

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.576/09/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000154144-91
Impugnação: 40.010120057-62
Impugnante: Embratelas Empresa Brasileira de Telas Ltda
IE: 062112267.00-51
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA. Imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS, em decorrência da utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto prevista no item 20 do Anexo IV c/c Anexo XIII, ambos do RICMS/96 e item 16, Parte 1, do Anexo IV, do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, devendo, ainda, excluir as exigências remanescentes de ICMS e multa de revalidação pela correta redução da base de cálculo, bem como excluir a multa isolada por inaplicável à espécie.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL EXTRAVIADO. Constatada a apropriação indevida de créditos de ICMS em face do extravio dos documentos fiscais escriturados. Infração caracterizada nos termos art. 70, inciso VI, Parte Geral do RICMS/02. Mantidas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – ESTABELECIMENTO DIVERSO. Constatada a apropriação indevida de créditos de ICMS decorrente de notas fiscais que consignavam como destinatário estabelecimento diverso do ora autuado. Infração caracterizada. Mantidas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – REGISTRO A MENOR DO ICMS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Constatada a escrituração incorreta de documentos fiscais no livro Registro de Saídas, uma vez que registrados com valor de ICMS inferior ao destacado. Infração caracterizada. Mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Imputação fiscal de falta de destaque do ICMS em operações de saídas de mercadorias, em demonstração/consignação ou simples remessa sem retorno ou faturamento. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas.

EXPORTAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO. Constatada a saída de mercadorias para o exterior sem a efetiva comprovação da exportação. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para exclusão das exigências concernentes às NFs em que houve comprovação pela Impugnante da exportação das mercadorias nelas descritas. Exigências fiscais mantidas em parte.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA. Constatada a falta de lançamento no livro Registro de Saídas do ICMS destacado em notas fiscais relativas à saída de mercadorias normalmente tributadas. Infração caracterizada. Mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA. Constatada a falta de lançamento no livro Registro de Saídas de notas fiscais relativas à saída de mercadorias. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Imputação fiscal de destaque a menor do ICMS em operações interestaduais de saídas de mercadorias (telas), sem menção sobre a redução de base de cálculo do ICMS, com destino a não contribuinte do ICMS (empresas do ramo de construção civil). Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a Impugnante comprova que as destinatárias, localizadas em outras Unidades da Federação, são contribuintes do ICMS e estão devidamente inscritas no cadastro de contribuintes de seus Estados, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada, no período de março de 2001 a maio de 2006:

- 1- redução indevida da base de cálculo do ICMS nas saídas de telas;
- 2 - aproveitamento indevido de créditos do ICMS originários de documentos extraviados;
- 3 - aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais que destinavam mercadorias a estabelecimento diverso do Contribuinte;
- 4 - lançamento do ICMS a menor no livro Registro de Saídas;
- 5 - falta de destaque do ICMS nas saídas de mercadorias em operações de simples remessa e remessa para demonstração/consignação sem retorno ou faturamento;
- 6 - saídas de mercadorias com destino ao exterior sem a efetiva comprovação da operação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

7 - falta de lançamento no livro Registro de Saídas do ICMS destacado em notas fiscais;

8 - falta de lançamento de notas fiscais no livro Registro de Saídas;

9 - utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos I, V, VII e XII da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 805/849, acompanhada dos documentos de fls. 850/900 e 902/938. Posteriormente, em 14/02/07, novos documentos, foram acostados aos autos pela Impugnante (fls. 943/964).

O Fisco analisa a Impugnação e os documentos apresentados e reformula o crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 976/988.

Intimada a ter vistas dos autos (fls. 991/993), a Impugnante requer esclarecimentos sobre quais foram as exclusões no crédito tributário efetuadas pelo Fisco.

Através dos documentos de fls. 995/996 o Fisco informa que foram excluídas as exigências originárias das Notas Fiscais nºs 002652, 002653, 003775, 003776, 004895, 004934 e 005474. Tais documentos referem-se à irregularidade do item 6 do Auto de Infração.

Cientificada às fls. 997/998 sobre os esclarecimentos prestados pelo Fisco, a Autuada não se manifesta.

O Fisco se manifesta às fls. 1000 a 1013.

A Impugnante protocolizou em 29/02/08 “Requerimento de Habilitação” ao parcelamento do crédito tributário em tela, com os benefícios previstos na Lei nº 17.247/07 (fls. 1027), porém não promoveu o recolhimento do valor correspondente à entrada inicial do parcelamento especial, consoante se extrai dos documentos acostados às fls. 1039/1040.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 1020/1036, que resulta nas seguintes providências:

a) juntada de documentos de fls. 1041/1210 e 1212/1349;

b) nova reformulação do crédito tributário que consistiu na exclusão das exigências relativas às Notas Fiscais nºs 000204 e 000352 da Planilha 01 (fls. 1351/1418) em virtude de duplicidade, bem como na alteração do lançamento da Nota Fiscal nº 004935 do mês de agosto de 2004 para o mês de agosto de 2005 (Planilha 01);

c) esclarecimentos do Fisco às fls. 1430;

d) reabertura do prazo de 30 (trinta) dias à Impugnante para pagamento do crédito tributário ou aditamento da Impugnação (fls. 1431 e 1436).

A Autuada novamente se manifesta (fls. 1433/1435).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 1441/1442.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1443/1466, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir do crédito tributário reformulado pelo Fisco, as exigências fiscais apontadas no seu parecer.

Em sessão realizada em 2/12/09, presidida pelo Conselheiro André Barros de Moura, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 10/12/09.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: o Conselheiro Raimundo Francisco da Silva (Relator), pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 976/988, e também para excluir as exigências relativas ao art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, excluindo, ainda as exigências anteriores a 27/12/01; e o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 976/988, e também para excluir as exigências relativas ao art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, excluindo, ainda as exigências relativas aos itens I e IX do AI. Pela Impugnante, sustenta oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Cerceamento de Defesa

Argui a Impugnante cerceamento de defesa, em face do não recebimento das telas do SINTEGRA, citadas no Relatório, as quais comprovariam a condição de não contribuinte dos destinatários das notas fiscais relacionadas sob a letra "A" da Planilha 01.

No entanto, razão não lhe assiste, consoante restará demonstrado.

As telas do SINTEGRA integrantes do Anexo II, referido na Relação de Anexos (fls. 36,) encontram-se anexadas às fls. 316 a 410 dos autos. Tais documentos foram obtidos pelo Fisco através de consulta realizada pela internet no site (<http://www.sintegra.gov.br>), que é de acesso público.

Aliás, a própria Impugnante, para comprovar a condição de contribuinte do ICMS das empresas do ramo de construção civil, localizadas em outras unidades da Federação, realizou pesquisa no citado site e juntou aos autos documentos similares aos reclamados.

Ademais, após a primeira reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco, a Impugnante teve vista dos autos (fls. 989), ocasião em que examinou a

documentação contida no presente processo (até aquela data), consoante se extrai de sua manifestação (fls. 1000).

Em vista destes fatos rejeita-se a prefacial arguida.

Do Mérito

Item 1 do Auto de Infração - Redução indevida da base de cálculo do ICMS nas operações de saídas de telas realizadas no período compreendido entre março/2001 a maio/2006

Exigências de ICMS e multa de revalidação sobre a parcela da base de cálculo não tributada, bem como Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, no tocante às operações efetuadas a partir do mês de novembro/03.

“*Permissa venia*”, a questão posta em discussão neste item precisa enfrentar também o material que é usado na confecção das grades para peneiras que, no caso são ferro e aço, devidamente classificados na NBM conforme noticiado na impugnação a fls. 830 dos autos.

Ao se cotejar as notas fiscais relacionadas na mesma peça impugnatória, vê-se que as mercadorias ali estão beneficiadas nos termos do convênio 33/96, hoje vigente através do convênio 18/05, com a redução da alíquota para 12% (doze por cento) (art. 42, letra “b12”).

Neste compasso, tem-se que as mercadorias adquiridas pela Impugnante estão alcançadas pelo benefício da redução da incidência sob forma de alíquota a 12% (doze por cento).

Adquiridos assim os fios de aços e ferro, os mesmos são submetidos a processo industrial, que se resume em dar forma de acordo com a finalidade a que se destina a grade e efetua a junção dos fios, que como frisado aqui, possuem o benefício fiscal noticiado.

Neste compasso, o produto final é consequência de produtos albergados por benefícios fiscais que detém carga tributária a 12% (doze por cento), restando evidente que os créditos absorvidos pela Impugnante estão fora desta proporcionalidade.

É oportuno registrar que a Impugnante é uma indústria que preenche os requisitos para o recebimento dos benefícios fiscais, circunstância esta sequer refutada pela Fiscalização que fulcra o seu entendimento de afastar a benesse levando em conta outros fatores, mais precisamente, a classificação fiscal dos produtos.

Nos termos expostos, o produto final da Impugnante está inserido em duas posições na NCM e, por consequência, no próprio regulamento – 8474 – Máquinas e aparelhos para selecionar, peneirar, separar, lavar, esmagar, no subitem 90.00 – Partes – Benefício da Redução da Base de Cálculo anexo IV do RICMS/02; ou no grupo 73.14. Telas metálicas (incluídas as telas contínuas ou sem fim), grades e redes, de fios de ferro ou aço; chapas e tiras, distendidas de ferro ou aço no subitem 49.00 – Outras.

Na remessa de produto para máquinas para peneirar, por óbvio, a classificação a ser adotada é daquela mercadoria a qual esta faz parte integrante, isto é, a da máquina: 84.74.10.00.

No entanto, se o produto se destina á função de grades e telas, sabidamente neste caso, a classificação a ser adotada é 73.14. Telas metálicas (incluídas as telas contínuas ou sem fim), grades e redes, de fios de ferro ou aço; chapas e tiras distendidas de ferro ou aço, que está inserido na parte 6 do Anexo XII do RICMS/02.

Registra-se, por oportuno também, que tanto a análise do caso sobre a ótica da redução da base de cálculo ou da redução da alíquota tem-se, nos dois casos, benefícios fiscais.

Assim, por coerência e razoabilidade, tem-se que a legislação precisa ser analisada dentro de um contexto e não de maneira autônoma, dentro deste contexto, reputo razoável enxergar que a redução da base de cálculo, dentro do aspecto teleológico, alcança os produtos em questão, pois analisando a “cadeia” de circulação das mercadorias, o objetivo final sabidamente é esse, ou seja, diminuir a carga tributária.

Há que se registrar também que não fosse o esposado aqui que por si só autoriza a aplicação da redução da base de cálculo, a classificação festejada pela defesa é adotada inclusive pelo mercado em que atuam quando citado o exemplo da empresa Ideal Telas Ltda. que integra os autos em documento anexo à defesa.

Não bastasse tudo isso, incabível também a exigência fiscal relativa à penalidade do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 posto que, na eventualidade, os documentos fiscais autuados foram emitidos com ausência de requisito essencial (art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75), e não tendo em vista dolo ou má fé na sua confecção.

Portanto, indevida a cobrança levada a cabo no caso vertente, pelo que as exigências do item “1” do AI devem ser canceladas.

Item 2 do Auto de Infração - Aproveitamento indevido de créditos do ICMS, nos meses de março e abril de 2003, originários de documentos extraviados

Exigências de ICMS e multa de revalidação, após recomposição da conta gráfica, bem como Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Os valores estornados, relativos aos meses de março e abril de 2003, estão demonstrados na Planilha 03 (fls. 418).

As notas fiscais extraviadas encontram-se registradas no livro Registro de Entradas (cópias anexadas às fls. 419/426).

Consta dos autos documentos que comprovam que o Fisco em diversas oportunidades intimou a Autuada a apresentá-lo as notas fiscais em apreço, veja-se: Termos de Intimação – fls. 15 e 17 e Termo de Início de Ação Fiscal – fls. 10.

Em relação a esta irregularidade a Impugnante aduz que as primeiras vias das NFs foram remetidas para a contabilidade da empresa com objetivo de sua contabilização e que as mesmas ali se extraviaram.

Anexa aos autos a 3ª ou 4ª via das NFs cujos créditos foram estornados (fls. 857 a 895), alertando que o art. 70, inciso VI, Parte Geral do RICMS/02 autoriza o creditamento do ICMS mediante pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autoridade fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito. Pondera que a maioria das NFs diz respeito a operações realizadas no Estado de Minas Gerais. Em assim sendo, o Fisco competente pra emitir pronunciamento e aprovar o crédito, é exatamente o fisco mineiro.

Alerta a Impugnante que a empresa foi multada pela falta de apresentação das aludidas NFs, através do AI nº 01.000153969.06, onde foi cobrada a MI por falta de atendimento de intimação fiscal.

Dentro do princípio da eventualidade, se não considerados como corretos os créditos, entende que a MI deve ser cancelada, posto que diante da constatação de que as NFs se encontravam extraviadas, a tipificação adotada não encontra respaldo, eis que a norma trata da falta de apresentação de documentos. Assim, se eles estão extraviados, não houve recusa em sua apresentação, mas sim impossibilidade material de fazê-lo.

Extrai-se das razões apresentadas pela Impugnante que ela própria reconhece que as primeiras vias das notas fiscais autuadas extraviaram.

A autorização para o creditamento, prevista no dispositivo legal retro mencionado, conforme reconhece a Impugnante, só se aplica nos casos em que houver pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito.

A Autuada deveria ter tomado as providências supracitadas antes de proceder ao creditamento do ICMS, o que de fato não ocorreu.

Contrariamente ao alegado pela Impugnante, o Fisco de origem competente para se pronunciar é aquele da circunscrição da empresa emitente da NF. Para se pronunciar com exatidão a autoridade fiscal deve fazer algumas verificações, tais como: confrontar a via da NF em poder do destinatário com a via fixa em poder da empresa emitente, analisar se houve escrituração deste documento no livro Registro de Saídas do emitente.

Ademais, a partir do exame do quadro a seguir elaborado (que contém a relação das notas fiscais apresentadas pela Impugnante – 3ª ou 4ª via), verifica-se que vários dos emitentes das NFs localizam-se em outras Unidades da Federação, outros estão estabelecidos em municípios deste Estado, sendo que apenas 04 (quatro) deles estão situados no município de Contagem/MG (local onde a Autuada encontra-se estabelecida).

NOTAS FISCAIS APRESENTADAS PELA IMPUGNANTE (3ª OU 4ª VIA)				
NF	DATA EMISSÃO	DATA SAÍDA	ORIGEM	OBS.
047711	30/04/2003	05/05/2003 (Maio)	São Paulo/SP	Não registrada nos meses 03 e 04/2003.
019075	23/04/2003	---	Contagem/MG	

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

<i>018946</i>	<i>04/04/2003</i>	<i>----</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>524506</i>	<i>09/04/2003</i>	<i>09/04/2003</i>	<i>João Monlevade/MG</i>	
<i>018741</i>	<i>19/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>047177</i>	<i>01/04/2003</i>	<i>02/04/2003</i>	<i>São Paulo/SP</i>	
<i>527642</i>	<i>25/04/2003</i>	<i>25/04/2003</i>	<i>Juiz de Fora/MG</i>	
<i>526989</i>	<i>19/04/2003</i>	<i>19/04/2003</i>	<i>Juiz de Fora/MG</i>	
<i>526992</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>João Monlevade/MG</i>	
<i>526991</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>João Monlevade/MG</i>	
<i>188796</i>	<i>05/03/2003</i>	<i>05/03/2003</i>	<i>Sabará/MG</i>	
<i>018746</i>	<i>19/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>071400</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>Vespasiano/MG</i>	
<i>171039</i>	<i>07/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>São Paulo/MG</i>	
<i>518840</i>	<i>13/03/2003</i>	<i>13/03/2003</i>	<i>João Monlevade/MG</i>	
<i>469576</i>	<i>27/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>013719</i>	<i>10/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>BH/MG</i>	<i>NF sem destaque ICMS – Mercadoria ST</i>
<i>015159</i>	<i>--/04/2003</i>	<i>---</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>037669</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>037599</i>	<i>07/03/2003</i>	<i>07/03/2003</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>144348</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>Curitiba/PR</i>	
<i>058506</i>	<i>12/03/2003</i>	<i>12/03/2003</i>	<i>Contagem/MG</i>	

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

<i>721189</i>	<i>19/03/2003</i>	<i>19/03/2003</i>	<i>Itaú de Minas/MG</i>	
<i>003157</i>	<i>18/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>São Paulo/SP</i>	
<i>065899</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>Cotia/SP</i>	
<i>065900</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>11/03/2003</i>	<i>Cotia/SP</i>	
<i>066419</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>26/03/2003</i>	<i>Cotia/SP</i>	
<i>066522</i>	<i>28/03/2003</i>	<i>28/03/2003</i>	<i>Cotia/SP</i>	
<i>065851</i>	<i>10/03/2003</i>	<i>10/03/2003</i>	<i>Cotia/SP</i>	
<i>732097</i>	<i>16/04/2003</i>	<i>16/04/2003</i>	<i>Itaú de Minas/MG</i>	
<i>038144</i>	<i>10/04/2003</i>	<i>10/04/2003</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>014164</i>	<i>24/04/2003</i>	<i>24/04/2003</i>	<i>Contagem/MG</i>	
<i>030940</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>----</i>	<i>Guarulhos/SP</i>	
<i>145985</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>Curitiba/PR</i>	
<i>007655</i>	<i>01/04/2003</i>	<i>01/04/2003</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>007914</i>	<i>29/04/2003</i>	<i>29/04/2003</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>007853</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>23/04/2003</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>003204</i>	<i>24/03/2003</i>	<i>---</i>	<i>BH/MG</i>	
<i>003187</i>	<i>21/03/2003</i>	<i>----</i>	<i>BH/MG</i>	

A Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75 foi exigida em razão do extravio dos documentos fiscais, conforme constou do próprio Relatório do Auto de Infração e não pela falta de entrega dos mesmos.

A penalidade relativa à falta de entrega foi exigida no PTA citado pela Impugnante.

Corretas, portanto, as exigências fiscais, em face da apropriação de créditos de ICMS originários de NFs efetivamente extraviadas.

Item 3 do Auto de Infração - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais que destinavam mercadorias a estabelecimento diverso do contribuinte ora autuado

Exigências de ICMS e multa de revalidação, após recomposição da conta gráfica e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso V da Lei nº 6.763/75.

Na Planilha – 02 (fls. 412) consta que os valores glosados referem-se às Notas Fiscais de nºs 006749 de 10/12/04 e 029142 de 09/12/05, cujas cópias estão acostadas às fls. 413 e 414.

Mencionados documentos, consignando como destinatária a empresa “Sociedade Mineração Ind e Com Ltda, foram lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 415 e 416) nos meses de janeiro e dezembro de 2005, respectivamente.

Vê-se, pois, que a infração encontra-se perfeitamente caracterizada.

A Impugnante não se defende desta irregularidade.

Legítimas, as exigências fiscais.

Item 4 do Auto de Infração - Lançamento a menor no livro Registro de Saídas do ICMS destacado nas notas fiscais listadas na Planilha 04 (fls. 428)

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A relação das notas fiscais objeto desta irregularidade, bem como os valores das exigências fiscais encontram-se descritos na Planilha – 04 (fls. 428).

Tais documentos foram emitidos nos seguintes meses: agosto/01, maio/03, fevereiro/05, junho/05 e novembro/05.

Mediante exame das cópias das notas fiscais supracitadas e do livro Registro de Saídas juntadas às fls. 429 a 449 percebe-se que efetivamente houve registro a menor do ICMS, nos valores apontados na referida planilha.

A Impugnante também não se defende desta irregularidade.

Legítimas, as exigências fiscais.

Item 5 do Auto de Infração - Falta de destaque do ICMS nas saídas de mercadorias em operações de simples remessa e remessa para demonstração/consignação sem retorno ou faturamento

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais objeto desta irregularidade, emitidas no período compreendido entre maio de 2001 a janeiro de 2006, estão identificadas com os códigos “1” e “5” na última coluna da Planilha 05 (fls. 451/453).

Como no caso do primeiro item desta decisão, a matéria precisa ser vista dentro do enfoque da legitimidade da redução da base de cálculo.

Admitia a redução como informado ali no item mencionado, incorreta a sanção fiscal neste aspecto tendo em vista que esta acusação sofre a repercussão daquela.

Assim sendo, devem ser canceladas as exigências fiscais.

Item 6 do Auto de Infração - Saídas de mercadorias com destino ao exterior sem a efetiva comprovação da operação

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais relativas a esta infração, emitidas no período compreendido entre agosto/2002 a janeiro/2006, estão identificadas com o código “2” na última coluna da Planilha 05 (fls. 451/453).

Tais documentos constam da Tabela elaborada pela Assessoria do CC/MG, denominada “Irregularidade do Item 06 do Auto de Infração”.

Tendo em vista a apresentação pela Autuada (fls. 926/933 e 954/974) de documentos fiscais relativos à exportação das mercadorias consignadas nas NFs n.º 002652, 002653, 004895, 004934, 005474, 003775 e 003776, o Fisco excluiu as exigências concernentes a estas operações (fls. 976/978).

Em vista deste fato remanescem, no tocante a este item do AI, apenas as exigências relativas às NFs n.º 001445 e 001446, emitidas em 29/08/02 (cópias anexadas às fls. 503 e 504), para as quais não foram apresentados documentos de exportação, mesmo após as intimações efetuadas pelo Fisco para entrega destes documentos (Termos de Intimação – fls. 14 e 17 e Termo de Início de Ação Fiscal – fls. 10).

Corretas, por conseguinte, as exigências fiscais remanescentes, originárias das 02 (duas) notas fiscais acima citadas.

Item 7 do Auto de Infração - Falta de lançamento no livro Registro de Saídas do ICMS destacado em notas fiscais

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Os documentos fiscais concernentes a esta irregularidade, emitidos nos meses de abril de 2001, outubro de 2001 e outubro de 2005, estão identificados com o código “3” na última coluna da Planilha 05 (fls. 451/453).

Na Tabela elaborada pela Assessoria do CC/MG, denominada “Irregularidade do Item 07 do Auto de Infração” constam os seguintes dados, em relação a cada NF autuada: n.º e data, natureza da operação, anotações contidas no corpo da NF, livros Registro de Saídas nos quais os documentos foram escriturados com a ausência de lançamento do ICMS destacado nas NFs.

Infração caracterizada e não defendida pela Impugnante.

Corretas, portanto, as exigências fiscais.

item 8 do Auto de Infração - Falta de lançamento de notas fiscais no livro Registro de Saídas

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os documentos fiscais concernentes a esta irregularidade, emitidos no período compreendido entre março de 2001 a dezembro de 2005, estão identificados com o código “4” na última coluna da Planilha 05 (fls. 451/453).

Na Tabela elaborada pela Assessoria do CC/MG, denominada “Irregularidade do Item 08 do Auto de Infração” são informados: nº e data, natureza da operação, informações contidas no corpo da NF, fls. dos autos em que estes documentos se encontram, além da menção das fls. dos autos nas quais constam cópias dos livros Registro de Saídas referentes aos períodos em que as notas fiscais deveriam ter sido lançadas.

Das 35 (trinta e cinco) notas fiscais autuadas, 33 (trinta e três) referem-se a operações de vendas de mercadorias normalmente tributadas.

A Nota Fiscal nº 000113 de 30/04/01, apesar de ter como natureza da operação “Simples Remessa”, contém destaque do ICMS.

Em relação à NF nº 004543 de 29/04/05 o Fisco exigiu somente a multa isolada, haja vista tratar-se de operação de exportação.

Infração caracterizada e não defendida pela Impugnante.

Corretas, portanto, as exigências fiscais.

Item 9 do Auto de Infração - Utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais objeto desta irregularidade, emitidas no período compreendido entre maio de 2004 a outubro de 2005, estão identificadas com o código “6” na Planilha 05 (fls. 451/453).

Na tabela elaborada pela Assessoria do CC/MG denominada “Irregularidade do Item 09 do Auto de Infração” estão relacionadas as NFs autuadas, bem como a razão social e atividade das empresas destinatárias.

Os documentos autuados (exceto a NF nº 005172) referem-se à venda de peneiras (sem redução de base de cálculo do ICMS) para empresas do ramo de construção civil, localizadas em outras Unidades da Federação.

Com relação a esta infração a Impugnante ratifica os argumentos já apresentados em sua Impugnação (item 3.5 – Das Operações a Não Contribuintes), bem como anexa aos autos (fls. 906, 909, 911, 912, 914, 916, 917, 919 a 921) telas de consulta realizada junto ao SINTEGRA relativa à situação cadastral das destinatárias, advertindo que a palavra “habilitada” contida nestas consultas deve ser entendida como aquelas que estão em situação regular, sendo contribuintes do imposto.

Pelas razões externadas no parecer da Assessoria do CC/MG, referenda-se aqui a exclusão das exigências relativas à nota fiscal ali pontuada, no entanto, em relação às demais, tem-se que razão também não assiste ao Fisco, pois, efetivamente, o contribuinte autuado trouxe aos autos a tela do SICAF atestando a condição de “contribuintes” dos destinatários constantes das notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A presunção do Fisco é relativa e, com tais documentos atestando a condição de contribuintes de tais destinatários tem-se que a presunção inicial do Fisco fica ilidida, competindo-lhe então, demonstrar que esta presunção, também relativa do contribuinte não se consagra no caso específico.

Não se desincumbiu o Fisco deste mister, no entanto, restando válida a presunção relativa que, como dito, trilha em favor da defesa.

Assim, improcedente a exigência fiscal consubstanciada neste item em comento.

Com relação à decadência de parte do crédito tributário, Arguida pela Impugnante, no que se refere às exigências cobradas na autuação anteriores a 27 de dezembro de 2001, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, razão não lhe assiste.

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, inciso I do CTN (citado pela Impugnante), que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do CTN.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade:

"O lançamento por homologação somente é passível de concretização se existiu pagamento. **Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido**, nem expressa, nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, poderá ter lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149 do CTN." (gn)

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao exercício de 2001, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2007.

Adverte-se que o Sujeito Passivo foi intimado do Auto de Infração em apreço em 27/12/2006 (recibo na via do próprio AI – fls. 04).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 02/12/09. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 966/978, e também para excluir as exigências relativas ao art. 55, VII da Lei nº 6763/75 e as exigências relativas aos itens 1, 5 e 9 do AI. Vencido, em parte, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que o julgava parcialmente procedente nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 976/988, e ainda para: 1) em relação ao item 1, aplicar a alíquota de 12% (doze por cento) nas saídas para empresas de construção civil no período anterior a 2005; a partir de janeiro de 2005 aplicar a alíquota interestadual apenas para as Construtoras "Redran", "Weiller", "Castilho" e "Cesbe" e em relação às Notas Fiscais nºs. 587, 589, 1.193, 1.474, 1.648 e 1.679; 2) em relação ao item 5, aplicar a alíquota de 12% (doze por cento) nas remessas para empresas de construção civil no período anterior a 2005; 3) em relação ao item 9, excluir as exigências referentes às saídas para empresas de construção civil no período anterior a 2005. Vencido, em parte, o Conselheiro Raimundo Francisco da Silva (Relator), que o julgava parcialmente procedente nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 976/988, e também para excluir as exigências relativas ao art. 55, VII da Lei nº 6763/75, excluindo ainda as exigências anteriores a 27/12/01 relativamente aos itens 1 e 5 do AI. Designado relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor). Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Raimundo Francisco da Silva (Relator), alteraram os seus votos nesta Sessão. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2009.

André Barros de Moura
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator Designado

ACR/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.576/09/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000154144-91
Impugnação: 40.010120057-62
Impugnante: Embratelas Empresa Brasileira de Telas Ltda
IE: 062112267.00-51
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, 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.

Em relação ao item 1 do Auto de Infração, peço licença para considerar em meus fundamentos aqueles já delineados no voto vencido do Conselheiro Raimundo Francisco da Silva, exceção à aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) nas saídas para empresas de construção civil no período anterior a 2005.

Esta exceção se explica de forma simplória.

Considerando-se que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 71/89 com vigência a partir de 1º/01/2005, introduzindo no RICMS/02 o § 12 do art. 42, constata-se total incoerência, com a vênua devida, da Fiscalização de exigir, no período anterior à denúncia, o mesmo procedimento exigido dos contribuintes a partir da denúncia.

Fica claro tal entendimento quando se constata que no período anterior à denúncia o Fisco promoveu vários lançamentos exigindo das empresas de construção civil estabelecida no nosso Estado o “diferencial” entre as alíquotas interna e interestadual e todos esses trabalhos, sem exceção, foram aprovados neste CC/MG.

Logicamente que tal exigência continha o pressuposto de se considerar as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS.

Portanto, o Fisco não pode querer atuar nas duas frentes, ou seja, exigindo o diferencial de alíquotas na entrada de bens oriundos de outros Estados e exigindo a alíquota cheia (18%) ao mesmo tempo nas saídas interestaduais.

Em relação ao período a partir de janeiro de 2005, observa-se o mesmo entendimento esposado no parecer da Assessoria do CC/MG.

Em relação ao item 5, vale o mesmo entendimento já desenvolvido acima, tendo em vista a mudança de critério do próprio Fisco em relação à caracterização das empresas de construção civil como contribuintes até a denúncia do convênio.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao item 9, também observa-se o mesmo entendimento supra, tendo em vista que todos os documentos fiscais são do período anterior a 2005.

Em rapidíssima síntese, espero que tenha esclarecido o sentido de meu voto.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2009.

**Edwaldo Pereira de Salles
Conselheiro**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.576/09/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000154144-91
Impugnação: 40.010120057-62
Impugnante: Embratelas Empresa Brasileira de Telas Ltda.
IE: 062112267.00-51
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Raimundo Francisco da Silva, 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, registrando.

Relativamente à irregularidade descrita no item 1 do Auto de Infração (redução indevida da base de cálculo do ICMS nas operações de saída de telas realizadas no período compreendido entre março/2001 a maio/2006), cumpre esclarecer que a própria Impugnante admite que o produto por ela comercializado era tela (grade) e não a peneira classificatória, ou seja, apenas parte, e não a própria máquina industrial. Ainda assim, entende que o seu produto goza do benefício de que trata o item 16 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 c/c o item 103.1 da Parte 4 do mesmo anexo, tese esta referendada pelos doutos votos vencedores.

Com a devida vênia, não assiste razão aos que entendem assim.

É que o benefício sob exame tem como origem o Convênio ICMS 52/91, aplicando-se às operações internas e interestaduais com máquina, aparelho ou equipamento industriais relacionados em seu anexo único, relação esta reproduzida na Parte 4 do Anexo IV do RICMS/02, em cujo subitem 103.1 (redação vigente à época dos fatos) consta “Máquinas e aparelhos para selecionar, peneirar, separar ou lavar”, classificadas nas posições 8474.10.0101 a 8474.10.9900 da NBM/SH.

Como se vê, o dispositivo é claro no sentido de que a redução da base de cálculo aplica-se tão somente à saída de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, não se estendendo, portanto, às suas partes ou peças.

Logo, os produtos descritos nas notas fiscais autuadas (telas ou grades para peneira, classificadas na posição 7314.49.00) não estão contemplados pelo benefício, que, dada a sua natureza objetiva, aplica-se exclusivamente aos produtos relacionados no mencionado dispositivo legal, no caso, à máquina industrial denominada peneira, mas não às telas ou grades nela empregadas, até porque, segundo o disposto do art. 111, II do CTN, deve ser interpretada literalmente a legislação que trata de redução da base de cálculo (considerada isenção parcial, conforme o disposto no art. 8º, § 4º da Lei nº 6.763/75).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Igualmente não assiste razão à Impugnante ao pleitear, com base no princípio da eventualidade, a aplicação da alíquota de 12% nas saídas em operações internas das telas metálicas, por força do disposto no art. 42, subalínea b.12, da Parte Geral do RICMS/02, uma vez que o produto (NCM/SH 7314.49.00) também não se encontra listado na Parte 6 do Anexo XII do RICMS/02.

Ainda em relação à irregularidade do item 1, no que diz respeito à utilização indevida de alíquota interestadual para as operações destinadas a não contribuintes, tem-se como corretas as exigências referentes às notas fiscais destinadas a pessoas físicas, prefeituras municipais ou empresas não cadastradas como contribuintes nos Estados de destino, uma vez que, conforme documentação anexada pelo próprio Impugnante às fls. 1269/1338 (extratos de consulta ao SINTEGRA ou ao Cadastro do CNPJ – Receita Federal) ou pela Assessoria do CC/MG, em anexo ao seu parecer, não resta nenhuma dúvida quanto à condição dos mesmos de não contribuintes do ICMS.

Quanto às notas fiscais destinadas a empresas de construção civil, no entanto, também nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais emitidas nos exercícios de 2003 e 2004 (enquanto vigorava na legislação mineira as normas do Convênio ICMS 71/89) tendo como destinatários as empresas a seguir relacionadas, tendo em vista as evidências de que são contribuintes do ICMS, consoante as seguintes informações constantes das telas do SINTEGRA: “Habilitadas – Regime Normal/Normal” e “O documento fiscal emitido por esta inscrição gera crédito ao destinatário”. São as seguintes as empresas:

Construtora Sanches Tripoloni Ltda. – I.E n.º 70113864-36 - CNPJ 53.503.652/0002-96” (fls. 1.114),

Cbemi Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. – I.E n.º 90251979-30 – CNPJ 83.720.060/0002-97” (fls. 1.118);

Conterpavi Construções Terraplenagem Pavimentações Ltda. – I.E n.º 70103792-82 – CNPJ 79.124.905/0001-23” (fls. 1.120);

Redram Construtora de Obras Ltda. – I.E n.º 41012958-21 – CNPJ 76.444.751/0001-69 ” (fls. 1.125);

Weiller Construção Civil Ltda. – I.E n.º 43400581-73 – CNPJ 79.986.949/0001-62” (fls. 1.129),

Construtora Castilho S.A – I.E n.º 10138144-70 – CNPJ 92.779.503/0001-25” (fls. 1.131);

TV Técnica Viaria Construções Ltda. – I.E n.º 10150129-90 – CNPJ 76.641.448/0001-56” (fls. 1.136);

Construtora Serra da Prata Ltda. – I.E n.º 11805879-81 – CNPJ 82.083.270/0001-78” (fls. 1.142);

D. M. Construtora de Obras Ltda. – I.E n.º 10133854-12 – CNPJ 76.483.726/0001-94 (fls. 1.149);

Cesbe S.A Engenharia e Empreendimentos – I.E n.º 10144026-55 – CNPJ 76.487.222/0001-42 (fls. 1.168).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente às operações realizadas a partir de 1º/01/05, em conformidade com o disposto no § 12 do art. 42 da Parte Geral do RICMS/02, a utilização da alíquota interestadual para as saídas destinadas a empresas de construção civil dependeria da comprovação inequívoca, pelo remetente, que a destinatária realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias, o que efetivamente não foi feito pela Autuada.

Assim, corretas as exigências constantes do Auto de Infração, exceto as relativas às notas fiscais destinadas às 04 (quatro) empresas abaixo relacionadas, em relação às quais há comprovação nos autos de que efetivamente se tratam de contribuintes do ICMS, como se viu anteriormente:

1. Redram Construtora de Obras Ltda. – I.E n.º 41012958-21 – CNPJ 76.444.751/0001-69;

2. Weiller Construção Civil Ltda. – I.E n.º 43400581-73 – CNPJ 79.986.949/0001-62;

3. Construtora Castilho S.A – I.E n.º 10138144-70 – CNPJ 92.779.503/0001-25;

4. Cesbe S.A Engenharia e Empreendimentos – I.E n.º 10144026-55 – CNPJ 76.487.222/0001-42.

Sempre segundo o bem elaborado parecer da Assessoria, há ainda de se excluir as exigências relativas às Notas Fiscais n.º 587, 589, 1.193, 1.474, 1.648 e 1.679, em virtude de dúvidas quanto à condição de contribuinte do ICMS (ou não) de seus destinatários, em face de os documentos constantes dos autos não permitirem uma aferição segura a respeito, bem como adequar as exigências relativas à NF n.º 005077 de 22/09/05 (relacionada na Planilha 01 – fls. 96 dos autos), alterando-se para R\$ 29,05 (vinte e nove reais e cinco centavos) o valor da exigência a título de ICMS, haja vista a emissão da NF complementar n.º 005172 de 18/10/05 (fls. 597), sendo esta importância a correta diferença entre o imposto devido e a soma do destacado em ambas as notas fiscais (005077 e 005172).

Quanto à irregularidade do item 5 do Auto de Infração, refere-se a notas fiscais emitidas no período compreendido entre maio/2001 a janeiro/2006, sem o destaque do ICMS, relativamente a saídas de tela ou grade para peneira em operações de simples remessa e remessa para demonstração/consignação sem retorno ou faturamento.

Aqui, a Impugnante não contesta propriamente o mérito da autuação, mas alega que o trabalho deve ser revisto para, se for o caso, aplicar-se a redução da base de cálculo ou então a alíquota de 12%, conforme os argumentos expendidos em relação à irregularidade do item 1.

Da análise das notas fiscais, no entanto, depreende-se que se tratam de operações normalmente tributadas, porém sem o destaque do imposto.

Com relação às Notas Fiscais n.º 000711 de 17/01/02 (fls. 484) e 005183 de 19/10/05 há a menção de que a mercadoria seria de propriedade dos destinatários, tendo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sido enviada para a Autuada para conserto, porém não constam destes documentos os números das respectivas notas fiscais de remessa.

Quanto às notas fiscais de remessa para teste/demonstração, consta que os produtos seriam posteriormente faturados, porém não foram apresentadas as correspondentes notas fiscais com o devido destaque do imposto.

Corretas, portanto, as exigências, uma vez que, como se viu da análise da irregularidade nº 1, não se aplicam nem a redução da base de cálculo nem a alíquota de 12% às telas ou grades para peneira.

No que diz respeito à irregularidade do item 9 do AI (utilização de alíquota interestadual nas saídas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto), as notas fiscais autuadas se referem vendas de peneiras (sem redução de base de cálculo do ICMS) para empresas de construção civil, localizadas em outras unidades da Federação.

Como já mencionado anteriormente, a Nota Fiscal n.º 005172, de 18/10/05 (fls. 597), foi emitida com a finalidade de complementar o valor do ICMS destacado na NF n.º 005077, tendo sido a diferença do imposto devido já incluída nas exigências do item 1 do AI, motivo pelo qual deve ser excluída das exigências deste item.

Tal como na contestação do mencionado item 1, aqui também alega a Impugnante que os destinatários são contribuintes do ICMS. Contudo, já se viu que a documentação trazida (extratos de consulta ao SINTEGRA) não é suficiente para tal comprovação, razão por que devem ser mantidas as exigências, exceto em relação à Nota Fiscal à nº 005172, pelo motivo já exposto.

Resta ainda analisar a alegação de que parte do crédito tributário já se encontra extinto, em razão da decadência de que trata o § 4º do art. 150 do CTN.

Neste ponto, e também pedindo vênias às opiniões em contrário, assiste razão à Impugnante.

É que, tratando-se o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação – *também chamado “auto lançamento”, porquanto o contribuinte se obriga, por determinação legal, a apurar e pagar o imposto devido sem o prévio exame da autoridade fiscal, cuja manifestação se dará posteriormente* –, dispõe o Fisco do prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador para homologar expressamente aquelas atividades do contribuinte, aperfeiçoando-se assim o lançamento.

Omitindo-se o Fisco, referida homologação se dá tacitamente com o decurso do referido prazo, hipótese em que se considera definitivamente extinto o crédito tributário, ressalvados os casos em que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação. É o que se depreende do disposto no art. 150, §§ 1º e 4º do CTN, *verbis*:

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 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.

Por consequência lógica, este é também o prazo em que poderá o Fisco negar expressamente tal homologação, caso verifique eventuais incorreções ou omissões do contribuinte na apuração e pagamento do imposto, ou qualquer outra infração à legislação tributária.

Ou seja, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, tal como o ICMS, pode o Fisco apurar e lançar de ofício eventual crédito tributário, desde que o faça no prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sob pena da decadência deste direito, com a extinção definitiva daquele, ressalvada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, hipótese em que a contagem do prazo se iniciará no primeiro dia do exercício seguinte àquele em poderia ter sido feito o lançamento, conforme o art. 173, I do CTN.

Registre-se, no entanto, que a matéria comporta diversas interpretações, e por isso mesmo tem suscitado várias controvérsias, não estando ainda pacificada tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial, sendo objeto de dissenso inclusive na esfera do contencioso administrativo fiscal mineiro.

Neste contexto, e não obstante já houvesse firmado o entendimento acima em diversos julgados ao longo da década de 1990, atualmente este Conselho de Contribuintes vem decidindo majoritariamente no sentido de que, não havendo a antecipação do pagamento, não há o que homologar, afastando assim a retrocitada regra especial aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, para aplicar à hipótese a regra geral de decadência prevista no inciso I do art. 173 do CTN, segundo a qual a contagem do prazo de que dispõe o Fisco para formalizar o crédito tributário se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e não na data da ocorrência do fato gerador.

Vale dizer, pelo atual entendimento majoritário do CC/MG, a homologação tácita de que trata o § 4º do art. 150 somente pode ocorrer em relação ao imposto efetivamente apurado e pago pelo contribuinte. Assim, mesmo após o transcurso dos cinco anos da ocorrência do fato gerador, mas desde que ainda não expirado o prazo (também de cinco anos) contado na forma do art. 173, I do CTN, permanecerá incólume o direito do Fisco de formalizar a exigência do crédito tributário correspondente aos valores não contemplados na apuração (e conseqüentemente não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pagos), por meio do lançamento de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo código.

Data maxima venia, no entanto, encontra-se equivocado tal entendimento. Isto porque se fundamenta no pressuposto de que o objeto da homologação é o pagamento do tributo, e não a atividade (ou o conjunto de atividades) legalmente cometida ao sujeito passivo com vistas à satisfação da obrigação tributária.

Com efeito, no caso do ICMS, precedem ao pagamento do imposto uma série de deveres instrumentais, as chamadas obrigações acessórias, tais como a emissão e escrituração de documentos e livros fiscais referentes às entradas e saídas de mercadorias ou ao recebimento ou prestação de serviços, bem como à apuração do imposto mediante a compensação dos débitos com os créditos, seguida da declaração do correspondente saldo, que deve também ser informado ao Fisco, tudo no interesse da fiscalização e arrecadação. Via de regra, somente após esse conjunto de atividades é que o contribuinte satisfaz a obrigação principal, assim considerado o pagamento propriamente dito do imposto, todavia, cabe lembrar que nem sempre haverá saldo devedor a ser pago.

De fato, consideradas determinadas circunstâncias e peculiaridades inerentes à sistemática e ao regime jurídico do ICMS, não são raros os casos de contribuintes que mantêm saldos credores acumulados por anos a fio, hipótese em que, evidentemente, não haverá saldo de imposto a pagar, mas ainda assim não deixará o imposto de se sujeitar ao lançamento por homologação, até porque todas aquelas outras obrigações existem e devem ser adimplidas, sob pena da imposição de multas específicas se constatadas eventuais infrações à legislação em procedimento regular de fiscalização que, à toda evidência, também se submete ao mesmo prazo decadencial do art. 150, § 4º.

Ademais, a teor do disposto no art. 24 da Lei Complementar nº 87/96, a liquidação da obrigação principal do ICMS (isto é, o pagamento do imposto) se dá mediante a compensação entre débitos e créditos, sendo que o pagamento propriamente dito, assim entendido aquele efetuado em dinheiro no prazo de vencimento fixado pela legislação, constitui uma forma apenas secundária da referida liquidação. Confira-se:

Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo.

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar os do crédito, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pelo Estado;

III - se o montante dos créditos superar o dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ora, se assim o é, toda vez que houver apuração do imposto, mediante a compensação dos débitos com os créditos, terá havido pagamento. Logo, *ad argumentandum tantum*, se é correto considerar-se, tal como preconizado pela corrente majoritária, que a homologação tácita de que trata o § 4º do art. 150 somente pode ocorrer quando houver pagamento, basta haver apuração do imposto para que a mesma ocorra, pois nesta hipótese haverá sim o que homologar, mesmo se da apuração resultar saldo credor ou saldo devedor a menor que o devido, seja por erro de fato ou de direito, ressalvadas, repita-se, as hipóteses de ocorrência de fraude, dolo ou simulação.

De se ver, portanto, que o que se homologa não é o pagamento do tributo propriamente dito, mas todo aquele conjunto de atividades que normalmente o precedem.

Nesta mesma linha de raciocínio, citam-se excertos dos doutos votos proferidos, respectivamente, pelos então Conselheiros Lívio Wanderlei de Oliveira, no Acórdão 17.597/07/2ª:

E não se queira dizer que o dispositivo do art. 150 somente se aplica quando houver o pagamento. Na sistemática do ICMS não há um pagamento propriamente dito do imposto destacado. Tanto pode haver um “pagamento” pela compensação total do valor do imposto levado a débito com o crédito a que tem direito o contribuinte, como a compensação pode ser parcial, gerando saldo devedor. Este saldo devedor, quando ocorrer, é que se leva a pagamento.

Logo, pelo menos para o ICMS, o que se apura e deve ser fiscalizado é aquele valor do imposto resultante do confronto entre o débito e o crédito. E desde que a irregularidade decorra da escrituração regular efetivada pelo contribuinte, eventual exigência fiscal submete-se ao prazo decadencial do § 4º, art. 150 do CTN.

A título de exemplo citem-se as seguintes irregularidades sujeitas à decadência do art. 150, § 4º do CTN: a) utilização de alíquota e base de cálculo de forma incorreta; b) apropriação irregular de crédito; c) cálculo do imposto incorreto; d) outras, desde que apuradas na escrita fiscal regular do contribuinte. Isso porque o Fisco homologa é o correto processo de apuração do imposto, desde que todas as irregularidades sejam cometidas sem a presença de dolo, fraude ou simulação. (g.n.)

E Jefferson Nery Chaves, no Acórdão 18.198/08/2ª, para quem, em matéria de decadência, aplica-se em princípio a regra do § 4.º do art. 150 (cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador) aos tributos lançados por homologação, sendo que:

Em tais casos, a regra prevista no inciso I do *caput* do art. 173 somente se aplica em duas situações: primeiro, quando o contribuinte, apurando imposto a pagar, deixa de recolhê-lo; segundo, quando, tendo

recolhido o tributo por ele apurado, houver dolo, simulação ou fraude.

No primeiro caso, quando o contribuinte apura imposto a pagar e deixa de recolhê-lo, a homologação ficta não se opera, podendo o Fisco exigir de ofício o imposto devido, desde que respeitado o prazo previsto no inciso I do *caput* do art. 173 do CTN (cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), já que não se opera a homologação tácita, na falta de pagamento de imposto apurado e declarado pelo contribuinte. Quando, no entanto, o contribuinte não apura imposto a recolher, porque entende, ainda que de forma equivocada, aplicável uma isenção, ou por entender que o imposto não é devido, aplica-se também o prazo do § 4.º do art. 150 do CTN, não podendo o Fisco exigir, de ofício, o imposto que entender devido, se ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, contado do fato gerador. É que, na hipótese, terá ocorrido a homologação tácita.

A homologação tácita ocorre não somente quando o contribuinte apura imposto (ainda que a menor, em razão de erro) e faz o recolhimento, mas também quando o contribuinte não paga por não ter apurado imposto a pagar (vale dizer, por entender aplicável, ainda que indevidamente, uma isenção, ou por entender que a situação não era passível de tributação). O que se homologa, na verdade, é o procedimento de apuração levado a efeito pelo contribuinte e informado ao Fisco: se, dessa apuração, resulta imposto a pagar (ainda que a menor, em razão de erro), e há efetivamente o pagamento, a homologação ficta se efetiva passados 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador; mas, se da apuração não resulta imposto a pagar, porque o contribuinte entende aplicável uma isenção, ou entende não ser devido o imposto, ainda que por erro, também se efetivará a homologação tácita após 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador. Em ambos os casos, transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, contado da ocorrência do fato gerador, não poderá o Fisco exigir de ofício o imposto que entender devido. (g.n.).

Ainda quanto ao objeto da homologação, a tese aqui sustentada é referendada por expoentes da doutrina jurídica nacional, tais como Aliomar Baleeiro, Roque Antônio Carraza, Hugo de Brito Machado, Hugo de Brito Machado Segundo, Leandro Paulsen, Gabriel Lacerda Troianelli, citando-se aqui, por todos, José Souto Maior Borges, (Lançamento Tributário, 2ª ed., Malheiros, 1999, p. 397/400), tal como o fez o Em. Ministro do STJ Luiz Fux em voto proferido no REsp. 639376/RS:

O art. 150, § 4º do CTN introduz no âmbito do Direito Tributário uma ficção legal, porque com o decurso do quinquênio tem-se juridicamente como sucedido algo que concretamente não ocorreu, ou seja, a homologação. Esse preceito contempla hipótese de equiparação da homologação tácita à homologação expressa pelo Fisco. Transcorrido o quinquênio, é como se homologação expressa tivesse efetivamente ocorrido.

Como, na sistemática do Código Tributário Nacional, homologável não é só o pagamento, mas a atividade toda que antecede o ato de homologação, se não houver antecipação do pagamento, ou se o pagamento tiver sido insuficiente em decorrência de redução na base de cálculo e/ou alíquota concretamente aplicáveis - ressalvadas as hipóteses de dolo, fraude ou simulação - poderá ocorrer a homologação ficta da respectiva atividade se a autoridade administrativa não praticar o lançamento ex officio. E essa homologação ficta atuará com eficácia preclusiva para o reexame da matéria.

(...)

Poder-se-ia pretender que, se o sujeito passivo descumpra a obrigação, deixando de efetuar qualquer antecipação de pagamento, não caberia falar-se em homologação, e, portanto, nessa hipótese não caberia a invocação do art. 150, § 4º, mesmo após o transcurso do prazo nele referido. Dessa omissão só decorreria para o Fisco a abertura da via do lançamento ex officio. Mas ainda nessa hipótese é possível, até em consequência do desconhecimento do concreto estado de coisas pelo Fisco, venha a ser a atividade prévia homologada, precisamente porque a homologação não é somente referível ao pagamento. (...) Logo, o pagamento não é necessariamente levado em linha de conta para os efeitos do art. 150, § 4º.

(...)

Consequência imediata dessa ordem de considerações é que a decadência não terá sempre o seu termo inicial disciplinado pelo art. 173 do CTN. (g.n.)

Em outra passagem do mesmo voto, assevera o Min. Luiz Fux:

Impende salientar que a homologação a que se refere o art. 150 do Código Tributário é da atividade do sujeito passivo, não necessariamente do pagamento do tributo. O que se homologa, quer expressamente, quer tacitamente, é o proceder do contribuinte, que pode ser o pagamento suficiente do tributo, o pagamento a menor ou a maior ou, também, o não-pagamento. Seja qual for, dentre todas as possíveis condutas do contribuinte, ocorre uma ficção do Direito Tributário,

sendo irrelevante que tenha havido ou não o pagamento, uma vez que relevante é apenas o transcurso do prazo legal para o pronunciamento da autoridade fazendária, di-lo o Codex Tributário.

Transcorrido o prazo de cinco anos, previsto no art. 150, § 4º, não mais poderá o Fisco efetuar o lançamento do tributo, ou seja, constituir o crédito tributário.

Por outro lado, cabe ainda salientar que a aplicação linear e generalizada do art. 173, I do CTN, como vem fazendo o Conselho de Contribuintes, equivale na prática à negação de vigência ao disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que esta regra nunca incidiria nas hipóteses de haver lançamento de ofício pela Fiscalização, quando entender que não deva homologar a atividade do contribuinte. Vale dizer, a regra somente se aplicaria nas hipóteses em que o Fisco devesse homologar expressamente a atividade do contribuinte, porém, como não se tem notícia da prática de tal procedimento, forçoso é concluir-se que sua aplicação se restringiria às hipóteses de homologação tácita, por inércia da autoridade fiscal.

Ora, tratando-se de regra especial em relação à regra geral do art. 173, deve ela prevalecer, e não o contrário.

Com estas considerações, acolhe-se o pleito da Impugnante no que diz respeito à decadência, pelo que devem ser excluídas as exigências do item 1 e 5 do Auto de Infração, relativas aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/12/01, observando-se que a constituição do crédito tributário se deu com a intimação do Auto de Infração em 27/12/06, conforme AR de fls.

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 2009.

**Raimundo Francisco da Silva
Conselheiro**