIT de 1968 (Lei nº 10.081/1968) em seu art. 78, noutras palavras: *“Se interpostos cumulativamente o **pedido de reconsideração e o de revisão**, será processado, **primeiramente, o de reconsideração e, em seguida, se cabível, o de revisão**”*.

A regra do processo administrativo tributário junto ao Tribunal de Impostos e Taxas foi seguida (art. 78 do apenso), **julgada primeiramente a reconsideração** (fls. 135 - verso do apenso - novembro de 1997), **após,**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

instruído o pedido de revisão com os acórdãos paradigmas (fls. 138-verso do apenso - junho de 2001) e **julgado em abril de 2008** (fls. 294/298 do apenso).

Dessa feita, os processos administrativos não restaram inertes. Os recursos administrativos foram sucessivamente apreciados, e como determina o art. 151, III do CTN, fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário quando há: *“reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”*.

Outrossim, a anulação pela Presidência do TIT, do julgamento do pedido de reconsideração proferido pela 8ª Câmara Especial do TIT, está em consonância com o regramento vigente à época, pois a decisão violou o disposto no art. 73, § 1º do Regimento Interno do TIT de 1968 (Lei nº 10.081/1968), ou seja, *“o pedido de reconsideração será restrito à matéria objeto de divergência”* (fls. 218 do apenso – julho de 2004).

Afirma Ademar Fogaça Pereira in *O Tribunal de Impostos e Taxas* (Edicon, 2004, p. 44-45):

“(...) devidamente julgado o processo, enquanto não for inscrito o débito na dívida ativa, a decisão que contiver erro de fato será passível de retificação. O pedido de retificação de julgado, que poderá ser feito pelo recorrente ou pela Representação Fiscal, deverá ser dirigido, em segunda instância, ao Presidente do Tribunal com a indicação precisa do vício de que padece a decisão”.

Esse é o teor do art. 16 da Lei nº 10.941/01 (Regimento Interno do TIT de 2001):

“Artigo 16 - Enquanto não for inscrito o débito na dívida ativa, a decisão de qualquer instância administrativa que contiver erro de fato será passível de retificação, devendo o processo ser submetido à apreciação do respectivo órgão de julgamento.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Considerando tudo o que foi indicado acima, verifica-se que o Juízo “a quo” partiu de pressuposto equivocado de que “*em outubro de 1997 foi decidido administrativamente pela inexistência do débito e somente após 05 anos tal decisão foi anulada e o crédito constituído.*” (fls. 223/225 do apenso). Na realidade, o decidido em outubro de 1997 foi apenas a análise de um dos recursos administrativos e não a decisão final. Ademais, a decisão que anulou a reconsideração ocorreu paralelamente ao julgamento do pedido de revisão.

Não houve, assim, encerramento do procedimento administrativo em 1997, mas somente em abril de 2008 (fls. 294/298 do apenso – processo administrativo).

Ora, de outubro de 1993 (defesa administrativa de fls. 46/81 do apenso) até abril de 2008 (última decisão do processo administrativo às fls. 294/298 do apenso), não correu prazo prescricional.

Não há em se falar em prescrição ou decadência, pois **enquanto tramita o processo administrativo há suspensão do crédito tributário (art. 151, III do CTN)**, de modo que apenas a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão administrativa inicia-se o prazo prescricional.

De outro prisma, por ausência de previsão normativa específica não incide a prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nesse diapasão existe a súmula 11 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda (Portaria 106/2009 que unificou o entendimento dos Conselhos) que possui o seguinte teor: “*Não se aplica a prescrição intercorrente no Processo Administrativo Fiscal*” bem como existia a súmula do 1º Conselho de Contribuintes, 11 (DOU 1 de 26/06/2006) e a súmula 7 do 2º Conselho de Contribuintes (DOU 26/09/2007) bem como a súmula 4/2003 do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (“*Não é admissível a prescrição intercorrente no processo administrativo tributário*”).

O Superior Tribunal de Justiça também possui o mesmo entendimento:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. INÍCIO DO PRAZO APENAS COM A NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DO RESULTADO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INAPLICABILIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (STJ - Resp 1006027 / RS - 1ª Turma - Rel. Teori Albino Zavascki - J. 16/12/2008 - Dje. 04/02/2009)” grifado.

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 174, DO CTN. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PARA RECORRER. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC, ou para sanar erro material.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Deveras, consoante assente, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. O recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito

tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão ex officio, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica.

4. *O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório encartado nos autos, bem como das cláusulas estipuladas no acordo firmado entre as partes e acostado às fls. 150/151, insindicável nesta via especial, em face da incidência dos verbetes sumulares nsº 05 e 7 do STJ.*

5. *Restando assentado pelo acórdão recorrido que: "(...) "A questão relativa ao direito do autor à isenção do IPTU, referente aos exercícios de 1985 a 1989, foi bem analisada pela magistrada sentenciante: '(...) a isenção que beneficiava o autor foi legitimamente revogada, tendo em vista o auto de infração sofrido no ano de 1984, lavrado em virtude de obrigação tributária relativa ao ISS - confirmado administrativa e judicialmente (fls. 76 e 300) -, nos termos do artigo 3º da Lei 59/78 - que condicionava a continuidade da isenção ao cumprimento das demais obrigações fiscais - e artigo 179, que preceitua não haver garantia na continuidade de isenção.' (fls. 739 dos autos acima referidos) E ainda, conforme manifestação da Procuradoria de Justiça, ' (...) O autor descumpriu, durante a vigência da isenção (de 1979 a 1988), uma das condições necessárias para ter direito a ela, que era a regularidade de pagamento dos demais tributos devidos à municipalidade. À evidência, as condições que ensejam a concessão do referido benefício devem permanecer inalteradas durante todo o período de sua vigência. Portanto, é indiscutível que o Autor deixou de fazer jus à isenção por ter sido autuado em 1984, por irregularidades no recolhimento do ISS, passando, então, a ser dele exigível o pagamento do IPTU' (fls. 409 da Ap. 50.568/06). Assim, não há que se falar em continuidade da isenção diante das irregularidades no recolhimento do ISS.' (fl.987), afigura-se incontestável que o conhecimento do apelo extremo importa o reexame fático-probatório da questão versada nos autos, insindicável nesta via especial, em face da incidência do verbete sumular n.º 07 deste Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".*

6. *A intervenção do Parquet não é obrigatória nas demandas indenizatórias propostas contra o Poder Público, como é o caso da ação anulatória de cobrança de IPTU. Tal participação só é imprescindível quando se evidenciar a conotação de interesse público, que não se confunde com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública. Precedente: (AR: n.º 2896/SP, Rel. Castro Meira, DJ. 02.04.2007).*

7. *A ratio essendi do art. 82, inciso III, do CPC, revela que a*

manifestação do Ministério Público se faz imprescindível quando evidenciada a conotação do interesse público, seja pela natureza da lide ou qualidade da parte.

8. *A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.*

9. *O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.*

10. *Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do Parquet no mister de custos legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, v.g., sói ocorrer, com a ação anulatória de cobrança de determinado tributo.*

11. *In genere, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.*

12. *Deveras, a legitimidade para recorrer do Ministério Público está fundamentada no mesmo interesse que o legitima a ajuizar a ação ou intervir no feito. Nesse sentido, as lições da doutrina, verbis: "Exceto quando haja como representante da parte ou substituto processual da pessoa determinada (quando o órgão do Ministério Público atua em defesa direta das pessoas por ele próprio representadas ou substituídas), nas demais hipótese de atuação, o órgão ministerial conserva total liberdade de opinião. Contudo, se tem liberdade para opinar, porque para tanto basta a legitimidade que a lei lhe confere para intervir, já para acionar ou recorrer é mister que o Ministério Público tenha interesse na propositura da ação ou na reforma do ato atacado: ele só pode agir ou recorrer em defesa do interesse que legitimou sua ação ou intervenção no feito". (Hugo Nigro Mazzilli. A defesa dos interesses difusos em juízo. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90).*

13. *O Ministério Público não deve intervir em ações como a presente, mas utile per inutile non vitiatur.*

14. *Recurso especial desprovido. (STJ - REsp 1113959 / RJ - 1ª Turma - Rel. Luiz Fux - J. 15/12/2009 - DJe 11/03/2010)” grifado.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 174, DO CTN.

- 1. "A exegese do STJ quanto ao artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional, é no sentido de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se admite aduzir suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, sim, um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-officio. (...). Conseqüentemente, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, razão pela qual não há que se cogitar de prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal. (RESP 485738/RO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.09.2004, e RESP 239106/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ de 24.04.2000)..." (REsp 734.680/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 1º/8/2006).*
- 2. Recurso Especial provido. (STJ - REsp 651198 / RS - 2ª Turma - Rel. Herman Benjamin - J. 21/06/2007 - DJe 30/09/2008)" grifado.*

No mesmo sentido pode ser citado, a título de exemplo, precedente deste E. Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO FISCAL – Decadência – Da data da infração cometida até a lavratura do auto de infração não decorreu o prazo decadencial e, com a existência de processo administrativo, com a notificação da empresa autuada, houve suspensão do crédito tributário (art. 151, III, do CTN), de sorte que até a propositura da execução fiscal também não identificada a prescrição, nem mesmo a intercorrente – Extinção da execução afastada, com regresso dos autos à origem para que se decida acerca da regularidade do redirecionamento da execução ao sócio, e o prosseguimento da execução nos seus ulteriores termos – Recurso da Fazenda do Estado provido para este fim.(TJSP – Apelo nº 0043159-35.2006.8.26.0405 - Relator(a): Rebouças de Carvalho; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 6ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 11/11/2016; Data de registro: 11/11/2016) – grifado.

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL – ISS – EXERCÍCIOS DE 2002 E 2003 – MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso da autora.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — INOCORRÊNCIA - Prescrição intercorrente que não se verifica na esfera administrativa – Precedente desta Câmara – JURIS MORATÓRIOS – Suspensão da exigibilidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do crédito que não afasta a fluência de juros – Caráter compensatório – Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

ISS - SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – Pretensão de recolhimento do ISS com base no art. 9º, parágrafos 1º e 3º do Decreto-lei nº. 406/68, bem como no art. 176-A do Código Tributário Municipal – Impossibilidade – Regime não aplicável a sociedades limitadas – Precedente desta C. Câmara.

HONORÁRIOS RECURSAIS – Majoração nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015 – POSSIBILIDADE – Observância ao disposto nos §§ 2º a 6º do artigo 85, bem como aos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do respectivo artigo – Majoração em 1% sobre o valor já fixado – Verba honorária que passa a corresponder a aproximadamente R\$ 34.304,24. Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP – Apelo nº 1016151-48.2015.8.26.0309 - Relator(a): Eurípedes Faim; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 23/03/2017; Data de registro: 23/03/2017) – grifado.

De outra banda, passo a analisar os pedidos dos embargos à execução fiscal, nos termos do **art. 515, § 3º do CPC/1973 (art. 1013, parágrafo 3º., do CPC/2015)**.

De pronto, esclareço que não pode ser acolhida a alegação de decadência e preclusão do ato de anulação do julgamento do pedido de reconsideração no processo administrativo, pois como já verificado acima o julgamento do recurso administrativo se deu seguindo o Regimento Interno do TIT vigente à época e não merece reparos.

Quando do oferecimento das contrarrazões ao pedido de revisão, a representante da Fazenda **alegou nulidade absoluta da decisão do pedido de reconsideração** (fls. 193/194 do apenso – maio de 2004). Em 2004, era vigente a Lei nº 10.941/2001 (posteriormente revogada em 18.03.2009 pela Lei 10.941/2001), que dispunha acerca do processo administrativo decorrente de lançamento de ofício. Aquele diploma legal informava em seu art. 16 que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Enquanto não for inscrito o débito na dívida ativa, a decisão de qualquer instância administrativa que contiver erro de fato será passível de retificação, devendo o processo ser submetido à apreciação do respectivo órgão de julgamento”. **Assim, não se trata, como alega o embargante, de decisão passível de recurso extraordinário, mas sim de simples retificação de julgado.**

A retificação de erro não estava preclusa.

Consoante informa o Presidente do Tribunal de Impostos e Taxas em 23.06.2004 (fls. 219 do apenso), decidiu pela anulação do pedido de reconsideração proferido pela 8ª Câmara Especial, por ter afrontado o disposto no art. 73, § 3º da Lei nº 10.081/1968, combinado com art. 71 da Lei 13.457/2009 (revogada pela Lei 10.941/2001). Noutras palavras, cuidava-se de nulidade absoluta que pode ser decretada de ofício, desnecessária a demonstração de prejuízo e manifestação das partes.

Assim sendo, não deve ser acolhida a alegação de prescrição intercorrente, conforme tratado acima.

Por outro lado, a empresa embargante sustenta a existência de nulidade da CDA, por suposta ausência do requisito do inciso III, do 2º, da Lei nº 6.830/1980 (*“a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida”*) e art. 202, III do CTN e art. 203 do CTN. Afirma, ainda, a embargante que a CDA não teria feito referência aos artigos violados e que dão ensejo à infração e à multa, o que geraria a nulidade da execução fiscal. No tocante à correção monetária e aos juros aplicados, sustenta a embargante que a CDA não teria indicado os índices aplicados e da forma de correção monetária. Por fim, argumenta a embargante que os juros de mora e correção



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

moratória superam o montante principal, em flagrante desproporcionalidade, o que equivale a excesso de execução.

As alegações do embargante não prosperam.

Não há nulidade, pois a CDA cumpre os requisitos previstos no inciso III, do 2º, da Lei nº 6.830/1980 (“*a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida*”) e no art. 202, III do CTN (“*a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado*”).

Ademais, a CDA (fls. 03/05 da execução) informou a origem **do débito tributário (nº AIIM 48731), a data da lavratura (02/09/1993), data do trânsito em julgado da decisão que impôs a multa (31/05/2008) e do julgamento definitivo do auto de infração (15/04/2008)**, úteis para o cálculo dos juros de mora e correção monetária.

Além disso, a CDA trouxe no item *histórico – fundamento legal*, a descrição pormenorizada do fundamento legal do débito tributário, que passo a transcrever:

“A importância supra se refere: a) ao ICMS exigido através do AIIM acima descrito; b) multa aplicada com base no RICMS, por infração aos artigos do mesmo regulamento, conforme anotação lançada no item 'fundamento legal' para cada referência supra identificada. Termos iniciais de correção e de juros de imposto devido e das multas aplicadas identificados em cada quadro de referência acima descritos. Atualização Monetária da MULTA: Artigos 97 parágrafo primeiro item 2, 109 e 113 parágrafo quarto da Lei 6374/89, e artigos 667 parágrafo único e 631 ambos do Decreto 33118/91. Atualização Monetária do ICMS: artigo 97 da Lei 6374/89. Juros de mora de um por cento (1%) por mês ou fração, calculado sobre o ICMS atualizado, nos termos do artigo 96 da Lei 6374/89 até 31/12/98; e a partir de 01/01/99, equivalentes a Taxa Referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para Títulos Federais, acumulada mensalmente, nos termos do art. 1º e §§ da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Lei 10.175/98. Termo Inicial dos juros de mora sobre a multa: a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do AIIM (artigo 96, II, “a” da Lei 6374/89).

Observações: INFRAÇÕES RELATIVAS AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO” (fls. 05 da execução)

Por óbvio, a natureza do crédito é tributária, por se tratar de ICMS.

No item da CDA transcrito acima, é possível verificar claramente o índice aplicável. Ainda, às fls. 03/04, há discriminação da data de referência (para aplicação da correção monetária, multa e juros) de cada operação que deu causa à incidência do ICMS.

De outro ângulo, há clara discriminação dos índices de correção monetária, juros aplicados e o termo *a quo*, quais sejam: a) atualização monetária da multa: “*Artigos 97 parágrafo primeiro item 2, 109 e 113 parágrafo quarto da Lei 6374/89, e artigos 667 parágrafo único e 631 ambos do Decreto 33118/91*” (fls. 05); b) atualização monetária do ICMS: “*artigo 97 da Lei 6374/89*” (fls. 05); c) juros de mora um por cento (1%) por mês ou fração, calculado sobre o ICMS atualizado: “*nos termos do artigo 96 da Lei 6374/89 até 31/12/98; e a partir de 01/01/99, equivalentes a Taxa Referencial do sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para Títulos Federais, acumulada mensalmente, nos termos do art. 1º e §§ da Lei 10.175/98*” (fls. 05); d) termo inicial dos juros de mora sobre a multa: *a partir do segundo mês subsequente ao da lavratura do AIIM (artigo 96, II, “a” da Lei 6374/89)* (fls. 05).

Por fim, a CDA goza de uma presunção de legitimidade, liquidez e certeza (STJ, REsp. 235.028/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 27/06/2005; REsp. 493.940-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

20/06/2005) **que exige do contribuinte o ônus de infirmar a higidez do título executivo**, o que não restou verificado no caso em tela.

A alegação de ausência de razoabilidade da multa aplicada e seu caráter confiscatório não procede.

A multa aplicável diz respeito a diversas infrações, como se observa às fls. 03/05 da execução.

A CDA é expressa ao fazer referência ao processo administrativo de nº 12203-365689/2004, e o contribuinte, em sede de defesa administrativa relatou, de maneira didática às fls. 46 que: *“O AIIM declara que a Defendente teria deixado de recolher, através de guia especial, ICMS no valor de Cr\$ 1.033.552,00, relativo a importações efetuadas nos meses de setembro à novembro de 1992, conforme ali identificados. Deu, pois, por infringido o artigo 102, I, “b” do RICMS, e capitulou a penalidade no preceito do artigo 592, I, “e” do mesmo Regulamento.”* (fls. 46 da cópia do processo administrativo, em apenso).

Discute-se, portanto, a incidência da multa de 50% do valor do tributo (imposto) não pago *“quando a operação ou prestação estiver escriturada regularmente no livro fiscal próprio e, nos termos da legislação, o recolhimento do tributo tiver de ser efetuado por guia de recolhimentos especiais”* (art. 592, I, alínea “e” do Decreto 33.118/91).

A multa não se mostra confiscatória e fora dos padrões de razoabilidade, não havendo que se falar em sua redução.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O embargante admite a multa no percentual de 50% do valor do tributo devido, como se verifica às fls. 18 (razões dos embargos à execução), que passo a transcrever: “*Tem-se, pois, caso típico de multa desproporcional e verdadeiramente confiscatória, especialmente a multa que chega ao percentual de 50% do valor do tributo devido” (fls. 18 dos embargos à execução).*

Há precedentes deste E. Tribunal no sentido da validade da multa delineada no art. 592, I, alínea “e” do Decreto 33.118/91. Neste sentido, por exemplo:

“APELAÇÃO - ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL - ICMS Recolhimento de ICMS sobre importação por meio de conta gráfica, ao invés de Guia de Recolhimento Especial Sentença de improcedência Decisão que deve subsistir Liminar obtida em Mandado de Segurança impetrado perante a Justiça Federal que garantia o desembaraço independentemente do recolhimento antecipado do ICMS Decisão judicial que não abordou a forma de recolhimento do tributo Infração ao disposto no art. 102, I, alínea 'b', RICMS, aprovado pelo Decreto nº 33.118/91 Precedente desta Câmara Multa corretamente aplicada Patamar de 50% que não apresenta caráter confiscatório Aplicação do art. 592, I, "e", do RICMS/91, vigente à época Negado provimento ao recurso.” (TJSP – Apelo nº 0154681-50.2008.8.26.0000 - Relator(a): Rubens Rihl; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/06/2013; Data de registro: 13/06/2013; Outros números: 8456145200)”.

No mesmo sentido, inclusive, encontra-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (AgRg no REExt 833.106/GO, jul. 25.11.2014, Relatoria do Min. Marco Aurélio): *“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral.”.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por fim, **quanto à compensação por conta gráfica**, alegou o embargante que teria deixado de recolher, através de guia especial, ICMS relativo a importações efetuadas entre setembro a novembro de 1992. Entretanto, informou o embargante-apelante que o tributo foi integralmente recolhido, pois os referidos valores foram escriturados no Registro de Entrada dos meses correspondentes e declarados a débito nas respectivas GIAS (campo 52) e pagos.

A embargante-apelante, afirma, ainda, que a questão levada ao processo administrativo limitou-se a verificar se a embargante estava investida no direito de recolher o tributo correspondente a essas operações (importação de mercadorias), por conta gráfica e quem responde pelo recolhimento do ICMS e pela inscrição no livro de “Registro de Entradas”, se ela mesma ou sua filial em Santos.

A tese já foi **debatida exaustivamente** no processo administrativo e **não acolhida**. Em primeiro grau do processo administrativo, a tese foi afastada e julgada improcedente, uma vez que *“Examinando-se as D.I.'S, verifica-se que todas elas foram emitidas para o estabelecimento de S. Paulo. Se houve equívoco, cometeu-o a autuada, que emitiu as notas fiscais de entrada do estabelecimento de Santos. (...) No mérito. (...) A autuada, 'sponte sua' e unilateralmente, em total desrespeito às normas vigentes que regula a importação de mercadorias do exterior, alega ter recolhido o imposto por conta gráfica, invocando, ainda, o tratamento isonômico a que, eventualmente, teria direito. Esse procedimento, no entanto, não tem amparo legal, como se viu, e somente estaria a salvo das sanções, se medida judicial assim determinasse. O que não pode ocorrer é o contribuinte*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tomar a si a interpretação da lei na forma que mais lhe convier. Ao assumir tal postura, assume também o ônus da desobediência. ” (fls. 84/85 do processo administrativo, cuja cópia se encontra em apenso aos embargos à execução).

O recurso administrativo ordinário teve a mesma sorte (fls. 101/104 do processo administrativo – cuja cópia está em apenso aos embargos à execução), cujo trecho transcrevo: ***“Independentemente de comprovação do pagamento do ICMS, não estabelecendo referida decisão nenhum regramento quanto ao momento da ocorrência do fato gerador e, muito menos, que o imposto fosse pago através da conta gráfica. Dessa sorte, não se alegue que o imposto foi integralmente recolhido, em razão da escrituração das operações em causa no Registro de Entrada nos meses correspondentes e que os valores foram declarados a débito nas respectivas GIAs, no campo 52 e pagos nos termos das guias de recolhimento dos respectivos meses”*** (grifado).

O pedido de revisão e o de reconsideração não acolheu a tese do embargante. E o recurso especial administrativo teve seu processamento indeferido, por não trazer discussão jurisprudencial.

Entendendo que o desembaraço aduaneiro, seria independente do recolhimento antecipado do ICMS, deveria o embargante, ao efetuar o pagamento do tributo, **fazê-lo pela via correta, qual seja, a Guia Especial de Recolhimento e não se utilizando da sistemática da conta gráfica.** Correta, assim, a atuação do Fisco e a aplicação da multa punitiva.

Sobre a matéria, há precedentes:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“ICMS. INCIDÊNCIA SOBRE MERCADORIA IMPORTADA. ART. 5º DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89.

Obrigação tributária insuscetível de ser cumprida mediante lançamento de débito na conta gráfica da contribuinte. Pelo sistema tributário em vigor, o que se contabiliza na referida conta é o crédito do ICMS pago na entrada da mercadoria, independentemente de sua origem, ou o débito pelas saídas, inexistindo hipótese de débito pela entrada. Descabível invocar-se tratamento isonômico, pois, todos os contribuintes que importarem mercadoria do exterior estarão sujeitos ao recolhimento do tributo por guia e prazo especial, por força de exigência decorrente da Lei nº 6.374/89-SP. Precedente da Corte: RE 195.663. Não-conhecimento do recurso. (STF - RE 253.229, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2000, DJ 28-04-2005 PP-00098 EMENT VOL-01988-10 PP-02000)”.

“TRIBUTARIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS DO EXTERIOR. SISTEMA DE RECOLHIMENTO: GUIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL (SP) NUM. 33.118/91. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I - NO ESTADO DE SÃO PAULO, O RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS DO EXTERIOR NÃO OCORRE POR ESCRITA FISCAL NORMAL (EM QUE HA A COMPENSAÇÃO ENTRE CREDITOS E DEBITOS), OU SEJA, PELO REGIME DE APURAÇÃO MENSAL, MAS, SIM, ATRAVES DE GUIA ESPECIAL.

APLICAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL PAULISTA NUM. 33.118/91.

II - PRECEDENTES DO STJ: RESP NUM. 85.478/SP, RESP NUM. 74.662/SP, RESP NUM. 62.144/SP - EDCL, RESP NUM. 65.104/SP.

III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 66888/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/1996, DJ 29/10/1996, p. 41627)” – grifado.

No julgamento do RE nº 195.663-1/SP, de que foi relator o Ministro Ilmar Galvão (Plenário, em sessão de 13.08.97), o Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento quanto ao lançamento do ICMS em conta gráfica: *“o que se contabiliza na referida conta é o crédito do ICMS pago na entrada da mercadoria, independentemente de sua origem, ou o débito pelas saídas, inexistindo hipótese de débito pela entrada. (...)”.*

Transcrevo a elucidativa ementa do mencionado julgado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ART. 5º DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. ICMS INCIDENTE SOBRE MERCADORIA IMPORTADA.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Obrigação tributária insuscetível de ser cumprida mediante lançamento de débito na conta gráfica da contribuinte. Pelo sistema tributário em vigor, o que se contabiliza na referida conta é o crédito do ICMS pago na entrada da mercadoria, independentemente de sua origem, ou o débito pelas saídas, inexistindo hipótese de débito pela entrada. Acórdão que decidiu de acordo com essa orientação. Recurso que se conhece, mas que se nega provimento.” (STF – RE 195.663-1/SP – Pleno – Rel. Ilmar Galvão. Jul. 13.08.1997). –grifado.

Ainda:

“EMENTA: - Recurso extraordinário. 2. ICMS incidente sobre mercadoria importada. 3. Momento da ocorrência do fato gerador. 4. Constituição Federal, art. 155, § 2º, inciso IX, letra a. 5. O Plenário do STF, no julgamento do RE 193.817-0/RJ, a 23.10.1996, por maioria de votos, firmou orientação segundo a qual, em se cuidando de mercadoria importada, o fato gerador do ICMS não ocorre com a entrada no estabelecimento do importador, mas, sim, quando do recebimento da mercadoria, ao ensejo do respectivo desembaraço aduaneiro. 6. Lei n.º 6.374/89, do Estado de São Paulo. Lançamento do débito do ICMS em conta gráfica. Impossibilidade. 7. Precedente. Plenário. RE n.º 195.663-1/SP. 8. Recurso extraordinário improvido. 9. Agravo regimental a que se nega provimento.. (STF – RE 216.251 AgR / SP - SÃO PAULO – 2ª Turma – Rel. NÉRI DA SILVEIRA – jul. 25.05.1998).”

Desse modo, não se admite, na situação narrada, o recolhimento por conta gráfica.

Em síntese, é imperativa a reforma da r. sentença para afastar o decreto de prescrição e para julgar, no mérito propriamente dito, rejeitados os embargos à execução fiscal, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois “desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais” (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo do Estado e ao reexame necessário, nos termos acima indicados.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA

Relatora