

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.169/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000174161-90
Impugnação: 40.010132261-00
Impugnante: Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga
IE: 277014988.05-55
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada, mediante levantamento quantitativo financeiro diário (LQFD), a ocorrência de entradas, saídas e estoques de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, ensejando as exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto, com fulcro no inciso II, § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal sobre entradas e saídas, sendo que sobre estoques desacobertados exigiu-se apenas a multa isolada. Lançamento reformulado pela Fiscalização.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO – MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada, mediante levantamento quantitativo financeiro diário (LQFD), a ocorrência de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, acarretando o encerramento do diferimento e resultando nas exigências de ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, com fulcro no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal. Lançamento reformulado pela Fiscalização.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação fiscal versa sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo financeiro diário, em exercício fechado, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, da ocorrência de entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias (combustíveis) desacobertadas de documentação fiscal.

Exigem-se ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação, com fulcro no inciso II, § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal sobre entradas e saídas, sendo que sobre os estoques desacobertados exigiu-se apenas a multa isolada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 159/199, juntando documentos às fls. 200/297 e 300, requerendo produção de prova pericial e apresentando quesitos às fls. 298/299.

A Fiscalização promove alteração do lançamento às fls. 304, sendo a Autuada intimada por intermédio do ofício de fls. 307.

Intimada, a Autuada manifesta-se às fls. 312/313.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 315/327, refuta as alegações da defesa.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 332/333 e despacho interlocutório às fls. 334.

A Fiscalização, em atendimento à diligência, manifesta-se às fls. 337/339, reformulando novamente o lançamento conforme planilhas de fls. 341/343 e CD-R de fls. 344.

No que se refere ao despacho interlocutório, a Autuada presta esclarecimentos às fls. 351/353, solicitando, às fls. 355/356, e sendo atendida, prazo para complementar as informações, contra o qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 2.230/2.233.

Manifesta-se, ainda a Autuada, às fls. 357/367 e 368/369, juntando documentos às fls. 370/2.228.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2.236/2.250, opina em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do lançamento e pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial. No mérito, opina pela procedência parcial do lançamento nos termos das reformulações realizadas pela Fiscalização às fls. 304 e 341/344.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas adaptações.

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade

A Impugnante argui a nulidade do lançamento sob o argumento de que o Auto de Infração não teria cumprido, desde seu nascedouro, as formalidades prescritas pela legislação.

Sustenta ainda, falta de descrição clara e precisa do relatório fiscal e ausência de relatório circunstanciado.

O devido processo legal é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, sendo que no presente caso está sendo respeitado e desenvolvido em conformidade com as previsões legais.

O exame dos autos mostra que as irregularidades levadas a termo no Auto de Infração estão alicerçadas em documentos anexados aos autos, estando sobejamente demonstradas nas planilhas elaboradas pela Fiscalização.

Com efeito, o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Na mesma linha, o art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA) determina que o Auto de Infração deve conter, obrigatoriamente, além da identificação do sujeito passivo e dos valores exigidos, a descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado, além da citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade.

Verifica-se que o relatório fiscal, após a reformulação do lançamento, com os esclarecimentos devidos (fls. 337/343) e respectivo levantamento quantitativo constante de CD-R juntado às fls. 344, observa fielmente os requisitos exigidos pela legislação mencionada, não acarretando qualquer prejuízo à defesa da Impugnante, tendo sido respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os documentos juntados quando do lançamento não deixam dúvidas quanto aos valores utilizados pelo Fisco para formalização do lançamento.

Verifica-se que o relatório do Auto de Infração encontra-se por demais claro quanto à acusação fiscal, além dos dispositivos capitulados como infringidos guardarem total adequação com a acusação.

A citação dos dispositivos infringidos, além daqueles que cominam as penalidades respectivas, encontra-se correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento foram observados.

O Sujeito Passivo exerceu seu direito de forma ampla, desenvolvendo defesa pontual e específica sobre diversos aspectos do lançamento.

Dessa forma, rejeita-se, de pronto, a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Pedido de Produção de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária à elucidação de eventuais obscuridades do lançamento.

Para tanto formula quesitos, conforme fls. 298/299.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua*

apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e, essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

No caso em tela, o pleito formulado mostra-se totalmente desnecessário, porquanto os autos trazem elementos suficientes de modo a possibilitar ao Julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal atinente à matéria.

Além do mais, o que a Impugnante pretende ver provado confunde-se com o próprio mérito do lançamento, sendo que a Fiscalização respondeu todos os quesitos apresentados, conforme se observa às fls. 325/327.

Dessa forma, conclui-se pela desnecessidade de produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Portanto, o pedido requerido não se revela pertinente para o desate da demanda, eis que a prova pericial é supérflua pelas informações constantes dos autos capazes de dirimir as dúvidas existentes, sem causar nenhum tipo de prejuízo à Impugnante.

Do Mérito

Inicialmente, a Impugnante, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, sustenta a tese de que teria ocorrido a decadência do direito da Fazenda Pública vir a constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2007.

No entanto, o referido dispositivo legal aplica-se tão somente em relação a fatos e valores que foram efetivamente declarados pelo contribuinte em autolancamento, extinto, ainda, o crédito correspondente com o pagamento integral antecipado do imposto, ficando, dessa forma, passíveis de reconhecimento pelo Fisco por meio da chamada homologação tácita, o que, como se vê, não é o caso dos autos.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, I do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, *IN CASU*, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007 somente expirou em 31/12/12, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 21/06/12, conforme fls. 03 dos autos.

Quanto ao mérito propriamente dito do lançamento, esclareça-se, *a priori*, que a Autuada Ipiranga Produtos de Petróleo S/A (Incorporadora de Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga) tem como objeto social a exploração, produção e distribuição de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

Em processo de fiscalização, por intermédio do procedimento de levantamento quantitativo financeiro diário, constatou-se, em exercício fechado (utilizando-se os estoques iniciais e finais escriturados no livro Registro de Inventário), no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, a ocorrência de entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias (combustíveis) desacobertas de documentação fiscal.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto, com fulcro no inciso II, § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal sobre entradas e saídas, sendo que, sobre estoques desacobertos, exigiu-se apenas a citada multa isolada.

A Fiscalização apresenta as planilhas que respaldam o lançamento às fls. 11/35. Junta, ainda, documentos às fls. 36/124 e CD-R, às fls. 125, contendo as planilhas que compõem o levantamento quantitativo.

Na primeira reformulação do lançamento (fls. 305), a Fiscalização retifica a capitulação do dispositivo que sustenta a exigência da Multa de Revalidação em dobro passando-a do inciso II para o inciso III do § 2º c/c inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Em relação à segunda reformulação, a Fiscalização apresenta justificativa às fls. 339 (erro na transposição de valor de estoque do livro Registro de Inventário) e a implementa às fls. 340/343, juntando CD-R às fls. 344.

Observa-se que o demonstrativo do crédito tributário de fls. 342/343 facilita a visualização das exigências fiscais tendo em vista que apresenta o detalhamento por tipo de produto (combustível), por período e por infração, trazendo, ainda, a fundamentação legal.

Os produtos objeto das exigências são óleo diesel, álcool etílico hidratado combustível (AEHC), álcool anidro decomposto e gasolina decomposta.

Nas entradas e saídas desacobertadas de documentos fiscais a Fiscalização exigiu ICMS, ICMS/ST, multa de revalidação e multa isolada, sendo que em relação ao estoque desacobertado exigiu apenas a multa isolada.

No que se refere às entradas desacobertadas, a Fiscalização exigiu, em relação aos produtos óleo diesel e gasolina decomposta, ICMS a título de substituição tributária, Multa de Revalidação em dobro, prevista no inciso III do § 2º c/c inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal.

Já em relação aos produtos AEHC e álcool anidro decomposto, a Fiscalização exigiu ICMS normal, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal (encerramento de diferimento).

Por sua vez, no que se refere às saídas desacobertadas, a Fiscalização exigiu, em relação ao produto AEHC, ICMS a título de substituição tributária, Multa de Revalidação em dobro, prevista no inciso III do § 2º c/c inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal.

Quanto ao produto álcool anidro decomposto, a Fiscalização exigiu ICMS normal, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal.

Por fim, em relação aos produtos óleo diesel e gasolina decomposta, exigiu-se apenas a Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Já no que diz respeito aos estoques desacobertados, *in casu* óleo diesel e gasolina decomposta, exigiu a Fiscalização apenas a Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Reiterando a condição do Sujeito Passivo de distribuidor de produtos, os pressupostos legais que fundamentam as exigências encontram-se dispostos na legislação, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/MG

ANEXO XV

Art. 73. Os contribuintes abaixo relacionados são responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nas saídas subsequentes de combustíveis, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinados a este Estado:

I - o produtor nacional de combustíveis, situado nesta ou em outra unidade da Federação, em relação a:

a) gasolina automotiva;

b) óleo diesel;

(...)

d) álcool etílico anidro combustível adicionado à gasolina pelas distribuidoras, ainda que não tenha saído de seu estabelecimento;

II - o distribuidor situado neste Estado, em relação a:

a) álcool etílico hidratado combustível;

(...)

Art. 75. O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao destinatário de mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento, na hipótese em que o imposto deveria ter sido recolhido por ocasião da saída da mercadoria, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Cabe esclarecer que o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) tem por finalidade a conferência das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no período.

Por meio da combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), verifica-se a ocorrência de possíveis irregularidades, utilizando a seguinte equação:

$$\text{Estoque Inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$$

Trata o LEQFID de procedimento tecnicamente idôneo utilizado pela Fiscalização para apuração das operações e prestações realizadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 194 do RICMS/02:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

Consiste tal roteiro em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é inquestionável, representando exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre à emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia.

Nesse caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Ou, ainda, se ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo Contribuinte no livro Registro de Inventário ou apurado em levantamento físico, verifica-se a ocorrência de estoque desacoberto de documento fiscal.

Por outro lado, se a apuração do saldo final de estoque for maior do que o declarado pelo Contribuinte pressupõe-se que houve saída desacoberta de documentação fiscal. Tais ocorrências são constatadas ao final do levantamento quando é apresentado o resumo.

Cabe à Impugnante, de forma específica, apresentar as eventuais diferenças e/ou erros que entenda haver no levantamento para que o Fisco, caso os acate, promova as devidas correções.

A Impugnante alega que não foi considerada a variação volumétrica do combustível considerando-se o aumento ou diminuição da temperatura.

In casu, sustenta que as diferenças quantitativas arguidas se relacionam com o ganho de volume do combustível em razão do aumento de temperatura do ambiente.

Aponta que embora o volume dos combustíveis observe variação de acordo com as condições climáticas, não há qualquer mutação da matéria. Sustenta que se o volume aumenta, a densidade diminui, sendo que a massa (matéria) não sofre qualquer tipo de alteração. Afirma que o potencial energético do combustível não se modifica com a variação volumétrica.

Esclarece que todas as empresas que exercem a atividade de distribuição de combustíveis, por orientação do Ministério da Fazenda, estão obrigadas a adquirir os produtos junto à Refinaria à temperatura de 20° C e a comercializá-los à temperatura ambiente.

Para tanto transcreve Portaria MF nº 60/1996 (fls. 175/176).

Em relação à alegação da Impugnante, observa-se que por ser uma Distribuidora, ela deveria ter o cuidado devido quanto ao seu controle de estoque, registrando, inclusive, se fosse o caso, a variação volumétrica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se os Postos Revendedores, obrigados a escriturar diariamente o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), têm o dever de medir diariamente o volume constante de seus tanques e registrá-lo no citado livro fiscal, registrando possíveis perdas e sobras, ao se comparar o estoque escritural com o medido, muito mais uma Distribuidora tem o dever de controlar seus estoques, tendo em vista que cuidam de estoques muito maiores que aqueles constantes dos Postos.

Como bem pondera a Fiscalização, quem deve levar em conta os parâmetros legais para medição de seus estoques, conforme legislação pertinente do órgão regulador, é a própria empresa.

Dessa forma, tanto as possíveis variações ocorridas diariamente como aquelas porventura existentes quando do inventário do final do exercício devem levar em conta, se for o caso, perdas e ganhos advindos não só da variação de temperatura como de outros aspectos envolvidos.

E não basta, nesta oportunidade, arguir possíveis diferenças se elas não constam dos devidos registros de controle de estoques.

Acrescenta-se que não basta que as diferenças se encontrem dentro das variações volumétricas aceitas pelo órgão regulador. Se ocorridas, deveriam ter sido efetivamente registradas, sob pena de não poderem ser agora consideradas por não comprovadas.

Do exposto, verificando-se que não há qualquer registro quanto a variações volumétricas ocorridas, correta a utilização dos valores lançados nos livros fiscais e transmitidos eletronicamente para a Fiscalização.

Em relação à alegação da Impugnante de que não teriam sido considerados no levantamento quantitativo os estoques de terceiros em seu poder, foi solicitado diligência para que fosse comprovada documentalmente tal assertiva.

A Impugnante carreou aos autos extensa documentação que não se presta para a comprovação solicitada.

Ora, se no levantamento quantitativo a Fiscalização levou em consideração todas as entradas e todas as saídas de mercadorias por intermédio dos documentos fiscais emitidos e recebidos, não há como se alegar que houve diferenças em relação a estoques de terceiros, até porque não houve qualquer registro no livro Registro de Inventário de estoques de terceiros em seu poder ou, estoques de sua propriedade em poder de terceiros.

Noutra vertente, a Impugnante sustenta que não haveria legitimidade em exigir o imposto em relação às infrações cometidas, tendo em vista o caráter de definitividade do imposto incidente a título de substituição tributária.

Contudo, considerando-se as entradas desacobertadas de óleo diesel e gasolina A decomposta, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS a título de substituição tributária pertence ao produtor nacional de combustíveis, com fulcro no art. 73 do Anexo XV do RICMS acima transcrito e, considerando-se a previsão constante do art. 75 de que o adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituição tributária é responsável pelo respectivo pagamento, verifica-se que o lançamento cumpre fielmente este preceito.

Observa-se na planilha de fls. 342/343 que a Fiscalização exige, em relação à entrada desacobertada de óleo diesel e gasolina decomposta, o ICMS a título de substituição tributária.

No caso do álcool etílico anidro, a responsabilidade também é delegada ao produtor nacional de combustíveis, com fulcro no mesmo art. 73 do Anexo XV do RICMS.

Não obstante, quanto a esse produto, ocorre que a legislação confere tratamento de diferimento do imposto nas operações de saída de álcool anidro, em operação interna e interestadual, quando destinado a distribuidor de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com aquele produto, promovida pelo estabelecimento destinatário.

Soma-se ao fato a previsão de encerramento do diferimento, conforme inciso II do art. 12 da Parte Geral do RICMS, quando a operação se realiza sem documento fiscal.

Diante desse fato, a Fiscalização exigiu em relação às operações de entrada e saída desacobertada o ICMS normal, deixando a antecipação do imposto referente às operações subsequentes para o momento da saída da gasolina tipo C (misturada ao álcool anidro).

No que se refere à entrada desacobertada de AEHC, considerando-se a previsão da legislação supra (art. 73, II, "a" do Anexo XV do RICMS) de que a ora Autuada é a responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nas saídas subsequentes de combustíveis, e considerando-se, ainda, a previsão de diferimento do imposto (item 40 do Anexo II do RICMS) para as operações de saída de álcool hidratado, promovida pela refinaria de petróleo ou suas bases e, pela usina ou destilaria, com destino a refinaria de petróleo ou suas bases ou a estabelecimento distribuidor, para o momento em que ocorrer a retenção do imposto nos termos do Anexo XV e a saída para fora do Estado, resolveu a Fiscalização exigir apenas o ICMS normal em razão do encerramento do diferimento do imposto, deixando para a saída do produto a retenção e recolhimento do ICMS/ST.

No caso da constatação de saídas desacobertadas de óleo diesel e gasolina A decomposta, exigiu a Fiscalização apenas a citada multa isolada, tendo em vista a presunção de que o imposto já teria sido retido e recolhido quando da entrada das mercadorias acobertadas por documentos fiscais.

Em relação ao álcool etílico anidro, considerando-se a constatação de saída desacobertada, correta a exigência do ICMS normal, já que caberia a exigência do ICMS/ST se a mercadoria sáisse misturada à gasolina.

Por sua vez, no caso de saídas desacobertadas de AEHC, trata-se, como previsto no art. 73, II, "a" do RICMS, de exigência de ICMS a título de substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, nas situações de ocorrência de estoques desacobertos de óleo diesel e gasolina A decomposta, exigiu a Fiscalização apenas a já citada multa isolada.

Verifica-se que se encontram corretas as exigências relacionadas ao imposto e à respectiva multa de revalidação, que é exigida no percentual de 50% (cinquenta por cento) no caso de ICMS normal e no percentual de 100% (cem por cento) em relação ao ICMS a título de substituição tributária, conforme inciso II, § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Correta também a aplicação da Multa Isolada, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (20% sobre o valor da operação).

Observa-se que é respeitada a limitação dessa multa a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento), nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

A alegação da Impugnante de que em relação ao óleo diesel não teria sido respeitada a limitação supra (fls. 360) não se confirma. A multa foi exigida no percentual de 20% (vinte por cento), sendo a alíquota relativa ao óleo diesel de 12% (doze por cento). Dessa forma, duas vezes e meia o valor do imposto daria o percentual de 30% (trinta por cento), estando a multa dentro desse limite.

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, assevera-se que os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 determinam tal imposição, sendo disciplinada no âmbito do Estado de Minas Gerais pela Resolução nº 2.880/97, inclusive, conforme art. 2º quanto ao seu termo inicial (primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento):

Art.127- Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no art. 5º, § 3º, com a seguinte redação:

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0148.05.030517-3/002, cuja ementa se transcreve, menciona a correção da aplicação da Taxa Selic:

“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA DE REVALIDAÇÃO - TAXA SELIC. 1- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, DADO O SEU CARÁTER DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, E PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO PAGAR ESPONTANEAMENTE O TRIBUTO. 2- A TAXA SELIC PODE SER UTILIZADA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PAGOS COM ATRASO, EIS QUE PERMITIDA PELA LEI ESTADUAL Nº 63/1975, COM A REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI ESTADUAL Nº 10.562/1991, QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS, DEVENDO INCIDIR A PARTIR DE 1º/01/1996, EM RAZÃO DO ADVENTO DA LEI FEDERAL Nº 9.250/1995.” (GRIFOU-SE)

Ressalte-se que a matéria vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e sendo confirmada a possibilidade de utilização da referida taxa, quando previsto no ordenamento tributário do Estado, como ocorre no presente caso.

A primeira sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos, pacificou entendimento de que é legítima a aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários estaduais pagos em atraso. A decisão acolheu Recurso Especial (REsp nº 879.844) interposto pela AGE -Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais.

Em conformidade com o entendimento apresentado pela AGE, o STJ reconheceu a aplicação da Taxa Selic em virtude da lei permissiva do Estado de Minas Gerais que determina a aplicação aos tributos estaduais os mesmos fatores de correção utilizados pela legislação federal.

Conveniente comentar que a alteração do *quantum* do tributo é prerrogativa de lei, mas a incidência de juros de mora, questionados, não implica nenhuma alteração de lei, mas tão somente compensar a parcela do tributo não paga no prazo legal.

Em relação ao assunto, e como subsídio, vale a pena reportar à lição de Sacha Calmon Navarro Coelho que, em sua obra “Infrações Tributárias e suas Sanções” leciona:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Adicionalmente (os juros de mora) cumprem papel de assinalada importância como fator dissuasório de inadimplência fiscal, por isso que, em época de crise ou mesmo fora dela, no mercado de dinheiro busca-se o capital onde for mais barato. O custo da inadimplência fiscal deve, por isso, ser pesado, dissuasório, pela cumulação da multa, correção monetária e dos juros”. (Editora Resenha Tributária, p. 77).

Desta forma, o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas ao contrário, pauta-se exatamente de acordo com os parâmetros da legislação de regência.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 341/344, conforme parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor) que excluía, ainda, as exigências anteriores a 21/06/07, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Bruno Sartori de Carvalho Barbosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participou do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2013.

André Barros de Moura
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.169/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000174161-90
Impugnação: 40.010132261-00
Impugnante: Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga
IE: 277014988.05-55
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o feito em questão sobre a constatação, mediante levantamento quantitativo financeiro diário, em exercício fechado, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, da ocorrência de entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias (combustíveis) desacobertadas de documentação fiscal.

Exigem-se ICMS/ST, Multa de Revalidação, com fulcro no inciso II, § 2º, inciso III do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 do citado diploma legal sobre entradas e saídas, sendo que sobre os estoques desacobertados exigiu-se apenas a multa isolada.

Numa primeira vertente, tem-se que analisar a possibilidade de decaído o direito do Fisco em cobrar as exigências relativamente aos fatos geradores anteriores a 21/06/07, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO

PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).” TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n° 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

“OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão de 19/10/10, o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRAS PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATOS IMONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

A decisão ora destacada foi levada à apreciação STJ em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

AGRG NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 – MG (2011/0036985-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG

AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PAGO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O PAGAMENTO, SALVO NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

3. "[...] OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS É DE CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR, CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN" (AGR/REG NOS ERESP. 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 10.4.2006).

4. COM EFEITO, A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POR ESTA CORTE DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA APRESENTADA A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. PARA ESSA FINALIDADE, SALVO OS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, DESPICIENDO SE MOSTRA INDAGAR A RAZÃO PELA QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO.

5. A DEDUÇÃO AQUI CONSIDERADA (CREDITAMENTO INDEVIDO) NADA MAIS É DO QUE UM CRÉDITO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO DO TRIBUTO APURADO EM DETERMINADO PERÍODO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE), QUE VEIO A SER RECUSADA (GLOSADA) PELA ADMINISTRAÇÃO. SE ESSE CRÉDITO ABARCASSE TODO O DÉBITO TRIBUTÁRIO A PONTO DE DISPENSAR QUALQUER PAGAMENTO, AÍ SIM, ESTAR-SE-IA, COMO VISTO, DIANTE DE UMA SITUAÇÃO EXCLUDENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

6. NA ESPÉCIE, O ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL FOI CLARO AO CONSIGNAR QUE HOUVE PAGAMENTO A MENOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO. DESSA FORMA, DEVE-SE OBSERVAR O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CTN.

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício anterior a 21/06/07, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências relativas ao período anterior a 21/06/07 encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 21/06/12.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências anteriores a 21/06/07, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2013.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro