



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais
Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais

Parecer nº 16177 - AGE/PTF

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2020.

Procedência: Secretaria de Estado da Fazenda.

Interessado: Telemar Norte Leste S/A - em recuperação judicial

Número : 16177

Data : 27/01/2020

Classificação Temática: Direito Tributário. Aproveitamento de créditos de ICMS. Efeitos de decisão judicial transitada em julgado.

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. SENTENÇA DECLARATÓRIA. Aproveitamento de créditos decorrentes de notas fiscais referentes a aquisição de energia elétrica por contribuinte prestador de serviços de telecomunicações. Sentença declaratória transitada em julgado. Limitação do direito ao aproveitamento aos créditos decorrentes de aquisições documentadas em notas fiscais emitidas nos últimos cinco anos.

RELATÓRIO

1. Foram lavrados autos de infração em desfavor de contribuinte que teria recolhido ICMS a menor, por ter realizado apropriação indevida de créditos decorrentes de notas fiscais emitidas há mais de cinco anos. O direito ao aproveitamento em questão, por outro lado, foi reconhecido em julgamento de ação declaratória movida pela contribuinte, por decisão que transitou em julgado em 19/04/2017.

2. Remanesce dúvida, contudo, quanto aos efeitos da coisa julgada que de tal decisão derivou: se autoriza o aproveitamento de créditos referentes a notas emitidas desde a data do ajuizamento da ação, sem qualquer outra limitação temporal, ou se há de ser respeitado o prazo legal.

FUNDAMENTAÇÃO

3. O art. 30, § 4º, da Lei n. 6.763/75, em consonância com o disposto no art. 23, parágrafo único, da Lei Complementar n. 87/96, prevê que o direito de utilização do crédito

extingue-se após decorridos cinco anos contados da data de emissão do correspondente documento fiscal.

4. Há de se cogitar, como visto, acerca da possibilidade de utilização de créditos referentes a notas emitidas há mais de cinco anos, durante o período em que tramitou a demanda judicial concernente ao próprio direito de aproveitamento de créditos pela contribuinte. A análise de tal possibilidade passa, em primeiro lugar, pela identificação precisa dos efeitos da coisa julgada advinda do julgamento da demanda declaratória proposta pela contribuinte.

5. Assim, é necessário identificar o conteúdo da prestação jurisdicional declaratória. Por meio de provimento de tal natureza, *“a parte adquire o direito incontestável de comportar-se em consonância ao comando sentencial, e, principalmente, não é dado àqueles que se vincularam à declaração impedi-la”* (ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 675).

6. A decisão declaratória não cria uma situação jurídica nova. Apenas extirpa a dúvida que existe sobre uma situação pré-existente, impondo a todos os sujeitos nela envolvidos que ajustem o seu comportamento ao que foi decidido.

7. No caso, a dúvida extirpada pela decisão transitada em julgado foi a respeito de ser ou não possível o aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica pela demandante. Entendeu-se que sim. Contudo, não houve modulação de efeitos, com permissão expressa para utilização de notas fiscais emitidas há mais de cinco anos, desde que após a propositura da ação.

8. Ainda, caso houvesse ocorrido, no curso do processo, alguma ação fiscal em sentido contrário ao que restou decidido, poder-se-ia cogitar do desfazimento dos atos fiscalizatórios como consequência natural da sentença declaratória. Não é o que se noticia, todavia.

9. A contribuinte, pelo que consta, iniciou o aproveitamento de créditos somente após o trânsito em julgado. Ocorre que os atos de aproveitamento - anteriores ou posteriores ao encerramento do processo - devem observar a disciplina normativa a respeito, em especial quanto ao prazo.

10. A jurisprudência, inclusive, reconhece serem independentes os efeitos do tempo relacionados diretamente com a pretensão declaratória e os daquela decorrente do preceito por ela criado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. REJEIÇÃO.

1. A decisão proferida em ação declaratória tem o efeito de servir como

norma jurídica a ser aplicada no caso concreto a que ele se destina.

2. Não há que se confundir a imprescritibilidade da ação declaratória com os efeitos da prescrição da ação contendo, com base no preceito criado pela ação declaratória, pretensão condenatória.

3. Caso em que a decisão declaratória reconheceu existir relação jurídica obrigacional entre partes. Ação constitutiva condenatória proposta após consumação do prazo decadencial.

4. Embargos de declaração recebidos para complementar as razões que determinaram o convencimento assumido.

5. Negação de efeitos modificativos dos embargos por inexistirem motivos para alterar a parte dispositiva do acórdão.

6. Embargos rejeitados.

(EDcl nos EDcl no REsp 444.825/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 01/02/2006, p. 430)

11. É certo que a decisão acima transcrita trata de situação distinta, mas o raciocínio a ser aplicado ao caso é o mesmo: a declaração postulada e concedida não há de interferir no campo concreto de seus efeitos.

12. A respeito, vale conferir trecho do voto proferido pelo relator no caso supra, em que se promove a distinção entre o comando declaratório e os seus efeitos:

(...) Ela define, apenas, se existe ou não uma relação jurídica, sem interferir no campo concreto dos seus efeitos e da sua eficácia. A sentença declaratória não contém vínculo constitutivo condenatório. Ela instituiu, tão-somente, uma norma jurídica positiva para a situação de fato que lhe foi apresentada.

13. Cabe observar, ainda, que o ordenamento jurídico confere à contribuinte a possibilidade de obter provimento jurisdicional apto a conservar a possibilidade de futura fruição plena dos efeitos da tutela jurisdicional. Se houvesse, no caso, postulado (e obtido) medida cautelar, assegurando-lhe o aproveitamento futuro de créditos referentes a notas fiscais atuais, não se haveria de questionar a regularidade de sua conduta.

14. A sentença declaratória não inaugura um novo estado de direito. Apenas extirpa a dúvida quanto a uma situação jurídica controvertida. No caso, afirmou-se: a demandante pode fazer o aproveitamento. E sempre pôde fazê-lo. Se não o fez em relação a alguns créditos documentados em notas fiscais antigas, não o poderá fazer mais, se ultrapassado o prazo previsto na Lei n. 6.763/75.

15. Por fim, há de se observar que o prazo previsto no art. 23, parágrafo único, da Lei Complementar n. 87/96, por ser previsto para o exercício de um direito potestativo, é de natureza decadencial. Nesse sentido, o REsp 717.627/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2005, REPDJ 28/04/2006, p. 285, DJ 27/06/2005, p. 343, e o EDcl no REsp 278.884/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2002,

16. Assim, não está o prazo em questão sujeito a interrupção ou suspensão, nos termos do art. 207, do Código Civil. A ação declaratória proposta pela contribuinte não teve o condão de “congelar” o direito ao aproveitamento dos créditos referentes a documentos emitidos durante a sua tramitação.

17. Noutro giro, diversa seria a situação se houvesse ocorrido a violação do direito em questão (por meio de ato concreto por parte da fiscalização, contrário ao direito ao aproveitamento). Surgiria aí a pretensão de desconstituição do ato, sujeita ao prazo prescricional, este sim passível de interrupção. No entanto, a discussão judicial inaugurada pela contribuinte dizia direito apenas à segurança jurídica, não à impugnação de um ato concreto por parte do fisco.

CONCLUSÃO

18. Assim, opina-se, na linha de manifestações anteriores desta Advocacia-Geral, no sentido de que as apropriações de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica, reconhecidas como legítimas, somente poderão ser consideradas regulares se respeitado o prazo de cinco anos de emissão das notas fiscais, conforme art. 30, § 4º, da Lei n. 6.763/75, sendo irrelevante para tanto a circunstância de ter a nota fiscal sido emitida após o ajuizamento da ação declaratória n. 5147006-75.2004.8.13.0024.

“*Sub censura*”, é o parecer.

DIÓGENES BALEEIRO NETO

Procurador do Estado

OAB/MG 100.397 – MASP 1.120612-5

Aprovado em .

Procurador Chefe da Consultoria Jurídica

Advogado Geral do Estado



Documento assinado eletronicamente por **Diogenes Baleeiro Neto, Procurador do Estado**, em 27/01/2020, às 11:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano Neves de Souza, Advogado Geral Adjunto**, em 27/01/2020, às 16:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral do Estado**, em 28/01/2020, às 10:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **10950627** e o código CRC **A87864D1**.
