



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.911 - RJ (2007/0196067-2)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : FRATELLI VITA BEBIDAS S/A
ADVOGADO : RODRIGO LEPORACE FARRET E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORA : DANIELA ALLAM GIACOMET E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

1.A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento (art. 21, III, da LC 87/96). Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão — vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras — destinam-se à atividade profissional da empresa. Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.

2.No que se refere à alegada ilegalidade da execução da garantia do depósito recursal, também assiste razão à impetrante. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, *"de acordo com o art. 250, § 5º, b, do Decreto-Lei nº 5/75, a conversão do depósito recursal em receita estadual somente pode ser efetuada após a ciência do contribuinte da decisão administrativa de indeferimento proferida pelo Secretário Estadual de Fazenda, sendo que os arts. 35 e 37 do Decreto Estadual nº 2.473 determinam que tal ocorra pessoalmente"*. Não obstante a exigência prevista na legislação estadual, a execução da carta de fiança bancária ocorreu em 13 de junho de 2003, havendo a cientificação da impetrante tão somente em 8 de junho de 2006. Nesse contexto, verifica-se que a apropriação do valor relativo ao depósito recursal (execução da carta de fiança bancária), ocorreu em manifesta ilegalidade, pois, como mencionado, a cientificação do contribuinte ocorreu em momento posterior à execução da garantia, em desrespeito à legislação estadual. Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, a impetração do presente *mandamus* não supera nem convalida a ilegalidade perpetrada.

3.Como bem observado pelo Ministério Público Federal, *"os bens adquiridos (chopeira, expositor etc.), destinados ao ativo permanente da recorrente, estão diretamente relacionados com a sua atividade-fim (produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral, gelo e gás carbônico e produção e comércio de matérias-primas e materiais diversos, aparelhos, máquinas, equipamentos e tudo mais que seja necessário ou útil às suas atividades) e são necessários para a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuidade da empresa", razão pela qual "deve ser reconhecido o seu direito ao crédito relativo à entrada das referidas mercadorias, conforme previsto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 2.657/96 e, por conseguinte, à restituição dos valores da garantia do depósito recursal, indevidamente convertido em renda".

4. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.911 - RJ (2007/0196067-2)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : FRATELLI VITA BEBIDAS S/A
ADVOGADO : DIOMAR TAVEIRA VILELA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORA : DANIELA ALLAM GIACOMET E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DE ICMS. AQUISIÇÃO DE BENS, TAIS COMO, FREEZER EXPOSITOR, MESAS, CADEIRAS, CHOPEIRAS E VITRINES, POR EMPRESA FABRICANTE DE BEBIDAS, CERVEJARIA, DECISÃO DA CÂMARA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES PELA ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONCLUSÃO ADMINISTRATIVA DO EXMO. SR. SECRETARIO ESTADUAL DE FAZENDA NEGANDO EFICÁCIA À SOLUÇÃO PROFERIDA PELO CONSELHO. IMPETRAÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. BENS QUE NÃO GUARDAM INTRÍNSECA RELAÇÃO E NEM SÃO IMPRESCINDÍVEIS A ATIVIDADE FIM DA EMPRESA, SENDO SUA UTILIZAÇÃO COM O OBJETIVO DE ATRAIR O MERCADO DISTRIBUIDOR (REVENDEDORES), ISTO É, REALIZAÇÃO DO MARKETING DO PRODUTO, VALE DIZER, DISTRIBUIÇÃO, PROMOÇÃO E SERVIÇOS VISANDO A SUA ADEQUAÇÃO MERCADOLÓGICA E NÃO DE FABRICAÇÃO PROPRIAMENTE DITA, AINDA MAIS SE FOR CONSIDERADO QUE A LAVRATURA DO AUTO OCORREU EM ESTABELECIMENTO FABRIL. MERCADORIAS CEDIDAS VIA CONTRATO DE COMODATO, O QUE REFORÇA A ASSERTIVA DE NÃO INTEGRAREM A CADEIA PRODUTIVA E, PORTANTO, NÃO JUSTIFICAREM O CREDITO TRIBUTÁRIO PRETENDIDO. REVOGAÇÃO DA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL QUE SE JULGA PREJUDICADO.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

A recorrente sustenta, em suma, que: (a) é intempestivo o recurso hierárquico interposto pela Fazenda do Estado do Rio de Janeiro; (b) a decisão administrativa do Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro é nula, porquanto desprovida de fundamentação; (c) é inconstitucional o disposto no art. 266, II, do Decreto-Lei (Estadual) 5/75, porquanto estabelece o cabimento de recurso ao Secretário de Estado da Fazenda apenas quando a decisão impugnada é desfavorável à Fazenda Pública; (d) "os bens adquiridos pela recorrente (vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras), integram o ativo imobilizado porque compõem aqueles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bens destinados à manutenção da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços da Companhia e que visam atender o seu consumidor final, com o fornecimento de produtos (cervejas, chopp, refrigerantes) nas condições necessárias para o consumo (geladas) num ambiente confortável e agradável (mesas e cadeiras)" (fl. 410); (e) "a intimação e cientificação da recorrente constituíam operações essenciais e requisito de legalidade, indispensáveis para o ato de execução da garantia do depósito recursal, razão pela qual pode e deve ser reconhecida a nulidade do ato administrativo formalizada sem a observância desses requisitos" (fl. 412).

Em suas contrarrazões, o Estado do Rio de Janeiro pugna pela manutenção do aresto atacado.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer de fls. 449/454, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.911 - RJ (2007/0196067-2)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMPRESA QUE SE DEDICA À PRODUÇÃO E AO COMÉRCIO DE CERVEJAS, REFRIGERANTES, BEBIDAS EM GERAL E GÁS CARBÔNICO. AQUISIÇÃO DE BENS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE PROFISSIONAL DA EMPRESA. DIREITO AO CREDITAMENTO. CONVERSÃO EM RENDA DO DEPÓSITO RECURSAL EFETUADA EM MANIFESTA ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

1.A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento (art. 21, III, da LC 87/96). Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão — vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras — destinam-se à atividade profissional da empresa. Cumpre acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.

2.No que se refere à alegada ilegalidade da execução da garantia do depósito recursal, também assiste razão à impetrante. Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, *"de acordo com o art. 250, § 5º, b, do Decreto-Lei nº 5/75, a conversão do depósito recursal em receita estadual somente pode ser efetuada após a ciência do contribuinte da decisão administrativa de indeferimento proferida pelo Secretário Estadual de Fazenda, sendo que os arts. 35 e 37 do Decreto Estadual nº 2.473 determinam que tal ocorra pessoalmente"*. Não obstante a exigência prevista na legislação estadual, a execução da carta de fiança bancária ocorreu em 13 de junho de 2003, havendo a cientificação da impetrante tão somente em 8 de junho de 2006. Nesse contexto, verifica-se que a apropriação do valor relativo ao depósito recursal (execução da carta de fiança bancária), ocorreu em manifesta ilegalidade, pois, como mencionado, a cientificação do contribuinte ocorreu em momento posterior à execução da garantia, em desrespeito à legislação estadual. Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, a impetração do presente *mandamus* não supera nem convalida a ilegalidade perpetrada.

3.Como bem observado pelo Ministério Público Federal, *"os bens adquiridos (chopeira, expositor etc.), destinados ao ativo permanente da recorrente, estão diretamente relacionados com a sua atividade-fim (produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral, gelo e gás carbônico e produção e comércio de matérias-primas e materiais diversos, aparelhos, máquinas, equipamentos e tudo mais que seja necessário ou útil às suas atividades) e são necessários para a continuidade da empresa"*, razão pela qual *"deve ser reconhecido o seu direito ao*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crédito relativo à entrada das referidas mercadorias, conforme previsto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 2.657/96 e, por conseguinte, à restituição dos valores da garantia do depósito recursal, indevidamente convertido em renda".

4. Recurso ordinário provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso merece prosperar.

Depreende-se dos autos que a presente impetração visa ao creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras por empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico.

Sustenta a impetrante (ora recorrente) que é legítimo o creditamento, tendo em vista que tais bens integram o seu ativo permanente.

A tese tem como fundamento os arts. 19 e 20, "caput", da LC 87/96, *in verbis*:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

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.

O Tribunal de origem, para denegar a segurança, levou em consideração, em suma, os seguintes dispositivos:

- Art. 33, § 3º, da Lei Estadual 2.657/96 — que autoriza o creditamento apenas *"quando a mercadoria destinada a uso ou consumo, ou ao ativo permanente, for vinculada à atividade fim do contribuinte"*.

- Art. 179, IV, da Lei 6.404/76 — que classifica como conta de ativo imobilizado *"os direitos que tenham por objeto bens destinados à manutenção das atividades da"*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial" (redação anterior à vigência da Lei 11.638/2007).

É oportuno registrar que o art. 33, § 3º, da Lei Estadual 2.756/96 foi o fundamento utilizado pela Secretaria de Estado de Fazenda para negar eficácia à decisão do Conselho de Contribuintes que era favorável à impetrante (fl. 254).

Não obstante os fundamentos do acórdão recorrido, assiste razão à impetrante.

A partir da vigência da LC 87/96, as mercadorias entradas no estabelecimento e destinadas ao ativo permanente dão direito de crédito do ICMS (art. 20, c/c o art. 33, III, da LC 87/96) incidente na operação de aquisição, impondo-se o estorno do imposto de que se tiver creditado o contribuinte sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento (art. 21, III, da LC 87/96).

Por outro lado, é incontroverso que a impetrante é empresa que se dedica à produção e ao comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. Nesse contexto, é evidente que as mercadorias em discussão — vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras — destinam-se à atividade profissional da empresa.

Isso foi bem observado na decisão do Conselho de Contribuintes (fls. 245/249) e no parecer do Ministério Público Federal (fls. 449/454), destacando-se deste último o seguinte excerto:

Os bens adquiridos (chopeira, expositor etc.), destinados ao ativo permanente da recorrente, estão diretamente relacionados com a sua atividade-fim (produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral, gelo e gás carbônico e produção e comércio de matérias-primas e materiais diversos, aparelhos, máquinas, equipamentos e tudo mais que seja necessário ou útil às suas atividades) e são necessários para a continuidade da empresa.

Desse modo, deve ser reconhecido o seu direito ao crédito relativo à entrada das referidas mercadorias, conforme previsto nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 2.657/96 e, por conseguinte, à restituição dos valores da garantia do depósito recursal, indevidamente convertido em renda.

Cumpra acrescentar que o fato de os bens em discussão serem objeto de contratos de comodato realizados com terceiros (revendedores) não implica óbice ao creditamento do ICMS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere à alegada ilegalidade da execução da garantia do depósito recursal, também assiste razão à impetrante.

Conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, no acórdão proferido em sede de embargos de declaração, "de acordo com o art. 250, § 5º, *b*, do Decreto-Lei nº 5/75, a conversão do depósito recursal em receita estadual somente pode ser efetuada após a ciência do contribuinte da decisão administrativa de indeferimento proferida pelo Secretário Estadual de Fazenda, sendo que os arts. 35 e 37 do Decreto Estadual nº 2.473 determinam que tal ocorra pessoalmente" (fl. 372).

Não obstante a exigência prevista na legislação estadual, a execução da carta de fiança bancária ocorreu em 13 de junho de 2003 (fls. 262/268), havendo a cientificação da impetrante tão somente em 8 de junho de 2006 (fl. 286).

É oportuno registrar que a decisão do Secretário de Estado de Fazenda que negou eficácia à decisão do Conselho de Contribuintes e determinou a adoção das "providências tendentes à execução da fiança bancária" foi proferida em 25 de março de 2002 (fl. 254).

Em 21 de maio de 2002, o próprio Superintendente Estadual de Finanças (órgão com atribuição para providenciar a execução do valor referente ao depósito recursal) questionou sobre a viabilidade de se proceder a garantia do depósito recursal, "tendo em vista não constar a ciência do contribuinte" (fl. 255).

Em resposta a tal questionamento, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Receita, levando em consideração a inexistência de ação judicial proposta pelo contribuinte, determinou o cumprimento da decisão proferida pelo Secretaria de Estado de Fazenda.

Nesse contexto, verifica-se que a apropriação do valor relativo ao depósito recursal (execução da carta de fiança bancária), ocorreu em manifesta ilegalidade, pois, como mencionado, a cientificação do contribuinte ocorreu em momento posterior à execução da garantia, em desrespeito à legislação estadual.

Ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, a impetração do presente *mandamus* não supera nem convalida a ilegalidade perpetrada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, merece ser provido presente recurso, para se reconhecer o direito de crédito à entrada dos bens em discussão (vitrines, chopeiras, freezer expositores, mesas e cadeiras), nos termos do art. 19 e 20 da LC 87/96, bem como a ilegalidade da apropriação do valor referente ao depósito recursal, devendo a Fazenda Pública Estadual efetuar o restabelecimento da garantia para posterior levantamento pelo contribuinte.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0196067-2 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 24.911 / RJ

Números Origem: 200600401123 200714000143

PAUTA: 12/06/2012

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRATELLI VITA BEBIDAS S/A
ADVOGADO : RODRIGO LEPORACE FARRET E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORA : DANIELA ALLAM GIACOMET E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.