

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.481/14/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000202823-01
Impugnação: 40.010135028-08
Impugnante: Casa do EPI Ltda
IE: 186033361.00-35
Proc. S. Passivo: Janaína Diniz Ferreira de Andrade/Outro(s)
Origem: DF/Ubá

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - FALTA DE ENTREGA/ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - SINTEGRA. Constatada a falta de entrega e entrega em desacordo com a legislação, no prazo e na forma legal, de arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10 e 11 e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75, majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de falta de entrega de arquivos eletrônicos, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, dos meses de janeiro a junho de 2008 e novembro de 2009 e entrega de arquivos eletrônicos em desacordo com a legislação tributária, uma vez que ausentes os registros tipo “54”, “54E”, “54S”, “74”, “75” e “88 EAN 13”, referentes aos períodos de julho de 2008 a outubro de 2009 e de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, infringindo, assim, determinações previstas nos arts. 10, *caput* e § 5º, 11, *caput* e § 1º e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02.

Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 61/76, acompanhada dos documentos de fls. 77/179, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 181/190.

DECISÃO

A Impugnante pleiteia pelo alcance da decadência para parte do crédito tributário, no período de janeiro a setembro de 2008, a partir do entendimento de que a obrigação acessória supõe a existência da obrigação principal a qual acompanha,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme definição do Código Civil, art. 92, reproduzido em sua impugnação como nota de rodapé (fls. 65).

Ocorre que, pela definição do art. 113, § 2º do CTN, a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações positivas ou negativas nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Portanto, pode ou não estar vinculada diretamente à obrigação principal.

Ademais, a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 113, § 3º do CTN).

O lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, refere-se a uma das modalidades de lançamentos de tributos. Pressupõe-se que houve uma antecipação do pagamento do tributo autodeclarado, que é expressamente homologado pela autoridade administrativa, excluindo-se, dessa forma, os casos de omissões de declarações e/ou de pagamentos de tributos.

No caso de descumprimento de obrigação acessória que não está vinculada à obrigação do recolhimento de tributos, é pacífico o entendimento de que o prazo decadencial é o que está previsto no inciso I do art. 173 do CTN, conforme descrito:

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;

Assim, para os fatos geradores ocorridos em 2008, o prazo decadencial é contado a partir de 1º de janeiro de 2009, extinguindo-se o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário somente em 31/12/14.

Portanto, não se operou a decadência invocada pela Defesa.

Quanto ao mérito propriamente dito, decorre o presente lançamento da constatação de falta de entrega e entrega em desacordo com a legislação de arquivos eletrônicos, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais.

Os documentos “Contagem de Tipo de Registro” foram acostados pela Fiscalização às fls. 20/48.

A obrigatoriedade de entregar, mensalmente, os arquivos eletrônicos solicitados pela Fiscalização encontra-se prevista nos arts. 10, caput e § 5º e 11, caput e § 1º e art. 39, todos do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º - O contribuinte, observado o disposto nos artigos 11 e 39 desta Parte, fornecerá o arquivo eletrônico de que trata este artigo, atendendo às especificações descritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 deste Anexo, vigente na data de sua entrega.

(...)

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada, mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br).

(...)

Art. 39 - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e o arquivo eletrônico de que trata este Anexo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico.

O art. 10, no seu § 5º, retrotranscrito, obriga os contribuintes a entregarem o arquivo eletrônico referente à totalidade de suas operações realizadas no período de apuração, contendo registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos, atendendo as especificações prescritas no Manual de Orientação.

Já o art. 11, no seu § 1º, determina que o contribuinte deve verificar a consistência dos arquivos gerados e transmiti-los, via *internet*, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

No caso em análise, saliente-se que, não obstante a legislação retro mencionada, a Contribuinte foi, em 09/08/13, intimada a regularizar os arquivos eletrônicos, conforme documento de fls. 12.

A Impugnante, mesmo reconhecendo que descumpriu uma obrigação acessória prevista na legislação tributária, baseia a sua defesa na impossibilidade de cumprir a intimação, que envolveria a transmissão e ou retransmissão de 36 (trinta e seis) arquivos magnéticos (Sintegra), no prazo de 5 (cinco) dias.

Alega, também, a seu favor, ter manifestado em relação a essa intimação, dentro do prazo estabelecido, com uma petição de dilação de prazo por período não inferior a 60 (sessenta) dias, que, segundo aduz, não foi respondida formalmente pela Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal fato em nada modifica o feito, eis que o presente Auto de Infração, conforme claramente descrito em seu relatório, foi lavrado em agosto de 2013 em razão da constatação da falta de entrega e da entrega em desacordo com a legislação tributária de vários arquivos eletrônicos que já deveriam ter sido transmitidos ou regularizados, relativos ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010.

A intimação fiscal constituiu, na verdade, em uma nova oportunidade dada à Contribuinte, que, não tendo aproveitado-a, sujeitou-se à correta autuação fiscal.

É importante ressaltar que esse tipo de infringência dispensa qualquer intimação fiscal, até mesmo a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal, consoante interpretação dos arts. 66, 67 e 74 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, concomitantemente. Confira-se:

Art. 66. A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracterizam o início da ação fiscal:

I - monitoramento, assim considerada a avaliação do comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante o controle corrente do cumprimento de obrigações e análise de dados econômico-fiscais, apresentados ao Fisco ou obtidas mediante visitação in loco; e

(...)

Art. 67. Na realização dos procedimentos de monitoramento ou exploratório será observado o seguinte:

(...)

II - constatada infração à legislação tributária, será lavrado o Auto de Início de Ação Fiscal, exceto nos casos de dispensa deste para a lavratura de Auto de Infração; (grifei)

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacreção de Bens e Documentos:

(...)

III - quando o obrigado deixar de entregar arquivos eletrônicos, ou entregá-los em desacordo com a legislação tributária;

Observe-se que não é verídica a afirmação de que a Autuada teria iniciado a retransmissão de todos os arquivos eletrônicos antes mesmo de receber qualquer resposta da Fiscalização ao seu pedido de dilação de prazo, pois, conforme se comprova pelas datas dos recibos de transmissão desses arquivos, trazidos aos autos pela própria Impugnante (fls. 126/179), somente a partir de 30/09/13, após o recebimento do Auto de Infração 19/09/13, é que se iniciaram as transmissões.

Relativamente ao argumento de que atendeu ao termo de intimação, sanando todas as irregularidades com a transmissão dos arquivos eletrônicos, constata-se que apenas foi regularizado a inserção dos registros tipo “54”, “54E”, “54S” e “75”. Ficaram faltando o registro tipo “74” no arquivo de fevereiro de 2010 (inventário de 31/12/09) e os registros tipo “88 EAN 13” de todos os arquivos, a partir de janeiro de 2009, além de não terem sido transmitidos os arquivos que ela entendeu estar desobrigada pelo alcance da decadência.

A infração descrita nesse Auto de Infração é formal e objetiva. Portanto, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito, nos termos do art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN, que prescreve que a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal.

Insta mencionar que os arquivos eletrônicos transmitidos por contribuintes, desde que consistentes, têm importância fundamental, pois permitem à Fiscalização realizar auditorias fiscais e/ou contábeis com maior eficiência, sem a necessidade de manusear volumes excessivos de livros e documentos fiscais.

Assim, restou plenamente caracterizada a infração apontada pela Fiscalização e correta a exigência, por período, da penalidade capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

Quanto à discordância em relação à cobrança da reincidência, conta-se interpretação da legislação tributária de forma equivocada pela Impugnante.

De fato, é no § 6º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, que se encontra o dispositivo legal que identifica os casos de reincidência. Transcreve-se:

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior. (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diversamente da tese da Defesa, a reincidência é aplicada em autuação posterior em que se exige a mesma penalidade e não a mesma infringência.

Observe-se, ainda, que o prazo é contado a partir da decisão condenatória em caráter definitivo na esfera administrativa.

Como há penalidades idênticas, pois possuem a mesma capitulação legal, nesse caso e no caso do PTA nº 01.000154464.15, e a decisão tornou-se definitiva conforme consta no Acórdão nº 18.372/07/3ª de 26/09/07, tendo sido também respeitado o prazo decadencial, correta a cobrança da Fiscalização.

É importante ressaltar que apesar de não ser necessário que as infringências sejam as mesmas, como já afirmado, nesse caso específico, está-se tratando de dois PTAs em que foram cometidas as mesmas infringências, conforme consulta reproduzida às fls. 16 dos autos e na ementa do Acórdão nº 18.372/07/3ª, reproduzido a seguir:

ACÓRDÃO: 18.372/07/3ª

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA -
LEVANTAMENTO

QUANTITATIVO. CONSTATADO QUE O CONTRIBUINTE PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ACARRETANDO AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) SOBRE O VALOR DO IMPOSTO E MULTA ISOLADA DE 20% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO, PREVISTA NA ALÍNEA "A", DO INCISO II, DO ART. 55 DA LEI 6.763/75. REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO, PELO FISCO, ACOLHENDO PARCIALMENTE AS ALEGAÇÕES DA AUTUADA. INFRAÇÃO, EM PARTE, CARACTERIZADA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ARQUIVO ELETRÔNICO – ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. CONSTATADO QUE O CONTRIBUINTE ENTREGOU ARQUIVOS ELETRÔNICOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO, REFERENTES À TOTALIDADE DAS OPERAÇÕES DE ENTRADA E SAÍDA DE MERCADORIAS, CONFORME PREVISÃO DO § 5º, DO ART. 10 E ART. 11, AMBOS DO ANEXO VII, RICMS/02. EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA, POR PERÍODO, PREVISTA NO INCISO XXXIV, ART. 54, LEI 6763/75. EXCLUSÃO DAS EXIGÊNCIAS REFERENTES AO PERÍODO ONDE NÃO FOI OBSERVADO O ART. 13, DO ANEXO VII, DO RICMS/02. INFRAÇÃO, EM PARTE, CARACTERIZADA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE LIVROS FISCAIS. CONSTATADA A FALTA DE AUTENTICAÇÃO, NA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA, DOS LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS, REGISTRO DE SAÍDAS E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS DO EXERCÍCIO DE 2005, RESULTANDO NA EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 54, II, DA LEI Nº. 6763/75. INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE. (GRIFOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Posto isso, resta afastada a possibilidade de concessão do permissivo legal (art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75), pleiteado pela Impugnante, haja vista o óbice previsto no § 5º, item 1 do mesmo dispositivo:

§ 3º A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo. (grifou-se)

§ 5º O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. de reincidência;

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía as exigências relativas ao período de janeiro a agosto de 2008, em face da aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Janaína Diniz Ferreira de Andrade e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participou do julgamento, além das signatárias e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor).

Sala das Sessões, 06 de fevereiro de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.481/14/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000202823-01	
Impugnação:	40.010135028-08	
Impugnante:	Casa do EPI Ltda	
	IE: 186033361.00-35	
Proc. S. Passivo:	Janaína Diniz Ferreira de Andrade/Outro(s)	
Origem:	DF/Ubá	

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.

Temos que a autuação versa sobre a falta de entrega de arquivos eletrônicos, relativos a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais dos meses de janeiro a junho de 2008 e novembro de 2009 e entrega de arquivos sem os registros tipo “54”, “54E”, “54S”, “74”, “75” e “88 EAN 13”, referentes aos períodos de julho de 2008 a outubro de 2009 e de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, exigindo, a Fiscalização, a Multa Isolada do art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

Numa primeira vertente, temos que analisar a possibilidade de decaído o direito da Fiscalização de cobrar as exigências relativamente aos fatos geradores do período de 01/01/08 a 31/08/08, 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, inciso 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, inciso I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 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.”

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

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 PROVIMENTO AO AGRAVO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

Nesse sentido, mesmo a exigência no caso concreto ser de obrigações acessórias, ou seja, falta de entrega corretamente de arquivos eletrônicos, o presente artigo prevê que a exigência, tanto no caso de tributo, quanto dos acessórios, fica limitada ao prazo de 5 (cinco) anos do fato gerador, que nesse caso estaria decaído, principalmente nos termos das decisões dos tribunais. Não houve recolhimento em atraso e a menor de tributo e a Impugnante não agiu com dolo ou má fé.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativo ao exercício de 2008, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências relativas ao período de 01/01/08 a 31/08/08 encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 19/09/13 (fls. 05).

Sala das Sessões, 06 de fevereiro de 2014.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**