

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.306/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000152941-01
Impugnação: 40.010124034-15
Impugnante: OSRAM do Brasil Lâmpadas Elétricas Ltda
IE: 346773815.00-97
Proc. S. Passivo: Antônio Esteves Júnior/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LÂMPADAS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST por parte do Autuado, em decorrência das seguintes irregularidades: 1) remessas de lâmpadas, reatores e produtos afins para destinatários mineiros, em operações de uso/consumo e sem inclusão na base de cálculo da Margem de Valor Agregado; 2) diferenças de valores declarados nas GIA/ST, a título de ICMS/ST Retido, Devolução e/ou Ressarcimento. Procedimento fiscal respaldado no RICMS/96, Anexo IX, arts. 273 e 280, inc. II, subalínea “c.1”, bem como no RICMS/02, Anexo IX, arts. 256 e 263, inc. II, subalínea “c.1”. Acolhimento pelo Fisco de parte das razões trazidas pelo Impugnante, motivando as reformulações do crédito tributário e, ainda, exclusão da multa isolada aplicada por não estar corretamente tipificada no Auto de Infração. Legítimas as exigências fiscais remanescentes de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro a teor da Lei 6.763/75, art. 56, inc. II, § 2.º, incs. I e II. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

O contencioso em discussão versa sobre a falta de retenção e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, referente às remessas de lâmpadas, reatores e produtos elétricos sujeitos à substituição tributária, no período de janeiro/2001 a dezembro/2005, em razão das seguintes irregularidades: 1) operações de remessa das citadas mercadorias para uso e consumo dos destinatários, sem inclusão da Margem de Valor Agregado – MVA (40%) na base de cálculo do ICMS/ST e 2) diferenças de valores declarados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária – GIA-ST a título ICMS/ST Retido e/ou Devolução e/ou Ressarcimento.

Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro de acordo com a Lei nº 6.763/75, art. 56, § 2.º, incs. I e II, e Multa Isolada aplicada com base no art. 53, inc. III, da mesma Lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco instruiu o processo com Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fls. 02); Termo de prorrogação de prazo do TIAF (fls. 07); Auto de Infração (fls. 08/10); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM – (fls. 11/14, alterado às fls. 455, 461/464, 479/482 e 500/503); Relatório de Autuação Fiscal contendo, entre outras, as seguintes informações: descrição dos trabalhos realizados; documentação utilizada; irregularidades constatadas; infringências e penalidades; indicação dos anexos demais documentos que integram o AI (fls. 15/18); Anexo A – Demonstrativo das Diferenças Positivas Apuradas – ICMS/ST e dos valores exigidos (fls. 19/20, retificado às fls. 456/457, 474/475 e 504/505); Anexo B – Demonstrativo das diferenças apuradas, por período mensal (fls. 21/22, retificado às fls. 458/459, 476/477 e 506/507); Anexo C – Quadro demonstrativo das diferenças verificadas entre os valores do ICMS/ST apurado e o destacado nas notas fiscais, por período mensal (fls. 23, retificado às fls. 460, 478 e 508) e um CD-R, nomeado “SEF/MG – ANEXOS – 18/07/06”, contendo arquivos em Excel, referentes aos períodos auditados, com as planilhas dos seguintes Anexos: “A – Exigências – Crédito Tributário – Valores Originais”; “B – Demonstrativo do Crédito Tributário – Apuração Mensal”; “C – Demonstrativo das Origens do Crédito Tributário Apurado”; “D – Relatório das Diferenças – ICMS/ST (Normal) Retido e sem retenção”; “E – Relação de Notas Fiscais”; “F – Itens de produtos da nota fiscal”; “G – Tabela de produtos”; “H – Regras aplicadas” e “I – Relação de Clientes, Contribuintes Substituídos” (fls. 24 - outro CD-R acha-se juntado às fls. 465, em substituição, por motivo de retificações no crédito tributário).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/71, com documentos anexados às fls. 72/451, onde alega resumidamente o que se segue.

Em preliminar:

- o AI deveria ser declarado nulo, por conta da inexistência de descrição clara e precisa do fato que motivou a imposição fiscal;

- restaria configurada a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 18/07/01, tendo em vista que a contagem do prazo decadencial no caso do ICMS, sujeito ao lançamento por homologação, encontra-se regulada pelo artigo 150, § 4.º do Código Tributário Nacional - CTN.

No mérito:

- inaplicabilidade da Margem de Valor Agregado – MVA em vendas destinadas ao uso e consumo dos adquirentes, uma vez que estes não revenderam os produtos objeto da autuação e deixaram de tomar os respectivos créditos com as operações;

- seriam inaplicáveis os termos do Protocolo ICMS nº 17/85, que se refere a operações realizadas com lâmpadas, pois ao contrário do considerado pelo Fisco, o que houve foi circulação de luminárias, mercadoria completamente distinta daquela prevista no citado Protocolo;

- nos termos do Convênio ICMS nº 27/01, teria sido concedida a isenção do ICMS entre 01/06/01 e 31/10/01, isto é, a isenção abrangeria todo o período compreendido desde a publicação do referido Convênio até o termo da sua validade;

- inexistiriam diferenças de valores declarados na GIA/ST, em virtude da retificação feita, bem como em razão dos recolhimentos realizados;

- nos termos da ADIn 551-1 do Supremo Tribunal Federal, a exigência da multa lavrada seria inconstitucional, vez que constitui caráter nitidamente confiscatório e abusivo.

Em apoio à sua argumentação, cita e transcreve trechos de jurisprudência judicial e administrativa, bem como, de lições doutrinárias.

Concluindo, requer a realização de diligências no estabelecimento para comprovação de suas alegações mediante análise dos documentos fiscais/contábeis pertinentes. Pede ainda, em preliminar, o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração ou, no mínimo, a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/01 a 17/07/01 e, no mérito, o cancelamento da exigência fiscal na sua totalidade.

Da primeira reformulação do crédito tributário

Conforme Termo de Re-Ratificação de fls. 453/454 e demonstrativos constantes de fls. 456/464, o crédito tributário é reformulado pelo Fisco, em razão da correção da base de cálculo e alteração de operações originalmente consideradas como vendas a varejistas e posteriormente comprovado pelo Impugnante como sendo remessas para uso e consumo e vice-versa, de alguns destinatários. Excluíram-se, também, as operações referentes às luminárias, as quais não estão sujeitas à sistemática da substituição tributária.

De tal providência, é dada ciência ao Autuado (fls. 452, recibo às fls. 466).

Comparecem aos autos os patronos do Impugnante (fls. 467/469), reiterando todos os termos da defesa já apresentada e requerendo o regular processamento de seu trâmite.

Da segunda reformulação do crédito tributário

Motivado pelas indagações trazidas pelo Demandante, o Fisco reformula novamente o crédito tributário (Termo de Re-Ratificação - fls. 471/472; Relatório das retificações efetuadas - fls. 473; Demonstrativos do crédito tributário alterado - fls. 474/482), com a exclusão das exigências fiscais relativas a:

- notas indicadas na listagem de fls. 262/279, números 794.342, 780.527, 771.467, 723.863, 677.337, 659.120, 642.889, 642.515, 596.832, 588.889, 578.167, 567.307, 527.479 e 470.647;

- notas fiscais constando o produto com Classificação NCM 8504.31.19 - Transf. Elet. Halotronic HTM 70W 230 240 v (automotiva);

- diferença de R\$ 40,00, apurada na conferência do ICMS/ST do mês de março de 2003 - imposto declarado na GIA/ST e o destacado nas notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais modificações são devidamente científicas ao Demandante (fls. 470, recebido às fls. 483).

Depois de exercer o direito de vista por meio de procuradora legalmente constituída (Declaração às fls. 484), vem novamente aos autos o Sujeito Passivo (fls. 485/487) pronunciar-se sobre as modificações realizadas no AI. Repete, de forma resumida, todos os argumentos expendidos anteriormente e pede o regular prosseguimento da sua Impugnação.

Da terceira reformulação do crédito tributário

O Fisco reformula ainda uma vez o crédito tributário, em razão de diferença verificada no valor informado na planilha “Diferenças Positivas Apuradas ICMS/ST” – Anexo A, mês de agosto/02, onde constou R\$ 597,20, quando o correto é R\$ 297,20 (fls. 456, 474, 504) e, também, por falta de inclusão na soma do valor de R\$ 0,17, referente ao mês de dezembro de 2001 (fls. 456, 474, 504).

Em decorrência desta terceira reformulação, o Fisco emite novo Termo de Re-Ratificação (fls. 497/498), acompanhado de Relatório das Retificações efetuadas, incluindo as duas anteriores (fls. 499), bem como atualiza o Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 500/503) e refaz os Quadros demonstrativos das diferenças apuradas e dos valores exigidos - Anexos “A”, “B” e “C” (fls. 504/508).

Tais mudanças são devidamente científicas ao Demandante (fl. 496, recebido às fls. 509).

Sobre a modificação havida no levantamento fiscal, comparece novamente aos autos o Autuado (fls. 510/515), para ressaltar que o AI sofreu retificações pouco significativas, tão-somente com relação aos valores exigidos em decorrência das operações realizadas. A seu ver, em que pese as retificações implementadas pelo Fisco, ainda assim a autuação fiscal permanece indevida, devendo ser declarada nula de pleno direito, conforme já demonstrado na Impugnação protocolada em 19/07/06 e respectivas retificações (23/10/06 e 21/12/07).

Em acréscimo, tece considerações sobre o mérito da isenção e das diferenças em GIA/ST, salientando que a isenção vigente em Minas Gerais a partir de 19/06/01 pelo Decreto nº 41.830/01 já vigorava em razão do Convênio 27/01 desde 01/06/01, devendo ser cancelada a exigência de 01 a 19/06/01.

Volta a destacar o caráter confiscatório das penalidades impostas, alegando existir duas penalidades para o mesmo suposto não recolhimento de ICMS, fato que enseja enriquecimento ilícito do Estado. Diz, ainda, que o Anexo “A” não permite apurar a forma pela qual se exige os valores relativos à multa isolada, devendo ser anulada a autuação fiscal.

Renova todos os termos da Impugnação e respectivas ratificações, requerendo o seu regular processamento e devido julgamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 518/538, rebate ponto a ponto, as alegações da defesa nos termos resumidos a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não cabe a alegação nulidade do AI por descumprimento ao inc. IV do art. 57 da CLTA/MG, porquanto o mesmo foi rigorosamente observado, tanto que o relatório consignado no próprio AI (fls. 08/09) menciona o período fiscalizado e esclarece tratar-se de apuração do ICMS/Substituição Tributária devido a Minas Gerais referente às remessas de lâmpadas; não obstante o Relatório consignado no próprio AI, foi elaborado o RELATÓRIO DE AUTUAÇÃO FISCAL (fls. 15/18), que detalha todo o procedimento realizado junto ao Contribuinte fiscalizado;

- as irregularidades fiscais apuradas pelo presente feito fiscal estão devidamente demonstradas nas planilhas de fls. 19/23, assim como nas planilhas de fls. 456/460, em razão da re-ratificação de fls. 453 e nas planilhas de fls. 474/478 em função da re-ratificação de fls. 471, tornando claros os motivos que ensejaram a lavratura do feito fiscal ora combatido; devido ao grande número de operações, o Autuado recebeu as planilhas de apuração do crédito tributário em arquivo magnético (CD-ROM) autuado às fls. 24, como também as planilhas de apuração do crédito tributário retificado (CD-ROM às fls. 465);

- a alegação de decadência não cabe em relação a este feito fiscal, porquanto, segundo o disposto no art. 173, inc. I, do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*; no caso presente, o AI foi lavrado tempestivamente e o Contribuinte notificado dentro do prazo legal, na data de 19/07/06, portanto, antes do prazo fatal, dia 31/12/06;

- são corretos os comentários que o Requerente tece acerca do ICMS e particularmente da substituição tributária para demonstrar que se aplica a MVA quando há operação subsequente e não se aplica quando a mercadoria destina-se a uso e consumo; depois de analisar os argumentos declinados na peça impugnatória, considerou-se que parte das operações autuadas realmente foi destinada para uso e consumo dos destinatários, motivo pelo qual se deu a exclusão da exigência da aplicação da MVA no cálculo do ICMS/ST incidente sobre as referidas operações, culminando com a lavratura do Termo de Re-Ratificação de fls. 453;

- os protestos do Impugnante para não aplicação da exigência do ICMS/ST às operações com luminárias restaram atendidos, sendo reconhecida a não incidência por não estar prevista no Protocolo ICMS nº 17/85; assim, procedeu-se à exclusão das operações referentes àqueles produtos, justificando a reformulação do crédito tributário em conformidade também com o Termo de Re-Ratificação de fls. 453;

- as alegações apresentadas acerca da isenção têm procedência em parte, pois no mês de junho de 2001 teve início o referido benefício; todavia, há que ser observado exatamente o período de 19/06/01 até 31/12/01, dentro do qual foi considerada a isenção referente aos Convênios 27/01 e 70/01, de forma que é exigível o ICMS respectivo até o dia 18 de junho, conforme constou do feito fiscal;

- no que diz respeito às diferenças de valores declarados nas GIA/ST, em relação aos quais o Autuado elaborou uma tabela para demonstrar a correção dos mesmos, esclarece que aceitou a referida tabela, exceção feita ao valor de R\$ 38.512,00

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referente ao mês de julho de 2002, uma vez que não houve o destaque do ICMS-ST por saída com isenção em conformidade com o apurado pelo arquivo magnético, não podendo ser concedido o crédito pretendido em razão de devolução de mercadoria remetida ao abrigo da isenção;

- em relação às penalidades impostas, deu-se a aplicação da multa de revalidação calculada sobre o valor do ICMS/ST devido e a aplicação da multa isolada, tudo em obediência à legislação vigente; quanto ao caráter confiscatório das multas, esse não é o foro adequado para este tipo de alegação, conforme determina no art. 88 da CLTA/MG, então em vigor;

- a diligência solicitada pelo Impugnante é procrastinatória e desnecessária, uma vez que foram aceitos os esclarecimentos relativos às diferenças apresentadas, exceção feita ao valor de R\$ 38.512,00.

- em observância ao princípio da busca da verdade real e para dar ao crédito tributário toda certeza e liquidez, foram lavrados os Termos de Re-Ratificações de fls. 453, 471 e 497, de forma que, ao contrário do pleito do Impugnante, o AI deve prosseguir normalmente, devendo prevalecer o Termo de Re-ratificação de fls. 497.

Ao final, pede que seja julgado parcialmente procedente o lançamento conforme reformulações efetuadas e Termo de Re-Ratificação de fls. 497.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 542/562, que foi adotado para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, opina, em preliminar, pelo não acolhimento das prefaciais arguidas e, quanto ao mérito, pela procedência parcial do lançamento de forma a remanescer as exigências fiscais constantes dos demonstrativos de fls. 497/508, exceto em relação à multa isolada, que deve ser excluída do crédito tributário por não restar perfeitamente tipificada no AI.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria Fiscal do CC/MG, de fls. 542/562, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Em suas peças de contestação o Autuado propugna pela nulidade do Auto de Infração - AI ao argumento de que inexistente descrição clara e precisa do fato que motivou a imposição fiscal e a majoração dos valores exigidos, não sendo preenchidos os pressupostos essenciais para a sua formalização previstos no art. 57, inc. IV da CLTA/MG, então em vigor. Menciona como prova a ausência de relatório circunstanciado e/ou qualquer outra forma de relatório que descreva os fatos e as circunstâncias que deram origem ao crédito tributário supostamente devido.

Todavia, improcedem os argumentos expendidos, uma vez que todos os ditames da legislação tributária relativos à infração em pauta, e vigentes no período examinado, encontram-se devidamente citados na peça fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, da análise do AI, verifica-se que o mesmo contém todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive a descrição das irregularidades constatadas, bem como a tipificação das infringências e respectivas penalidades, em total conformidade com o disposto nos arts. 57 e 58, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, então vigente.

Outrossim, para bem alicerçar o feito fiscal, foi elaborado pela Fiscalização o “RELATÓRIO DE AÇÃO FISCAL” de fls. 15/18, onde está detalhado todo o procedimento realizado junto ao Contribuinte, destacando-se, entre outras, as seguintes informações: objetivo do trabalho fiscal; exercícios/períodos analisados/fiscalizados; indicação da documentação utilizada, das irregularidades apuradas e das infringências e penalidades aplicadas; relação dos demonstrativos e documentos integrantes do AI.

O mesmo se pode dizer das três modificações havidas no lançamento primitivo (primeira retificação - fls. 453/464; segunda retificação - fls. 471/482; terceira retificação - fls. 497/508). Tais alterações foram devidamente comunicadas ao Sujeito Passivo (fls. 452 e 466; 470 e 483; 496 e 509), sendo-lhe reabertos os prazos regulamentares para pagamento ou interposição de nova impugnação, nos termos dos arts. 100, § 1º da CLTA/MG e 120, § 1º do RPTA/MG. Vale acrescentar, por relevante, que devido ao grande número de operações, o Autuado recebeu as planilhas relativas à apuração do crédito tributário em arquivo magnético (CD-ROM autuado às fls. 24), assim também as planilhas contendo o crédito tributário retificado (CD-ROM anexado às fls. 465).

De igual modo, assegurou-se ao Autuado o pleno exercício ao contraditório e à ampla defesa, que a todo o momento foi por ele praticado.

Cumpra enfatizar que não há mesmo como acolher o pleito em comento, haja vista que o Impugnante compreendeu muito bem do que está sendo acusado, tanto que na peça inicial de defesa e também nos pronunciamentos apresentados posteriormente, aborda com detalhes todos os aspectos relacionados com a autuação.

Em suma, tem-se por incabível a prefacial arguida, não devendo, portanto, ser acatada a arguição de nulidade da peça formalizadora do lançamento.

Do Mérito

Quer o Sujeito Passivo que o Estado tenha decaído do direito de efetuar o lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 18/07/01, tendo em conta a decadência do prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Pressuposto básico para que se efetive a homologação explícita ou tácita é que tenha ocorrido pagamento antecipado do tributo pelo obrigado. Conforme imputação fiscal, a obrigação de pagamento do imposto é do Autuado e o sujeito ativo Minas Gerais. Isso não se deu, por consequência, não há o que homologar, logo, exsurge a possibilidade jurídica da efetivação do lançamento de ofício, para cujo direito prevalece a regra de caducidade posta no art. 173, inc. I, do mesmo Código.

Se os fatos geradores são de 2001, o Fisco teria até 31/12/06 para efetuar o lançamento de ofício, assim considerado o AI regularmente notificado ao Sujeito Passivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observando as fls. 10, confirma-se a intimação em 19/07/06, portanto, antes de expirado o prazo para considerar-se decaído o direito de lançar.

Sobre essa matéria o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA. IMPOSSIBILIDADE.

I – Esta Corte adota entendimento de que o prazo para a constituição de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação, na hipótese em que não há pagamento da dívida, é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Precedentes: REsp nº 733.915/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 16/08/2007; EREsp nº 413.265/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 30/10/2006; REsp nº 839.418/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 28/09/2006 e AgRg no Ag nº 717.345/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/09/2006. II – Agravo regimento improvido. (AgRg no REsp 949060-RS, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 12/11/2007)” (Sublinhado).

Como o Sujeito Passivo não efetuou qualquer pagamento, mas, pelo contrário, deixou de recolher corretamente o imposto devido, conclusivamente não cabe falar em decadência do lançamento de ofício.

Nos termos relatados acima, decorrem as exigências fiscais formalizadas da falta de retenção e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, no período compreendido entre janeiro/2001 a dezembro/2005, por ter sido constatadas as seguintes irregularidades: remessa de mercadorias (lâmpadas elétricas, reatores e outros produtos elétricos) em operações interestaduais, destinadas ao uso e consumo dos adquirentes; falta de inclusão da Margem de Valor Agregado – MVA (40%) na base de cálculo do ICMS/ST; ocorrência de diferenças entre os valores declarados nas GIA/ST a título de ICMS/ST retido e/ou devolução e/ou ressarcimentos e aqueles destacados nas notas fiscais.

Nos Anexos que acompanham a autuação estão explicitados os procedimentos adotados para se apurar os valores das exigências fiscais referentes às infrações constatadas, assim:

1) nas planilhas que compõem o Anexo D – “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido” – estão demonstradas as diferenças do ICMS/ST, apuradas em relação a cada nota fiscal autuada, onde:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Base de Cálculo do ICMS/ST na nota fiscal (coluna “G”) = Valor total + IPI + Frete + Tributos + MVA (40%);

- ICMS/ST apurado (coluna “J”) = Base de Cálculo do ICMS/ST (coluna “G”) multiplicada pela alíquota interna (coluna “H”) menos o ICMS Op. Própria (coluna “T”);

- Diferença do ICMS/ST (coluna “L”) = ICMS/ST apurado (coluna “J”) menos o imposto destacado na nota fiscal (coluna “K”);

2) no Quadro que compõe o Anexo C (fls. 23 e retificações às fls. 460; 478; 508), estão indicadas, por período mensal, as diferenças resultantes entre o imposto apurado pela Fiscalização e aquele destacado nas notas fiscais;

3) no Anexo B – Demonstrativo da Apuração Mensal (fls. 21/22 e retificações às fls. 458/459; 476/477; 506/507) acham-se totalizadas as diferenças apuradas, incluindo aquelas relativas aos valores declarados nas GIA/ST a título de devoluções e ressarcimentos (campo “Conferência de Créditos Declarados GIA/ST” – coluna “Diferença Positiva n.º 3”) e, também, as já apuradas no Anexo C (campo “Conferência do ICMS/ST Destacado” – coluna “Diferença Positiva n.º 2”). Parte das GIA/ST, de onde se extraíram os valores referentes às devoluções e ressarcimentos, foram apresentadas pela Autuada e acham-se autuadas às fls. 367, 373, 377, 399, 404, 407, 411, 419, 423, 427, 431, 435, 439, 444, 448;

4) o resultado consolidado de cada mês encontra-se demonstrado no Anexo A (fls. 19/20 e retificações às fls. 456/457; 474/475; 504/505), onde estão especificadas as “Diferenças Positivas Apuradas – ICMS/ST” e as respectivas exigências fiscais.

Registre-se que o regime de recolhimento do ICMS através do instituto da substituição tributária encontra-se previsto no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 3/93, bem como no art. 6º da Lei Complementar Federal nº 87/96, e também no art. 22 da Lei nº 6.763/75.

O trabalho fiscal fundamentou-se nas normas contidas no Anexo IX do Regulamento mineiro, as quais, pela relevância, merecem transcrição:

RICMS/96

Art. 273 - 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, classificadas nas posições 8539 e 8540, reator e starter, classificados nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, respectivamente, todos da NBM/SH, destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes ou na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

RICMS/02

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 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.

No mesmo texto normativo, foi precisada a base de cálculo do imposto:

RICMS/96

Art. 280 - A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, é:

(...)

II - na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, nele incluídos os valores do IPI, frete, carreto e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, acrescido da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de:

(...)

c - 40% (quarenta por cento), tratando-se de:

c.1 - lâmpada elétrica, reator e interruptor automático termoeletrico (starter);

RICMS/02

Art. 263 - A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, é:

(...)

II - na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, nele incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), frete,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

carreto e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, acrescido da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de:

(...)

c - 40% (quarenta por cento), tratando-se de:

c.1 - lâmpada elétrica, reator e interruptor automático termoeletrico (*starter*);

Parágrafo único - O valor inicial para o cálculo mencionado no inciso II do *caput* deste artigo será o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista, quando o estabelecimento industrial não realizar operações diretamente com o comércio varejista.

E, ainda, especifica o valor a ser recolhido a título de ICMS/ST:

RICMS/96

Art. 32 - O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pelas operações próprias.

Art. 33 - O imposto retido pelo contribuinte substituto, localizado em outra unidade da Federação, bem como a atualização monetária, multa, juros de mora e demais acréscimos com ele relacionados, constitui crédito tributário deste Estado.

RICMS/02

Art. 32 - O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do substituído.

Art. 33 - O imposto retido pelo contribuinte substituto, localizado em outra unidade da Federação, bem como a atualização monetária, multa, juros de mora e demais acréscimos com ele relacionados, constitui crédito tributário deste Estado.

Nas oportunidades que comparece aos autos, o Impugnante revela seu inconformismo, comentando que a Margem de Valor Agregado somente se aplica quando há operação subsequente, não incidindo no caso de a mercadoria se destinar ao uso e consumo. Ocorre que em relação a todas as operações de remessa autuadas não há comprovação de que *“os bens remetidos por ela a Minas Gerais não foram revendidos posteriormente”* e que *“não houve agregação de valores a essas mercadorias e que os registros e declarações obtidas pela impugnante junto aos adquirentes comprovam que se trata de uso e consumo.”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à Nota Fiscal nº 771.467, apresentada a título de exemplo (fls. 106), quando cotejada com o livro Registro de Entradas do destinatário (fls. 264) não se comprova que a mercadoria tenha sido revendida, mas apenas que ocorreu a escrituração no referido livro sem o creditamento do imposto.

É fato que o Impugnante, na condição de contribuinte substituto, fez consignar nas notas fiscais que emitiu os Códigos Fiscais de Operações - CFOP 6401 - *Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto* e 6403 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária*. Verifica-se, também, que parte expressiva dos destinatários das mercadorias (lâmpadas elétricas em sua maioria), não obstante necessitarem de lâmpadas para iluminação de seus estabelecimentos, são lojas e mercados que comercializam tais produtos.

Todavia, depois de analisar os argumentos expressos na peça impugnatória apresentada, o Fisco constatou que parte das operações autuadas realmente foi destinada para uso e consumo dos destinatários (fls. 262/279), motivo pelo qual procedeu à exclusão das exigências resultantes da aplicação da Margem de Valor Agregado no cálculo do ICMS/ST sobre as referidas operações, culminando com a lavratura do Termo de Re-Ratificação de fls. 453. Na oportunidade, excluíram-se, também, as exigências fiscais relativas às operações com luminárias, uma vez que tais mercadorias não estavam submetidas à incidência do ICMS/ST prevista no Protocolo ICMS nº 17/85.

O Demandante expressa o entendimento de que as operações de circulação de lâmpadas fluorescentes de descarga em baixa pressão, bem como lâmpadas de vapor de sódio de alta pressão (cópias de notas fiscais juntadas às fls. 327/355), estariam amparadas pela isenção, no período de 06/01 a 10/01, de acordo com o Convênio ICMS nº 27/01. Realmente, em razão da crise no abastecimento de energia, foi firmado em 29/05/01, no âmbito do CONFAZ, o citado Convênio ICMS nº 27/01, prevendo a concessão de isenção de ICMS, nas operações com lâmpadas fluorescentes. Dispunha sua cláusula primeira que: *“Ficam isentas do ICMS as operações com lâmpadas fluorescentes de descarga em baixa pressão, de base única, com ou sem reator eletrônico incorporado, com eficiência superior a 40 lúmens por W, classificadas no código 8539.31.00 da NBM/SH - Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado, e lâmpadas de vapor de sódio, de alta pressão, classificadas no código 8539.32.00 da NBM/SH - Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado.* Por este motivo, as exigências fiscais abrangendo aquelas mercadorias limitaram-se à data de 18/06/01, conforme consta do feito fiscal.

No que diz respeito às diferenças de valores declarados nas GIA/ST, em relação às quais o Autuado elaborou uma tabela para demonstrar a correção dos mesmos (fls. 64/65), esclarece o Fisco que aceitou a referida tabela, exceção feita ao valor de R\$ 38.512,00 referente ao mês de julho de 2002. Isto porque o referido valor decorreu de crédito advindo da Nota Fiscal nº 384.668 - devolução efetuada pela empresa Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A (fls. 422), que por sua vez, refere-se às notas fiscais de remessa números 448.430 e 448.431 – formulários de

controle nºs 459.779 e 459.780 (cópias às fls. 492/493). Uma vez que não houve o destaque do ICMS-ST na saída com isenção, evidentemente não poderá ser concedido o crédito pretendido quando do retorno da mercadoria em devolução.

O Impugnante discorda da imposição das multas, considerando-as confiscatória e desproporcionais. Alega ainda, que o Fisco, quando da aplicação das penalidades, teria atualizado os valores das mesmas como se fossem o crédito tributário da obrigação principal.

Entretanto, no que concerne à punição imposta, mostra-se escorreita a incidência e a graduação da multa de revalidação exigida, como previsto no artigo 56, § 2º incs. I e II, do art. 56 da Lei nº 6.763/75, não cabendo ao Fisco esquivar-se à sua cobrança (art. 88, inc. I, da CLTA/MG, vigente à época dos fatos).

Já em relação à multa isolada, foi a mesma exigida com amparo no art. 53, inc. III, da Lei nº 6.763/75 (AI - fls. 09 e Relatório de Autuação Fiscal – fls. 17), cuja transcrição se faz oportuna:

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

(...)

III - o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte.

Como se pode observar, o referido dispositivo apenas estabelece a base sobre a qual serão calculadas as multas, sem indicar quaisquer percentuais. Estes se encontram previstos e quantificados nos arts. 54, 55 e 56 da mencionada Lei, sendo aplicados de conformidade com cada tipo de infração praticada.

No mesmo sentido, cumpre ressaltar que havendo uma disposição legal específica prescrevendo como delituosa a conduta, apenas esta pode ser aplicada excluindo a imposição de quaisquer outros dispositivos inespecíficos. Ademais, com fundamento nos princípios da legalidade e da tipicidade não se poderão exigir tributos ou penalidades tributárias que não correspondam ao princípio da estrita legalidade, vale dizer, os fatos a serem atingidos deverão estar previstos expressamente na lei e em perfeita consonância com esta.

Isso posto, a multa isolada deve ser excluída, por não estar perfeitamente tipificada na peça formalizadora do lançamento.

Protesta o Contestante pela realização de diligência, para que em seu estabelecimento sejam analisados os documentos contábeis/fiscais visando corroborar suas alegações. Tal providência, entretanto, não se faz necessária, uma vez que o Fisco acatou os esclarecimentos apresentados pelo Sujeito Passivo, exceção feita ao valor de R\$ 38.512,00 referente ao crédito decorrente da nota fiscal de devolução de nº 384.668, anexada às fls. 422.

Assim, considerando que o procedimento do Autuado resultou em falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária, reputa-se correta a cobrança das exigências fiscais relativas ao ICMS e à Multa de Revalidação (em dobro), prevista

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no art. 56, § 2º da Lei nº 6.763/75, consideradas as reformulações do crédito tributário anteriormente comentadas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 497/508, bem como para excluir a multa isolada, por inaplicável à espécie. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que excluía, ainda, as exigências fiscais anteriores a 18/07/01. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Virginia Barbosa Bergo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participaram do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro vencido e o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 28 de outubro de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.306/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000152941-01
Impugnação: 40.010124034-15
Impugnante: OSRAM do Brasil Lâmpadas Elétricas Ltda
IE: 346773815.00-97
Proc. S. Passivo: Antônio Esteves Júnior/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

O contencioso em discussão versa sobre a falta de retenção e/ou recolhimento a menor do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, referente às remessas de lâmpadas, reatores e produtos elétricos sujeitos à substituição tributária, no período de janeiro/2001 a dezembro/2005, em razão das seguintes irregularidades: 1) operações de remessa das citadas mercadorias para uso e consumo dos destinatários, sem inclusão da Margem de Valor Agregado – MVA (40%) na base de cálculo do ICMS/ST e 2) diferenças de valores declarados nas Guias de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária – GIA-ST a título ICMS/ST Retido e/ou Devolução e/ou Ressarcimento.

O início da ação fiscal que culminou na autuação se deu em 15/03/06 e, o lapso temporal do AI (exercício de 2001) escapa àquele que poderia ser validamente cobrado, ou seja, até 31/12/05.

Conforme relatado pelo Fisco e, exposto acima, encontra-se parcialmente caracterizada a infração, conforme decisão da Câmara, mas tem-se que o Auto de Infração foi recebido pela Autuada, em 19/07/06, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente a parte do exercício de 2001, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior 18/07/01, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com o recebimento do Auto de Infração em 19/07/06.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 497/508, bem como para excluir a multa isolada, por inaplicável à espécie, e, ainda, para excluir as exigências anteriores a 18/07/01 de acordo com o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 28/10/09.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

SHA/EJ