

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.107/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000180872-38
Impugnação: 40.010133273-48
Impugnante: EMG - Equipamentos Médicos Gerais Ltda - EPP
IE: 062183651.00-46
Coobrigado: Ricardo César Costa de Faria
CPF: 912.435.726-04
Proc. S. Passivo: Gustavo Henrique Carvalho da Mata/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS ATIVIDADES. Correta a eleição do Coobrigado para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, e art. 3º, inciso I da Instrução Normativa SCT nº 001/06.

MERCADORIA – ENTREGA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL - CANCELAMENTO IRREGULAR. Constatou-se que a Autuada cancelou irregularmente documentos fiscais, descumprindo o disposto no art. 147, Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, cancelam-se as exigências, uma vez que não restou comprovada a entrega de mercadoria desacobertada de nota fiscal.

SUSPENSÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO. Constatou-se remessa de mercadoria para demonstração em operação interna ao abrigo indevido da suspensão. Infração caracterizada nos termos do item 7, Anexo III do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1- cancelamento irregular de notas fiscais, caracterizando a entrega de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

2- descaracterização da suspensão do pagamento do imposto.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 22/30, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 68/74.

DECISÃO

Inicialmente, vale destacar que a Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, formulando quesito, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária tal prova à elucidação de eventuais obscuridades do processo.

Todavia, o exame pericial, no presente caso, mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que o quesito proposto tem resposta no conjunto probatório acostado aos autos e na legislação de regência do imposto. Tem-se, ainda, que tal questão, em particular, será tratada no mérito.

Relativamente à alegação da Impugnante de que o crédito tributário teria sido alcançado pela decadência, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito, tem-se que razão não lhe assiste:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Em decisão recente o STJ manifestou-se pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 76977/RS, com a seguinte ementa:

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977 – RS (2011/0191109-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. 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.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262).

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007 somente expirou em 31/12/12, nos termos do disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 12/12/12, conforme fls. 04.

Quanto ao mérito propriamente dito, conforme já relatado, o presente trabalho versa sobre exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, no período de 01/01/07 a 31/12/07, em razão das seguintes irregularidades:

1- deixar de recolher ICMS em decorrência do cancelamento irregular de notas fiscais, caracterizando a entrega de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

2- deixar de recolher ICMS em decorrência da descaracterização da suspensão do pagamento do imposto.

Os argumentos apresentados pela Impugnante em sua peça de defesa, no que se refere ao item 1 do Auto de Infração - AI, devem prosperar, uma vez que, apesar das notas fiscais relacionadas no AI terem sido canceladas irregularmente, a Impugnante conseguiu demonstrar que, no caso concreto, não houve entrega de mercadorias desacobertada de documentação fiscal.

A legislação tributária vigente determina, em seu art. 147 do RICMS/02, abaixo transcrito, que:

Art. 147 - O documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou ao formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

Portanto, não há dúvida de que o cancelamento dos documentos fiscais se deu de forma irregular, sem a observância do disposto no referido artigo, o que ensejaria a aplicação somente da Multa Isolada do art. 57 da Lei nº 6.763/75 ao caso.

As operações em questão referem-se a vendas efetuadas à Fundação Dr. Geraldo da Silva Venâncio, entidade pública fundacional vinculada ao Município de Campos dos Goytacazes – RJ. Esses fornecimentos foram precedidos de processo licitatório, como demonstrado pelos documentos carreados pela Impugnante.

Assim, tendo a Autuada se sagrado vencedora do certame, forneceu as mercadorias objeto da licitação, tendo emitido as Notas Fiscais nºs 000.062 e 000.063, as quais tinham como natureza da operação a “venda de mercadorias”.

Contudo, segundo a Impugnante, a Fundação contratante, alegando tratar-se de um único procedimento licitatório, ao receber as mercadorias, devolveu à Autuada as duas notas fiscais, exigindo que fossem canceladas e, por conseguinte, emitida uma única nota fiscal substitutiva.

Assim, a Autuada, ao receber as duas notas fiscais enviadas, emitiu a Nota Fiscal nº 000.074, que substituiu as anteriores. Cabe observar que a Nota Fiscal nº 000.074 descreve as mesmas mercadorias constantes das notas anteriores, tendo o mesmo destinatário e o mesmo somatório dos valores, salvo o arredondamento dos centavos.

Portanto, pode-se concluir que a Nota Fiscal nº 000.074 substituiu as Notas Fiscais nºs 000.062 e 000.063, tratando-se, então, de uma só operação tributada.

Ao receber a Nota Fiscal nº 000.074 (que substituiu as anteriores), a Fundação contratante também a recusou, segundo a Impugnante, alegando que a descrição das mercadorias deveria ser em língua portuguesa e na exata forma como estabelecido no edital de licitação.

Diante disso, visando atender à exigência de seu contratante, a Autuada emitiu a Nota Fiscal nº 000.079, que substituiu a de nº 000.074, com a identidade de valores e de destinatário.

Importante ressaltar o fato de que o primeiro produto descrito na Nota Fiscal nº 000.079 coincide exatamente com o primeiro produto descrito na Nota Fiscal nº 000.074, que, por sua vez, coincide com o produto descrito na Nota Fiscal nº 000.062. Os valores, inclusive, são os mesmos.

Já o segundo produto descrito na Nota Fiscal nº 000.079 coincide com o segundo e o terceiro produto descritos na Nota Fiscal nº 000.074, e estes coincidem exatamente com os descritos na Nota Fiscal nº 000.063.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A diferença de descrição entre o segundo produto da Nota Fiscal nº 000.079 e os segundo e terceiro produtos da Nota Fiscal nº 000.074 se dá somente porque na Nota Fiscal nº 000.074 a Contribuinte descreveu as partes que compõem o produto montado descrito na Nota Fiscal nº 000.079. Contudo, consistem no mesmo bem.

Porém, na Nota Fiscal nº 000.074 a Contribuinte desmembrou o que consta como segundo produto na Nota Fiscal nº 000.079. E na Nota Fiscal nº 000.079 fez a descrição do conjunto, e não das partes, como anteriormente feito, somente para atender às exigências do seu contratante, que consistiam na necessidade de que a nota fiscal fosse emitida exatamente como consta do edital da licitação.

Corroborando com esta afirmação, veja-se que o resultado da soma entre os valores do segundo e terceiro produtos descritos na Nota Fiscal nº 000.074, coincidem com o valor do segundo produto descrito na Nota Fiscal nº 000.079.

Tudo isso é comprovado pela declaração de fls. 60, emitida pelo Coordenador Geral do Patrimônio da Fundação em questão, vinculada ao Município de Campos dos Goytacazes.

Nessa declaração, seu emitente deixa claro que as mercadorias em questão foram faturadas somente pela Nota Fiscal nº 000.079, não havendo outros fornecimentos anteriores. De mais a mais, o outro documento anexo, denominado "Planilha de Quantitativos e Preços Unitários", extraído do processo administrativo em questão, bem como a respectiva nota de empenho, deixam claro que o fornecimento se deu somente em relação ao que consta da Nota Fiscal nº 000.079.

Ademais, é certo que uma instituição pública, como é o caso da instituição consignada como destinatária nas notas fiscais em questão, jamais receberia mercadorias desacobertadas de notas fiscais.

Assim, houve um só fato gerador do ICMS, caracterizando uma só operação, acobertada, ao final, pela Nota Fiscal nº 000.079, em que pese o cancelamento irregular das Notas Fiscais nºs 000.062, 0000.063 e 000.074.

Portanto, não pode prosperar a autuação relativa ao item 1 do Auto de Infração, já que os elementos dos autos demonstram que não houve entrega de mercadoria descoberta de nota fiscal, sendo certo que restou justificado o fato de que as notas fiscais objeto da autuação estão destacadas do bloco e apresentam recibos e carimbos do destinatário.

Em relação ao item 2 do Auto Infração, não há impugnação por parte da Autuada, sendo certo que a infração restou efetivamente caracterizada, uma vez que a mercadoria, partes e peças de reposição para equipamento de mamografia, constante da Nota Fiscal nº 000082, saída remetida para fins de demonstração/teste, no Estado, não retornou, restando inobservado o disposto no item 7 do Anexo III do RICMS/02.

Quanto ao Coobrigado Ricardo César Costa de Faria, correta a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária nos termos do art. 135 do CTN c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, uma vez que a Empresa encontrava-se cancelada à época da autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências do item 1 do Auto de Infração. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava improcedente nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor) e Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2013.

André Barros de Moura
Presidente / Relator

MI/R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.107/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000180872-38
Impugnação: 40.010133273-48
Impugnante: EMG - Equipamentos Médicos Gerais Ltda - Epp
IE: 062183651.00-46
Coobrigado: Ricardo César Costa de Faria
CPF: 912.435.726-04
Proc. S. Passivo: Gustavo Henrique Carvalho da Mata/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

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 exigências de ICMS, MR e MI, no período de 01/01/07 a 31/12/07, em razão das seguintes irregularidades:

1- deixar de recolher ICMS em decorrência do cancelamento irregular de notas fiscais, caracterizando a entrega de mercadoria desacompanhada de documento fiscal;

2- deixar de recolher ICMS em decorrência da descaracterização da suspensão do pagamento do imposto.

Numa primeira vertente, tem-se que analisar a possibilidade de decaído o direito do Fisco em cobrar as exigências relativamente aos fatos geradores do exercício de 2007, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL.
CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE
CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA
DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4.º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).” TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4.º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4.º do art. 150, o ilustrado relator assim se posicionou:

“OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão de 19/10/10, o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, 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 REGRAS 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 FATOS IMONÍVEL, 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)

A decisão ora destacada foi levada à apreciação STJ em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

AGRG NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 – MG (2011/0036985-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG

AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PAGO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 relativo ao exercício de 2007, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências relativas ao período autuado encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 12/12/12 (fls. 04).

Diante disso, julgo improcedente o lançamento de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2013.

Sauro Henrique de Almeida

Conselheiro