

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.876/18/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000323905-97
Impugnação: 40.010138888-46
Impugnante: Ledvance Brasil Comércio de Produtos de Iluminação Ltda.
IE: 346773815.00-97
Proc. S. Passivo: Celso de Paula Ferreira da Costa/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT- DF

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Imputação fiscal de falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em São Paulo, que por força dos Protocolos ICMS n^{os} 17/85, 41/08, 31/09 e 39/09 está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de mercadorias constantes do item 5 (lâmpadas elétricas e eletrônicas), item 14 (peças, componentes e acessórios de produtos autopropulsados), item 29 (produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos) e item 44 (material elétrico), todos do Anexo XV do RICMS/02, para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2^o, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, §§ 6^o e 7^o, todos da Lei n^o 6.763/75. Entretanto, restou configurado nos autos, quanto às operações destinadas aos estabelecimentos que realizam exibições cinematográficas, que as referidas mercadorias seriam utilizadas no desempenho das atividades do estabelecimento destinatário e não estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS/ST, uma vez que não haveria saídas posteriores do mesmo produto. No tocante às mercadorias destinadas aos estabelecimentos de comércio varejista, super/hipermercados, enquadram-se como operações de venda a consumidor final, as quais, também não se sujeitam ao regime de substituição tributária. Em relação às unidades de Controle Manual “HF”, classificam-se na posição NCM/SH 8504.90.20, são “dimmers” de luz, ou seja, aparelhos que permitem o controle da intensidade da luz ambiente e portanto não abarcados pela sistemática da substituição tributária. Exigências fiscais remanescentes canceladas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Imputação fiscal de

retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida em São Paulo, que por força dos Protocolos ICMS n^os 17/85, 41/08, 31/09 e 39/09 está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de mercadorias constantes do item 5 (lâmpadas elétricas e eletrônicas), item 14 (peças, componentes e acessórios de produtos autopropulsados), item 29 (produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos) e item 44 (material elétrico), todos do Anexo XV do RICMS/02, para contribuintes deste Estado, na condição de substituta tributária, nos termos dos arts. 12 e 46, inciso I, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2^o, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, § § 6^o e 7^o, todos da Lei n^o 6.763/75. Entretanto restou configurado nos autos, quanto às operações destinadas aos estabelecimentos que realizam exposições cinematográficas que as referidas mercadorias seriam utilizadas no desempenho das atividades do estabelecimento destinatário, e não estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS/ST, uma vez que não haveria saídas posteriores do mesmo produto. No tocante às mercadorias destinadas aos estabelecimentos de comércio varejista, super/hipermercados, enquadram-se como operações de venda a consumidor final, as quais, também não se sujeitam ao regime de substituição tributária. Em relação às unidades de Controle Manual “HF”, classificam-se na posição NCM/SH 8504.90.20, são “dimmers” de luz, ou seja, aparelhos que permitem o controle da intensidade da luz ambiente e portanto não abarcados pela sistemática da substituição tributária. Canceladas as exigências fiscais remanescentes.

Decadência não reconhecida. Decisão por maioria de votos.

Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção/recolhimento e de retenção/recolhimento à menor do ICMS/ST, no período de 01/01/10 a 31/12/10, nas operações de saídas de mercadorias relacionadas no item 5 (lâmpadas elétricas e eletrônicas), item 14 (peças componentes e acessórios de produtos autopropulsados), item 29 (produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos) e item 44 (material elétrico), todos do Anexo XV do RICMS/02, remetidas pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força dos Protocolos n^os 17/85, 41/08, 31/09 e 39/09, destinadas a contribuintes estabelecidos neste estado.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2^o, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, majorada em 100% (cem por cento) nos termos do art. 53, § § 6^o e 7^o, todos da Lei n^o 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF n^o 10.000.012.642.38 (fls. 03), Auto de Infração-AI (fls. 05/10), Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 11/13), Anexo 1 -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relatório Fiscal/Contábil (fls. 16/22), Anexo 2 - Cópia do AIAF nº 10.000.012.642.38 (fls. 24), Anexo 3 - Cópias do Ofício NCONEXT/DF nº 057/15 (fls. 26), Anexo 4 - Aviso de Recebimento - AR referente Ofício NCONEXT/DF nº 057/15 (fls. 27), Anexo 5 - Resposta da Contribuinte ao AIAF nº 10.000.012.642.38 (fls. 30/321), Anexo 6 - Planilha “Relatório de Apuração do ICMS/ST devido - 01/01/10 a 31/12/10” (fls. 323/348), Anexo 7 - Cadastro de produtos e regras associadas (fls.350/353), Anexo 8 - Planilha “Demonstrativo do Cálculo do ICMS/ST - 01/01/10 a 31/12/10” (fls. 355/383), Anexo 9 - Planilha “Demonstrativo das multas de revalidação e isolada - 01/01/10 a 31/12/10” (fls. 385/386), Anexo 10 - Relatório da reincidência de infração e majoração da penalidade (fls. 388/390), Anexo 11 - Cópias de Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), por amostragem (fls. 392/417) e Anexo 12 - Cópia dos arquivos digitais e respectivos códigos de segurança MD - 5, em mídia eletrônica DVD-R (fls. 417).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 423/461, acompanhada dos documentos de fls. 462/645, com os seguintes argumentos, em síntese:

- salienta a nulidade do Auto de Infração (AI), face à precariedade da acusação fiscal;
- argui a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário, com fulcro nas disposições do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN;
- sustenta que no Auto de Infração em exame, exige-se ICMS/ST referente às operações com material destinado a uso e consumo dos adquirentes;
- argumenta em relação à exigibilidade do ICMS/ST com mercadorias destinadas a estabelecimento industrial;
- assevera que os cálculos efetuados pela Fiscalização para lavratura do AI, nas operações em que o ICMS/ST é devido estariam equivocados;
- discorre acerca da aplicação do ICMS/ST nas operações com consumidor final, que não são afetados por essa sistemática;
- destaca o excesso na constituição do crédito tributário e o caráter confiscatório da multa;
- aduz que é ilegítima a exigência de juros de mora incidentes sobre as penalidades;
- alega que a cumulatividade das multas de revalidação e isolada caracteriza *bis in idem*;
- entende que as multas cominadas devem ser afastadas ou reduzidas;
- requer a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em manifestação às fls. 649/667, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG exara o despacho interlocutório de fls. 671/672 e diligência de fls. 673/675.

Aberta vista, a Impugnante, em cumprimento ao despacho interlocutório, manifesta-se às fls. 679/683, acosta aos autos os documentos de fls. 685/696 e mídia eletrônica (CD) de fls. 697.

A Fiscalização, em cumprimento à diligência exarada pela Assessoria do CC/MG, reformula o crédito tributário às fls. 698/704 e anexa aos autos os seguintes documentos:

- anexo 6 - (retificado) - Planilha “Relatório de Apuração do ICMS/ST devido – 01/01/10 a 31/12/10” (fls. 706/709);

- anexo 7 (retificado) - Cadastro de produtos e regras associadas, (fls. 711/713);

- anexo 8 (retificado) - Planilha “Demonstrativo do Cálculo do ICMS/ST – 01/01/10 a 31/12/10” (fls. 715/718)

- anexo 9 (retificado) - Planilha “Demonstrativo das multas de revalidação e isolada – 01/01/10 a 31/12/10” e DCMM (fls. 720/723).

Cientificada mediante Ofício nº 089/2016 – NCONEXT (fls. 724/727), a Impugnante apresenta aditamento da Impugnação às fls. 730/761, colaciona os documentos de fls. 762/814, argumentando em síntese:

- reitera a arguição de decadência do direito de a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário;

- reafirma a nulidade do Auto de Infração face à precariedade do trabalho fiscal;

- sustenta que no Auto de Infração em exame, exige-se ICMS/ST referente às operações com material destinado a uso e consumo dos adquirentes;

- reitera que nas operações destinadas a consumidor final não há incidência do ICMS/ST;

- reitera o excesso na constituição do crédito apurado, o caráter confiscatório das multas,

- reafirma tratar-se bitributação a exigência concomitante de multas de revalidação e isolada;

- reitera a ilegalidade da exigência de juros de mora incidentes sobre as penalidades;

- requer novamente o cancelamento do Auto de Infração.

A Fiscalização reformula o crédito às fls. 815/826, junta os documentos de fls. 827/838.

Após cumprimento de diligência convertida pela Assessoria do CC/MG, a Fiscalização manifesta-se, conforme Memorando nº 098/2016, (fls. 839/851) e remete os autos para prosseguimento do feito fiscal.

Em razão da reformulação do crédito tributário pelo Fisco, houve mudança de rito de ordinário para sumário, conforme despacho da Assessoria do CC/MG de fls. 853, o que dispensou o seu parecer.

Em sessão realizada em 01/06/17, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, a unanimidade, em determinar o retorno dos autos à Fiscalização para que seja concedida vista à Impugnante dos documentos de fls. 815/838 e para que seja juntada aos autos cópia atualizada do DCMM. Pela Impugnante, assistiu a deliberação o Dr. César Ozolins Manzione e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa, (fls. 855).

Aberta vista mediante Ofício nº 024/2017 - NCONEXT (fls. 857) e juntada de documentos de fls. 858/888.

A Impugnante apresenta aditamento à Impugnação às fls. 889/917, reitera argumentos de Defesa já apresentados e acosta aos autos os documentos de fls. 918/972.

Cientificada a Autuada, conforme Ofício nº 038/2017 – NCONEXT (fls.975/976) com juntada dos documentos de fls. 977/1.134.

A Impugnante manifesta-se às fls.1.136/1.137, ratifica os termos de impugnação já apresentados e anexa aos autos documentos de fls. 1.138/1.139.

A Fiscalização, promove a juntada dos seguintes documentos:

- DCMM – fls. 1.140/1.142;
- resumo mensal do crédito tributário devido, (fls. 1.142/1.143);
- reformulação do crédito tributário (fls. 1.144/1.148)

Aberta vista à Impugnante conforme Ofício nº 066/2017 (fls. 1.149/1.150).

A Impugnante manifesta-se às fls. 1.153/1.155, acosta os documentos de fls. 1.156/1.165, ratifica as alegações de Defesa já apresentadas.

A Impugnante, novamente cientificada, conforme Ofício nº 070/2017 (fls. 1.166) e juntada de documentos de fls. 1.167/1.193, comparece aos autos e apresenta aditamento à Impugnação de fls. 1.194/1.225, reitera suas alegações de Defesa, pede pela procedência da impugnação, junta documentos de fls. 1.226/1.253.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.254/1.283 pugna pela manutenção das exigências remanescentes, consideradas as reformulações ocorridas.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre falta de retenção/recolhimento e de retenção/recolhimento à menor do ICMS/ST, no período de 01/01/10 a 31/12/10, nas operações de saídas de mercadorias relacionadas no item 5 (lâmpadas elétricas e eletrônicas), item 14 (peças componentes e acessórios de produtos autopropulsados), item 29 (produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos) e item 44 (material elétrico), todos do Anexo XV do RICMS/02, remetidas pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário por força dos Protocolos nºs 17/85, 41/08, 31/09 e 39/09, destinadas a contribuintes estabelecidos neste estado.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I do citado artigo e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a setembro de 2010, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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

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

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

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

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

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010 somente expirou em 31/12/15, 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 09/09/15 (fls. 421).

Quanto às exigências apontadas no Auto de Infração, após as reformulações do crédito tributário, com reduções consideráveis do montante exigido, remanescem para análise 3 (três) situações pontuais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - operações destinadas aos estabelecimentos que realizam exibições cinematográficas;

2 - operações destinadas a estabelecimentos de comércio varejista – super/hipermercados;

3 - operações com unidades de controle manual HF.

Procede-se, portanto, a análise das irregularidades remanescentes do Auto de Infração.

O primeiro ponto que merece destaque é o fato de que são autuadas saídas de mercadorias (lâmpadas) destinadas a estabelecimentos de exibição cinematográfica (salas de cinema).

A Impugnante sustenta que referidas mercadorias seriam destinadas à utilização no desempenho das atividades do estabelecimento.

Assevera e demonstra tratarem-se de lâmpadas especiais para projeção, as quais segundo sua aplicação, não estariam sujeitas ao recolhimento do ICMS na sistemática de substituição tributária, uma vez que de início sabidamente não haveriam saídas posteriores do mesmo produto.

A Fiscalização insiste na manutenção do lançamento, ao argumento de que os estabelecimentos destinatários, possuiriam CNAE secundário relacionado ao comércio varejista, o que justificaria sua interpretação.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Não há indícios ou elementos de razoabilidade em se presumir que uma sala de cinema possa comercializar lâmpadas de projeção a seus clientes.

Indubitável que o CNAE secundário de atividade comercial se refere a itens de lanchonete, como bebidas e salgadinhos.

Desarrazoado portanto, o argumento suscitado pelo Fisco.

Por óbvio que tais lâmpadas seriam aplicadas à atividade desenvolvida pela empresa destinatária, e caso ainda restassem dúvidas quanto à destinação das mesmas sob a ótica da Fiscalização, incumbiria à Fiscalização perseguir outros elementos de prova, capazes de demonstrar de forma cabal, destinação distinta daquela aqui mencionada.

Sequer analisando a frequência e volume das operações com os mesmos destinatários, encontra-se parâmetro razoável que conduza à conclusão levada a cabo pelo trabalho em exame.

Desta forma, devem ser julgadas improcedentes as exigências relativas a estas operações.

O segundo ponto suscitado, lastreia-se nas saídas ocorridas com destinatários supermercados/hipermercados, sendo que, relativamente a este item do Auto de Infração, afirma, especificamente, a Impugnante:

“...conforme a análise das operações, os produtos listados são essencialmente LAMP FLUOR LUMILUX T5 HO54W 840 e REATOR ELET QTP5 2X54 220 240 E GER, que juntos compõem uma solução de iluminação de máxima capacidade.

Necessário destacar que a lâmpada em questão possui 1,2 m, em oposição com as normalmente comercializadas, que possuem uma média de 55 cm. Assim, embora as referidas operações não guardem muita identidade com as aquisições destinadas à posterior revenda no comércio varejista, essas são extremamente compatíveis com a aquisição de sistemas de iluminação a serem instalados no próprio estabelecimento para o desenvolvimento de sua atividade. Desse modo, forçoso reconhecer que se enquadram como operações de venda a consumidor final, as quais, não se sujeitam ao regime de substituição tributária.”

Neste sentido, há que ser considerado o fato de que situação exatamente idêntica ocorreu com operações às quais tinham como destinatário estabelecimentos comerciais do grupo Verdemar.

Para referidas situações, a Impugnante, contando com a colaboração de seu cliente, destinatário das mercadorias, pode apresentar cópias dos registros dos estabelecimentos destinatários, reforçando os argumentos produzidos no mesmo sentido supra citado.

Em consequência, operou-se a reformulação do lançamento com a exclusão dos valores e exigências relativas às saídas destinadas aos estabelecimentos do grupo Verdemar.

Não obstante, em situações idênticas, tendo como destinatárias outras redes supermercadistas, a Fiscalização manteve integralmente as exigências do Auto de Infração, ao argumento de que não haveriam provas em sentido contrário a elidir a acusação fiscal.

Contudo, a conclusão a ser adotada é diametralmente oposta.

Uma vez acatada ainda que parcialmente a tese defendida pela Impugnante, toma-se como razoáveis e válidos os argumentos defendidos pela Defesa.

Por óbvio, que não teria a defendente acesso aos livros e registros fiscais de todos seus parceiros comerciais, no intuito de comprovar a efetiva destinação das mercadorias a eles revendidos.

Não obstante, a Fiscalização poderia facilmente ter desconstituído o argumento de defesa, ao apresentar documentos fiscais dando conta da posterior saída daquelas mercadorias adquiridas pelos destinatários mineiros.

A Substituição Tributária (ST) é o regime pelo qual a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido em relação às operações ou prestações de serviços é atribuída a outro contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O regime de substituição tributária está previsto na Constituição da República de 1988 (CR/88), art. 150, § 7º, o qual prescreve que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo recolhimento do imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Confira-se:

CR/88:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Assim, considerando que o regime consiste, basicamente, na cobrança do imposto devido em operações subsequentes, antes da ocorrência do fato gerador, não há que se falar em cobrança do imposto nas hipóteses ora mencionadas diante da inexistência de operações subsequentes.

Resta a ser avaliada a situação relativa às operações com “unidades de controle manual HF”.

Segundo a Impugnante, este item não estaria sujeito à incidência do ICMS sob a modalidade de substituição tributária.

As “Unidades de Controle manual HF”, classificadas na posição NCM/SH 8504.90.20, conforme esclarecido nos autos, são “dimmers de luz”, ou seja, aparelhos que permitem o controle da intensidade da luz ambiente.

A Fiscalização parte da premissa de que estaria esta mercadoria identificada no Protocolo ICMS nº 39, de 05 de junho de 2009, internalizado pelo dispositivo regulamentar de Minas Gerais, no item 44.1.29 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Contudo, equivocou-se a Fiscalização na interpretação no tocante à descrição dos itens supra mencionados. Confira-se:

Protocolo nº 39/09:

NBM/SH	DESCRIÇÃO
85.04	Transformadores, conversores, retificadores, bobinas de reatância e de auto indução, exceto os transformadores de potência superior a 16 KVA, classificados nas subposições 8504.33.00 e 8504.34.00, os da subposição 8504.3, os reatores para lâmpadas elétricas de descarga classificados na subposição 8504.10.00, os carregadores de acumuladores NCM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

	8504.40.10, os equipamentos de alimentação ininterrupta de energia (UPS ou “no break”), subposição 8504.40.40 e os produtos de uso automotivo.
--	--

Item 44.1.29, Parte 2, Anexo XV – RICMS/02

4.1.29	85.04	Transformadores, conversores, retificadores, bobinas de reatância e de auto indução, exceto os transformadores de potência superior a 16 KVA, classificados nas subposições 8504.33.00 e 8504.34.00, os da subposição 8504.3, os reatores para lâmpadas elétricas de descarga classificados na subposição 8504.10.00, os carregadores de acumuladores NCM 8504.40.10, os equipamentos de alimentação ininterrupta de energia (UPS ou “no break”), subposição 8504.40.40 e os produtos de uso automotivo
--------	-------	---

Analisando a redação e descrição nos itens, verifica-se que o ICMS/ST não seria aplicável sobre a mercadoria ora em análise.

Em verdade, a correta e adequada classificação da mercadoria seria na posição NCM/SH 8504.90.20 e, portanto, não abarcada pela sistemática da substituição tributária na hipótese ora considerada.

Nesse diapasão, registra-se que para a correta classificação da mercadoria para fins de substituição tributária observa-se tanto o código NCM/SH quanto sua descrição.

Tal entendimento, inclusive é aplicado pela Fiscalização em outros procedimentos, pelo que depreende-se pela resposta à Consulta de Contribuinte nº 018/16, Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 001/16.

Ademais, incorre a hipótese dos autos, ainda, em outras falhas neste ponto em específico, considerando inclusive a classificação inicialmente utilizada pela Fiscalização conforme discriminado nas próprias notas fiscais do contribuinte, e sua posterior modificação para utilização da NCM 85.33.

Portanto, improcede a acusação fiscal no tocante a este item também.

Por fim, verifica-se que o Auto de Infração, no valor original de R\$ 4.800.803,26 (quatro milhões, oitocentos mil, oitocentos e três reais e vinte e seis centavos), conforme fls. 05, retorna para apreciação final após as reformulações com um saldo consolidado de R\$ 71.940,17 (setenta e um mil, novecentos e quarenta reais e dezessete centavos), conforme DCMM de fls. 1.179.

Sempre é possível proceder-se à reformulação do crédito tributário, buscando sua adequação à verdade real. Contudo, um decréscimo tão vultoso dos valores exigidos espelha os erros cometidos no presente lançamento e reforça o julgamento da Egrégia Câmara pela sua improcedência.

Os demais pontos de controvérsia, como o montante das multas aplicadas, incidência de juros, majoração da penalidade isolada e outros consectários, ficam prejudicados diante da improcedência dos argumentos centrais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, por maioria de votos, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. Vencido, em parte, o Conselheiro Wagner Dias Rabelo, que a reconhecia em relação ao período anterior a setembro de 2010. No mérito, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Maria Virgínia Fantucci Pillekamp e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 01 de março de 2018.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS		
--	--	--

Acórdão:	22.876/18/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000323905-97	
Impugnação:	40.010138888-46	
Impugnante:	Ledvance Brasil Comércio de Produtos de Iluminação Ltda	
	IE: 346773815.00-97	
Proc. S. Passivo:	Celso de Paula Ferreira da Costa/Outro(s)	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - DF	

Voto proferido pelo Conselheiro Wagner Dias Rabelo, 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.

Mesmo que tenha votado pela improcedência do lançamento, no tocante à prejudicial de mérito fiquei vencido, por maioria de votos, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário relativamente aos fatos geradores anteriores a setembro de 2010, com fundamento no disposto no § 4º do art. 150 do CTN.

Desta forma, como preliminar, estará sendo avaliada a possibilidade da decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores anteriores a setembro de 2010, que ensejariam a aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

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

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

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

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

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

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

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

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

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

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 GERADOR, CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN" (AGRG NOS EREsp. 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 10.4.2006).

4. COM EFEITO, A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POR ESTA CORTE DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA APRESENTADA A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. PARA ESSA FINALIDADE, SALVO OS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, DESPICIENDO SE MOSTRA INDAGAR A RAZÃO PELA QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO.

5. A DEDUÇÃO AQUI CONSIDERADA (CREDITAMENTO INDEVIDO) NADA MAIS É DO QUE UM CRÉDITO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO DO TRIBUTO APURADO EM DETERMINADO PERÍODO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE), QUE VEIO A SER RECUSADA (GLOSADA) PELA ADMINISTRAÇÃO. SE ESSE CRÉDITO ABARCASSE TODO O DÉBITO TRIBUTÁRIO A PONTO DE DISPENSAR QUALQUER PAGAMENTO, AÍ SIM, ESTAR-SE-IA, COMO VISTO, DIANTE DE UMA SITUAÇÃO EXCLUDENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

6. NA ESPÉCIE, O ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL FOI CLARO AO CONSIGNAR QUE HOUVE PAGAMENTO A MENOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO. DESSA FORMA, DEVE-SE OBSERVAR O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CTN.

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativamente a fatos geradores ocorridos anteriores a setembro de 2010, deve ser levado em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que no caso dos autos se aplica, na sua inteireza, as razões constantes dos itens 4 e 5 do citado Embargo de Divergência, a seguir reproduzidos:

“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.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, por todo o exposto, entendo, como prejudicial de mérito, que as exigências do Auto de Infração para fatos geradores anteriores a setembro de 2010, encontram-se fulminadas pela decadência.

Sala das Sessões, 01 de março de 2017.

**Wagner Dias Rabelo
Conselheiro**

CC/MG