

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.540/16/CE Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.000255446-65  
Recurso de Revisão: 40.060139366-59  
Recorrente: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A - Usiminas  
IE: 313002022.01-20  
Recorrida: Fazenda Pública Estadual  
Proc. S. Passivo: Otto Carvalho Pessoa de Mendonça/Outro(s)  
Origem: DF/Ipatinga

### **EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA – ENERGIA ELÉTRICA.** Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à entrada de energia elétrica que foi posteriormente comercializada no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), ao amparo da não incidência. Os créditos devem ser estornados nos termos do art. 70, inciso II do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA.** Constatada saída desacobertada de energia elétrica por meio de operações realizadas no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE). Não foram emitidas as notas fiscais de saída previstas no art. 53-F, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada a 15% (quinze por cento) do valor da operação, nos termos do § 2º de tal artigo. A penalidade também foi majorada, corretamente, em 100% (cem por cento), em razão de dupla reincidência, por força do art. 53, §§ 6º e 7º da referida lei. Mantida a decisão recorrida.

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

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação, após conferência dos relatórios de pré-fatura do perfil de consumo do agente, relacionadas às operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no período de janeiro a abril de 2009, das seguintes irregularidades praticadas pela empresa autuada:

- utilização indevida dos créditos de ICMS referentes à entrada de energia elétrica que foi posteriormente comercializada no MCP, quando em posição credora na CCEE. A saída posterior da energia elétrica não está sujeita à incidência do imposto,

conforme previsão do art. 53-F, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, razão pela qual o crédito do imposto referente à entrada deve ser estornado, nos termos do art. 70, inciso II do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75;

- saída de energia elétrica comercializada no MCP da CCEE sem a emissão da correspondente Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), contrariando as disposições do art. 53-F, inciso II, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada a 15% (quinze por cento) do valor da operação, nos termos do § 2º de tal artigo. Além disso, a exigência também foi majorada em 100% (cem por cento) em razão de dupla reincidência, nos termos do art. 53, § § 6º e 7º da referida lei.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.891/15/2ª, julga procedente o lançamento nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 263/272.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 20.441/12/3ª indicado como paradigma.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 292/298, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

---

## ***DECISÃO***

### **Da Preliminar**

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº 20.441/12/3ª indicado como paradigma, decisão definitiva na esfera administrativa (cópia acostada às fls. 276/289).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O fundamento levantado pela Recorrente para efeito de cabimento do Recurso refere-se ao marco inicial para contagem do prazo decadencial que tem o Fisco para constituir o crédito tributário.

Seguem os fundamentos constantes das decisões em exame sobre a matéria apontada como divergente:

### **ACÓRDÃO Nº 20.891/15/2ª (DECISÃO RECORRIDA)**

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA – ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATADO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS REFERENTES À ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA QUE FOI POSTERIORMENTE COMERCIALIZADA NO MERCADO DE CURTO PRAZO (MCP) DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE), AO AMPARO DA NÃO INCIDÊNCIA. OS CRÉDITOS DEVEM SER ESTORNADOS NOS TERMOS DO ART. 70, INCISO II DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XIII, ALÍNEA “B” DA LEI Nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA. CONSTATADA SAÍDA DESACOBERTADA DE ENERGIA ELÉTRICA POR MEIO DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO DE CURTO PRAZO (MCP) DA CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). NÃO FORAM EMITIDAS AS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA PREVISTAS NO ART. 53-F, INCISO I DA PARTE 1 DO ANEXO IX DO RICMS/02. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75, LIMITADA A 15% (QUINZE POR CENTO) DO VALOR DA OPERAÇÃO, NOS TERMOS DO § 2º DE TAL ARTIGO. A PENALIDADE TAMBÉM FOI MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO), EM RAZÃO DE DUPLA REINCIDÊNCIA, POR FORÇA DO ART. 53, § 6º E 7º DA REFERIDA LEI.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

A IMPUGNANTE ARGUI, COM BASE NA REGRA CONTIDA NO ART. 150, § 4º DO CTN, QUE TODO O PERÍODO AUTUADO (JANEIRO A ABRIL DE 2009) ESTARIA FULMINADO PELA DECADÊNCIA, RAZÃO PELA QUAL O AUTO DE INFRAÇÃO DEVE SER CANCELADO.

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PORÉM, NO PRESENTE CASO, NÃO HOUVE PAGAMENTO (INTEGRAL) DO IMPOSTO. PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, E SIM, EM EXIGÊNCIA DE OFÍCIO DO TRIBUTO DEVIDO, COM OS ACRÉSCIMOS LEGAIS, NO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 173, INCISO I DO CTN, QUE FOI FIELMENTE CUMPRIDO. (GRIFOU-SE).

RESSALTE-SE QUE ESTE CONSELHO TEM DECIDIDO, REITERADAMENTE, EM SITUAÇÕES SEMELHANTES, QUE A DECADÊNCIA É REGIDA PELO ART. 173, INCISO I DO CTN, O QUAL DETERMINA QUE O PRAZO DE CINCO ANOS SE CONTA A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. CITA-SE, A TÍTULO DE EXEMPLO, OS ACÓRDÃOS NºS 3.742/11/CE, 20.425/11/1ª, 20.290/13/2ª E 21.275/14/3ª.

DA ANÁLISE DAS PEÇAS QUE COMPÕEM OS AUTOS, TEM-SE QUE, EM RELAÇÃO AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS NO EXERCÍCIO DE 2009, A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL INICIOU-SE EM 01/01/10, FINDANDO-SE EM 31/12/14. CONSIDERANDO-SE QUE O AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO EM 10/12/14 E QUE O SUJEITO PASSIVO FOI PESSOALMENTE INTIMADO EM 15/12/14 (FLS. 04/05), VERIFICA-SE A NÃO OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE PROMOVER O LANÇAMENTO RELATIVO AO EXERCÍCIO DE 2009.

**ACÓRDÃO Nº 20.441/12/3ª (DECISÃO INDICADA COMO PARADIGMA)**

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO - ATIVO PERMANENTE E MATERIAL DE USO E CONSUMO. IMPUTAÇÃO DE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS PROVENIENTES DE AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO E DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO, PORTANTO, EM DESACORDO COM O PREVISTO NO ART. 70, INCISOS III E XIII DO RICMS/02 E INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE Nº 01/98, QUE VEDAM A APROPRIAÇÃO DE TAIS CRÉDITOS. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI, AMBOS DA LEI Nº 6763/75. ENTRETANTO, NO CASO DOS AUTOS, A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL SE VERIFICA A PARTIR DA DATA DE EMISSÃO DA NOTA FISCAL C/C A DATA DE ENTRADA DO BEM NO ESTABELECIMENTO, INDEPENDENTEMENTE DA DATA DE APROPRIAÇÃO DE CADA PARCELA DO CRÉDITO (1/48). ASSIM, NÃO É POSSÍVEL REVER A CLASSIFICAÇÃO FISCAL ADOTADA PELA IMPUGNANTE EM RELAÇÃO ÀS AQUISIÇÕES JÁ ATINGIDAS PELA DECADÊNCIA. EXTINTA PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, FACE AOS PAGAMENTOS EFETUADOS NO CURSO DOS AUTOS. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NO TOCANTE ÀS EXIGÊNCIAS DO EXERCÍCIO DE 2005, A IMPUGNANTE PRETENDE QUE SEJA DESCONSTITUÍDO O LANÇAMENTO, EM DECORRÊNCIA DA DECADÊNCIA PREVISTA NO ART. 150, § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN.

A DEFINIÇÃO DO MARCO INICIAL DA DECADÊNCIA NO CASO DO ICMS ENCONTRA UMA ÚNICA UNANIMIDADE, OU SEJA, A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS, TANTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA QUANTO JUDICIAL.

A POLÊMICA TORNOU-SE AINDA MAIS INTENSA FACE AO POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE A MATÉRIA, APLICANDO-SE O QUE DISPÕE O ART. 150, § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN, APÓS O QUE A CÂMARA ESPECIAL DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES/MG, ATÉ O JULGAMENTO DOS AUTOS, NÃO FIRMOU POSIÇÃO SOBRE A MATÉRIA.

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.

(...)

DESSA FORMA, CONSIDERANDO-SE O RECENTE PROVIMENTO JUDICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ, O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AO ICMS DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O ART. 150, § 4º DO CTN.

ASSIM, AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO PERÍODO DE 01/01/05 A 20/12/05, CUJO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO TENHA SIDO EXTINTO FACE AOS PAGAMENTOS EFETUADOS, ENCONTRAM-SE FULMINADAS PELA DECADÊNCIA, UMA VEZ QUE A AUTUADA FOI REGULARMENTE INTIMADA DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO EM 20/12/10.

(GRIFOU-SE).

Pelo simples exame dos excertos dos acórdãos retro, verifica-se restar caracterizada a divergência das decisões paradigma e recorrida quanto à aplicação da legislação tributária, no que se refere ao marco inicial de contagem do prazo decadencial.

Registra-se que ambos os lançamentos referem-se a irregularidades (aproveitamento indevido de créditos do imposto) que ocasionaram pagamento parcial do ICMS devido no período objeto do lançamento e que não houve qualquer fundamentação nas referidas decisões acerca da ocorrência de dolo, fraude e simulação.

Na decisão recorrida consta que o início da contagem do prazo decadencial é disciplinado pelo disposto no art. 173, inciso I do CTN, ou seja, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

Já no Acórdão paradigma restou consignado que o início da contagem do prazo decadencial obedece ao disposto no art. 150, § 4º do CTN, vale dizer, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos é contado da ocorrência do fato gerador.

Assim, reputa-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), comprovando-se o preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, encontram-se configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

### **Do Mérito**

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se parcialmente aquela decisão, com as adequações pertinentes, conforme a seguir.

No caso em exame, a Recorrente propugna pela reforma da decisão para que seja cancelado integralmente o Auto de Infração em virtude do reconhecimento da decadência, nos termos da norma ínsita no art. 150, § 4º do CTN.

Relembre-se que a autuação versa sobre a constatação, após conferência dos relatórios de pré-fatura do perfil de consumo do agente, relacionadas às operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no período de janeiro a abril de 2009, das seguintes irregularidades praticadas pela Recorrente:

- utilização indevida dos créditos de ICMS referentes à entrada de energia elétrica que foi posteriormente comercializada no MCP, quando em posição credora na CCEE. A saída posterior da energia elétrica não está sujeita à incidência do imposto, conforme previsão do art. 53-F, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, razão pela qual o crédito referente à entrada deve ser estornado, nos termos do art. 70, inciso II do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75;

- saída de energia elétrica comercializada no MCP da CCEE sem a emissão da correspondente Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), contrariando as disposições do art. 53-F, inciso II, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada a 15% (quinze por cento) do valor da operação, nos termos do § 2º de tal artigo. Além disso, a exigência também foi majorada em 100% (cem por cento) em razão de dupla reincidência, nos termos do art. 53, § § 6º e 7º da referida lei.

A Recorrente argui, com base na regra contida no art. 150, § 4º do CTN, que todo o período autuado (janeiro a abril de 2009) estaria fulminado pela decadência, razão pela qual o Auto de Infração deve ser cancelado.

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conhecimento desse procedimento efetuado pelo contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

Porém, no presente caso, não houve pagamento (integral) do imposto. Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido.

Ressalte-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, o qual determina que o prazo de cinco anos se conta 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 n<sup>os</sup> 3.742/11/CE, 20.425/11/1<sup>a</sup>, 20.290/13/2<sup>a</sup> e 21.275/14/3<sup>a</sup>.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/10, findando-se em 31/12/14. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 10/12/14 e que o Sujeito Passivo foi pessoalmente intimado em 15/12/14 (fls. 04/05), verifica-se a não ocorrência da decadência do direito de promover o lançamento relativo ao exercício de 2009.

Dessa forma, legítimo é o lançamento e escorreita a manutenção das exigências fiscais nos termos do acórdão recorrido.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que lhe dava provimento em face da decadência prevista no § 4<sup>o</sup> do art. 150 do CTN. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalumê. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, os Conselheiros, José Luiz Drumond, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Carlos Alberto Moreira Alves.

**Sala das Sessões, 04 de março de 2016.**

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

**Eduardo de Souza Assis**  
**Relator**

P

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	4.540/16/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000255446-65	
Recurso de Revisão:	40.060139366-59	
Recorrente:	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A - Usiminas	
	IE: 313002022.01-20	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Proc. S. Passivo:	Otto Carvalho Pessoa de Mendonça/Outro(s)	
Origem:	DF/Ipatinga	

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

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

Versa o presente lançamento sobre a constatação, após conferência dos relatórios de pré-fatura do perfil de consumo do agente, relacionadas às operações de compra e venda de energia elétrica no Mercado de Curto Prazo (MCP) da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), no período de janeiro a abril de 2009, das seguintes irregularidades praticadas pela empresa autuada:

- utilização indevida dos créditos de ICMS referentes à entrada de energia elétrica que foi posteriormente comercializada no MCP, quando em posição credora na CCEE. A saída posterior da energia elétrica não está sujeita à incidência do imposto, conforme previsão do art. 53-F, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, razão pela qual o crédito do imposto referente à entrada deve ser estornado, nos termos do art. 70, inciso II do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75;

- saída de energia elétrica comercializada no MCP da CCEE sem a emissão da correspondente Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), contrariando as disposições do art. 53-F, inciso II, § 2º, inciso I da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, limitada a 15% (quinze por cento) do valor da operação, nos termos do § 2º de tal artigo. Além disso, a exigência também foi majorada em 100% (cem por cento) em razão de dupla reincidência, nos termos do art. 53, § 6º e 7º da referida lei.

Entendo que nos presentes autos, operou-se a decadência, pelos motivos expostos a seguir.

Numa primeira vertente, deve ser analisada a possibilidade da decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores do exercício de 2009, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

### ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO 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

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTU 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 TRIBUTU.

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

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

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2009, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências fiscais encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a Autuada foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 15/12/14 (fls. 04/05)

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Posto isso, julgo pela improcedência do lançamento, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

**Sala das Sessões, 04 de março de 2016.**

**Sauro Henrique de Almeida  
Conselheiro**

CC/MIG