

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.017/18/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000612556-01
Recurso de Revisão: 40.060144330-49, 40.060144401-34
Recorrente: AMBEV S.A.
IE: 002196371.01-50
Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Fazenda Pública Estadual, Ambev S.A.
Proc. S. Passivo: Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

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. Mantida a decisão recorrida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - BEBIDAS - BASE DE CÁLCULO. Constatado que a Autuada efetuou a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, incidente nas operações com bebidas, em decorrência da apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido no art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75. Restabelecida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, relativa ao exercício de 2011. Reformada a decisão recorrida.

Recurso de Revisão 40.060144330-49 conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

Recurso de Revisão 40.060144401-34 conhecido à unanimidade e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, relativo a operações com mercadorias previstas no Protocolo ICMS nº 11/91 (bebidas – cervejas, refrigerantes, isotônicos, bebidas alcólicas e energéticos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constata a Fiscalização o descumprimento das disposições contidas no art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02, para fins de apuração da base de cálculo do imposto devido a este estado, uma vez que a base de cálculo da operação própria foi superior a 80% (oitenta por cento) da base de cálculo/ST, tomando-se como referência o preço médio ponderado a consumidor final - PMPF, divulgado em portaria da Superintendência de Tributação - SUTRI.

Assim, entende a Fiscalização, que o ICMS/ST deveria ter sido calculado nos termos do art. 19, inciso I, alínea b, item 3 do RICMS/02, ou seja, utilizando-se a base de cálculo formada pelo preço praticado pelo Contribuinte, acrescida do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecida para a mercadoria, constante da Parte 2 do mesmo Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada previstas no art. 55, inciso VII, alínea "c", ambos da Lei nº 6.763/75, c/c art. 106, inciso II, alínea "c" do Código Tributário Nacional - CTN.

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.607/17/1ª, por maioria de votos, julgou quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 242/245, e também para excluir a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, relativa ao exercício de 2011. Vencido, em parte, o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior (Revisor), que não excluía esta exigência. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Cíntia Tavares Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 348/357 (protocolado no CC/MG em 16/08/17, conforme fls. 348 dos autos).

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: 21.338/17/2ª (cópia às fls. 389/419).

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

O Estado de Minas Gerais também interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão de fls. 421/431, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: 19.833/12/2ª.

A Recorrida/Autuada, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, contrarrazoa, às fls. 436/441, o Recurso de Revisão interposto pelo Estado de Minas Gerais.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 446/456, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão da Autuada e pelo não conhecimento do Recurso de Revisão do Estado, quanto ao mérito, pelo não provimento do Recurso de Revisão da Autuada e pelo provimento do Recurso de Revisão do Estado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada em 17/11/17, acorda a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, pela retirada do processo de pauta com retorno ao Setor de Pautamento para que seja pautado conjuntamente com os PTAs 01.000612570-18, 01.000499049-47, 01.000544634-81 e 01.000612562-83. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu à deliberação o Dr. Sérgio Timo Alves.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG e no voto vencido voto vencido da lavra do I. Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior foram em sua maior parte utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações e ajustes necessários.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

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.

Cumpre esclarecer, *a priori*, que o pressuposto de cabimento para o Recurso de Revisão, conforme previsto no inciso II do art. 163 do RPTA, não leva em consideração decisões tomadas pelo Poder Judiciário ou por outros órgãos de jurisdição administrativa, tendo em vista que o objetivo processual de uniformização das decisões pretendido com essa possibilidade recursal se circunscreve às possíveis divergências jurisprudenciais ocorridas no âmbito deste Órgão Julgador, o CC/MG.

Do Recurso da Autuada

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão nº **21.338/17/2^a** (cópia às fls. 389/419).

Cumpre registrar que antes do protocolo do Recurso, a citada decisão foi reformada pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, no aspecto abordado para efeito de conhecimento, ou seja, a decadência, consoante recurso interposto de ofício pela 2^a Câmara de Julgamento, conforme Acórdão nº **4.791/17/CE** (Sessão da Câmara Especial de 05/05/17, disponibilizado no Diário Eletrônico da SEF/MG em 02/06/17):

ACÓRDÃO: 21.338/17/2^a

RITO: ORDINÁRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PTA/AI: 01.000430234-42

IMPUGNAÇÃO: 40.010140544-93

IMPUGNANTE: ALCOA ALUMÍNIO S/A

IE: 518027950.00-03

PROC. S. PASSIVO: MILTON CLÁUDIO AMORIM
REBOUÇAS/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/POÇOS DE CALDAS

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - RECONHECIMENTO PARCIAL. COMPROVADO NOS AUTOS QUE **SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL** DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL RELATIVO AO PERÍODO ANTERIOR A 23/05/11.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - TUST/TUSD. IMPUTAÇÃO FISCAL DE QUE A AUTUADA NÃO TERIA RECOLHIDO O ICMS INCIDENTE SOBRE OS ENCARGOS RELACIONADOS À CONEXÃO E UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTUDO, NÃO FICOU CONFIGURADA A INFRAÇÃO UMA VEZ QUE RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE A ENERGIA ELÉTRICA É MATÉRIA-PRIMA NO PROCESSO PRODUTIVO DA IMPUGNANTE. EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. IMPUTAÇÃO FISCAL DE QUE A IMPUGNANTE TERIA DEIXADO DE EMITIR NOTA FISCAL DE ENTRADA RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES DE CONEXÃO E USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, NOS TERMOS DO ART. 53-A, § 1º, INCISO I DO ANEXO IX DO RICMS/02. NÃO TENDO RESTADO CARACTERIZADA A INFRAÇÃO UMA VEZ NÃO SER NECESSÁRIA A EMISSÃO DA DITA NOTA FISCAL NO CASO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA IMPUGNANTE, CANCELA-SE A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 57 DA LEI Nº 6.763/75 C/C OS ARTS. 219, § 1º E 220, INCISO X DO RICMS/02.

DECADÊNCIA RECONHECIDA PARCIALMENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

(...)

DIANTE DO EXPOSTO, ACORDA A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM INDEFERIR O PEDIDO DE PERÍCIA. **QUANTO À PREJUDICIAL DE MÉRITO, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM RECONHECER A DECADÊNCIA DO**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA DE FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RELAÇÃO AO PERÍODO ANTERIOR A 23/05/11, NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º DO CTN. VENCIDOS, OS CONSELHEIROS MARCO TÚLIO DA SILVA (REVISOR) E ALEXANDRE PÉRISSÉ DE ABREU, QUE NÃO A RECONHECIAM. NO MÉRITO, PELO VOTO DE QUALIDADE, QUANTO ÀS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES, EM JULGAR IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO. VENCIDOS OS CONSELHEIROS MARCO TÚLIO DA SILVA (REVISOR) E ALEXANDRE PÉRISSÉ DE ABREU, QUE O JULGAVAM PROCEDENTE. PELA IMPUGNANTE, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. MILTON CLÁUDIO AMORIM REBOUÇAS E, PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, O DR. CÉLIO LOPES KALUME. 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 DO SIGNATÁRIO E DOS CONSELHEIROS VENCIDOS, O CONSELHEIRO MARCELO NOGUEIRA DE MORAIS.

(...)

ACÓRDÃO: 4.791/17/CE

RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000430234-42

RECURSO DE REVISÃO: 40.060143331-33

RECORRENTE: 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRIDA: ALCOA ALUMÍNIO S/A

PROC. S. PASSIVO: MILTON CLÁUDIO AMORIM
REBOUÇAS/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/POÇOS DE CALDAS

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE NÃO SE ENCONTRA DECAÍDO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO NOS TERMOS DO ART. 173, INCISO I DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. **REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR.**

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - ENERGIA ELÉTRICA - TUST/TUSD. CONSTATAÇÃO FISCAL DE QUE A AUTUADA NÃO TERIA RECOLHIDO O ICMS INCIDENTE SOBRE OS ENCARGOS RELACIONADOS À CONEXÃO E UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. **REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR COM O RESTABELECIMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS.**

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL – NOTA FISCAL DE ENTRADA - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATAÇÃO FISCAL DE QUE A AUTUADA TERIA DEIXADO DE EMITIR NOTA FISCAL DE ENTRADA RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES DE CONEXÃO E USO DOS

SISTEMAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, NOS TERMOS DO ART. 53-A, § 1º, INCISO I DO ANEXO IX DO RICMS/02. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 57 DA LEI Nº 6.763/75 C/C OS ARTS. 219, § 1º E 220, INCISO X DO RICMS/02. REFORMADA A DECISÃO ANTERIOR COM O RESTABELECIMENTO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS.

RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO À UNANIMIDADE E PROVIDO PELO VOTO DE QUALIDADE.

(...)

DIANTE DO EXPOSTO, ACORDA A CÂMARA ESPECIAL DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM CONHECER DO RECURSO DE REVISÃO. **NO MÉRITO, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM LHE DAR PROVIMENTO PARA RESTABELECER AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.** VENCIDOS OS CONSELHEIROS CARLOS ALBERTO MOREIRA ALVES (REVISOR), LUCIANA MUNDIM DE MATTOS PAIXÃO E VANDER FRANCISCO COSTA, QUE LHE NEGAVAM PROVIMENTO. PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA. PELA AUTUADA, SUSTENTOU ORALMENTE O DR. MILTON CLÁUDIO AMORIM REBOUÇAS. PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, ALÉM DOS SIGNATÁRIOS E DOS CONSELHEIROS VENCIDOS, O CONSELHEIRO MARCO TÚLIO DA SILVA. (NÃO EXISTEM GRIFOS NO ORIGINAL)

Nesse sentido, à luz do que dispõe o art. 59 do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08, constata-se que fica prejudicada a análise quanto a possível divergência jurisprudencial.

Art. 59. Além das hipóteses previstas no inciso II do art. 165 do RPTA, o Recurso de Revisão interposto com base no inciso II do art. 163 do RPTA não será conhecido se versar sobre questão consubstanciada em acórdão paradigma reformado em caráter definitivo.

Contudo, em 17/11/17 a Câmara Especial do CC/MG retirou este processo de pauta com retorno ao Setor de Pautamento para que fosse pautado conjuntamente com os PTAs 01.000612570-18, 01.000499049-47, 01.000544634-81 e 01.000612562-83, justamente para a análise da matéria, inclusive a decadência, de forma integrada e harmonizada. Aqui, ressalte-se que a divergência de interpretação da legislação no tocante à decadência, de forma pública e notória, restou demonstrada e comprovada em outros processos da mesma Autuada que foram reunidos para fins deste julgamento.

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

Por consequência, se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

Portanto, diante de todo o exposto, reputa-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), com o preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

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

Do Recurso do Estado de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão, definitiva na esfera administrativa, proferida no Acórdão nº **19.833/12/2ª** (Sessão da 2ª Câmara de 03/10/12, disponibilizado no Diário Eletrônico da SEF/MG em 24/10/12).

O fundamento utilizado pelo Estado de Minas Gerais para efeito de cabimento do Recurso diz respeito a erro de capitulação de infringência e/ou penalidade.

Observa-se que a decisão apontada como paradigma cuida de situação em que o conteúdo se sobrepõe à forma, ou seja, não obstante a existência de equívocos formais na capitulação legal dos dispositivos que fundamentam as infringências à legislação tributária, bem como as penalidades.

No caso do paradigma a decisão conclui que no lançamento constavam elementos suficientes para determinar com segurança a natureza das infrações cometidas e penalidades exigidas, resultando em manutenção do lançamento.

Veja-se excertos da decisão apontada como paradigma que comprovam o alegado:

ACÓRDÃO Nº 19.833/12/2ª

“A IMPUGNANTE REQUER ... NO QUE TANGE À PENALIDADE, DEFICIÊNCIA DA CAPITULAÇÃO POR AUSÊNCIA DO ART. 53 DA LEI Nº 6.763/75, O QUE IMPOSSIBILITOU O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA.

(...)

POR FIM, AINDA QUE SE QUISESSE ENTENDER QUE OS EXCESSOS OU DEFICIÊNCIAS DA CAPITULAÇÃO DA INFRINGÊNCIA E PENALIDADE APONTADOS PELA IMPUGNANTE, DE FATO, SE CARACTERIZAM COMO INCORREÇÕES, O PROCEDIMENTO DO FISCO ESTARIA AMPARADO PELA REGRA CONTIDA NO ART. 92 DO RPTA.

(...)

CONCLUI-SE, PORTANTO, QUE INEXISTINDO OS VÍCIOS FORMAIS OU MATERIAIS ARGUIDOS, REJEITA-SE A PREFACIAL DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.”

Assim, conclui que na decisão apontada como paradigma em situação idêntica ou até mais grave (falta de citação do dispositivo legal da penalidade), com erro de evidente omissão, entendeu a Câmara por inexistência de vícios formais ou materiais, e em manter a penalidade exigida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argumenta que esse mesmo acórdão apontado como paradigma (19.833/12/2ª) foi indicado também como paradigma em outro processo, tendo sido reconhecida a divergência quanto à aplicação da legislação tributária aplicável, sobre mesma matéria e circunstâncias/condições análogas, conforme Acórdão nº 4.222/14/CE.

Diante do exposto, importante trazer os fundamentos das decisões relativamente à matéria para analisar a caracterização ou não de divergência entre elas:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 22.607/17/1ª

TAMBÉM NÃO MERECE PROSPERAR A ALEGAÇÃO DE QUE É INDEVIDA A MULTA ISOLADA. A IMPUGNANTE DEFENDE QUE NÃO HOUE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, AFIRMANDO QUE O SUPOSTO EQUÍVOCO NA EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS AUTUADAS DEU-SE EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL EM VIGOR.

ENTRETANTO, RAZÃO NÃO LHE ASSISTE. A PENALIDADE APLICADA PELA FISCALIZAÇÃO AMOLDA-SE PERFEITAMENTE À IRREGULARIDADE PRATICADA PELA AUTUADA. ESTÁ CLARO NOS AUTOS O DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, QUAL SEJA, CONSIGNAR EM DOCUMENTO FISCAL VALOR DA BASE DE CÁLCULO MENOR QUE A PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. VERIFICA-SE:

LEI Nº 6763/75

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 SEGUINTE:

(...)

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;

(...)

NO CASO DOS AUTOS, O DISPOSITIVO QUE AMPARA TAL EXIGÊNCIA FISCAL, CONFORME JÁ DITO, É O ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C", DA RETROCITADA LEI, QUE É ESPECÍFICO À IRREGULARIDADE, CONFORME SE VERIFICA DA TRANSCRIÇÃO SUPRA. CONFORME OBSERVA A FISCALIZAÇÃO, SUA VIGÊNCIA SE DEU A PARTIR DE 01/01/12, AMOLDANDO-SE COMPLETAMENTE À MATÉRIA EM CONTENDA.

NÃO OBSTANTE, VERIFICA-SE QUE A MULTA ISOLADA EXIGIDA PARA TODO O PERÍODO É AQUELE PRECONIZADA PELO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C" DA LEI 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O AUTO DE INFRAÇÃO APRESENTA EXIGÊNCIAS DE MULTA ISOLADA PARA TODO O PERÍODO AUTUADO, O QUAL VAI DE 01/01/11 A 31/12/15.

ORA, A PENALIDADE EM EXAME FOI INSERIDA EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA LEI 19.978 DE 28/12/11, COM EFICÁCIA A PARTIR DE 01/01/12.

PORTANTO VERIFICA-SE A IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA REFERIDA PENALIDADE EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO DE 2011.

REGISTRA-SE POR OPORTUNO QUE A PENALIDADE EXIGIDA SERIA MAIS BENÉFICA DO QUE ÀQUELA APLICÁVEL AO CASO, NO TOCANTE AO EXERCÍCIO DE 2011, QUAL SEJA 20% (VINTE POR CENTO) AO CONTRÁRIO DE 40% (QUARENTA POR CENTO) VIGENTE NO PERÍODO ANTERIOR À LEI Nº 19.978/11.

NESSE SENTIDO, VERIFICANDO QUE A APLICAÇÃO DE PENALIDADES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA GUARDA GRANDE SEMELHANÇA COM O DIREITO PENAL, TAL QUAL OCORRE NAQUELE ASPECTO, AQUI TAMBÉM IMPERIOSO QUE SE VERIFIQUE PRIMEIRAMENTE A PERFEITA SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA, E A CLARA DESCRIÇÃO DOS FATOS E DA ACUSAÇÃO, COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DOS PRIMADOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

DIANTE DISSO, NÃO SE PERMITE VALER-SE DE ILAÇÕES OU CONJECTURAS, RELATIVAMENTE A UMA POSTURA BENEVOLENTE DA FISCALIZAÇÃO, FUNDAMENTADA NO ART. 106 CTN, MAS SIM, IMPÕE-SE A ANÁLISE DOS AUTOS, QUOD NON EST IN ACTIS NON EST IN MUNDO.

CUMPRE SALIENTAR QUE SERIA DE FATO POSSÍVEL A EXIGÊNCIA DA PENALIDADE MAIS RECENTE FAZENDO VALER A RETROATIVIDADE BENIGNA DISCIPLINADA NO ART. 106 DO CTN, CONTUDO, O AUTO DE INFRAÇÃO NÃO TRAZ A JUSTIFICATIVA PELA QUAL FOI EXIGIDA A PENALIDADE INSERIDA NO ORDENAMENTO EM 2012 RELATIVAMENTE AO PERÍODO DE 2011.

PORTANTO, DEVEM SER CANCELADAS AS EXIGÊNCIAS RELATIVAS À PENALIDADE ISOLADA ATINENTES AO EXERCÍCIO DE 2011.

(GRIFOU-SE)

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO Nº 19.833/12/2ª

A IMPUGNANTE REQUER A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO SOB A ALEGAÇÃO DE INCORREÇÕES NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. PARA TANTO, APONTA DOIS ERROS COMO MOTIVADORES DO SEU PEDIDO: O FATO DO FISCO TER MENCIONADO NO AUTO DE INFRAÇÃO OS ARTS. 133, INCISO I E 135 DO RICMS/02, OS QUAIS NÃO COADUNAM COM AS SUPOSTAS INFRAÇÕES PRATICADAS E, **NO QUE TANGE À PENALIDADE, DEFICIÊNCIA DA CAPITULAÇÃO POR AUSÊNCIA DO ART. 53 DA LEI Nº 6.763/75, O QUE IMPOSSIBILITOU O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA.**

ENTRETANTO, RAZÃO NÃO LHE ASSISTE. VERIFICA-SE QUE A AUTUADA FOI REGULARMENTE CIENTIFICADA DE TODOS OS PROCEDIMENTOS E ATOS REALIZADOS PELO FISCO, ANTES, DURANTE E APÓS A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

O FATO DE A IMPUGNANTE TER CONTESTADO TODAS AS IRREGULARIDADES CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO, INCLUSIVE, QUE RESULTOU NA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DAS NOTAS FISCAIS POR ELA RELACIONADA COMO AUTUADAS INDEVIDAMENTE, NÃO DEIXA DÚVIDA DE QUE TEVE PLENO CONHECIMENTO DA ACUSAÇÃO FISCAL.

ASSIM, NÃO SE VERIFICA QUALQUER FALHA QUE ACARRETE A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. PELO CONTRÁRIO, O FISCO RESPEITOU TODOS OS PRESSUPOSTOS DEFINIDOS NA LEGISLAÇÃO, NÃO CONTENDO O LANÇAMENTO NENHUM VÍCIO QUE POSSA JUSTIFICAR A SUA NULIDADE.

POR FIM, AINDA QUE SE QUISESSE ENTENDER QUE OS EXCESSOS OU DEFICIÊNCIAS DA CAPITULAÇÃO DA INFRINGÊNCIA E PENALIDADE APONTADOS PELA IMPUGNANTE, DE FATO, SE CARACTERIZAM COMO INCORREÇÕES, O PROCEDIMENTO DO FISCO ESTARIA AMPARADO PELA REGRA CONTIDA NO ART. 92 DO RPTA. CONFIRA-SE:

ART. 92. AS INCORREÇÕES OU AS OMISSÕES DA PEÇA FISCAL NÃO ACARRETERÃO A SUA NULIDADE, QUANDO NELA CONSTAREM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DETERMINAR COM SEGURANÇA A NATUREZA DA INFRAÇÃO ARGUIDA.

(...)

CONCLUI-SE, PORTANTO, QUE **INEXISTINDO OS VÍCIOS FORMAIS OU MATERIAIS ARGUIDOS**, REJEITA-SE A PREFACIAL DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

(GRIFOU-SE)

Dos fundamentos da decisão recorrida, observa-se que a 1ª Câmara de Julgamento entendeu que *“a penalidade aplicada pela Fiscalização amolda-se perfeitamente à irregularidade praticada pela Autuada. Está claro nos autos o descumprimento de obrigação acessória, qual seja, consignar em documento fiscal valor da base de cálculo menor que a prevista na legislação”*

Afirma que *“o dispositivo que ampara tal exigência fiscal, conforme já dito, é o art. 55, inciso VII, alínea “c”, da retrocitada lei, que é específico à irregularidade, conforme se verifica da transcrição supra”*.

Aduz que *“sua vigência se deu a partir de 01/01/12”*.

Conclui, pois, a decisão recorrida no sentido da *“impossibilidade de manutenção da referida penalidade em relação ao exercício de 2011”*.

Acrescenta que *“a penalidade exigida seria mais benéfica do que àquela aplicável ao caso, no tocante ao exercício de 2011, qual seja 20% (vinte por cento) ao contrário de 40% (quarenta por cento) vigente no período anterior”*.

Sustenta, ainda, que “*não se permite valer-se de ilações ou conjecturas, relativamente a uma postura benevolente da Fiscalização, fundamentada no art. 106 CTN, mas sim, impõe-se a análise dos autos, quod non est in actis non est in mundo*”.

E conclui afirmando que “*o Auto de Infração não traz a justificativa pela qual foi exigida a penalidade inserida no ordenamento em 2012 relativamente ao período de 2011*”.

Na decisão apontada como paradigma, a 2ª Câmara de Julgamento informa, inicialmente, as deficiências do lançamento que motivaram a arguição de nulidade por parte do Sujeito Passivo: “*o fato do Fisco ter mencionado no Auto de Infração os arts. 133, inciso I e 135 do RICMS/02, os quais não coadunam com as supostas infrações praticadas e, no que tange à penalidade, deficiência da capitulação por ausência do art. 53 da Lei nº 6.763/75, o que impossibilitou o exercício da ampla defesa*”.

Sustenta que “*o fato de a Impugnante ter contestado todas as irregularidades constantes do Auto de Infração, inclusive, que resultou na reformulação do crédito tributário em razão das notas fiscais por ela relacionada como autuadas indevidamente, não deixa dúvida de que teve pleno conhecimento da acusação fiscal*”.

Conclui sustentando que “*não se verifica qualquer falha que acarrete a nulidade do Auto de Infração*”.

Acrescenta à conclusão o fato de que “*ainda que se quisesse entender que os excessos ou deficiências da capitulação da infringência e penalidade apontados pela Impugnante, de fato, se caracterizam como incorreções, o procedimento do Fisco estaria amparado pela regra contida no art. 92 do RPTA*”.

A 1ª Câmara de Julgamento entendeu como base para a interpretação dada à legislação e fundamentação a decisão, que seria possível a exigência da penalidade mais recente (art. 55, VII, “c” da Lei nº 6.763/75), fazendo valer a retroatividade benigna, conforme disposto no art. 106 do CTN.

Contudo, como no Auto de Infração não constou explicitamente a justificativa para tal retroatividade, haveria de ser afastada a penalidade exigida, ainda que a Autuada tenha entendido e se defendido da penalidade exigida, em tópico específico (fls. 118/122). Assim, a decisão recorrida entendeu existir equívoco de citação do dispositivo da penalidade exigida que seria suficiente para excluí-la do lançamento, com fundamento na vigência do dispositivo.

Já na decisão apontada como paradigma, a 2ª Câmara de Julgamento entendeu como base para a interpretação dada à legislação e fundamentação da decisão, que o fato de sequer constar o art. 53 da Lei nº 6.763/75 na peça fiscal não prejudicaria sua exigência, uma vez que o do Sujeito Passivo demonstrou que entendeu perfeitamente a penalidade que lhe fora imposta.

Dessa forma, encontra-se caracterizada divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária, conforme precedente desta Câmara Especial (Acórdão nº 4.222/14/CE).

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

Por consequência, se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Conforme bem destacado pela Assessoria do CC/MG no parecer de fls. 446/456, no caso em tela, a Recorrente propugna pela reforma da decisão recorrida exclusivamente para reconhecer a decadência do direito da Fiscalização de exigir o crédito tributário relativo ao período anterior a 20/11/11.

O lançamento cuida da acusação fiscal de retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, relativo a operações com mercadorias previstas no Protocolo ICMS nº 11/91 (bebidas), remetidas a destinatários mineiros.

Constata a Fiscalização o descumprimento das disposições contidas no art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02, para fins de apuração da base de cálculo do imposto devido a este estado, uma vez que a base de cálculo da operação própria foi superior a 80% (oitenta por cento) da base de cálculo/ST, tomando-se como referência o preço médio ponderado a consumidor final - PMPF, divulgado em portaria da Superintendência de Tributação - SUTRI.

Assim, entende a Fiscalização, que o ICMS/ST deveria ter sido calculado nos termos do art. 19, inciso I, alínea b, item 3, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, utilizando-se a base de cálculo formada pelo preço praticado pelo Contribuinte, acrescida do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecida para a mercadoria, constante da Parte 2 do mesmo Anexo XV.

Exigências de ICMS/ST e Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e § 2º, inciso I e 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Analisando-se o mérito dos presentes Recursos de Revisão e considerando-se que os fundamentos utilizados pela 1ª Câmara de Julgamento foram em sua maior parte também adotados na presente decisão, ficam ratificados os termos constantes do Acórdão nº 22.607/17/1ª, exceto no tocante à multa isolada para o exercício de 2011, no que, em específico, a presente decisão seguiu o voto vencido do Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior, a seguir incorporado.

Sem razão a pretensão recursal da Recorrente Ambev S.A., de decadência, devendo ser mantidas as exigências fiscais relativamente à matéria versada em seu recurso, pelos fundamentos da decisão recorrida, que de forma motivada e fundamentada enfrentou a matéria no Acórdão nº 22.607/17/1ª.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao Recurso do Estado de Minas Gerasias, ressalte-se que a aplicação, no tocante ao exercício de 2011, da disposição contida no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75 decorre de expressa determinação legal, a qual se impõe independentemente de menção expressa no Auto de Infração.

Com efeito, na medida em que comina penalidade menos severa que a prevista na legislação vigente no período anterior à sua edição [ocasião em que a infração ora em apreço era sancionada em 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada] e tratando-se, como é o caso, de ato não definitivamente julgado, a aplicação do art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75 resulta do comando contido no art. 106, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Caracterizados os pressupostos do art. 106, inciso II do CTN, a aplicação do art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75 impõe-se de plano, independentemente de constar (ou não) menção expressa no respectivo Auto de Infração.

Em outras palavras, a aplicação, *in casu*, da penalidade menos severa no tocante ao exercício de 2011 não depende da anuência da Fiscalização e, de igual modo, independe tampouco de qualquer ato a ser por ela praticado, aí incluída a eventual menção expressa ao art. 106 do CTN no corpo do Auto de Infração, cuja ausência, por consequência, não infirma a exigência da penalidade tal como lançada no feito fiscal em apreço.

Procedente, pois, o Recurso do Estado de Minas Gerais, resultando daí o descabimento da exclusão da penalidade cominada relativamente ao período de 2011, então restabelecida.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060144330-49 - Ambev S.A., por maioria de votos, em lhe negar provimento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que lhes dava provimento. Quanto ao Recurso nº 40.060144401-34 - Fazenda Pública Estadual, pelo voto de qualidade, em lhe dar provimento para restabelecer integralmente a exigência fiscal relativa à multa isolada. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Carlos Alberto Moreira Alves e Sauro Henrique de Almeida, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participou do julgamento além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Eduardo de Souza Assis.

Sala das Sessões, 08 de março de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.017/18/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000612556-01
Recurso de Revisão: 40.060144330-49, 40.060144401-34
Recorrente: AMBEV S.A.
IE: 002196371.01-50
Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Fazenda Pública Estadual, Ambev S.A.
Proc. S. Passivo: Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

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

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

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, relativo a operações com mercadorias previstas no Protocolo ICMS nº 11/91 (bebidas – cervejas, refrigerantes, isotônicos, bebidas alcólicas e energéticos).

Constata a Fiscalização o descumprimento das disposições contidas no art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02, para fins de apuração da base de cálculo do imposto devido a este estado, uma vez que a base de cálculo da operação própria foi superior a 80% (oitenta por cento) da base de cálculo/ST, tomando-se como referência o preço médio ponderado a consumidor final - PMPF, divulgado em portaria da Superintendência de Tributação - SUTRI.

Assim, entende a Fiscalização, que o ICMS/ST deveria ter sido calculado nos termos do art. 19, inciso I, alínea b, item 3 do RICMS/02, ou seja, utilizando-se a base de cálculo formada pelo preço praticado pelo Contribuinte, acrescida do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecida para a mercadoria, constante da Parte 2 do mesmo Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada previstas no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75, c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional - CTN.

Entendo que nos presentes autos, operou-se a decadência para o período compreendido entre janeiro e novembro de 2011, pelos motivos expostos a seguir.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Numa primeira vertente, deve ser analisada a possibilidade da decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores do período de janeiro a novembro de 2011, 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 5 (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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, as exigências do Auto de Infração que correspondem ao período de janeiro e novembro de 2011, encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que o Sujeito Passivo foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 21/11/16.

Diante do exposto, voto pelo reconhecimento da decadência do direito da Fazenda Pública formalizar o crédito tributário para os fatos geradores ocorridos período de janeiro e novembro de 2011, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 08 de março de 2018.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MG