

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.782/15/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000256665-07
Impugnação: 40.010137492-69
Impugnante: Philips Eletrônica do Nordeste S/A
IE: 120272055.00-04
Proc. S. Passivo: José Gomes Rodrigues da Silva/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - NCONEXT - DF

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatada a retenção e o recolhimento a menor de ICMS/ST, devidos pela Autuada na saída de lâmpadas elétrica e eletrônica, reator e “starter” para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária por força do Protocolo ICMS nº 17/85, em razão de dedução indevida de parcela do ICMS da operação própria, não cobrada e não paga ao Estado de origem, em virtude de incentivo fiscal concedido sem anuência do CONFAZ, contrariando as disposições da LC nº 24/75, do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às operações com lâmpadas automotivas classificadas nas posições NBM 8539.2910 e 8539.2990 ocorridas até 31/07/09, em atendimento ao item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatada a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devidos pela Autuada na saída de lâmpadas elétrica e eletrônica para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária por força do Protocolo ICMS nº 17/85. Para o cálculo do ICMS/ST devido, o Fisco não deduziu parcela do ICMS da operação própria não cobrada e não paga ao Estado de origem em virtude de incentivo fiscal concedido sem anuência do CONFAZ. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às operações com lâmpadas automotivas classificadas nas posições NBM 8539.2910 e 8539.2990 ocorridas até 31/07/09, em atendimento ao item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, e, ainda, em relação ao crédito tributário remanescente, adequar ao percentual de 6% (seis por cento) o cálculo de ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, responsável substituta tributária mineira por força do Protocolo ICMS nº 17/85, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST ao Estado de Minas Gerais, nas operações de saídas interestaduais a contribuintes mineiros com mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes do item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (lâmpada elétrica e eletrônica, reator e “starter”), no período de abril a dezembro de 2009.

Verificou-se que ao efetuar o cálculo do ICMS/ST, a Autuada deduziu indevidamente, parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado, mediante Decreto do Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco-PRODEPE de nº 21.959, de 27/12/99, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Ressalta-se que a citada multa isolada (40% do valor da operação) foi reduzida a 20% (vinte por cento) do valor da operação, nos termos do art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, em razão da retroatividade mais benigna para a Contribuinte, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional - CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 55/80, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 104/129.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 136/161, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme relatado, o presente trabalho refere-se à constatação de que a Autuada, responsável substituta tributária mineira por força do Protocolo ICMS nº 17/85, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST ao Estado de Minas Gerais, nas operações de saídas interestaduais a contribuintes mineiros com mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes do item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (lâmpada elétrica e eletrônica, reator e “starter”), no período de abril a dezembro de 2009.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito do Fisco de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 19 de dezembro de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2009, sendo aplicável no seu entendimento, 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, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual 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 o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, decidiu no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR:

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 2009 somente expirou em 31/12/14, nos termos do 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 22/12/14 (fls. 53).

Quanto ao mérito propriamente dito, o Fisco constatou que a Autuada, ao efetuar o cálculo do ICMS/ST, deduziu indevidamente parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado, mediante Decreto do Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco - PRODEPE de nº 21.959 de 27/12/99, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Assim, foram exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

A citada multa isolada (40% do valor da operação) foi reduzida a 20% (vinte por cento) do valor da operação, nos termos do art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, em razão da retroatividade mais benigna para a Contribuinte, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

As mercadorias, objeto da autuação, sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária constam no Protocolo ICMS nº 17/85 e no item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, constituídas em lâmpadas elétrica e eletrônica, classificadas nas posições 8539 e 8540, reator e "starter", classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50, respectivamente.

As diferenças apuradas estão devidamente demonstradas no quadro intitulado como "Demonstrativo do Cálculo ICMS ST", que compõe o Anexo 6 do Auto de Infração, fls. 43/46, e que está em sua totalidade no DVD constante de fls. 42.

Cumprir registrar que o Fisco relatou a ocorrência de "retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST" em sentido amplo, pois o trabalho fiscal abrange tanto retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST quanto falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, uma vez que, em algumas operações objeto de autuação, há informação de valor "zero" na coluna "(I) – ICMS ST destacado" constante da planilha "Demonstrativo do Cálculo ICMS ST" (Anexo 6), ou seja, existem operações em que a Autuada não reteve e nem recolheu ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se que, dentre as operações em que houve falta de recolhimento de ICMS/ST, há exigência de parcela relativa ao diferencial de alíquota, nos termos da legislação vigente.

A Impugnante informa que, de acordo com o inciso XX da Cláusula Primeira do Protocolo ICM nº 08/88, que identificou as mercadorias abrangidas pelo regime de substituição tributária de que trata o Protocolo ICM 17/85, as lâmpadas elétricas, de NBM 85.20.00.00 eram sujeitas à ST, com exceção às de código nº 85.20.09.00 que correspondiam às lâmpadas incandescentes para iluminação de veículos.

Alega, então, que as mercadorias, objeto da autuação, são lâmpadas incandescentes para iluminação de veículos, cuja posição na NBM era 85.20.09.00, até 22 de abril de 1988, sendo que, após reclassificações, passou a ser 85.39.29.0500, todas não abrangidas pelo regime da substituição tributária de que trata o Protocolo ICMS nº 17/85.

Declara que somente mediante o Protocolo ICMS nº 41/08 é que foi instituída a substituição tributária em relação aos produtos em questão, de uso especificamente automotivo – NCM nº 8539.2, do qual o Estado de Minas Gerais é signatário, mas o Estado de Pernambuco não.

Entende que “se as lâmpadas para uso automotivo estivessem incluídas no rol das mercadorias sujeitas, por força do Protocolo ICM nº 17/1985, ao regime de substituição tributária, seria até desnecessária, por óbvio, a celebração do Protocolo ICMS nº 41/2008”.

Afirma que a alteração ocorrida na Cláusula Primeira do Protocolo ICM nº 17/85, mediante publicação do Protocolo ICMS nº 26/01, determinando que, além das lâmpadas elétricas, as lâmpadas eletrônicas também passariam a se sujeitar ao regime de substituição tributária, não tem o condão de revogar ou modificar a exceção inserta no inciso XX da Cláusula Primeira do Protocolo ICM nº 08/88, que a Impugnante entende que se mantém em vigor.

O Fisco, por sua vez, esclarece que a Cláusula Primeira do Protocolo ICM nº 17/85, em sua redação vigente no período até 30/09/01, não trazia expresso o código NCM/SH, apenas mencionava “operações interestaduais com lâmpadas elétricas”.

Relata que o Protocolo ICM nº 08/88, publicado em 05/04/88, foi editado para identificar as mercadorias mencionadas no Protocolo ICM 17/85 (código NBM/SH 8520), excetuando aquelas classificadas no código NBM/SH 8520.09.00 (lâmpadas automotivas).

Acrescenta que esse Protocolo foi alterado pelo Protocolo ICM nº 16/88, que excetuou, do regime da substituição tributária, a partir de 15/07/88, apenas os produtos do código NBM/SH 8520.10.00.

Afirma que, com a nova redação dada ao *caput* da citada cláusula pelo Protocolo ICMS nº 26/01, com efeitos a partir de 01/10/01, as operações com lâmpadas elétricas e eletrônicas, sujeitas ao regime de substituição tributária, vieram relacionadas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

explicitamente no texto com seus respectivos códigos de classificação na NBM/SH (posições 8539 e 8540):

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 26/01, efeitos de 01/10/01 até 30/04/08.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com lâmpada elétrica e eletrônica, classificada nas posições 8539 e 8540, reator e "starter", classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH -, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.

Redação anterior dada ao caput da cláusula primeira pelo Prot. ICMS 08/98, efeitos a partir de 26.03.98 até 30.09.01.

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com lâmpada elétrica entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.

Redação original, efeitos até 25.03.98.

Cláusula primeira - Nas operações interestaduais com lâmpada elétrica, entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de contribuinte substituído, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias relativo às operações subseqüentes, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.

Conclui, então, que o Protocolo ICM 08/88, em relação às lâmpadas elétricas e eletrônicas, encontra-se tacitamente revogado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o Fisco efetuou o presente lançamento ao entendimento de que as lâmpadas automotivas, por pertencerem aos citados códigos, estão sujeitas, a partir de 2001, ao regime de substituição tributária estabelecida pelo Protocolo ICM nº 17/85, do qual os Estados de Minas Gerais e de Pernambuco são signatários.

De fato, verifica-se que o Protocolo ICM nº 17/85 abrange as lâmpadas automotivas desde 2001, quando ocorreu a alteração da sua Cláusula Primeira com a publicação do Protocolo ICMS nº 26/01, uma vez que as mercadorias da posição 8539 na NBM compreendem as lâmpadas automotivas, que são classificadas, por exemplo, nas posições 8539.2110, 8539.2190, 8539.2910 e 8539.2990.

Destaca-se que Protocolo e Convênio são instrumentos de ajuste ou convenção prévia, que têm por objeto a colaboração mútua para a aplicação de mesmo tratamento tributário nas operações entre os Estados que os celebram, revertendo-se em atos normativos, mediante regulamentações, sem afrontar os pressupostos da legislação interna dos entes signatários.

Importante frisar que o Convênio ICMS nº 81/93 estabelece as normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, sendo que a sua cláusula oitava dispõe que o sujeito passivo por substituição tributária deverá observar as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria:

Cláusula oitava - O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Assim, analisando a legislação mineira pertinente, constata-se que o Estado de Minas Gerais regulamentou o Protocolo ICM nº 17/85, e suas alterações, determinando a incidência de ICMS/ST nas operações interestaduais entre os Estados signatários e o Estado de Minas Gerais com as mercadorias relacionadas no referido protocolo, porém excetuando as lâmpadas automotivas classificadas nas posições 8539.29.10 e 8539.29.90 até 31/07/09, nos termos do parágrafo único do art. 256 do Anexo IX (que hoje se encontra revogado) e, posteriormente, do subitem 5.1 da Parte 2 do Anexo XV, ambos do RICMS/02:

RICMS/02

Anexo IX

Art. 256.

Efeitos de 01/01/03 a 30/11/05 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 43.128, de 27/12/2002:

Art. 256. Os estabelecimentos industrial, importador ou arrematante de mercadoria importada objeto de apreensão ou abandono, situados nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantins e no Distrito Federal, nas operações com lâmpada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

elétrica e eletrônica, classificada nas posições 8539 e 8540, reator e starter, classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

Efeitos de 15/12/02 a 31/12/02 - Redação original:

Art. 256. Os estabelecimentos industrial, importador ou arrematante de mercadoria importada objeto de apreensão ou abandono, situados nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantins, nas operações com lâmpada elétrica e eletrônica, classificada nas posições 8539 e 8540, reator e starter, classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

Efeitos de 15/12/02 a 30/11/05 - Redação original:

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no caput deste artigo não se aplica às operações com lâmpada automotiva e lâmpada de raio ultravioleta ou infravermelho, classificadas nas posições 8539.29.10, 8539.29.90 e 8539.4 da NBM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997).

Anexo XV

Efeitos de 1º/12/05 a 31/07/09 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/05: (grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| Subitem | Código NBM/SH | Descrição | MVA (%) |
|---------|----------------|--|---------|
| 5.1 | 8539 | Lâmpada elétrica e eletrônica, <u>exceto</u> lâmpada automotiva e lâmpada de raio ultravioleta e infravermelho classificadas nas posições <u>8539.29.10, 8539.29.90 e 8539.4</u> | 40 |
| 5.2 | 8540 | Lâmpadas elétrica e eletrônica | 40 |
| 5.3 | 8504.10 | Reator | 40 |
| 5.4 | 8536.50 .90 | Interruptor automático termoeletrico (starter) | 40 |

Dessa forma, considerando todo o exposto, não há que se falar em exigência de ICMS/ST nas operações de saída da Autuada para contribuintes mineiros com lâmpadas automotivas classificadas nas posições 8539.2910 e 8539.2990, ocorridas até 31/07/09, tendo em vista a exceção prevista em nosso regulamento.

Acrescenta-se que a Contribuinte não encontrava-se subordinada aos protocolos de peças automotivas (Protocolos ICMS nºs 36/04 e 41/08), que abrangem também as lâmpadas classificadas na NBM 8539.2, o que reforça o posicionamento de que, no presente caso, as lâmpadas automotivas classificadas nas posições 8539.2910 e 8539.2990 estão fora do regime de ST até 31/07/09.

Esse entendimento é corroborado pela Consulta de Contribuintes nº 106/03, da própria Impugnante, a qual é válida somente até 31/07/09, tendo em vista a alteração ocorrida no regulamento, mediante publicação do Decreto nº 45.138/09, o qual excluiu as exceções em questão:

Efeitos de 1º/08/09 a 28/02/13 - Redação dada pelo art. 1º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/09:

| Subitem | Código NBM/SH | Descrição | MVA (%) |
|---------|----------------|--|---------|
| 5.1 | 8539 | Lâmpada elétrica | 40 |
| 5.2 | 8540 | Lâmpada eletrônica | 40 |
| 5.3 | 8504.10 .00 | Reator | 40 |
| 5.4 | 8536.50 | Interruptor automático termoeletrico (starter) | 40 |

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale destacar que a responsabilidade tributária é determinada por disposição legal expressa, não cabendo qualquer interpretação, nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. (grifou-se)

Ressalta-se que, ao contrário do argumento da Impugnante, o fato do Protocolo ICM nº 17/85 referir-se à substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica (que abrange lâmpada automotiva) não impede a existência de outros protocolos, como os supracitados (Protocolos ICMS nºs 36/04 e 41/08), que fazem referência à substituição tributária nas operações com o mesmo produto.

Importante destacar, ainda, que para determinação do alcance da substituição tributária, o produto deve estar classificado em um dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, além de integrar a descrição do respectivo subitem.

Essa sujeição ao regime de substituição tributária independe do emprego que se venha a dar ao produto, a não ser que haja previsão expressa na norma, servindo as denominações dos itens da Parte 2 citada, meramente para facilitar a identificação das mercadorias sujeitas ao regime, sendo irrelevantes para definir os efeitos tributários, nos termos do § 3º do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

§ 3º As denominações dos itens da Parte 2 deste Anexo são irrelevantes para definir os efeitos tributários, visando meramente facilitar a identificação das mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Assim, as demais lâmpadas automotivas objeto de autuação, classificadas, por exemplo, nas posições NBM 8539.2190 e 8539.2110, produzidas também pela Autuada, estão sujeitas ao regime de substituição tributária, por força do Protocolo ICM nº 17/85 independentemente da destinação dada a elas.

Vale salientar que, embora a Impugnante alegue que em momento algum cabe a substituição tributária nas suas operações de saída para contribuinte mineiro com lâmpadas automotivas, foram observadas diversas retenções/recolhimentos de ICMS/ST efetuadas por ela nas operações de saída desse produto, o que prejudica sua alegação. A título de exemplo, cita-se as retenções de ICMS/ST efetuadas na emissão da Nota Fiscal nº 11837 de 12/08/09 (fls. 126 da planilha “Demonstrativo do Cálculo ICMS ST” – NBM 8539.2910) e da Nota Fiscal nº 14607 de 28/08/09 (fls. 156 da planilha “Demonstrativo do Cálculo ICMS ST” – NBM 8539.2990).

Pelo exposto, nos termos do art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, a Impugnante, industrial fabricante de lâmpadas elétricas e eletrônicas, é responsável na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qualidade de substituto tributário, por força normativa do Protocolo ICM nº 17/85, ou seja, detém a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações que realizar com contribuintes mineiros, exceto nas operações ocorridas até 31/07/09 com lâmpadas automotivas classificadas nas posições NBM 8539.2910 e 8539.2990, nos termos do item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Assim, a Contribuinte tem a obrigação de destacar o ICMS/ST e a base de cálculo em campos próprios da nota fiscal, conforme regência do art. 32, incisos I e II, do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 12 - O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

§ 1º - As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da parte 2 deste Anexo.

§ 2º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 16, 18 a 24, 26, 29 a 32, 39, 43 a 46 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

(...)

Art. 32 - O sujeito passivo por substituição deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por ele promovida, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária;

II - o valor do imposto retido;

(...)

A base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária e o valor do imposto retido estão elencados, respectivamente, no art. 19, inciso I, subalínea b.3, e no art. 20, inciso I, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

b - tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

Efeitos de 30/09/09 a 11/08/11 - Redação dada pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. n° 45.186, de 29/09/2009:

3. o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquias e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

Efeitos de 1º/07/09 a 29/09/09 - Redação dada pelo art. 1º, III, e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, ambos do Dec. n° 45.123, de 25/06/09:

3. o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 7º deste artigo;"

Efeitos de 1º/01/09 a 30/06/09 - Redação dada pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. n° 44.894, de 17/09/2008:

3. o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto no § 5º deste artigo;

(...)

Art. 20 - O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante a aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - na entrada, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, o valor calculado mediante aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo.

Em relação aos produtos classificados na NBM pelos códigos 8504.10.00 e 8536.50 (reator e start), a Impugnante reconhece a sua condição de sujeito passivo por substituição nas operações de saída com destino a adquirentes mineiros e alega que reteve e recolheu corretamente o ICMS/ST para o Estado de Minas Gerais, nos termos do Protocolo ICM nº 17/85.

Reclama que o Fisco afirma recolhimento a menor de ICMS/ST sem apresentar qualquer justificativa válida.

Todavia, ao contrário do alegado, o Fisco demonstrou nos autos que a declaração de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST foi em razão da constatação de que a Autuada, ao efetuar o cálculo do ICMS/ST deduziu, indevidamente, parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado, mediante Decreto do Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco - PRODEPE de nº 21.959, de 27/12/99, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ.

Esse decreto, elaborado nos termos da Lei Estadual nº 11.675, de 11 de outubro de 1999, concede, em seu art. 5º, crédito presumido de 75% (setenta e cinco por cento) do ICMS apurado, em cada período fiscal, relativamente à parcela do incremento da produção comercializada, no período de 12 (doze) anos contados a partir da publicação do decreto concessivo, *in verbis*:

Art. 5º - As empresas enquadradas nos agrupamentos industriais prioritários indicados no artigo anterior, exclusivamente nas hipóteses de implantação, ampliação ou revitalização de empreendimentos, poderão ser estimuladas mediante a concessão de crédito presumido do ICMS, que observará as seguintes características:

(...)

II - quanto ao montante a ser utilizado, o valor equivalente ao percentual de até 75% (setenta e cinco por cento) do imposto, de responsabilidade direta do contribuinte, apurado em cada período fiscal, tomando-se por base, para obtenção do referido valor, no caso de ampliação, o imposto incidente sobre a parcela do incremento da produção comercializada; (Dec. 32.016/08 - Efeitos a partir de 01.09.07)

III - quanto ao prazo de fruição, até 12 (doze) anos, contados a partir do mês subsequente ao da publicação do respectivo decreto concessivo, prorrogável ou renovável, no máximo, por igual período, a critério do Poder Executivo; (Dec. 32.016/08 - Efeitos a partir de 01.09.07)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento fiscal tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 24/75, no RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, no art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea “g”, *in verbis*:

Art. 155

(...)

§ 2º - o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

(...)

Assim, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, prescrevendo, *in verbis*:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - o disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

(...)

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º- A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Nesse diapasão, o art. 10 do mesmo diploma legal dispõe:

Art. 10 - Os convênios definirão as condições gerais em que se poderão conceder, unilateralmente, anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.

Tais mandamentos também fazem parte da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, conforme § 5º do art. 28 da Lei nº 6.763/75 e §§ 1º e 2º do art. 62 do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 28. O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.

RICMS/02

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, observado o disposto nos §§ 4º a 6º.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes para dar cumprimento ao citado art. 62, § 2º, disciplina em seu art. 1º a forma em que será admitido o crédito, consequentemente a parcela de ICMS operação própria dedutível para cálculo do ICMS/ST:

Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo. (grifou-se)

As operações em questão estão inseridas no item 10.1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, tendo sido os benefícios fiscais concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual a dedução da parcela correspondente ao ICMS operação própria é admitida apenas na proporção em que o imposto foi recolhido:

| ITEM | MERCADORIA | BENEFÍCIO | CRÉDITO ADMITIDO / PERÍODO |
|------|--|--|--|
| 10.1 | PRODUTOS DAS SEGUINTE CADEIAS PRODUTIVAS: AGROINDÚSTRIA, EXCETO A SUCROALCOOLEIRA E DE MOAGEM DE TRIGO; METALMECÂNICA E DE MATERIAL DE TRANSPORTE; ELETROELETRÔNICA; FARMACOQUÍMICA; BEBIDAS; MINERAIS NÃO-METÁLICOS, EXCETO CIMENTO E CERÂMICA VERMELHA; TÊXTIL; PLÁSTICO | CRÉDITO PRESUMIDO DE 75% A 85% (ART. 5º DA LEI Nº 11.675/99 E ART. 5º DO DECRETO Nº 21.959/99) | 3% A 1,8% S/ BC / NF EMITIDA PELA INDÚSTRIA A PARTIR DE 01/01/2000 |

Importante destacar que o princípio da não cumulatividade não foi alterado por resolução estadual, pois a referida norma, reiterando, é de caráter meramente operacional, não inova no mundo jurídico, apenas orienta o Fisco e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de Convênio, obrigatório

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos estritos termos, transcritos, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 24/75.

Dessa forma, na apreciação dos aspectos da legalidade da Resolução nº 3.166/01, pelo disposto na citada legislação, conclui-se pela inexistência de conflito entre a resolução, a lei complementar e o RICMS/02.

Cumprido comentar que, em Ação Direta de Inconstitucionalidade requerida pelo governador do Estado de Minas Gerais contra ato do governador do Estado do Espírito Santo, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal-STF no sentido de reprimir a chamada “guerra fiscal” entre os Entes Federados.

Segundo o STF, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O Supremo deixa claro a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de crédito presumido de ICMS:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI-MC 2352 / ES - ESPÍRITO SANTO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMENTA: ICMS: CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS (INCLUÍDA A OUTORGA DE CRÉDITO PRESUMIDO) POR ESTADO FEDERADO: "GUERRA FISCAL" REPELIDA PELO STF: LIMINAR DEFERIDA.

1. A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL É PARTICULARMENTE SEVERA NA REPRESSÃO À GUERRA FISCAL ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS, MEDIANTE A PRODIGALIZAÇÃO DE ISENÇÕES E BENEFÍCIOS FISCAIS ATINENTES AO ICMS, COM AFRONTA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 155, § 2º, XII, G - QUE SUBMETE SUA CONCESSÃO À DECISÃO CONSENSUAL DOS ESTADOS, NA FORMA DE LEI COMPLEMENTAR (ADIN 84-MG, 15.2.96, GALVÃO, DJ 19.4.96; ADINMC 128-AL, 23.11.89, PERTENCE, RTJ 145/707; [...] (ADINMC 902 3.3.94, MARCO AURÉLIO, RTJ 151/444; ADINMC 1.296-PI, 14.6.95, CELSO; ADINMC 1.247- PA, 17.8.95, CELSO, RTJ 168/754; ADINMC 1.179-RJ, 29.2.96, MARCO AURÉLIO, RTJ 164/881; ADINMC 2.021-SP, 25.8.99, CORRÊA; ADIN 1.587, 19.10.00, GALLOTTI, INFORMATIVO 207, DJ 15.8.97; ADINMC 1.999, 30.6.99, GALLOTTI, DJ 31.3.00).

O Regulamento do ICMS mineiro prescreve, expressamente, no inciso VI do art. 71, que o imposto não cobrado na origem deve ser estornado:

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento.

Assim, o Estado de Pernambuco, ao beneficiar seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos Estados, infringiu normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato no montante do benefício fiscal concedido e, conseqüentemente, ineficaz a dedução correspondente a esse montante para cálculo do ICMS/ST feito pela Autuada, remetente da mercadoria objeto da operação regulada pelo benefício indevidamente concedido, o que torna correto o procedimento fiscal.

A utilização integral do ICMS operação própria do remetente (Impugnante), no percentual de 12% (doze por cento), referente à alíquota interestadual, tem reflexo direto de recolhimento a menor do ICMS a título de substituição tributária para o Estado de Minas Gerais. Assim, a parcela dedutível para cálculo do ICMS/ST deve ser limitada a 3% (três por cento), que representa o montante cobrado e pago no Estado de origem.

Acrescenta-se que o imposto por substituição tributária (ICMS/ST) não é uma espécie do gênero ICMS. Não se trata de outro tributo estadual. Cuida-se apenas de uma técnica de arrecadação e fiscalização do ICMS concentrada na figura do responsável substituto tributário, mas que segue a mesma sistemática de apuração do ICMS nos moldes do princípio da não cumulatividade (art. 28 da Lei nº 6.763/75) previsto na Constituição Federal.

Cumpra salientar que a Impugnante não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse comprovar que a empresa não é beneficiária dos referidos incentivos fiscais concedidos à revelia do CONFAZ.

A Defesa argui que, caso as lâmpadas automotivas estivessem, de fato, alcançadas pelo regime da substituição tributária e se o ICMS/ST relativo às operações com reator e start tivesse sido retido e recolhido a menor, as exigências de ICMS e multas deveriam ser aplicadas nos destinatários mineiros, de acordo com o Convênio ICMS nº 81/93, uma vez que, nas operações alcançadas pelo Auto de Infração, a Autuada calculou e destacou corretamente os valores de ICMS da operação própria, sendo passível de ser levado a crédito nos livros fiscais dos adquirentes mineiros.

Entretanto, cumpre reiterar que, nas remessas dos aludidos produtos para contribuintes mineiros, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, no período autuado, encontra-se atribuída à empresa autuada, por força do Protocolo ICM nº 17/85, com as mencionadas exceções, estando em consonância, também, com o próprio Convênio ICMS nº 81/93, citado pela Impugnante, a saber:

Cláusula segunda - Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Cláusula décima - Constatado o não recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, a unidade da Federação de destino da mercadoria poderá suspender a aplicação do respectivo Convênio ou Protocolo, em relação ao inadimplente, enquanto perdurar a situação, sujeitando-se a exigência do imposto às regras da legislação da unidade da Federação credora.

Parágrafo único. A unidade da Federação destinatária poderá, em substituição à suspensão do acordo previsto no caput, exigir o pagamento do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento remetente, que deverá ser acompanhada da 3ª via da GNR.

Cláusula décima primeira - Constitui crédito tributário da unidade federada de destino, o imposto retido, bem como a correção monetária, multa, juros de mora e demais acréscimos legais com ele relacionados.

Cláusula décima segunda - A nota fiscal emitida pelo sujeito passivo por substituição conterá, além das indicações exigidas pela legislação, o valor que serviu de base de cálculo para a retenção e o valor do imposto retido.

(...)

§ 2º A inobservância do disposto no caput implica exigência do imposto nos termos que dispuser a legislação da unidade federada de destino.

(grifou-se)

Ademais, restou demonstrado nos autos que a Autuada não destacou corretamente o ICMS operação própria, uma vez que parte desse imposto não foi cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, não sendo possível, portanto, o aproveitamento integral do imposto destacado nos documentos fiscais.

Corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS/ST, e respectiva multa de revalidação, nas operações efetuadas pela Autuada a contribuintes mineiros com lâmpadas elétrica e eletrônica, reator e "starter", excetuando, até 31/07/09, as lâmpadas automotivas classificadas nas posições NBM 8539.2910 e 8539.2990, sendo que a parcela dedutível para cálculo do ICMS/ST deve ficar limitada a 3% (três por cento), que representa o montante cobrado e pago no Estado de origem.

Entretanto, cabe uma outra retificação no tocante às apurações efetuadas pelo Fisco.

Observa-se que, em algumas operações, houve exigência de ICMS/ST considerando somente a alíquota de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo, o que, certamente, representa a exigência de diferencial de alíquota prevista no § 2º do art. 12 e no inciso II do art. 20, ambos do Anexo XV do RICMS/02, já mencionados anteriormente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 12 - O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

(...)

Efeitos de 1º/11/09 a 31/12/09 - Redação dada pelo art. 1º, II, e vigência estabelecida pelo art. 2º, II, ambos do Dec. nº 45.192, de 13/10/09:

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3 a 16, 18 a 24, 26, 29 a 32, 39, 43 a 45 da Parte 2 deste Anexo e destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

Efeitos de 1º/08/09 a 31/10/09 - Redação dada pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/09:

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens:

Efeitos de 25/05/06 a 31/07/09 - Redação dada pelo art. 2º, IX, e vigência estabelecida pelo art. 4º, IV, "f", ambos do Dec. nº 44.301, de 24/05/06:

§ 2º A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 26 da Parte 2 deste Anexo e destinadas, conforme o caso, a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

II - na entrada, em operação interestadual, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do adquirente, o valor calculado mediante aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo. (grifou-se)

Verifica-se que a alíquota de 15% (quinze por cento) foi determinada pela diferença da alíquota interna de 18% (dezoito por cento) e do percentual de 3% (três por cento), o qual corresponde à parcela do ICMS operação própria cobrada e paga no Estado de origem, que foi considerado pelo Fisco como se fosse a alíquota interestadual passível de ser aplicada na operação.

Todavia, de acordo com a legislação posta, e diferentemente da forma de cálculo do ICMS/ST relativo às operações subsequentes, o imposto a recolher a título de diferencial de alíquota equivale ao percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a respectiva base de cálculo, não cabendo aqui a verificação se o imposto relativo à operação própria (apurado pela alíquota interestadual) foi cobrado ou não no Estado de origem.

Enquanto o ICMS/ST relativo às operações subsequentes corresponde ao valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente, o ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota corresponde ao percentual da diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação.

Ressalta-se que, em decorrência da distribuição de receitas nas operações interestaduais, o imposto relativo à operação própria, cuja alíquota é a interestadual, pertence ao Estado de origem, que, no presente caso, corresponde à alíquota de 12% (doze por cento) a ser recolhido pela Contribuinte para o Estado de Pernambuco.

E, o imposto relativo ao diferencial de alíquota deve ser recolhido ao Estado de destino (Minas Gerais), que, na situação em análise, corresponde à diferença entre a alíquota interna de 18% (dezoito por cento), relativa aos produtos autuados, e a interestadual de 12% (doze por cento) aplicada nas operações autuadas, resultando no percentual de 6% (seis por cento) sobre a base de cálculo das operações.

Assim, ao considerar o percentual de 3% (três por cento) para a alíquota interestadual, determinando o percentual de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo na apuração do ICMS/ST - diferencial de alíquota, o Fisco passa a exigir imposto para o Estado de Minas Gerais que pertence ao Estado de origem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, nas operações em que o Fisco aplicou o percentual de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo, para determinar o ICMS/ST devido, deverá utilizar, na verdade, o percentual de 6% (seis por cento) sobre a base de cálculo das operações, adequando à correta apuração do imposto e respeitando a distribuição de receitas legalmente previstas para as operações interestaduais.

Quanto à multa de revalidação em dobro, ela é aplicada devido ao não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária, conforme o disposto no art. 56, inciso II e § 2º, item I da Lei nº 6.763/75:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do art. 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - Havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese do crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido por em decorrência da substituição tributária.

No tocante à exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, a Impugnante afirma que ela não pode ser aplicada, uma vez que não há que se falar, no presente caso, de base de cálculo diversa.

Observa-se que o Fisco capitulou o art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 (vigente à época dos fatos geradores), em razão da consignação de base de cálculo diversa da prevista pela legislação, adequando ao percentual de 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “c” do inciso VII do art. 55 da citada lei, em função do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional - CTN, que prescreve a retroatividade da lei que comina penalidade menos severa do que a vigente à época da prática do ato:

Lei nº 6.763/75

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

Efeitos de 1º/11/03 a 31/12/11 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/03:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada; (grifou-se)

Efeitos a partir de 1º/01/12 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/11.

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada; (grifou-se)

Configura-se, portanto, a aplicação da penalidade devida por utilização da base de cálculo em valores diversos dos previstos na legislação regente em sua modalidade mais benéfica, reduzida a 20% (vinte por cento) em função de dispositivo legal vigente em período posterior à prática das irregularidades.

Ainda, demonstrado nos autos às fls. 48/49 a existência de autuações precedentes nas quais foram aplicadas a mesma penalidade isolada, correta a majoração em 100% (cem por cento) prevista nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) excluir as exigências relativas às operações com lâmpadas automotivas classificadas nas posições NBM 8539.29.10 e 8539.29.90 ocorridas até 31/07/09 e 2) adequar ao percentual de 6% (seis por cento) o cálculo de ICMS/ST relativo ao diferencial de alíquota. Vencidos, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que excluía, ainda, a multa isolada por inaplicável à espécie e o Conselheiro Reinaldo Lage Rodrigues de Araújo que, além de excluir a multa isolada, também cancelava todas as demais exigências até 22 de dezembro de 2009, por considerar decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar tais exigências, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Designado relator o Conselheiro Eduardo de Souza Assis (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2015.

**Eduardo de Souza Assis
Presidente / Relator designado**

CI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------------|--|-----------------|
| Acórdão: | 21.782/15/3 ^a | Rito: Ordinário |
| PTA/AI: | 01.000256665-07 | |
| Impugnação: | 40.010137492-69 | |
| Impugnante: | Philips Eletrônica do Nordeste S/A | |
| | IE: 120272055.00-04 | |
| Proc. S. Passivo: | José Gomes Rodrigues da Silva/Outro(s) | |
| Origem: | DGP/SUFIS - Nconext - DF | |

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 e reside, apenas, no entendimento de que a multa isolada exigida não é aplicável à espécie dos autos.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de que a ora Impugnante, inscrita em Minas Gerais e estabelecida no Município de Jaboatão dos Guararapes/Pernambuco, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST ao Estado de Minas Gerais, nas operações de saídas interestaduais a contribuintes mineiros com mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes do item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (lâmpada elétrica e eletrônica, reator e “starter”), no período de abril a dezembro de 2009.

A fiscalização foi efetuada após a análise exploratória, sem visitação à empresa, embasada no Protocolo ICMS n.º 17/85 e a partir de pedidos de verificação fiscal eletrônico (PVF-e), recebidos pelo Núcleo de Contribuintes Externos III (NCONEXT/DF) do Posto de Fiscalização Joaquim Lage Filho, em Nova União/Minas Gerais, advertindo que a ora Impugnante seria beneficiária de crédito presumido previsto no Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco - PRODEPE (Decreto n.º 21.959/99).

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e § 2º, inciso I; e 55, inciso VII.

A penalidade isolada foi reduzida a 20% (vinte por cento) do valor da operação, nos termos do art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei n.º 6.763/75, sob o fundamento de aplicação da retroatividade mais benigna, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, mas foi majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º da Lei n.º 6.763/75.

Portanto, o lançamento em análise se refere à falta de recolhimento de ICMS/ST, nas operações em que a Impugnante entendia que não havia incidência do imposto, e ao recolhimento a menor de ICMS/ST, nas operações em que ela, ao efetuar o cálculo do ICMS/ST, deduziu indevidamente parcela do ICMS da operação própria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ.

Analisando a legislação de regência das multas por infração à legislação tributária, Lei n.º 6.763/75, encontra-se uma penalidade que melhor espelha a imputação fiscal feita à Impugnante. Veja-se que, em relação às operações em que houve falta de recolhimento de ICMS/ST, ou seja, em que a Contribuinte não consignou a base de cálculo relativa à substituição tributária, a Multa Isolada prevista, atualmente, no inciso XXXVII do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, foi aposta na legislação para punir exatamente esta conduta, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

..... (grifos não constam do original)

Contudo, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75, acima transcrita, somente passou a fazer parte do rol de penalidades da lei a partir de janeiro de 2012, tendo em vista que o dispositivo foi acrescido pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei n.º 19.978, de 28 de dezembro de 2011. Este fato conduz à conclusão irrefutável de que, anteriormente à Lei n.º 19.978/11, não havia previsão de multa isolada às ocorrências de “*falta de consignação de base de cálculo relativa à substituição tributária*”.

Inclusive, cumpre registrar que a aplicação da penalidade expressa no inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75 nos casos de falta de consignação de base de cálculo relativa à substituição tributária, é correta, constitui posicionamento majoritário deste Conselho de Contribuintes.

Este entendimento também respalda o posicionamento daqueles que acreditavam que a penalidade isolada prevista no antigo inciso VII do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, nunca foi aplicável para as hipóteses de falta de consignação de base de cálculo relativa à substituição tributária.

Nesse sentido, considerando que o lançamento cuida de infrações relativas ao período de abril a dezembro de 2009, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75 e a sua respectiva majoração devem ser excluídas em relação às operações em que a Impugnante não consignou base de cálculo relativa à substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já no tocante às operações em que houve recolhimento a menor de ICMS/ST, cumpre reiterar que a acusação constante dos autos é o fato de que a Impugnante, para cálculo do ICMS devido por substituição tributária, deduziu indevidamente todo o montante de ICMS operação própria, uma vez que parcela do ICMS operação própria não foi cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido no Estado, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ.

Portanto, não há que se falar em divergência de base de cálculo, pois a irregularidade constante dos autos (dedução de parcela a maior atinente ao ICMS Operação Própria) ocorre em etapa posterior à determinação da base de cálculo de ICMS/ST.

Para melhor elucidação do raciocínio, vale apresentar, de forma resumida, a fórmula para determinação do ICMS/ST:

$$\begin{aligned} \text{“BC Op Própria”} * \text{“Alíquota Interestadual”} &= \text{“ICMS Op Própria”}. \\ (\text{“Preço praticado pelo remetente”} + \text{“acréscimos conforme subalínea b.3 do inciso I do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02”}) * \text{“MVA/MVA ajustada”} &= \text{“BC ICMS/ST”}. \\ (\text{“BC ICMS/ST”} * \text{“Alíquota Interna”}) - \text{“ICMS Op Própria”} &= \text{“ICMS/ST”}. \end{aligned}$$

A partir dessa memória de cálculo, verifica-se que a parcela de “ICMS Op Própria” não afeta a definição da “BC ICMS/ST”.

Ressalta-se que não podem ser considerados os valores apurados pelo Fisco relativos a “Diferença de BC ST”, conforme coluna (C) da planilha constante do Anexo 8 (Demonstrativo de Multas Isolada e Revalidação - fl. 51), utilizados como base para apuração da multa isolada, pois eles representam o resultado de um cotejo de valores (colunas (A) e (B) da citada planilha) baseados em operações diferentes.

Isso porque a coluna (A) – “Total BC ST Apurada”, dados apurados pelo Fisco, é composta por todas as operações objeto de autuação, abrangendo as operações em que a Autuada deixou de recolher ICMS/ST e as operações em que houve recolhimento a menor de ICMS/ST.

Já a coluna (B) – “Total BC ST Informado” refere-se às informações que a Contribuinte prestou ao Estado, relativas às operações sujeitas à substituição tributária realizadas por ela à destinatários mineiros. Portanto, é composta somente pelas operações em que a Contribuinte reteve e recolheu ICMS/ST, não correspondendo à integralidade das operações referentes à BC ST apurada pelo Fisco (coluna (A)).

Dessa forma, considera-se inconsistente o confronto das colunas (A) e (B), não havendo, então, qualquer demonstração nos autos de que ocorreu divergência na apuração da base de cálculo do ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além das exclusões promovidas pela decisão majoritária, excluir, também, a multa isolada por inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2015.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------------|--|-----------------|
| Acórdão: | 21.782/15/3 ^a | Rito: Ordinário |
| PTA/AI: | 01.000256665-07 | |
| Impugnação: | 40.010137492-69 | |
| Impugnante: | Philips Eletrônica do Nordeste S/A | |
| | IE: 120272055.00-04 | |
| Proc. S. Passivo: | José Gomes Rodrigues da Silva/Outro(s) | |
| Origem: | DGP/SUFIS - NCONEXT - DF | |

Voto proferido pelo Conselheiro Reinaldo Lage Rodrigues de Araujo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada, responsável substituta tributária mineira por força do Protocolo ICMS nº 17/85, reteve e recolheu a menor o ICMS/ST ao Estado de Minas Gerais, nas operações de saídas interestaduais a contribuintes mineiros com mercadorias sujeitas à substituição tributária constantes do item 5 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (lâmpada elétrica e eletrônica, reator e “starter”), no período de abril a dezembro de 2009.

Verificou-se que ao efetuar o cálculo do ICMS/ST, a Autuada deduziu indevidamente, parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de incentivo fiscal concedido em seu Estado, mediante Decreto do Programa de Desenvolvimento do Estado de Pernambuco-PRODEPE de nº 21.959, de 27/12/99, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação (em dobro), capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, majorada em 100% (cem por cento) de acordo com o art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

A divergência do voto vencedor, refere-se quanto a aplicação da decadência, que será tratada a seguir.

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

Em decisão de 19/10/10, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

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

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

OS SRs. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Porém, a decisão ora destacada foi levada novamente a apreciação, em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

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

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG

AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

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

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE 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 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, considerando ainda que a Impugnante realizou pagamento parcial do imposto nos períodos fiscalizados, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do 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. Expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Assim, as exigências relativas ao período de janeiro a dezembro de 2009, encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 22/12/14.

Posto isso, julgo pela procedência parcial do lançamento para excluir as exigências referentes ao período anterior a 22/12/14, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2015.

Reinaldo Lage Rodrigues de Araujo
Conselheiro