

Ementário Judicial Tributário-Fiscal

141) Administrativo – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Artigo 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Infração administrativa. Prescrição. Inaplicabilidade do artigo 226 do Estatuto

1. O artigo 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina seja aplicado o Código Penal aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente ali definidos.

2. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o mencionado dispositivo, aplica as regras do Código Penal quanto à prescrição das medidas socioeducativas. 3. As infrações administrativas, tipificada no artigo 258 do ECA, diferentemente, por falta de previsão legal expressa, não seguem as regras do Código Penal. 4. Em se tratando de sanção administrativa, a multa imposta por força do artigo 258 do ECA segue as regras de direito administrativo e não penal, sendo quinquenal o prazo prescricional. Precedentes da Seção de Direito Público (REsp n. 820.364/RN, desta relatora, DJ, de 11.09.2007 e REsp n. 850.227/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJ, de 27.02.2008). 5. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 898.568/RN (2006/0238160-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 05.05.2009).

142) Apelação – Mandado de Segurança

Liberação de veículo independentemente do pagamento da multa e das custas de estadia. Ordem concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Apreensão que não caracterizou ilegalidade ou abuso de poder. Prova preconstituída incapaz de demonstrar o direito alegado. Evidente ausência de direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança. Reexame necessário (pertinente na espécie) e recurso de apelação providos. (TJSP – Apelação n. 861.918.5/7-00 – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

143) Conflito de Competência – Falsidade praticada com o fim exclusivo de lesar o Fisco, viabilizando a sonegação do tributo. Absorção

1. Cometida a conduta descrita no artigo 299 do Código Penal com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, fica absorvido o delito de falsidade eventualmente perpetrado, pois praticado como meio para a consecução do crime-fim (sonegação fiscal). *Crime contra a ordem tributária*. Artigo 1º da Lei n. 8.137/90. Delito material. Consumação. Local do efetivo prejuízo sofrido pelo Fisco. 1. Tratando-se a infração penal prevista no artigo 1º da Lei n. 8.137/90 de delito material, sua consumação ocorrerá no local em que se verificou o prejuízo provocado pelo crime. 2. Conflito conhecido

para declarar-se competente o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo, o suscitado. (STJ – CC n. 102.866/PR (2009/0017159-1) – j. 25.03.2009 – Rel. Min. Jorge Mussi).

144) ICMS – Serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás. Igrejas e templos de qualquer crença. Contas. Afastamento. “Guerra fiscal”. Ausência de configuração

Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás. (STF – ADI n. 3.421/PR – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 05.05.2010). *DJe*, de 27.05.2010.

145) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – Isenção. Crédito. Anulação. Regra versus exceção

Consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 155 da Carta da República, a isenção ou a não incidência acarretam, em regra, a anulação do crédito referente a operações anteriores, devendo a exceção estar prevista expressamente em lei. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Isenção. Crédito. Substituição tributária. Inteligência do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal.* Em direito, descabe

confundir institutos, expressões e vocábulos. O preceito da alínea “b” do inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal não é afastado ante a circunstância de o contribuinte atuar, em fase toda própria, inconfundível com a responsabilidade tributária direta, como substituto tributário, cumprindo perquirir a existência ou não de recolhimento do imposto, na primeira condição, quando da saída final do produto. (STF – RE n. 199.147/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Nelson Jobim – Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio – j. 16.04.2008). *DJe*, de 13.11.2008.

146) Mandado de Segurança – Compensação do débito tributário. Impossibilidade

Pretendida a compensação do débito tributário com os créditos decorrentes de cessão (precatórios judiciais) para fins de adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Inteligência dos artigos 78, parágrafo 2º, do ADCT e 170 do Código Tributário Nacional. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação com revisão n. 815.887.5/2-00 – 1ª Câmara de Direito Público – Rel. Danilo Panizza – j. 24.03.2009).

147) Mandado de Segurança – Substituição tributária. Revenda de automóveis

Alegação de valores restituíveis, recolhidos a maior por conta da divergência entre a base de cálculo presumida

e a efetivada no momento da operação tributada. Alegação, ainda, de inconstitucionalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Pretensão ao creditamento de tais importâncias e à possibilidade de posterior transferência ao substituído. Sentença de improcedência. Apelo do impetrante. Impossibilidade do creditamento. Ausência do direito postulado. Ilegitimidade ativa para pleitear restituição de valores com base na inconstitucionalidade da inclusão do IPI na base de cálculo, quando, em princípio, o encargo tributário é repassado ao consumidor final. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação com Revisão n. 4456275500/Mauá – 9ª Câmara de Direito Público – Rel. João Carlos Garcia – j. 11.03.2009).

148) Processual Civil e Tributário – Apresentação de créditos na falência. Prestação de contas apresentada pelo síndico. Créditos tributários de pequeno valor. Habilitação. Caso concreto. Possibilidade

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil o acórdão que soluciona a controvérsia com base em fundamento prejudicial ao ponto sobre o qual não houve enfrentamento no âmbito do Tribunal de origem. 2. Os artigos 187 e 29 da Lei n. 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência; tratam, na verdade, de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal

ou mediante habilitação do crédito. 3. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedentes. 4. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública. 5. No caso, busca-se o pagamento de créditos da União, representados por 11 (onze) inscrições em dívida ativa, que, todavia, em sua maioria, não foram objeto de execução fiscal em razão de seu valor. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a Fazenda Nacional extraísse as competentes CDAs e promovesse as respectivas execuções fiscais para cobrar valores que, por razões de política fiscal, não são ajuizáveis (Lei n. 10.522/2002, art. 20), ainda mais quando o processo já se encontra na fase de prestação de contas pelo síndico. 6. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificação da suficiência e validade da documentação acostada pela Procuradoria da Fazenda Nacional para fazer prova de seu pretensão crédito. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.103.405/MG (2008/0244823-0) – Rel. Min. Castro Meira – j. 02.04.2009).

149) Processual Civil e Tributário – Base de cálculo do ICMS. Exportação. Quantum. Valor recebido pelo vendedor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

1. O valor da operação deve ser entendido como o valor do câmbio do

dia do fechamento do contrato e recebimento do numerário, e não o valor do câmbio no dia da saída da mercadoria. 2. Ajustado o preço, esta é a base de cálculo do tributo. Incabível a correção cambial para o dia da saída do produto, porque se constitui apropriação da variação cambial pelo Fisco. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ – AgR REsp n. 925.231/RS (2007/0028694-3) – Rel. Min. Humberto Martins – j. 20.11.2008).

150) Processual Civil e Tributário – Embargos de declaração. ICMS. Embargos à execução fiscal. Majoração de alíquota de 17% para 18% declarada inconstitucional. Exclusão da alíquota majorada. Validade da CDA. Contradição. Equívoco na parte dispositiva

1. Esta Corte entende que a exclusão da CDA do percentual equivalente à majoração da alíquota de ICMS declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não implica em sua nulidade, sendo perfeitamente destacável do valor executado. Precedentes. 2. Constatada a existência de contradição na parte dispositiva do julgado, merecem acolhida os embargos de declaração, para sanar equívoco, a fim de que conste “recurso especial parcialmente provido, somente para declarar a nulidade da CDA na parte em que visa à cobrança da inconstitucional majoração do ICMS” ao invés de “recurso especial provido”. 3. Embargos de declaração acolhidos. (STJ – EREsp n. 855.017/SP (2006/0132823-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 02.04.2009).

151) Recurso Especial – Tributário. ICMS. Creditamento. Mercadorias alheias à atividade-fim do contribuinte. Impossibilidade

1. “Esta Corte tem-se manifestado no sentido da possibilidade de creditamento dos valores despendidos para aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Todavia, a hipótese dos autos se subsume à exceção prevista no parágrafo 1º do artigo 20 da Lei Complementar n. 87/96, pois os bens adquiridos pelo executado foram empregados na construção do prédio onde funciona o hipermercado. Neste caso, por serem aplicados em atividade alheia à finalidade da empresa, a aquisição dos referidos bens não dão direito ao creditamento pretendido” (REsp n. 860.701/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ, de 17.5.2007). 2. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.062.839/RS (2008/0118607-3) – Rel. Min. Denise Arruda – j. 10.02.2009).

152) Substituição Tributária

Transferência de créditos de ICMS, para fins de ressarcimento de valor pago a maior, sem a prévia fiscalização do Fisco, nos termos do Decreto n. 41. 653/97 Inadmissibilidade de transferência da totalidade do crédito ao sujeito passivo por substituição sem a comprovação de impossibilidade de utilização do imposto pelo próprio contribuinte e sem a obediência do parcelamento estabelecido pelo referido Decreto. Recursos oficial e da Fazenda do Estado providos. (TJSP –

Apelação com Revisão n. 3242185600/ São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Rel. Antonio Carlos Malheiros – j. 16.12.2008).

153) Tributário e Processual Civil – Recurso Especial. Cessão de direito sobre crédito-prêmio de IPI. Inclusão de empresas cessionárias no polo ativo da execução da sentença. Ação ordinária (declaratória) transitada em julgado. Impossibilidade. Ausência de consentimento expresso da Fazenda. Não configuração da preclusão *pro judicato*

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por União Com. Imp. Exp. Ltda. em face de decisão do juízo singular que indeferiu pedido de inclusão, no polo ativo da execução da sentença proferida na Ação Ordinária n. 89.00.13622-4, de empresas cessionárias de direitos de créditos-prêmio de IPI reconhecidos em decisão judicial. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo. Recurso especial da empresa apontando violação dos artigos 471, 473 567, II, e 42, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil além de dissídio pretoriano. A empresa recorrente, cessionária dos direitos reconhecidos referentes ao crédito-prêmio de IPI, invoca, primeiro, violação do artigo 567, II, do Código de Processo Civil, afirmando que como se cuida de execução de título judicial, a questão atinente à substituição processual pleiteada há de ser

definida na forma do preceito citado e, segundo, alega nulidade da decisão que revogou o decisório que deferiu a substituição processual, sustentando, nesse âmbito, violação dos artigos 471 e 473, do Código de Processo Civil. 2. O objeto de discussão no recurso especial é a possibilidade de inclusão da empresa cessionária no polo ativo da execução de sentença já transitada em julgado. Pretende futuramente proceder à compensação dos valores próprios que lhe foram cedidos (créditos-prêmio de IPI) com débitos de terceiros. Alega-se, ainda, afronta aos artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil por configuração da preclusão *pro judicato*. 3. O artigo 567, inciso II, deve ser interpretado e aplicado em harmonia com o artigo 42, parágrafo 1º, ambos do Código de Processo Civil. A regra do artigo 42, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil só pode ser afastada quando a cessão for efetivada antes do ajuizamento da demanda, caso em que o cessionário detém legitimidade ativa para ingressar em juízo porque lhe foram transferidos, com a cessão, todos os direitos, ações e pretensões pertencentes aos cedentes. 4. O cessionário de crédito reconhecido por sentença transitada em julgado só pode promover execução de decisão contra a Fazenda Pública se esta consentir expressamente com a cessão. 5. Apreciando caso similar, oriundo da mesma Ação Ordinária n. 89.00.13622-4, a 1ª Turma desta Corte negou provimento ao Recurso Especial n. 803.629/RS, recorrente Indústria de Calçados Cairú Ltda - Massa Falida e

outros, *DJ*, de 26.06.2006, não permitindo a inclusão das cessionárias no polo ativo da ação executiva. 6. Precedentes: REsp n. 962.096/RS, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, *j.* 04.10.2007; REsp n. 803.629/RS, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, *DJ*, de 26.06.2006; REsp n. 331.369/SP, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, *DJ*, de 05.11.2001. 7. Afasta-se o entendimento adotado nesta decisão quando há autorização constitucional para a cessão. 8. A conclusão final do voto condutor do julgamento do Tribunal *a quo* é da inexistência de prova robusta nos autos no sentido de indicar a existência concreta do crédito cedido, por meio de elementos contábeis incontroversos, submetidos à perícia judicial, de molde a evidenciar a verossimilhança incontestada do interesse postulado no processo. 9. Não procede a insurgência recursal atinente à invocada nulidade da decisão que revogou a decisão deferitória da substituição processual por violação dos artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil. Conforme salientado no acórdão impugnado, “não há falar em preclusão *pro judicato*, pois não é impossível ao julgador a revogação da decisão anteriormente disposta sobre a viabilidade das substituições processuais, porque se trata de questão de ordem pública, sem olvidar, nos termos do artigo 473 do Código de Processo Civil, tal instituto é aplicável somente entre as partes, não se estendendo ao julgador, quando mais se utiliza do poder de cautela para tutelar o interesse público”. 10. Recurso

especial não provido. (STJ – REsp n. 955.005/RS (2007/0119099-0) – Rel. Min. José Delgado – *j.* 26.02.2008).

154) Tributário – ICMS. Mandado de segurança. Representante do Estado. Intimação pessoal. Aquisição de energia elétrica. Creditamento. Empresa de telecomunicação. Prestação de serviços que não se confunde com industrialização. Artigo 33, II, “b”, da Lei Complementar n. 87/96. Inaplicabilidade

1. A partir da sentença, o representante do Estado deve ser intimado pessoalmente de todas as decisões proferidas em mandado de segurança. 2. Nas instâncias ordinárias, é imprescindível a intimação pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, embora essa providência seja dispensada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 3. A Fazenda Pública foi intimada pessoalmente do acórdão em 06.02.2007 e interpôs o recurso especial em 08.03.2007. Tempestividade reconhecida. 4. O princípio da não cumulatividade por si só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica. 5. O consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo artigo 33, II, “b”, da Lei Complementar n. 87/96. 6. Hipótese em que o Tribunal de origem equiparou a empresa de telecomunicação à indústria, com base na interpretação da legislação federal (Decreto

do Conselho de Ministros n. 640/62). 7. Em princípio, a discussão quanto à natureza da atividade empresarial (se é industrial ou não) atrairia a incidência da Súmula n. 7 do STJ. No presente caso, de modo peculiar, a definição da natureza industrial foi fixada pela instância de origem tão só com base na interpretação da legislação federal (em especial do Dec. n. 640/62). 8. O debate recursal, *in casu*, é estritamente de direito, pois basta interpretar a definição legal da atividade industrial para fins de tributação e verificar se nela se abarcam as empresas de telecomunicação. 9. Desnecessidade de perquirir sobre a natureza do Decreto n. 640/62, se é legislação federal para fins de análise pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o conteúdo dessa norma é incontroverso, não demandando a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. 10. Análise da violação de dispositivos da legislação federal posterior ao Decreto n. 640/1962, em especial o artigo 33 da Lei Complementar n. 87/1996, interpretado à luz do conceito de industrialização dado pelo Código Tributário Nacional (art. 46, parágrafo único), além do Regulamento do IPI e da Lei Geral de Telecomunicações. 11. Em matéria tributária, a definição de atividade industrial é dada pelo Código Tributário Nacional, lei posterior ao citado Decreto n. 640/62. “Considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo” (art. 46, parágrafo único,

do CTN). O artigo 4º do Regulamento do IPI detalha a atividade industrial, nos limites fixados pelo Código Tributário Nacional. 12. Prestação de serviço não se confunde com atividade industrial. 13. As empresas de telecomunicações prestam serviços (art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações). Essa acepção é adotada pela Constituição Federal, ao definir a competência tributária relativa ao ICMS (art. 155, II). 14. Os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS (e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins da tributação. 15. É inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, nos termos do artigo 33, II, “b”, da Lei Complementar n. 87/96, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais. 16. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 984.880/TO (2007/0208971-9) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 18.12.2008).

155) Tributário – ICMS. Obrigação acessória. Transmissão eletrônica de dados. Legalidade. Razoabilidade. Violação do sigilo fiscal não comprovada. Benefício fiscal concedido a atacadistas. Isonomia. Inexistência de violação.

1. Hipótese em que a impetrante, associação que congrega supermercados, impugna a exigência de transferência eletrônica de dados relativos ao ICMS para o Fisco. Argumenta

que houve ofensa aos princípios da legalidade e da razoabilidade, além de possibilidade de violação do sigilo fiscal. Ademais, impugna benefício fiscal concedido apenas a empresas preponderantemente atacadistas, o que seria anti-isonômico. 2. O dever de registrar e prestar informações ao Fisco, relativas às operações comerciais tributadas pelo Estado, é previsto expressamente pela Lei estadual n. 12.670/96, que delegou ao regulamento a forma e o meio para sua realização. 3. O Decreto n. 24.569/97 (com a redação dada pelo Dec. n. 25.562/99) simplesmente esclareceu como a escrita fiscal seria apresentada ao Fisco (transferência eletrônica). 4. Inexiste ofensa ao princípio da legalidade. 5. O regulamento deixa claro que a obrigação de transferir dados eletronicamente aplica-se apenas ao contribuinte “que emitir documentos fiscais ou escriturar livros fiscais em equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo magnético ou equivalente” (art. 285, § 1º, do Dec. n. 24.569/97). Assim, o pequeno estabelecimento varejista que, à época, não utilizava computadores para escriturar sua movimentação mercantil não seria compelido a cumprir a norma impugnada. 6. O envio de dados eletronicamente, mediante programas de computador fornecidos pelo próprio Fisco, é muito mais célere e menos oneroso que a entrega de livros e documentos em papel. Eventuais dificuldades na utilização do programa pelos contribuintes, noticiadas genericamente pela im-

petrante, não podem ser aferidas no âmbito do mandado de segurança, pois é impossível dilação probatória. 7. A normatização observa o princípio da razoabilidade. 8. O direito ao sigilo fiscal deve ser sempre garantido, qualquer que seja o meio pelo qual os dados fiscais são fornecidos pelo contribuinte (em papel ou por meio eletrônico). Ausência de relação entre a forma de entrega das informações e o direito invocado. 9. A impetrante não aponta caso concreto de violação do sigilo, apenas especula que “é do conhecimento geral da população que a transmissão eletrônica de dados é algo extremamente fácil de ser violado”. Inexiste prova de que o direito ao sigilo fiscal tenha sido desrespeitado. 10. A Lei estadual n. 13.025/2000 previu redução de base de cálculo às empresas preponderantemente atacadistas que aderirem ao Sistema Informatizado Estadual (SISIF). A impetrante argumenta que isso não seria isonômico, pois as empresas atacadistas recolheriam menos ICMS. Como consequência, as varejistas (caso dos supermercados) teriam menos crédito a ser apropriado e, assim, recolheriam mais imposto. 11. O ônus econômico do tributo estadual é transferido aos adquirentes das mercadorias, até o consumidor final. A diminuição do tributo cobrado dos atacadistas reduz o preço da mercadoria vendida ao varejista. Em compensação, faz decrescer também o crédito a ser apropriado pelo supermercado. 12. Diminuir a tributação no meio da cadeia mercantil (na venda do atacadista para o

varejista) implica simples diferimento do ICMS, que será majorado nas etapas seguintes. Isso porque, quando o supermercado vende a mercadoria ao consumidor final, recolherá o montante de ICMS correspondente à redução conferida à operação anterior (venda do atacadista para o varejista), já que o seu crédito foi reduzido. 13. A redução da base de cálculo em favor

apenas do atacadista em nada alterará a tributação global do ICMS. O consumidor final será onerado da mesma forma, com ou sem o diferimento do tributo estadual. 14. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia. 15. Recurso ordinário não provido. (STJ – RMS n. 15.597/CE (2002/0155543-3) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 03.03.2009).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO