

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.549/14/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000201326-52
Impugnação: 40.010135035-53
Impugnante: Votorantim Metais Zinco S/A
IE: 367219883.03-70
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DFT/Comércio Exterior/B.Hte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - IMPORTAÇÃO - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais utilizadas para acobertar entrada de mercadoria importada do exterior, sem o recolhimento do imposto. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei. Crédito tributário reconhecido em parte pela Autuada. Infração caracterizada nos termos do art. 67, § 1º da Parte Geral do RICMS/02.

IMPORTAÇÃO - IMPORTAÇÃO DIRETA - NÃO INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS NA BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatou-se importação do exterior de mercadorias com recolhimento a menor do imposto devido, tendo em vista a falta de inclusão das despesas na base de cálculo do ICMS. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da mencionada lei. Exclusão das exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada incidentes sobre os valores das notas fiscais emitidas para as DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, por força do diferimento previsto em Regime Especial. Infração caracterizada em parte nos termos do art. 43, inciso I da Parte Geral do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

O presente lançamento refere-se ao recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/08 a 31/12/12, em decorrência de:

- apuração incorreta da base de cálculo na importação direta de mercadorias;
- aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em decorrência de importação direta e indireta de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto.

Foram exigidas as parcelas de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas nos incisos VII, alínea “c” e XXVI do art. 55 da mencionada lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 105/121 e requer, ao final, a procedência da peça de Defesa.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 219/228, refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento.

Em decorrência do recolhimento parcial efetuado pela Impugnante, o crédito tributário foi reduzido conforme documentos de fls. 233/238, sendo tal fato comunicado à Autuada (fls. 242/243), que se manifesta reiterando as argumentações da peça de Defesa (fls. 244).

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 252/259, opina pela procedência parcial do lançamento para: a) excluir as exigências relativas ao período 01/01/08 a 23/09/08, em face da decadência de que trata o § 4º do art. 150 do CTN; b) excluir as exigências de ICMS, MR e MI relativas ao valor das notas fiscais emitidas para as DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0.

DECISÃO

O presente lançamento é decorrente do recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/08 a 31/12/12, em razão de apuração incorreta da base de cálculo na importação direta de mercadorias e aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de importação direta e indireta de mercadorias.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos em 03/09/08 (DI nº 08/1369344-0) e 16/09/08 (DIs nºs 08/1444914-4, 08/1444963-2 e 08/1444988-8), sendo aplicável o disposto no § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

No entanto, esse Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo disposto no art. 173, inciso I do CTN, no qual o prazo de 05 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2008, que a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/09, findando-se somente em 31/12/13. Assim, considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 16/09/13 e que o Sujeito Passivo foi pessoalmente intimado em 23/09/13 (fls. 21), verifica-se, inequivocamente, que não ocorreu a alegada decadência do direito de lançar, por parte da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento desse procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, em função da não inclusão na base de cálculo dos valores relativos a despesas incorridas no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

controle e desembaraço aduaneiro, ainda que pagas a pessoas jurídicas de direito privado.

Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e, sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, considerando o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN.

Rejeita-se, portanto, a arguida decadência do crédito tributário relativo ao mês de setembro de 2008.

A Impugnante sustenta que não existe previsão legal para inclusão na base de cálculo dos valores das despesas consideradas pela Fiscalização, uma vez que as despesas aduaneiras compreendem apenas aquelas pagas diretamente à repartição fazendária (Aduana).

Destaca que as despesas relativas à capatazia, desconsolidação, demurrage e armazenagem foram pagas a pessoas jurídicas de direito privado, não podendo ser consideradas como aduaneiras, por força do que dispõe o § 6º do art. 37 da Parte Geral do RICMS/02.

A Impugnante alega, ainda, que a taxa Siscomex compõe a base de cálculo por ela apurada, conforme demonstrativo de fls. 116, portanto, exigida pela Fiscalização em duplicidade.

No tocante à inclusão do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, embora reconheça a disposição prevista na subalínea “e.1” do inciso I do art. 43 da Parte geral do RICMS/02, afirma que a Lei Complementar nº 87/96 não prevê a inclusão desse valor na base de cálculo do ICMS, mostrando-se ilegítima a pretensão fiscal.

Aponta arbitramento indevido do AFRMM para a DI nº 08/2049367-2, uma vez que naquele caso havia isenção de tributos na operação de importação sob o regime de *Drawback*.

Quanto às DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, destaca que não houve o recolhimento do imposto em razão do diferimento do ICMS, concedido mediante Regime Especial pela Superintendência de Tributação (fls. 186/190).

Buscando evitar qualquer discussão em relação à conceituação das despesas vinculadas à importação de mercadorias, entre despesas e despesas aduaneiras, a legislação mineira assim dispõe sobre a matéria:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no □, a base de cálculo do imposto é:

I - na entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto nos □ deste Regulamento, o valor constante do documento de importação, acrescido:

- a) do valor do Imposto de Importação;
- b) do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados;
- c) do valor do Imposto sobre Operações de Câmbio;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d) de quaisquer despesas, inclusive aduaneiras, cobradas ou debitadas ao adquirente no controle e desembaraço da mercadoria, ainda que venham a ser conhecidas somente após o desembaraço;

(...)

e) de quaisquer outros impostos, taxas ou contribuições, tais como:

e.1) Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM);

e.2) Adicional de Tarifa Portuária (ATP);

e.3) Adicional de Tarifa Aeroportuária (ATAERO);

Verifica-se, portanto que se incluem na composição da base de cálculo, além das despesas aduaneiras, as demais despesas vinculadas ao processo de importação de mercadorias, estando incluídas nesse rol todas as despesas indicadas pela Fiscalização no presente lançamento.

Como bem destacado na Consulta de Contribuinte nº 020/2013, trazida pela Fiscalização em sede de manifestação fiscal, “a base de cálculo do ICMS devido na importação reflete o fato material da importação do exterior, ou seja, é o custo da importação, sendo que neste estão inseridos todos os serviços profissionais imprescindíveis para o desembaraço aduaneiro da mercadoria, considerados como DESPESAS para efeito de determinação do montante tributável pelo imposto de competência estadual.”

Cumpram registrar que a legislação estadual não afronta a Lei Complementar nº 87/96, uma vez que essa, ao tratar da base de cálculo na importação, dispõe no seu art. 13, § 1º, inciso II, alínea “a” que além de impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras deverão ser acrescidas à base de cálculo as demais importâncias pagas na operação. Veja-se os dispositivos da mencionada lei que regem a matéria:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

V - na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;

b) imposto de importação;

c) imposto sobre produtos industrializados;

d) imposto sobre operações de câmbio;

(...)

e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras;

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

(...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Assim, a inclusão das despesas relativas ao AFRMM na base de cálculo se legitima, não somente pelo disposto no art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, mas também pela regra material posta na Lei Complementar nº 87/96.

Além do mais, como bem destaca a Fiscalização, o AFRMM, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, lançada na Súmula nº 553, é uma contribuição parafiscal, logo sua natureza é jurídico-tributária, sendo, portanto, uma contribuição, cuja previsão de se acrescer à base de cálculo na importação encontra-se na alínea “e” do inciso V do art. 13 da mencionada lei complementar.

Em relação à DI nº 08/2049367-2, como bem afirma a Fiscalização, não houve arbitramento conforme alega a Impugnante, mas apenas a aplicação do disposto na Medida Provisória nº 1627-31 (DOU 14/01/98), convertida na Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004.

No tocante à isenção do AFRMM, verifica-se que a Impugnante não apresentou nenhum documento comprobatório que demonstre a dispensa da obrigação, uma vez que o documento de fls. 175/176, cuja importação está amparada pelo regime de *Drawback*, não se refere à DI mencionada pela Defesa.

Na mesma linha, os documentos de fls. 177/181 registram que “O ATO LEGAL NÃO FOI INFORMADO OU NÃO EXISTE OU NÃO ESTÁ EM VIGOR PARA O BENEFÍCIO DE IPI COM ISENÇÃO DE II”.

Quanto à duplicidade de exigência relativa à taxa Siscomex, o critério utilizado pela Fiscalização para realizar o cálculo de todas as importações não sinaliza a cobrança em duplicidade, uma vez que a taxa está incluída no rol das despesas aduaneiras por uma única vez.

Após a apuração da base de cálculo, o imposto devido foi confrontado com os valores recolhidos pela Autuada para cada importação (fls. 80/81). Assim, a parcela calculada pela Impugnante foi deduzida do imposto total apurado pela Fiscalização.

Por outro lado, argui a Impugnante, que em relação às DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, o imposto não foi recolhido em decorrência de Regime Especial concedido a ela pela Superintendência de Tributação (RE nº 16.000131925.20).

A Fiscalização reconhece o Regime Especial, mas alerta que caberia à Impugnante optar pelo diferimento do pagamento do ICMS incidente sobre a entrada das mercadorias relacionadas nos Anexos I a IV (matéria-prima e produto intermediário), em decorrência de importação direta do exterior.

Para isso, caberia, segundo a Fiscalização, o cumprimento do disposto no art. 2º do RE, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º - O Contribuinte, quando da importação das mercadorias, deverá dirigir-se previamente à Delegacia Fiscal (DF) ou Posto de Fiscalização (PF), para aposição de visto fiscal no documento "Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação de Recolhimento do ICMS".

Não tendo cumprido a norma, entende a Fiscalização que a Impugnante abriu mão do benefício fiscal que lhe fora concedido.

No entanto, o descumprimento da obrigação contida no dispositivo mencionado não suspende a eficácia do regime especial, nem desautoriza o diferimento.

Assim, exclui-se o ICMS, a multa de revalidação e a multa isolada vinculados às DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, incidente sobre os valores das notas fiscais emitidas pela Autuada.

Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em decorrência de importação direta e indireta de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto, cabe ressaltar que a acusação fiscal subdivide-se em aproveitamento de créditos reconhecidos pela Autuada como indevidos, em face da denúncia espontânea apresentada (importação indireta) e os créditos vinculados às Notas Fiscais de Entrada nº 017.427, de 29/09/08 e nº 038.023, de 29/03/10 associadas às Declarações de Importação – DIs nºs 08/1519016-0 e 09/1643679-3, cujo imposto não foi recolhido na época oportuna.

Os estornos foram levados à recomposição da conta gráfica, conforme Verificação Fiscal Analítica de fls. 100/102, não obstante a Autuada tenha apresentado saldo devedor em todos os períodos fiscalizados.

A denúncia espontânea refere-se aos créditos originários de importação indireta no valor de R\$ 1.693.640,19 (um milhão, seiscentos e noventa e três mil, seiscentos e quarenta reais e dezenove centavos), em face do aproveitamento dos créditos de mesma natureza, no valor de R\$ 1.876.300,72 (um milhão, oitocentos e setenta e seis mil, trezentos reais e setenta e dois centavos). Assim, resta um saldo apropriado no valor de R\$ 182.660,53 (cento e oitenta e dois mil, seiscentos e sessenta reais e cinquenta e três centavos), o qual foi estornado pela Fiscalização.

A Impugnante reconhece o crédito tributário relativo à primeira parcela (ICMS no valor de R\$ 182.660,53) promovendo o recolhimento conforme documentos de fls. 212, juntados com a peça de Defesa.

No tocante aos demais créditos, vinculados às Notas Fiscais nºs 017.427 e 038.023, salienta que os valores destacados nos documentos fiscais foram recolhidos, conforme documentos de fls. 194 e 203.

A Fiscalização sustenta que em relação à DI nº 08/1519016-0 a Impugnante apresentou comprovante de recolhimento para o Estado de São Paulo e, no tocante à DI nº 09/1643679-3, o comprovante apresentado refere-se à DI nº 09/1643681-5 (fls. 202), que trata de importação diversa da constatada pela Fiscalização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De fato, no tocante ao documento de fls. 194, não obstante a GNRE indique o Estado de Minas Gerais como UF favorecida, a guia de fls. 195 demonstra que o recolhimento foi realizado em favor do Estado de São Paulo.

Quanto ao recolhimento de fls. 203, como bem destacou a Fiscalização, refere-se a outra Declaração de Importação.

Verificando o “Anexo 8” do CD de fls. 103, não se constata a existência de registro para os dois pagamentos mencionados na base de dados da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG.

Resta claro, portanto, o não atendimento ao disposto no § 1º do art. 67 da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 67. Ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior, o valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria ou do bem, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

§ 1º Na hipótese de importação de serviço, mercadoria ou bem, ou na aquisição de mercadoria ou bem importados e apreendidos ou abandonados, em leilão promovido pelo poder público, o valor correspondente ao crédito será escriturado no período de apuração em que ocorrer o recolhimento do imposto, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior.

Corretas, portanto, as exigências fiscais remanescentes, equivalentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 29/04/14. ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências de ICMS, MR e MI relativas ao valor das Notas Fiscais emitidas para as DIs nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0. E, ainda, para considerar o pagamento demonstrado às fls. 233/238 para fins de liquidação. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas ao período de 01/01/08 a 23/09/08, em face da decadência de que trata o § 4º do art. 150 do CTN. Vencidos, também em parte, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), que o julgavam procedente. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 06 de maio de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora designada**

D

21.549/14/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.549/14/1ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000201326-52	
Impugnação:	40.010135035-53	
Impugnante:	Votorantim Metais Zinco S/A	
	IE: 367219883.03-70	
Proc. S. Passivo:	Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)	
Origem:	DFT/Comércio Exterior/B.Hte	

Voto proferido pela Conselheira Ivana Maria 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.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/08 a 31/12/12, em decorrência de apuração incorreta da base de cálculo na importação direta de mercadorias e aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em decorrência de importação direta e indireta de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto.

Foram exigidas as parcelas de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas no art. 55 da mencionada lei, no inciso VII, alínea “c”, no caso da apuração incorreta da base de cálculo e no inciso XXVI, para a situação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS.

Importa ressaltar que o presente voto trata da discordância quanto à exclusão das exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, relativas às notas fiscais emitidas para as Declarações de Importação (DI)s nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, para as quais a Fiscalização constatou apuração incorreta da base de cálculo na importação direta de mercadorias.

Para essas notas fiscais, sustenta a Impugnante que deixou de recolher o ICMS incidente sobre as importações correlatas, em face da existência de Regime Especial (RE nº 16.000131925.20) concedido à Autuada pela Superintendência de Tributação.

A Fiscalização reconhece o regime especial, mas alerta que para a efetividade prevista nele, caberia à Contribuinte optar pelo diferimento do pagamento do ICMS incidente sobre a entrada das mercadorias relacionadas nos Anexos I a IV (matéria-prima e produto intermediário), em decorrência de importação direta do exterior.

Impende analisar as cláusulas contidas no regime especial mencionado.

O art. 1º dispõe que “fica autorizado o diferimento do pagamento do ICMS (...)”. Assim, denota-se a faculdade concedida à Contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, na situação de opção pelo diferimento, prevê o art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º - O Contribuinte, quando da importação das mercadorias, deverá dirigir-se previamente à Delegacia Fiscal (DF) ou Posto de Fiscalização (PF), para aposição de visto fiscal no documento "Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação de Recolhimento do ICMS".

Como bem destaca a Fiscalização, o instituto do "diferimento de ICMS" é concedido quando se observa uma série de exigências estatuídas no regime especial, para que o benefício possa ser utilizado.

No caso dos autos, tem-se que não houve a aposição do visto fiscal no documento "Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação de Recolhimento do ICMS".

Não tendo cumprido a norma e, sendo ela autorizativa, entende-se que a Impugnante abriu mão do benefício fiscal que lhe fora concedido.

Impende destacar que, em se tratando de situação tributária especialmente concedida a um contribuinte determinado, não há como autorizar o benefício sem o cumprimento de todas as cláusulas nele exigidas. Ou seja, representam as cláusulas condições de validade da norma e não, meras obrigações acessórias.

Referendando essa assertiva, mencione-se as disposições do art. 12:

Art. 12 - A ciência do inteiro teor deste Regime implica em reconhecimento de todos os seus termos.

Portanto, conclui-se que o que de fato ocorreu foi a inexistência de opção pela Autuada no que concerne à utilização do instituto do diferimento. E, além disso, houve o descumprimento de dispositivo cujo texto legal é taxativo, e não meramente ilustrativo, de observância compulsória, da legislação tributária do Estado de Minas Gerais.

Nessa linha, as exigências de ICMS, multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso VII, alínea "c" do art. 55 da Lei nº 6.763/75, relativas às notas fiscais emitidas para as Declarações de Importação (DI)s nºs 09/1314499-6 e 11/0899033-0, mostram-se corretas.

Portanto, julgo procedente o lançamento devendo ser considerado o pagamento demonstrado às fls. 233/238 para fins de liquidação.

Sala das Sessões, 06 de maio de 2014.

**Ivana Maria de Almeida
Conselheira**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.549/14/1ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000201326-52	
Impugnação:	40.010135035-53	
Impugnante:	Votorantim Metais Zinco S/A	
	IE: 367219883.03-70	
Proc. S. Passivo:	Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)	
Origem:	DFT/Comércio Exterior/B.Hte	

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.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/08 a 31/12/12, em decorrência de:

- 1) apuração incorreta da base de cálculo na importação direta de mercadorias;
- 2) aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em decorrência de importação direta e indireta de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto.

Foram exigidas as parcelas de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas nos incisos VII, alínea “c” e XXVI do art. 55 da mencionada lei.

Numa primeira vertente, temos que analisar a possibilidade da decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores do período compreendido entre 01/01/08 a 23/09/08, em face da decadência, 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 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 CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

Assim, as exigências relativas ao período compreendido entre 01/01/08 a 23/09/08, encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 23/09/13.

Sala das Sessões, 06 de maio de 2014.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro