

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.455/17/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000278691-03
Impugnação: 40.010138437-02 (Coob.)
Impugnante: Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A. (Coob.)
CNPJ: 08.910541/0001-69
Autuada: CIA Industrial de Vidros - CIV
CNPJ: 10.807972/0007-31
Proc. S. Passivo: Ernesto Johannes Trouw/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - DF

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada (remetente das mercadorias), contribuinte substituto tributário, por força de regime especial concedido pelo estado de Minas Gerais, sediada no estado de Pernambuco, deixou de destacar a base de cálculo do ICMS/ST, bem como o ICMS/ST devido a este estado, nas notas fiscais, objeto deste lançamento, relativas a remessas a destinatários mineiros de mercadorias listadas no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN. A partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75. A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75. Contudo, exclui-se a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, e sua majoração pela constatação da reincidência, tendo em vista ser ela inadequada à irregularidade em exame.

Decadência não reconhecida. Decisão por maioria de votos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de que a Autuada, sediada no estado de Pernambuco, contribuinte substituto tributário por força do Regime Especial

nº 45.000007332-70 (cópia fls. 150/152 e 164/165), deixou de destacar a base de cálculo do ICMS/ST, bem como o ICMS/ST devido, em notas fiscais por ela emitidas, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2013, referentes a remessas a contribuintes mineiros de produtos constantes no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (artefatos de uso domésticos).

O ICMS/ST foi apurado pela Fiscalização a partir do valor da mercadoria objeto da autuação constante da nota fiscal emitida pela Autuada, acrescentou-se a importância relativa ao IPI, frete, seguros (quando existentes), agregou-se o percentual referente relativo às MVAs ditadas nas normas regulamentares mineiras, aplicou-se a alíquota interna e, em seguida, abateu-se o ICMS da operação própria (que no caso é o ICMS destacado pela Autuada após o expurgo dos efeitos do benefício fiscal irregularmente concedido pelo estado de origem), vide Anexo 12 – Relatório de Apuração do ICMS/ST devido – 01/01/10 a 30/11/13 (amostragem às fls. 166/168 e na íntegra na mídia eletrônica de fls. 291).

Exigência do ICMS/ST não recolhido pela Autuada e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST não destacada pela Autuada, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN). E, a partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Compõe o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, a Coobrigada Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A, sucessora por incorporação da empresa autuada, nos termos do disposto no art. 132 do CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 297/310.

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 346/360, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento.

A Assessoria, em Parecer de fls. 367/384, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir a Penalidade Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 e sua majoração pela constatação da reincidência tendo em vista ser ela inadequada à irregularidade em exame.

Em sessão realizada no dia 09 de março de 2017, a 3ª Câmara de Julgamento (fls. 391), por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir a multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da lei nº 6.763/75 e sua majoração pela constatação da reincidência tendo em vista ser ela inadequada à irregularidade em exame.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tendo em vista que no momento da redação do acórdão, constatou-se que não constou da decisão os votos sobre a decadência, prejudicial de mérito, o Presidente do CC/MG, em despacho de fls. 392, proferido no dia 28 de março de 2017 e observando o disposto no art. 21, inciso VIII do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, determinou o encaminhamento do PTA à 3ª Câmara para decidir sobre o incidente processual.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 17 de maio de 2017 (fls. 395), admitiu o incidente processual e declarou a nulidade da decisão anterior.

DECISÃO

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

Inicialmente, a Autuada argui a decadência do direito de lançar o crédito tributário relativo ao período de janeiro a maio de 2010, baseando-se na norma ínsita no art. 150, § 4º do CTN.

Todavia, razão não lhe assiste.

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.

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 deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento do imposto devido a este estado e, não ocorrendo o cumprimento exato da obrigação tributária, na forma prescrita pela legislação, não há que se falar em homologação do lançamento e sim em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, considerando, para delimitação do prazo decadencial, o prescrito no art. 173, inciso I do CTN.

Ressalte-se que este Egrégio Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida por este dispositivo, no qual consta que o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Citam-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.907/12/CE, 4.238/14/CE, 19.574/12/2ª, 21.483/14/1ª e 22.179/16/3ª.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) 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.

Saliente-se que, na fundamentação do *decisum*, após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator teceu a seguinte consideração:

“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 outra recente decisão (23/06/16), o STJ voltou a manifestar-se pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 1264479 / SP, cuja ementa se transcreve:

AGRG NOS EDCL NO RESP 1264479 / SP

RELATOR(A): MINISTRO GURGEL DE FARIA (1160)

ÓRGÃO JULGADOR: T1 - PRIMEIRA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 23/06/2016

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE: DJE 10/08/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO. ART. 173, I, DO CTN. VÍCIO NA NOTIFICAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC, FIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE A DECADÊNCIA PARA A CONSTITUIÇÃO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO DEVE SER CONTADA NA FORMA DO ART. 173, I, DO CTN, PARA OS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PAGAMENTO ANTECIPADO OU QUANDO, EXISTINDO TAL PREVISÃO LEGAL, O RECOLHIMENTO NÃO É REALIZADO.

2. A ALEGAÇÃO DE QUE A NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO NÃO OCORREU DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, RAZÃO PELA QUAL INCIDE, NO PONTO, O ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 282 DO STF.

3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Logo, considerando o período autuado, que foi contestado, ou seja, de janeiro a maio de 2010, o Fisco teria até 31/12/15 para formalizar a exigência do crédito tributário. O Auto de Infração foi emitido em 19/06/15 (fls. 14) e a Impugnante foi regularmente intimada em 24/06/15 (fls. 294/295). Assim, não há que se falar em decadência em relação ao presente lançamento.

Com relação ao mérito propriamente dito, conforme já relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, sediada no estado de Pernambuco, contribuinte substituto tributário por força do Regime Especial nº 45.000007332-70 (cópia fls. 150/152 e 164/165), deixou de destacar a base de cálculo do ICMS/ST, bem como o ICMS/ST devido, em notas fiscais por ela emitidas, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2013, referentes a remessas a contribuintes mineiros de produtos constantes no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (artefatos de uso domésticos).

Exigência do ICMS/ST não recolhido pela Autuada e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST não destacada pela Autuada, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN. E, a partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Compõe o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa autuada, a Coobrigada Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A, sucessora por incorporação da empresa autuada, nos termos do disposto no art. 132 do CTN.

Frisa-se que a empresa autuada é detentora de regime especial que lhe atribui a condição de contribuinte substituto tributário, estando obrigada à retenção e recolhimento do ICMS/ST nas remessas a contribuintes mineiros das mercadorias listadas no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Na peça de Defesa apresentada a Impugnante alega, em síntese, que:

- são improcedentes as exigências fiscais uma vez que a Fiscalização desconsiderou o Regime Especial por ela obtido legalmente junto ao estado de Pernambuco;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- se o estado de Minas Gerais não está de acordo com os benefícios concedidos pelo estado de Pernambuco, o certo seria procurar o Poder Judiciário e questionar a validade daquele benefício concedido e não autuar o contribuinte que não cometeu qualquer irregularidade, já que se pautou em uma autorização concedida pelo estado de origem;

- agiu de boa-fé e não merece ser punida em razão da “guerra fiscal” travada pelos estados;

- não compete à administração do estado tomar a iniciativa e declarar a nulidade de uma lei de outro, em evidente usurpação de competência exclusiva do Judiciário;

- no tocante à majoração da penalidade pela constatação de reincidência, alega que o DAF nº 04.002158572-01, de 27/10/09, não serve para a citada majoração tendo em vista que já se passaram mais de 05 (cinco) anos para a caracterização da suposta reincidência;

- a majoração da penalidade isolada em 100% (cem por cento) é totalmente abusiva e confiscatória, como também é a aplicação de 03 (três) multas para a mesma infração.

Contudo, não prosperam as alegações da Defesa, conforme se verá.

Importante destacar, conforme já relatado, que no presente Auto de Infração a Fiscalização exige o ICMS/ST não recolhido pela Autuada em face de ter deixado de destacar a base de cálculo do ICMS/ST, bem como o ICMS/ST devido, em notas fiscais por ela emitidas, no período autuado, referentes a remessas a contribuintes mineiros de produtos constantes no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (artefatos de uso domésticos).

O ICMS/ST foi apurado pela Fiscalização a partir do valor da mercadoria objeto da autuação constante da nota fiscal emitida pela Autuada, acrescentou-se a importância relativa ao IPI, frete, seguros (quando existentes), agregou-se o percentual referente à Margem de Valor Agregado – MVA ditada nas normas regulamentares mineiras, aplicou a alíquota interna e, em seguida, abateu-se o ICMS da operação própria (que no caso é o ICMS destacado pela Autuada após o expurgo dos efeitos do benefício fiscal irregularmente concedido pelo estado de origem), vide Anexo 12 – Relatório de Apuração do ICMS/ST devido – 01/01/10 a 30/11/13 (amostragem às fls. 166/168 e na íntegra na mídia eletrônica de fls. 291).

Foi admitido como crédito, para fins do cálculo do ICMS devido por substituição tributária, o percentual de 2,28% (dois vírgula vinte e oito por cento) e de 3% (três por cento) a partir de 29/06/10, sobre a base de cálculo do imposto (vide fls. 31), em face da concessão pelo estado de Pernambuco de crédito presumido, conforme previsto no item 10.1 da Resolução nº 3.166/01:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(4) 10 - PERNAMBUCO				
(4)	ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO
(4)	10.1	Produtos das seguintes cadeias produtivas: agroindústria, exceto a sucroalcooleira e de moagem de trigo; metalmeccânica e de material de transporte; eletroeletrônica; farmacoquímica; bebidas; minerais não-metálicos, exceto cimento e cerâmica vermelha; têxtil; plástico	crédito presumido de 75% a 85% (Art. 5º da Lei nº 11.675/99 e art. 5º do Decreto nº 21.959/99) Vide Notas 25 a 29	3% a 1,8% s/ BC NF emitida pela indústria a partir de 01/01/2000

O cálculo do ICMS devido por substituição tributária deu-se na forma estabelecida no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 e no art. 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

As Margens de Valores Agregadas – MVAs, alíquota interna do ICMS prevista para as mercadorias, e demais informações acerca das mercadorias autuadas utilizadas para cálculo do ICMS/ST, encontram-se listadas, por período de vigência, no Anexo 13 – Cadastro de produtos e regras associadas (fls. 172/192 e na mídia eletrônica de fls. 291).

A Fiscalização corretamente adotou a margem de valor agregado ajustada no cálculo do imposto exigido, conforme disposto no § 5º do art. 19, Parte 1 do mesmo Anexo XV do RICMS/02.

A apuração do ICMS/ST exigido nestes autos encontra-se detalhada, por documento fiscal, no “Anexo 14 - Planilha Demonstrativo de Cálculo do ICMS ST - 01/01/2010 - 30/11/2013” contido na íntegra na mídia eletrônica de fls. 291 e, por amostragem, às fls. 193/198.

Verifica-se que não há reparos no lançamento no tocante à apuração da base de cálculo do ICMS/ST e do ICMS/ST devido, tendo em vista que a Fiscalização observou todos os comandos legais para tal *mister*.

Quanto aos questionamentos da Defesa acerca da desconsideração, pela Fiscalização, dos efeitos dos benefícios fiscais concedidos à Autuada irregularmente na origem, quando do abatimento do ICMS operação própria no cálculo do ICMS/ST vale tecer algumas considerações.

Não há dúvida de que a Impugnante utilizou-se dos benefícios fiscais concedidos irregularmente pelo estado de Pernambuco à margem da legislação pertinente, conforme por ela reconhecido na sua impugnação e em outros documentos anexados aos autos, por exemplo, o documento de fls. 129.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a proibição da apropriação do crédito em comento tem como base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 24/75 e no RICMS/02.

Assim dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea “g”, *in verbis*:

Art. 155

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Grifou-se).

Nessa senda, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, segundo precedentes do STF, prescreve, *in verbis*:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de Convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - o disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

§1º- As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º- A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. (Grifou-se).

Tais mandamentos também fazem parte da legislação tributária do estado de Minas Gerais, de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 62 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, observado o disposto nos §§ 4º a 6º

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2011

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2011

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

(...)

§ 4º Na hipótese de que trata o § 1º, fica o destinatário mineiro autorizado a apropriar o crédito decorrente do recebimento de mercadorias ou serviços em operações ou prestações interestaduais, realizadas a partir de 1º de janeiro de 2012 até o dia imediatamente anterior à data em que o incentivo ou benefício for divulgado na resolução a que se refere o § 2º.

§ 5º A autorização de que trata o § 4º aplica-se também em relação à apropriação de crédito, assim considerada a dedução do imposto destacado no documento fiscal de aquisição para cálculo do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS a ser recolhido a título de substituição tributária, na hipótese em que o substituto tributário for o contribuinte mineiro nas operações interestaduais, observado o disposto no § 6º.

§ 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não se aplica:

I - na entrada decorrente de operação de transferência;

II - na entrada decorrente de operação ou prestação promovida por estabelecimento de empresa interdependente;

III - para dedução do imposto devido pela operação própria no cálculo do ICMS/ST realizado pelo contribuinte substituto de outro Estado nas operações interestaduais com destinatário mineiro, por ter o remetente substituto ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido pelo Estado onde está situado seu estabelecimento;

IV - nas demais situações em que o destinatário mineiro comprovadamente tenha ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido ao remetente.

Cumprido destacar que, analisando matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, o STF entende não afrontar o princípio da não cumulatividade do ICMS a inadmissão do crédito oriundo de tributo convertido em incentivo fiscal, conforme seguinte decisão em agravo regimental abaixo transcrita:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE-AGR 423658 / MG - MINAS GERAIS

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. - ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE TENDO SIDO CONVERTIDO EM INCENTIVO O TRIBUTO QUE DEVERIA SER RECOLHIDO PELO VENDEDOR DE MATÉRIA-PRIMA, A INADMISSÃO DO CRÉDITO, NO ESTADO DE DESTINO, NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS. RE 109.486/SP, RELATOR MINISTRO ILMAR GALVÃO, "DJ" DE 24.4.92. II. - AGRAVO NÃO PROVIDO.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade requerida pelo governador do estado de Minas Gerais contra ato do governador do estado do Espírito Santo, pronunciou-se o STF no sentido de reprimir a chamada “guerra fiscal” entre os Entes Federados.

Segundo o egrégio Supremo Tribunal Federal, a “guerra fiscal” afronta o disposto no art. 155, § 2º, inciso II, alínea “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos estados, sendo necessária a celebração de convênios entre os estados para a concessão de benefícios fiscais. Confira-se:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI-MC 2352 / ES - ESPÍRITO SANTO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMENTA: ICMS: CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS (INCLUÍDA A OUTORGA DE CRÉDITO PRESUMIDO) POR ESTADO FEDERADO: "GUERRA FISCAL" REPELIDA PELO STF: LIMINAR DEFERIDA.

1. A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL É PARTICULARMENTE SEVERA NA REPRESSÃO À GUERRA FISCAL ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS, MEDIANTE A PRODIGALIZAÇÃO DE ISENÇÕES E BENEFÍCIOS FISCAIS ATINENTES AO ICMS, COM AFRONTA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 155, § 2º, II, G - QUE SUBMETE SUA CONCESSÃO À DECISÃO CONSENSUAL DOS ESTADOS, NA FORMA DE LEI COMPLEMENTAR (ADIN 84-MG, 15.2.96, GALVÃO, DJ 19.4.96; ADINMC 128-AL, 23.11.89, PERTENCE, RTJ 145/707; [...]) (ADINMC 902 3.3.94, MARCO AURÉLIO, RTJ 151/444; ADINMC 1.296-PI, 14.6.95, CELSO; ADINMC 1.247- PA, 17.8.95, CELSO, RTJ 168/754; ADINMC 1.179-RJ, 29.2.96, MARCO AURÉLIO, RTJ 164/881; ADINMC 2.021-SP, 25.8.99, CORRÊA; ADIN 1.587, 19.10.00, GALLOTTI, INFORMATIVO 207, DJ 15.8.97; ADINMC 1.999, 30.6.99, GALLOTTI, DJ 31.3.00).

Diante das razões acima, não houve ilegitimidade, invasão territorial legislativa pelo estado de Minas Gerais ou usurpação de competência como alega a Impugnante. Ocorreu apenas, e tão somente, o legítimo exercício da competência constitucionalmente outorgada aos estados Federados, visando preservar o princípio da neutralidade e da não cumulatividade do ICMS, ao impedir que a Autuada, sendo onerada pelo ICMS em sua operação própria em valor menor que o devido, se utilizasse integralmente deste imposto inexistente para abater de etapas subsequentes, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa.

Acrescenta-se, por oportuno, que este Conselho de Contribuinte tem se pronunciado favoravelmente à glosa dos créditos de ICMS apropriados ao abrigo de benefícios fiscais concedidos indevidamente, em situação semelhante, como, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 18.732/08/3ª, 18.226/09/2ª, 18.994/09/3ª, 19.267/09/3ª e 19.536/10/1ª e 18.794/10/2ª.

Já no que diz respeito à ineficácia dos créditos, podem os estados destinatários decretarem-na sem a necessidade de interveniência do Judiciário, porquanto detêm competência para legislar sobre o imposto, inclusive em matéria de apuração (obrigação principal) e escrituração (obrigação acessória), cujo fundamento de validade, no caso, advém do próprio art. 8º da Lei Complementar nº 24/75, que, não obstante ter sido editada ainda no regime constitucional anterior, continua a regular o exercício da competência exonerativa dos estados em matéria de ICMS, até porque foi expressamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (§ 8º do art. 34 do ADCT).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em questão, os benefícios fiscais utilizados pela Impugnante, concedidos unilateralmente pelo estado de Pernambuco, encontram-se listados no item 10.1 da Resolução nº 3.166/01.

Verifica-se que o estado de Pernambuco ao beneficiar seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos estados, infringiu normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato no montante do benefício fiscal concedido e ineficaz a apropriação da totalidade dos créditos de ICMS destacados no documento fiscal emitido pela Autuada (ICMS operação própria) no cálculo do ICMS/ST devido a este estado, o que torna correto o procedimento fiscal.

Vale dizer que a sistemática da substituição tributária não altera a regra da não cumulatividade prevista no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Nesse sentido, dispõe a Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º, § 5º):

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto. (Grifou-se.)

Dessa forma, a expressão “imposto devido” de que trata o § 5º do art. 8º mencionado deve ser interpretado em consonância com a regra da não cumulatividade do ICMS, que determina que a compensação se dá com o montante cobrado nas operações anteriores, consoante a Constituição Federal e o próprio art. 19 da mesma Lei Complementar nº 87/96.

Tal entendimento é corroborado pela seguinte decisão do TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENVOLVENDO PRODUTOS CUJOS REMETENTES ESTEJAM BENEFICIADOS POR INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO DE FORMA IRREGULAR. RESOLUÇÃO Nº 3.166 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 1 - AS HIPÓTESES DE APROVEITAMENTO PARCIAL DOS CRÉDITOS DE ICMS ADVINDOS DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENVOLVENDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRODUTOS BENEFICIADOS POR INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS DE FORMA IRREGULAR, NÃO CONFIGURAM EXCEÇÃO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, PORQUANTO SE COADUNAM COM ELE, NA MEDIDA EM QUE TAL PRINCÍPIO DETERMINA SEJAM APROVEITADOS OS CRÉDITOS DO IMPOSTO EM CONFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA COM OS VALORES RECOLHIDOS NA OPERAÇÃO ANTERIOR. 2 - REFERIDA RESOLUÇÃO, QUE LIMITA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITO DE ICMS NAS HIPÓTESES ESPECIFICADAS ACIMA, NÃO FERE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.775065-5/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): (...) - APELADO(A)(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA.

(GRIFOU-SE)

Essa obrigação de suportar créditos relativos ao imposto pago a outro estado – *aquele em cujo território tenha ocorrido a operação anterior* – decorre, obviamente, da índole nacional de que se reveste o ICMS, na medida em que nenhum estado é autossuficiente no sentido de produzir tudo aquilo que consome, e vice e versa. Assim, regra geral, o imposto incidente na operação anterior, desde que corretamente destacado na correspondente nota fiscal, presume-se regularmente cobrado pelo estado de origem, ensejando crédito contra o estado de destino.

Nesse contexto, e em contrapartida, frise-se, é vedado aos estados concederem, unilateralmente, benefício fiscal de qualquer natureza que importe na redução do montante do imposto devido, máxime quando se tratar de operação interestadual cujo destinatário seja contribuinte do imposto, isto é, quando a operação for apta a gerar créditos para o destinatário, evitando assim a transferência para o estado de destino do ônus financeiro do benefício. Somente poderão fazê-lo, portanto, com a aquiescência dos demais, nos termos de convênio previamente celebrado para tal finalidade.

Importante ressaltar que a celebração de convênio interestadual constitui pressuposto essencial à concessão válida, pelos estados ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais – *aí incluídos os créditos presumidos, a teor do disposto no art. 1º, parágrafo único, III da Lei Complementar nº 24/75* –, sob pena de, em não o fazendo, dentre outras consequências, tornar-se ineficaz o crédito atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria, conforme disposição expressa do citado art. 8º, inciso I da mesma lei complementar.

Desse modo, corretamente agiu a Fiscalização ao realizar o cálculo do ICMS/ST considerando os efeitos dos benefícios fiscais ilegais sobre o imposto efetivamente cobrado na operação própria.

Assim, no presente caso como a Autuada, remetente das mercadorias, contribuinte substituto tributário por força de regime especial a ela concedido pelo estado de Minas Gerais, deixou de destacar e recolher o ICMS/ST devido a este estado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

corretas as exigências fiscais do ICMS/ST e da respectiva multa de revalidação, *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 do crédito tributário:

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

Oportuno destacar que a multa de revalidação, penalidade aplicada pelo não pagamento do imposto no prazo legal, está prevista no dispositivo da Lei nº 6.763/75 retro, não apresentando efeito confiscatório. Com efeito, a ela não se estende a vedação constitucional de instituição de tributo com efeito de confisco, uma vez que tem natureza de penalidade pela prática de um ato ilícito, tendo, ainda, além da finalidade repressora, o fim preventivo de desestimular o comportamento do contribuinte de não fazer o pagamento espontâneo dos tributos.

Ressalte-se que o Des. Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação, veja-se:

EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA, COM PREVISÃO LEGAL EXPRESSA NA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, DECORRE UNICAMENTE DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO TRIBUTO, CONSTITUINDO INSTRUMENTO QUE A LEI COLOCA À DISPOSIÇÃO DO FISCO, QUANDO O CONTRIBUINTE É COMPELIDO A PAGAR O TRIBUTO, PORQUE NÃO O FIZERA VOLUNTARIAMENTE, A TEMPO E MODO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO).

DESTA FORMA, A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ILÍCITOS E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA E, PORTANTO, FOI APLICADA CORRETAMENTE NO PRESENTE CASO. RESTA CLARO QUE NÃO SE CONFIGURA QUALQUER ILEGALIDADE A COBRANÇA DE MULTA DE REVALIDAÇÃO, NOS MOLDES E NOS VALORES PREVISTOS, JÁ QUE POSSUI ELA CARÁTER PUNITIVO E REPRESSIVO À PRÁTICA DE SONEGAÇÃO, NÃO TENDO EM ABSOLUTO CARÁTER DE CONFISCO, TRATANDO-SE APENAS DE UMA PENALIDADE PELO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO, DE MODO A COIBIR A INADIMPLÊNCIA.

Eventual efeito confiscatório da multa de revalidação foi rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0024.06.002479-1/001, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PTA. INOCORRÊNCIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMÉRCIO DE LÂMPADAS. INSTITUIÇÃO PELO PROTOCOLO 18/98. ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO NO PERÍODO DE CRISE DE ENERGIA. **MULTA DE REVALIDAÇÃO. 100%. CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO.** I - NÃO HÁ QUE SE FALAR EM IRREGULARIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, SE ESTE REVELA A VIOLAÇÃO COMETIDA PELO AUTUADO E A PENALIDADE CORRESPONDENTE, HABILITANDO E OPORTUNIZANDO DEFESA PLENA. - PRELIMINAR REJEITADA. II - INOCORRE CERCEAMENTO DE DEFESA SE O IMPUGNANTE, MESMO APÓS APRESENTAÇÃO DA DEFESA ADMINISTRATIVA, É REGULARMENTE NOTIFICADO SOBRE A OCORRÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO. - PRELIMINAR REJEITADA. (...)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.002479-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): (...) - APELADO(A)(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BOTELHO. (GRIFOU-SE.)

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST não destacada pela Autuada, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN. E, a partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Todavia, em relação à penalidade isolada cominada até 31/12/11, bem como sua majoração pela reincidência, merece reparo o lançamento.

Transcreve-se o art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 e recentes alterações:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Redação a partir de 01/01/2012

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada; (Grifou-se).

Contudo, a Autuada ao deixar de consignar nos campos "base de cálculo do ICMS" ou "base de cálculo do ICMS/ST" dos documentos fiscais, objeto da autuação, dá ensejo a aplicação da multa prevista no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo; (Grifou-se)

Conforme reiteradas decisões deste Conselho, a conduta: "deixar de consignar" em documento fiscal a base de cálculo prevista na legislação tributária, não era penalizada pela lei mineira antes da inclusão do inciso XXXVII no art. 55 da Lei nº 6.763/75, pela Lei nº 19.978/11, que produziu efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012.

Portanto, não se aplica ao caso dos autos a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, pelo que se exclui sua exigência e respectiva majoração pela constatação de reincidência.

Lado outro, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 foi corretamente exigida a partir de 01/01/12.

Registra-se que, após as exclusões acima mencionadas, ficam prejudicadas as alegações da Defesa acerca da majoração da multa isolada pela reincidência tendo em vista que para a penalidade isolada remanescente não houve tal cominação (vide fls. 200/202).

Ressalta-se, por oportuno, que as multas exigidas são disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e, encontram-se regularmente capituladas no Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que tange à sujeição passiva da Autuada, vale destacar que essa decorre da sua condição de contribuinte mineiro nas operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária para as destinatárias mineiras.

Realmente, a obrigação tributária nasce diretamente para ela, conforme melhor doutrina.

Portanto, não há dúvida de que a Autuada é o contribuinte mineiro – por substituição – nas operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e destinadas a contribuintes mineiros (substituídos).

Assim, em decorrência dessa sua condição de contribuinte do ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais ela deve compor o polo passivo da obrigação tributária no caso em apreço.

Esclareça-se que a própria Autuada requereu autorização para ingressar no regime especial da substituição tributária, na qualidade de contribuinte mineiro, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a seguir mencionado, conforme se constata da análise da cópia do Regime Especial acostados às fls. 150/152 e 164/165 dos autos.

Art. 2º A substituição tributária, além das hipóteses previstas neste Anexo, poderá ser atribuída a outro contribuinte ou a categoria de contribuintes, inclusive entidade representativa de produtores rurais, mediante regime especial definido neste Regulamento ou concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

§ 2º Na hipótese de pedido de regime especial realizado por contribuinte situado em outra unidade da Federação para atribuir-lhe, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, a responsabilidade, na condição de sujeito passivo por substituição, o titular da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização poderá autorizar, provisoriamente, até a decisão do pedido, a retenção e recolhimento do imposto pelo interessado.

A título de informação, traz-se à exame a seguinte decisão do TJMG que discorre sobre a legitimidade da adoção do regime de substituição tributária para frente, relativamente ao ICMS em operações de venda de mercadorias para contribuintes estabelecidos neste estado, nos termos do art. 150, § 7º e do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “b” da CF/88, quando o próprio contribuinte substituto requer e obtém autorização da Fazenda Pública para tal finalidade. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA DE MEDICAMENTOS. CONTRIBUINTE-SUBSTITUTO. REQUERIMENTO

DE INCLUSÃO NO REGIME ESPECIAL DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É LEGÍTIMO O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE, RELATIVAMENTE AO ICMS EM OPERAÇÕES DE VENDA DE MEDICAMENTOS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS, NOS TERMOS DO ART. 150, § 7º E DO ART. 155, § 2º, XII, "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESPECIALMENTE QUANDO O PRÓPRIO CONTRIBUINTE-SUBSTITUTO REQUER E OBTÉM AUTORIZAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA ESSA FINALIDADE. CONFIRMA-SE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO 1.0647.06.066198-8/001, REL. DES.(A) ALMEIDA MELO, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 29/11/2007, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/12/2007) (GRIFOU-SE.)

Acrescente-se, ainda, que foi corretamente eleita para o polo passivo da obrigação tributária, além da empresa atuada, a Coobrigada Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A, sucessora por incorporação da empresa atuada, nos termos do disposto no art. 132 do CTN, *in verbis*:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Já no tocante ao pleito da Defesa de redução/cancelamento da multa isolada aplicada, nos termos do que dispõe o § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no item 3 do § 5º do referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 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.

(...)

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

(...)

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, cabe ressaltar que por força das disposições contidas no art. 182 da Lei nº 6.763/75 (art. 110 do RPTA - Decreto nº 44.747/08), não compete ao órgão julgador administrativo apreciar a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, por maioria de votos, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. Vencido o Conselheiro José Tavares Pereira (Revisor), que a reconhecia para o período de janeiro a maio de 2010. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a penalidade prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 e sua majoração pela constatação da reincidência, tendo em vista ser ela inadequada à irregularidade em exame, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis, que o julgava procedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 17 de maio de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	22.455/17/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000278691-03	
Impugnação:	40.010138437-02 (Coob.)	
Impugnante:	Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A. (Coob.)	
	CNPJ: 08.910541/0001-69	
Autuada:	CIA Industrial de Vidros - CIV	
	CNPJ: 10.807972/0007-31	
Proc. S. Passivo:	Ernesto Johannes Trouw/Outro(s)	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - DF	

Voto proferido pelo Conselheiro Eduardo de Souza Assis, 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.

De início cumpre lembrar que o presente lançamento versa sobre falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST, bem como do ICMS/ST devido, em notas fiscais emitidas no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2013, referentes a remessas a contribuintes mineiros de produtos constantes no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (artefatos de uso domésticos).

Exigência do ICMS/ST não recolhido pela Autuada e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST não destacada pela Autuada, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN). E, a partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi ainda majorada em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

A decisão majoritária, na parte que difere do entendimento desse Conselheiro, assim se encontra disposta: *... por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a penalidade prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 e sua majoração pela constatação da reincidência, tendo em vista ser ela inadequada à irregularidade em exame, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.*

Entretanto, me permito discordar desse entendimento, por considerar correta a manutenção da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 *(por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação,*

importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação), para os fatos geradores anteriores ao exercício de 2012.

Afirmam os majoritários que a Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 (*por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à substituição tributária*), somente passou a fazer parte do rol de penalidades da lei a partir de janeiro de 2012, tendo em vista que o dispositivo foi acrescido pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28 de dezembro de 2011.

Assim, entenderam que houve necessidade de criação de uma penalidade própria para tal conduta, reafirmando o fato de inexistência de penalidade na legislação até então e, assim, concluíram que, no período anterior a 2012, não havia previsão de multa isolada para as ocorrências de *“falta de consignação de base de cálculo do imposto”*.

Veja-se como dispõe o art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75:

Art. 55 - Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

Efeitos a partir de 1º/11/2003

(...)

“VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.” (Grifou-se).

Como pode ser observado no texto normativo acima, a penalidade abrange, indistintamente, todos os casos em que a base de cálculo informada no documento fiscal for diferente da prevista na legislação.

Por meio da interpretação gramatical ou literal, na qual se extrai o significado das palavras e o seu verdadeiro conteúdo no texto legal, não cabe ao intérprete fazer distinção entre: a) as operações ou prestações sujeitas à apuração débito e crédito; b) as situações alcançadas pela substituição tributária; e c) a ausência de informação sobre o valor da base de cálculo.

Todas as três hipóteses acima são equiparadas, indistintamente, pelo legislador. Por esse motivo, abrangem, literalmente, a seguinte regra única: é considerada infração a “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”, consignada em documento fiscal.

Segundo definição encontrada no Dicionário Aurélio (Diverso, do lat. Diversu, adj., diferente, distinto, discordante, divergente).

Note-se que a expressão “base de cálculo diversa da prevista na legislação” guarda consonância com o procedimento levado a efeito pela Autuada. Qualquer operação que apresente base de cálculo diversa, divergente, discordante, distinta, amolda-se ao tipo legal descrito.

Não fosse esse o entendimento, admitir-se-ia que o legislador estaria a declinar tratamento mais benéfico para aqueles que zeram a informação da base de cálculo em detrimento daqueles que informam um valor discordante do estabelecido na legislação. No caso em análise, a base zero aplicada nos documentos fiscais é nitidamente divergente da previsão legal.

Outra maneira de aplicar a regra do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 é por intermédio da interpretação teleológica, a qual busca o fim prático e a finalidade da norma jurídica, para atingir os fins sociais.

No caso em análise, pretendeu o legislador rechaçar procedimentos do contribuinte que informasse no documento fiscal base de cálculo errada, seja em situações de subfaturamento ou de quaisquer outras naturezas.

A medida tem por finalidade desestimular práticas de emissão de documento fiscal que tenham por consequência recolhimento a menor do imposto. Daí não haver diferenciado situações específicas na norma, que é genérica e abrangente no que diz respeito a consignar “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”.

Lado outro, na doutrina e na jurisprudência é pacífica a assertiva de que não cabe ao intérprete distinguir quando a norma não distingue.

Logo, ao intérprete não é possível, também, estreitar, delimitar, diminuir, restringir ou dispensar a aplicação da regra do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 a apenas alguns poucos casos, pois ele estará fazendo distinção.

Pelos fundamentos acima, é inconcebível a interpretação restritiva da norma, especialmente quando analisada sob o foco da interpretação sistemática, pela qual se conclui que a opção do legislador está integrada de maneira coerente no sistema normativo da Lei nº 6.763/75.

A interpretação sistemática demonstra que o legislador deixou claro a sua opção no contexto normativo de punir o contribuinte que consignar “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”, sem distinguir fatos.

In casu, a penalidade foi exigida no percentual de 20% (vinte por cento) do valor da diferença de base de cálculo apurada, com fulcro no art. 55, inciso VII da citada lei, e corretamente adequada ao disposto no inciso XXXVII, do mesmo artigo, advindo das modificações posteriores mais benéficas ao sujeito passivo, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional (CTN).

Assim, tem-se que a multa isolada aplicada encontra-se disciplinada pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo, e está regularmente capitulada no Auto de Infração. E, por determinação legal (art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110, inciso I do RPTA) é defeso a este Órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

Dessa forma, reputo escorreta a manutenção da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, para os exercícios anteriores a 2012, nos moldes demonstrados nos autos.

E por consequência, a reboque, também a majoração da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da mesma lei, face à constatação de reincidência. Confira-se:

Lei nº 6.763/75:

§ 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.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Uma vez nos autos comprovada a reincidência, também correta essa imputação fiscal.

Sala das Sessões, 17 de maio de 2017.

**Eduardo de Souza Assis
Conselheiro**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.455/17/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000278691-03	
Impugnação:	40.010138437-02 (Coob.)	
Impugnante:	Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio S.A. (Coob.) CNPJ: 08.910541/0001-69	
Autuada:	CIA Industrial de Vidros - CIV CNPJ: 10.807972/0007-31	
Proc. S. Passivo:	Ernesto Johannes Trouw/Outro(s)	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - DF	

Voto proferido pelo Conselheiro José Tavares Pereira, 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.

O presente lançamento versa sobre falta de destaque da base de cálculo do ICMS/ST, bem como do ICMS/ST devido, em notas fiscais emitidas no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2013, referentes a remessas a contribuintes mineiros de produtos constantes no item 30 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (artefatos de uso domésticos).

Exigência do ICMS/ST não recolhido pela Autuada e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST não destacada pela Autuada, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, até 31/12/11, adequada ao percentual de 20% (vinte por cento) conforme o disposto no inciso XXXVII do referido art. 55, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional (CTN). E, a partir de 01/01/12, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

A Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 foi ainda majorada em razão da constatação de reincidência, conforme dispõe o art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Deve ser analisada a possibilidade da decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores que tenham ocorrido de janeiro a maio de 2010, nos termos do art. 150, § 4º 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Em decisão de 19/10/10, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se 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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)

Porém, a decisão ora destacada foi levada novamente a apreciação, 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

(...)

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.

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, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a maio de 2010, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 24/06/15.

Posto isso, julgo pela exclusão das exigências fiscais relativas ao período anterior à data de intimação do Auto de Infração, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 17 de maio de 2017.

**José Tavares Pereira
Conselheiro**