

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.044/13/CE Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000171978-97  
Recurso de Revisão: 40.060133085-77  
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento  
Recorrida: Uberlândia Refrescos Ltda  
Proc. S. Passivo: Marlen Pereira de Oliveira/Outro(s)  
Origem: DF/Uberlândia

### **EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – RESOLUÇÃO Nº 3166/01.** Imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS, em face da apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga ao Estado de origem, decorrente de benefícios fiscais concedidos ao desamparo de convênio interestadual, em desacordo com a regra estabelecida no art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar n.º 24/75 e art. 62, § 1º do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei n.º 6.763/75. Infração reconhecida pela Autuada que aderiu às normas do Decreto n.º 45.931/12 e da Resolução SEF n.º 4.409/12.

**IMPORTAÇÃO - IMPORTAÇÃO INDIRETA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.** Imputação de importação do exterior de mercadoria por contribuinte localizado em outra Unidade da Federação, com o objetivo prévio de destiná-la ao estabelecimento da Impugnante em Minas Gerais, sem o recolhimento do imposto devido. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Os elementos constantes dos autos demonstram que a Autuada foi responsável pela importação, valendo-se apenas de serviços prestados por empresa de outro Estado. As mercadorias estavam a ela previamente destinadas quando da contratação da importação, e em seu estabelecimento deram entrada. Infração caracterizada. Restabelecidas as exigências fiscais.

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - IMPORTAÇÃO INDIRETA.** Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos às operações de importação, acobertadas por notas fiscais emitidas por empresa situada em outro Estado, em virtude da competência tributária ativa do Estado de Minas Gerais para exigência do ICMS sobre as operações de importação. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei. Configurada a hipótese de importação indireta, correto o estorno dos créditos indevidamente aproveitados pela Autuada. Restabelecidas as exigências fiscais.

**Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.**

### **RELATÓRIO**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro a dezembro de 2006:

a) adquirir mercadorias e aproveitar o crédito a elas correspondente, dos Estados do Ceará (Metalgráfica Cearense S/A), Pará (Amacoco) e Pernambuco (Rexam Avergae e Amacoco), cujos remetentes são detentores de benefícios fiscais concedidos unilateralmente e não autorizados no âmbito do CONFAZ;

b) aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais que consignavam a ocorrência de operações interestaduais com mercadorias (preforma PET) importadas pela própria Autuada, por meio de interposta pessoa localizada em Florianópolis/Santa Catarina (First S/A);

c) falta de recolhimento do ICMS devido na importação de mercadorias realizada a ordem da Autuada por *trade company* localizada em Florianópolis/Santa Catarina (First S/A).

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 20.646/12/3ª, em preliminar, à unanimidade, rejeitou a arguição de nulidade do lançamento, e, no mérito, pelo voto de qualidade, excluiu as exigências fiscais relativas aos itens 'b' e 'c' acima relacionados.

Em função disso, foi interposto de ofício pela 3ª Câmara o presente recurso de revisão.

---

### **DECISÃO**

#### **Da Preliminar**

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

#### **Do Mérito**

Inicialmente, transcreve-se o bem fundamentado voto do Conselheiro Alexandre Périssé, proferido por ocasião do julgamento deste PTA na câmara *a quo*:

Considerando que o Auto de Infração refere-se também a aproveitamento de créditos de ICMS oriundos de benefícios fiscais não autorizados, e que a parte relativa a esta infração encontra-se devidamente quitada ou excluída, a divergência a ser aqui esmiuçada restringe-se às exigências relativas aos itens B e C do relatório do Auto de Infração.

Na decisão proferida, o lançamento foi julgado parcialmente procedente, por voto de qualidade, para excluir estas infrações. No entanto, cabe observar que os elementos reunidos nos autos, que serão elencados

abaixo, comprovam a correção das exigências feitas pelo Fisco quanto a elas.

A Impugnante é uma indústria de bebidas (refrigerantes) de grande porte, que efetuou importações com a intervenção de First S/A, localizada em Florianópolis/SC.

As mercadorias objeto da importação indireta são aquelas relacionadas nas notas fiscais apontadas na planilha de fls. 24/28, emitidas pela empresa First S/A, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 33/153. O aproveitamento do crédito destacado nestas notas fiscais foi estornado, conforme planilha às fls. 12.

Entendo que a empresa First S/A atuou de fato não como importadora, mas como despachante da empresa mineira, na importação indireta comprovada nos autos.

O Fisco, às fls. 155/223, apresenta nove planilhas denominadas de “Conferência de Importação de Mercadorias”, que compõem o Anexo II ao Relatório Fiscal, as quais comprovam a destinação das mercadorias importadas do fornecedor uruguaio para a Impugnante. Estas planilhas correspondem a 37 notas fiscais, de um universo de 120 que foram objeto da autuação. Demonstram a correspondência em quantidade e especificação quanto às mercadorias importadas em relação às remetidas para a Impugnante em Minas Gerais.

Como mencionado às fls. 11, ficou demonstrado que a proximidade entre as datas de desembarço das mercadorias no porto seco e sua remessa para a Impugnante permite caracterizar a destinação prévia à Impugnante.

Note-se, ainda, que a mercadoria veio do fornecedor uruguaio, transportada por via rodoviária, sob os serviços de transporte de empresa do Rio Grande do Sul e foi desembarçada no porto seco de Jaguarão/RS, conforme comprovado às fls. 155/223.

A empresa First S/A, à época da emissão das notas fiscais, mantinha seu estabelecimento em escritório nos 7º, 8º e 11º andares de prédio à Avenida Mauro Ramos, 1.450, no Centro de Florianópolis/SC, como se verifica às fls. 33/153. Sendo assim, não dispunha de espaço de armazenagem de mercadorias, muito menos no volume objeto da importação.

Contudo, não consta que as mercadorias tenham saído do porto seco gaúcho com destino a depósito fechado da First S/A ou a armazém geral contratado. Da mesma forma, não consta nas notas fiscais emitidas pela empresa catarinense que a mercadoria tenha sido

retirada de algum endereço da empresa ou de outro contribuinte para ser remetido à Impugnante, o que demonstra que houve o mero envio das notas fiscais do despachante catarinense ao local onde acabava de ocorrer o desembaraço, saindo a mercadoria de porto seco gaúcho diretamente para o destinatário mineiro.

Ora, na definição constitucional de a qual ente da Federação é devido o ICMS na importação, a alínea "a", do inciso IX, do § 2º, do art. 155 da CF/88 dispõe que:

Art. 155 -

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

Já o art. 11, inciso I, alínea "d" da Lei Complementar nº 87/96 vem explicitar ainda mais, afirmando que:

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

A legislação mineira trata a matéria da mesma forma:

Lei nº 6763/75:

Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

i - importados do exterior:

i.1 - o do estabelecimento:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

i.1.1 - que, direta ou indiretamente, promover a importação;

i.1.2 - destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência;

i.1.3 - destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação, promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-lo àquele;(grifou-se)

Parte geral do RICMS/02:

Art. 61 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d - importados do exterior:

d.1 - o do estabelecimento que, direta ou indiretamente, promover a importação, desde que com o fim de consumo, imobilização, comercialização ou industrialização pelo próprio estabelecimento;

d.2 - o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência;

d.3 - o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-lo àquele, ressalvada a hipótese prevista na subalínea "d.1";(grifou-se)

d.4 - o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido;

d.5 - onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem nas demais hipóteses, observado o disposto no § 1º deste artigo;

(...)

Queda evidente que, no presente caso, o ICMS é devido ao Estado de Minas Gerais, onde se encontra o estabelecimento da Impugnante, para o qual a mercadoria era previamente destinada, quando da contratação da importação, e no qual efetivamente ocorreu a entrada física da mercadoria.

Acresça-se que o Fisco muito bem apontou que a Impugnante em momento algum se insurgiu, em sua defesa, quanto à constatação de que as notas fiscais complementares, integrantes do Anexo III – docs. fls. 225/256, correspondem à cobrança de “variação cambial”.

Também não trouxe qualquer outra explicação para o fato destes documentos fiscais possuírem outra característica reveladora da prática de importação indireta: no campo “descrição dos produtos”, um pouco abaixo de tais descrições, trazerem a informação relacionada à importação das mercadorias. Note-se, exemplificativamente, a menção “IMP-005717” contida na nota fiscal 015060, às fls. 225.

Tal informação revela que esta nota fiscal “complementar” refere-se à “Importação-Processo N° IMP-005717”. Neste caso, a nota fiscal original n° 012680 foi emitida em 22/02/2006 (às fls. 42), e a complementar de n° 015060 foi emitida em 26/04/2006 (às fls. 225), dois meses e dois dias depois. Este fato caracteriza, de forma inequívoca, a cobrança de “variação cambial” - depreciação da moeda brasileira (real) frente à moeda da negociação (dólar americano) – ocorrida entre a data de fechamento e pagamento do negócio até a data do desembarço aduaneiro. Note-se ainda, que as quantidades citadas nas notas fiscais complementares são as mesmas das notas fiscais originais, o que é complementado é apenas o preço.

São ao todo 32 notas fiscais complementares, todas com as mesmas características e a mesma pertinência com notas fiscais emitidas anteriormente.

Tal fato apenas reforça a prévia existência de contrato firmado entre a First S/A e a Impugnante para realização de importação à ordem, pois somente lastreada em contrato a remetente das mercadorias poderia efetuar cobranças de outros encargos sobre uma mesma transação após decurso de tanto tempo. A lógica existente nas transações comerciais nos infere a esta conclusão. Havendo a tradição da coisa (entrega) e o conseqüente pagamento, resta conclusa a transação, não cabendo reavaliações posteriores, a não ser em virtude de existência de cláusula contratual que assim as defina.

Além disso, há que se considerar que a própria Impugnante reconhece em sua defesa que recebeu orientação da Associação dos Fabricantes Brasileiros de COCA-COLA (às fls. 356/357), a qual está vinculada, para utilizar os serviços da empresa catarinense,

porque esta é detentora de benefícios fiscais no Estado de Santa Catarina, como diferimento na importação de mercadorias e crédito presumido nas saídas destas, conforme disposto no art. 10, Anexo 3 c/c disposto no art. 15, inciso VIII, Anexo 2 ao RICMS/SC (às fls. 14).

Por esta razão, à época, o custo total da importação realizada via este despachante mostrou-se mais atraente do que a importação direta pela Impugnante.

À vista do exposto, fica demonstrado que a importação foi feita com destinação prévia para a Impugnante, e não como alega esta, uma importação pela empresa catarinense, que depois foi buscar cliente no mercado brasileiro.

Caracterizada a importação indireta, para a apuração da base de cálculo do ICMS devido pela importação, o Fisco considerou os valores lançados nas notas fiscais emitidas pela First S/A, excluindo a parcela do imposto interestadual correspondente a 12% (doze por cento), e incorporando o imposto devido na operação interna pela alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme descrição às fls. 13.

A referência à suposta margem de lucro que teria sido agregada pela First S/A ao preço de importação das mercadorias não seria mais do que a incorporação dos custos de imposto de importação, desembaraço, frete e seguro do transporte do Uruguai ao Rio Grande do Sul, acrescidos da remuneração do despachante catarinense. Portanto, é plenamente compatível que este valor seja utilizado como base de cálculo, com fez o Fisco no presente caso.

Note-se que a importação indireta não permite o aproveitamento de crédito pela suposta operação interestadual entre o despachante catarinense e a Impugnante. Por isso, deve ser mantido o estorno de crédito realizado no item B da autuação.

As multas aplicadas no lançamento, quanto aos itens B e C, correspondem às irregularidades provadas nos autos.

Acrescente-se a esses fundamentos, o fato de que constam das notas fiscais emitidas pela First S/A, conforme fls. 33/153, valores representativos a título de PIS e COFINS cobrados da Autuada, o que afasta a sua alegação de que a agregação ao valor da mercadoria importada praticada pela First S/A decorreu da lucratividade de uma suposta operação comercial.

Ademais, nos mesmos documentos fiscais não consta qualquer destaque do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de competência da União, que seria o caso na hipótese de uma operação comercial com mercadoria importada, tendo em vista

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a equiparação a industrial de estabelecimento importador pela legislação do IPI, conforme inciso I do art. 9º do RIPI/02, vigente ao tempo da ocorrência das operações.

Desse modo, se a First S/A se caracterizasse como o efetivo estabelecimento importador da mercadoria, nas notas fiscais por ela emitidas para acobertar a remessa dos produtos à Autuada, deveria constar o respectivo destaque do IPI, fato que não ocorreu, conforme fls. 33/153.

Finalmente, conforme fl. 31, o Fisco juntou aos autos os serviços e produtos listados pela própria First S/A em sua página institucional na internet, os quais se referem à prestação de assessoria para os trâmites de importação e terceirização das atividades de comércio exterior, não havendo qualquer referência a comercialização de mercadorias importadas.

Assim, diante de todo o conjunto probatório acostado aos autos, devem ser restabelecidas as exigências relativas aos itens B e C do Auto de Infração (importação indireta).

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que lhe dava provimento parcial para excluir as exigências relativas aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 21/11/06, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Igor Henrique Salles Magalhães e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor), Sauro Henrique de Almeida, José Luiz Drumond e André Barros de Moura.

**Sala das Sessões, 12 de abril de 2013.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente**

**Ricardo Wagner Lucas Cardoso**  
**Relator**

Cla



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

---

|                     |                                     |                 |
|---------------------|-------------------------------------|-----------------|
| Acórdão:            | 4.044/13/CE                         | Rito: Ordinário |
| PTA/AI:             | 01.000171978-97                     |                 |
| Recurso de Revisão: | 40.060133085-77                     |                 |
| Recorrente:         | 3ª Câmara de Julgamento             |                 |
| Recorrida:          | Uberlândia Refrescos Ltda           |                 |
| Proc. S. Passivo:   | Marlen Pereira de Oliveira/Outro(s) |                 |
| Origem:             | DF/Uberlândia                       |                 |

---

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

A autuação versa acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro a dezembro de 2006:

a) adquirir mercadorias e aproveitar o crédito a elas correspondente, dos Estados do Ceará (Metalgráfica Cearense S/A), Pará (Amacoco) e Pernambuco (Rexam Avergae e Amacoco), cujos remetentes são detentores de benefícios fiscais concedidos unilateralmente e não autorizados no âmbito do CONFAZ;

b) aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais que consignavam a ocorrência de operações interestaduais com mercadorias (preforma PET) importadas pela própria Autuada, por meio de interposta pessoa localizada em Florianópolis/Santa Catarina (First S/A);

c) falta de recolhimento do ICMS devido na importação de mercadorias realizada a ordem da Autuada por *trade company* localizada em Florianópolis/Santa Catarina (First S/A).

Numa primeira vertente, tem-se que analisar a possibilidade de decaído o direito do Fisco em cobrar as exigências relativamente aos fatos geradores do exercício de 2006, mais precisamente anteriores a 21/11/06, 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 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 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”**

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 REGRA 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 FATO IMPONÍVEL, 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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" (AGRG 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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 de 2006, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências relativas ao período de 01/01/06 a 20/11/06 encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 21/11/06.

Posto isto, a divergência de meu voto é para que sejam excluídas as exigências totais anteriores a 21/11/06, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

**Sala das Sessões, 12 de abril de 2013.**

**Sauro Henrique de Almeida  
Conselheiro**