

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.379/14/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000201071-78
Impugnação: 40.010135016-58
Impugnante: Fast Shop S/A
IE: 062389780.00-38
Proc. S. Passivo: Cael Kalinowski Souza Matta/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, destinadas à comercialização. Infração caracterizada nos termos do art. 37, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – SOFTWARES. Constatado aproveitamento integral de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de aquisição de *softwares*, cujas saídas subsequentes ocorreram com a base de cálculo prevista na alínea “b” do inciso XV do art. 43 da Parte Geral do RICMS/02. Infração caracterizada nos termos do art. 31, § 1º e art. 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 71, inciso IV da Parte Geral do RICMS/02. Exigências do ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em decorrência da falta de apresentação das 1ªs (primeiras) vias de documentos fiscais. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – DIVERGÊNCIA DE VALOR – DAPI/LIVROS FISCAIS - ESTORNO DE DÉBITO. Constatado que a Autuada promoveu indevidamente o estorno de valores do imposto destacado em notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento normal do imposto e levadas a débito no livro Registro de Saídas. A análise do levantamento comprova que o Fisco manteve o estorno para os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (débito indevido), o que demonstra a correção das exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1- recolhimento a menor do ICMS, apurado em recomposição da conta gráfica, em razão do aproveitamento indevido do crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

2- falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, apurado em recomposição da conta gráfica, em razão do aproveitamento indevido de crédito do imposto nas entradas de “softwares”, cujas saídas têm base de cálculo restrita ao valor do suporte físico.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

3- recolhimento a menor do ICMS, apurado em recomposição da conta gráfica, em razão do aproveitamento indevido do crédito do imposto proveniente do uso dos documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

4- recolhimento a menor do ICMS em razão do estorno indevido, no livro Registro de Apuração do ICMS e nas DAPIs, de valores do imposto destacados em notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento normal e que foram levados a débito no livro Registro de Saídas.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

5- falta de atendimento a 05 intimações.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, correspondente a 1.000 UFEMG por intimação.

A Autuada reconhece essa irregularidade e efetua o pagamento com as reduções previstas na legislação, conforme comprovante às fls. 755 e 762/763 do Auto de Infração.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 374/394 e requer, ao final, a procedência da peça de defesa.

O Fisco, em Manifestação de fls. 771/778, refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 781/790, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Primeiramente, cumpre destacar que o pedido de realização de prova pericial, sem indicação de quesitos, não será tratado como tal, em face do óbice presente no inciso I do § 1º do art. 142 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Por outro lado, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar, na perspectiva de entender ser aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a julho de 2008.

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.

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;

Ressalta-se que este Conselho tem decidido, reiteradamente, em situações semelhantes, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, retrocitado, o qual determina que o prazo de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 20.425/11/1ª, 20.290/13/2ª e 21.275/14/3ª.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2008 somente expirou em 31/12/13, 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 18/09/13.

Quanto ao mérito propriamente dito, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2008, apurado mediante recomposição da conta gráfica (fls. 46), em decorrência de aproveitamento indevido de crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento por substituição tributária; nas entradas de “softwares”, cujas saídas têm base de cálculo restrita ao valor do suporte físico; uso de documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco e estorno indevido no livro RAICMS e nas DAPIs, de valores do imposto destacados em notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento normal do imposto e que foram levados a débito no livro Registro de Saídas.

O Fisco exige, ainda, penalidade isolada por descumprimento de 05 (cinco) intimações (item cinco do Auto de Infração).

1) Aproveitamento indevido do crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento por substituição tributária

A presente exigência decorre do aproveitamento indevido de crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento por substituição tributária, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capituladas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais objeto do estorno estão relacionadas no Anexo 2 do Auto de Infração, às fls. 47/132, com a indicação dos respectivos valores a serem estornados.

Conforme registra o Fisco, no período de janeiro a abril de 2008, a Impugnante apropriou no livro Registro de Entradas o crédito por entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária e destacou o imposto nas notas fiscais de saída e se debitou no livro Registro de Saídas.

No mesmo período de apuração, estornou os valores que entendeu indevidos no livro RAICMS e nas DAPIs.

No caso do crédito, a impugnante não informou, como deveria, os documentos de referência. Intimada a apresentar a relação das notas fiscais, manteve-se inerte.

O Fisco, impedido de conferir o estorno por documento, relacionou no Anexo 2 as notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por ST que tiveram crédito apropriado no livro Registro de Entradas e comparou o valor total apurado em cada mês com o valor que foi estornado no RAICMS e na DAPI.

Após comprovar que os valores estornados pela Impugnante foram menores que os créditos indevidos apurados pelo Fisco, exigiu-se o imposto, a multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Exceto quanto à decadência, a Impugnante não contesta a acusação da irregularidade, pelo que, depreende-se que concorda com a acusação fiscal em comento.

Conforme determina a legislação tributária mineira, as aquisições de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária devem ser escrituradas sem a apropriação do crédito, conforme determinação contida no inciso I do art. 37 do Anexo XV do RICMS/02, *verbis*:

Art. 37. O contribuinte que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária observará o seguinte:

I - a nota fiscal de aquisição será escriturada no livro Registro de Entradas, utilizando a coluna Outras, de Operações sem Crédito do Imposto, e a coluna Observações para indicar a expressão "ICMS Retido por ST", seguida do respectivo valor;

(...)

Assim, corretas as exigências fiscais.

2) Aproveitamento indevido do crédito do imposto nas entradas de "softwares", cujas saídas têm base de cálculo restrita ao valor do suporte físico

O recolhimento a menor do ICMS decorre do aproveitamento indevido do crédito do imposto nas entradas de "softwares", cujas saídas têm base de cálculo restrita ao valor do suporte físico, pelo que se exige o ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais objeto do estorno estão relacionadas no Anexo 3 do Auto de Infração (fls. 133/140).

Nas saídas dos produtos adquiridos, a Autuada se debitou apenas sobre duas vezes o valor de mercado do suporte informático, conforme previsto no art. 43, inciso XV, alínea "b" do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

XV - na saída ou no fornecimento de programa para computador:

(...)

b) destinado a comercialização, duas vezes o valor de mercado do suporte informático;

(...)

Assim, conforme destacado ao final da planilha (fls. 139), o Fisco preservou o crédito sobre o valor do suporte informático, estornando a parcela relativa ao valor dos "softwares".

Também nesse caso, exceto no tocante à decadência até julho de 2008, a Autuada nada aduz com relação à acusação fiscal.

Com efeito, nos termos do que dispõe os arts. 31, § 1º e 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75, não se admite a compensação integral do crédito, quando a saída

subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, hipótese da operação em análise. Os dispositivos em questão assim dispõem:

Lei nº 6.763/75

Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subsequentes:

(...)

§ 1º Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

(...)

Art. 32. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

IV - for objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;

(...)

Dessa forma, resta comprovado pelos documentos de fls. 259/267 (cópias de notas fiscais, dos livros Registro de Entradas e de Saídas) a impropriedade dos créditos, legitimando, assim, as exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

3) Aproveitamento indevido de crédito do imposto proveniente do uso dos documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco

Cuida o presente item de aproveitamento indevido de crédito do imposto proveniente do uso dos documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco após intimações, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Os documentos fiscais encontram-se relacionados no Anexo 4 do Auto de Infração (fls. 140/154).

A Impugnante reconhece que, em decorrência da logística que adota nas remessas de mercadorias entre seus estabelecimentos, é comum o extravio de parte dos documentos.

Promove a juntada de cópia da segunda via dos documentos, entendendo que as notas fiscais foram corretamente escrituradas no livro Registro de Entradas, cabendo ao Fisco preservar o princípio da não cumulatividade, em especial em decorrência da regra prevista no art. 70, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02.

Destaca, ainda, que a guarda e o arquivamento dos documentos constitui obrigação acessória, que não pode restringir o direito ao crédito do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco ressalta que a Autuada foi intimada em 16/07/12, 03/09/12 e 01/03/13 a apresentar as primeiras vias das notas fiscais de entrada registradas no respectivo livro em abril de 2008 e não as apresentou. Continuou sem apresentá-las mesmo após requisição pelo Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000005053.21.

Assim, restou ao Fisco estornar os créditos mediante recomposição da conta gráfica do imposto, uma vez que houve saldo credor nos meses de maio, junho e agosto de 2008.

Vale ressaltar que o princípio da não cumulatividade do ICMS, disposto no § 2º do art. 155 da CF/88, carrega também a outorga ao legislador infraconstitucional de competência para disciplinar o regime de compensação do imposto, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

(...)

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87/96 assim dispôs:

Art. 19. 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 pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Por seu turno, o art. 23 da mencionada norma restringe o aproveitamento dos créditos à idoneidade e correta escrituração dos documentos fiscais. O dispositivo assim prescreve:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, no tocante à juntada das cópias da segunda via dos documentos, cumpre destacar que o imposto é não cumulativo, mas com regras a serem observadas para abatimento do imposto da etapa anterior, sendo uma delas a exigência da 1ª via do documento fiscal.

Com efeito, o abatimento dos créditos somente será possível mediante apresentação da 1ª via do documento fiscal, a teor do que dispõe o art. 63 da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 63. O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções estabelecidas na legislação tributária e nas hipóteses previstas nos incisos II e III do § 1º e no § 6º deste artigo.

Note-se que não se aplica ao caso dos autos a ressalva contida no § 6º do art. 63, por não se tratar de nota fiscal eletrônica.

Na mesma linha, de acordo com art. 70, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02, fica vedado o crédito do imposto quando o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do Fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito.

Assim, não basta a cópia. O Fisco de origem e de destino devem se pronunciar, pois apenas a cópia não comprova a autenticidade do valor a ser abatido como crédito.

Como bem destacou o Fisco, pela cópia não se pode ter certeza de que a 2ª via é o espelho da primeira ou se a 1ª via se destinou realmente à Autuada, podendo até mesmo ter sido cancelada.

Com efeito, a maior parte das notas fiscais foi emitida pela filial da Fast Shop estabelecida em Barueri/SP, sendo que esse estabelecimento transfere mercadorias para filiais em todo o Brasil, emitindo, mensalmente, como informa a própria Impugnante, milhares de documentos.

Importante destacar, como frisou o Fisco, que não se encontram no sistema informatizado da SEF/MG, os arquivos eletrônicos transmitidos pela emitente com o registro das operações interestaduais efetuadas com contribuintes localizados em Minas Gerais.

Noutro giro, não se discute que a guarda dos documentos fiscais constitui obrigação acessória. Mas a importância da 1ª via da nota fiscal é de tal magnitude que o direito ao crédito do imposto se vincula à obrigação de apresentação do documento ao Fisco.

Assim, não estando comprovada a autenticidade do crédito, devem ser mantidas as exigências fiscais, por força da regra contida no mencionado art. 63 e no inciso VI do art. 70, ambos da Parte Geral do RICMS/02.

Importante registrar que a penalidade isolada aplicada pelo Fisco é benéfica ao infrator, porquanto a tipificação de extravio imporia exigência fiscal substancialmente mais elevada.

4) Estorno indevido no livro RAICMS e nas DAPIs

Trata de recolhimento a menor do ICMS em razão do estorno indevido no livro RAICMS e nas DAPIs, de valores do imposto destacado em notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento normal do imposto e que foram levados a débito no livro Registro de Saídas.

Os documentos fiscais encontram-se relacionados no Anexo 5.1 (fls. 155/183) e Anexo 5.2 (fls. 184/212) do Auto de Infração.

Afirma a Defesa que grande parte dos produtos objeto do estorno está sujeita à sistemática de substituição tributária, razão pela qual não é exigível o tributo nas saídas das mercadorias.

Aponta que o equívoco do Fisco deve-se ao fato de que as notas fiscais de saída dos produtos não indicavam o CFOP correto, correspondente às operações com substituição tributária (CFOP 5102, 5117, 6102 e 6117).

Elabora quadro contendo a descrição dos produtos que estariam sujeitos ao regime de substituição, indicando os respectivos subitens do Anexo XV do RICMS/02, destacando que, em relação aos fogões, comercializa os modelos convencionais, com aquecimento a gás (NCM 7321.11.00) e com matriz de cocção elétrica (NCM 8516.60.00), estando o último inserido no rol da substituição tributária desde 2007.

O trabalho fiscal consistiu em comparar os valores destacados nas notas fiscais com os valores estornados nas DAPIs, conforme está registrado no demonstrativo de fls. 156/183 (Anexo 5.1 do Auto de Infração), enquanto o Anexo 5.2 do Auto de Infração traz a relação das notas fiscais com valores de débito estornados, exatamente como foram informados nas DAPIs.

O Fisco destaca que, exceto em relação a “fogão” e “*cooktop*”, correta a fundamentação da Autuada em relação à substituição tributária e a lógica apontada por ela foi seguida no levantamento fiscal.

Entretanto, explica que a simples discriminação de produtos sujeitos ao recolhimento do imposto por ST no Anexo 5.1 do AI, a exemplo dos produtos elencados pela Impugnante, não significa que houve cobrança no Auto de Infração. Os produtos estão discriminados porque constam dos documentos fiscais informados na DAPI.

Assim, conforme relata o Fisco, na coluna “ICMS Debitado” do Anexo 5.1 do AI, encontra-se informado o valor do imposto destacado na nota fiscal e debitado em livro Registro de Saídas; na coluna “Débito Indevido”, o valor que o Fisco entendeu que não deveria ter sido debitado por se tratar de mercadoria sujeita ao recolhimento por ST; na coluna “ICMS Estornado”, o valor que foi estornado pela Autuada em DAPI conforme relação do Anexo 5.1 do AI e na coluna “Estorno Indevido”, o valor indevido apurado pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, no caso de nota fiscal de saída com mais de um produto, destacou-se no demonstrativo o total por documento. A diferença exigida aparece na comparação entre o que foi indevidamente debitado e o efetivamente estornado pela Autuada.

Conferindo o demonstrativo do Anexo 5.1 do AI, constata-se que foi considerado indevido o débito referente aos produtos elencados pela Impugnante a exemplo do que consta às fls. 166 (TV monitor LCD LS4R), 164 (home theater 5 1 RMS), 170 (micro system HIFI MP3 USB), 161/163 (coifa), 181 (câmera), 160 (*cooktop* elétrico) e 178 (aspirador).

Especificamente com relação a “fogão” e “*cooktop*”, é certo, como advoga a Impugnante, que os fogões a “gás” se classificam na NCM 7321.11.00 e os elétricos na NCM 8516.60.00. É certo, também, que os “a gás” passaram ao recolhimento por ST a partir de 01/08/09, conforme previsto no subitem 29.1.1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, período não incluído na autuação. Assim, foi correto o débito pelas saídas de “fogões e *cooktops* a gás” e a Impugnante errou quando promoveu o estorno.

Com relação a “fogão elétrico”, não há previsão de recolhimento por ST a partir de 01/12/07, como quer a Impugnante, embora se classifique na NCM 8516.60.00. Tal NCM foi incluída no subitem 29.16 do mesmo dispositivo legal com a descrição “outros fornos; fogareiros (incluindo as chapas de cocção), grelhas e assadeiras”.

A descrição completa da NCM 8516.60.00, no entanto, é “Outros fornos; **fogões de cozinha**, fogareiros (incluindo as chapas de cocção), grelhas e assadeiras.

A conhecida regra para determinação do alcance da substituição tributária é a de que o produto deverá 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.

Assim, conclui-se que “fogões elétricos” não foram incluídos no subitem 29.16 e, portanto, não estavam sujeitos ao recolhimento do imposto por substituição tributária no exercício de 2008.

Ressalta-se que, coerentemente com esse entendimento, conforme Anexo 2 do AI, o Fisco não estornou os créditos pela entrada de qualquer tipo de fogão.

O mesmo entendimento se aplicaria a “*cooktop* elétrico”, mas, no caso, o Fisco considerou o débito como indevido, o que beneficiou a Autuada.

Cabe ressaltar, pela importância, que não foi possível verificar se houve o correto recolhimento do imposto devido por substituição tributária porque a Autuada não registrou as informações no livro Registro de Entradas como previsto no art. 38 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, transmitiu os arquivos eletrônicos com os registros tipo 53 incompletos ou incorretos e não atendeu à intimação de fls. 06 dos autos.

Assim, revelam-se corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

5) Falta de atendimento a 05 (cinco) intimações

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata-se de falta de atendimento de parte das intimações 01/2012, 02/2012, 07/2012, 08/2012 e 09/2013, pelo que se exige a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, correspondente a 1.000 UFEMG por intimação.

A irregularidade foi reconhecida e o crédito tributário quitado pela Impugnante, conforme DAE de fls. 762/763 dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, que o julgava parcialmente procedente, para excluir o crédito tributário anterior a 31 de julho de 2008, em virtude da decadência nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor).

Sala das Sessões, 12 de março de 2014.

Fernando Luiz Saldanha
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.379/14/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000201071-78	
Impugnação:	40.010135016-58	
Impugnante:	Fast Shop S/A	
	IE: 062389780.00-38	
Proc. S. Passivo:	Cael Kalinowski Souza Matta/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Rodrigo da Silva Ferreira, 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.

No caso vertente está sendo exigido ICMS e consectários decorrentes do recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2008, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1) aproveitamento indevido de crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento por substituição tributária;
- 2) aproveitamento indevido de crédito do imposto nas entradas de “softwares”, cujas saídas têm base de cálculo restrita ao valor do suporte físico;
- 3) aproveitamento indevido de crédito do imposto proveniente do uso dos documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco;
- 4) estorno indevido no livro RAICMS e nas DAPIs de valores do imposto destacados em notas fiscais de saída de mercadorias sujeitas ao recolhimento normal do imposto e que foram levados a débito no livro Registro de Saídas.
- 5) falta de atendimento a 05 intimações.

Todavia, é importante verificar que a Autuação se deu com base nos livros e documentos fiscais da Autuada, ou seja, esta efetuou a escrituração de todos os documentos fiscais que entendia ser devidos ao momento (ano de 2008), apurando-se saldo credor e conseqüente ICMS a ser pago.

Dessa feita, não tendo sido apurada escrituração paralela e/ou documentação extrafiscal, é inegável que o presente caso caracteriza-se como a hipótese de lançamento por homologação, visto que à Contribuinte foi atribuído o dever de efetuar a escrituração de sua documentação fiscal (autolancamento) e em seguida antecipar o recolhimento do imposto devido, pelo que se lhe aplica a decadência, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

(...)

§ 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. (Destacou-se)

A única hipótese de se afastar a decadência conforme posta acima, seria o Fisco comprovar que a Autuada teria agido com dolo, fraude ou simulação, mas, repita-se, ao Fisco caberia demonstrar e comprovar tais situações e nunca presumi-las, mormente, tendo em vista a presunção da boa-fé, que é princípio constitucional, ou seja, até prova em contrário o sujeito passivo está agindo sem a intenção de gerar prejuízo ao erário.

Por fim, vale acrescentar que o E. Superior Tribunal de Justiça já firmou sua jurisprudência nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO PARCIAL. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ART. 173, I, DO CTN. ORIENTAÇÃO CONFIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. RECURSO MANIFESTAMENTE DESCABIDO. MULTA.

1. NA HIPÓTESE DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO O CONTRIBUINTE CONSTITUI O CRÉDITO, MAS EFETUA PAGAMENTO PARCIAL, SEM CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, O TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA É O MOMENTO DO FATO GERADOR. APLICA-SE EXCLUSIVAMENTE O ART. 150, § 4º, DO CTN, SEM A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ART. 173, I, DO MESMO DIPLOMA (RESP 973.733/SC, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/9/2009, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC). 2. IN CASU, OS FATOS GERADORES DIZEM RESPEITO AOS MESES DE JULHO A NOVEMBRO DE 1998, E A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PELO FISCO OCORREU APENAS EM DEZEMBRO DE 2003, APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO QUINQUENAL (FL. 480). ACRESCENTE-SE QUE O TRIBUNAL A QUO CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO A MENOR, O QUE ATRAI A REGRA DO ART. 150, § 4º, DO CTN (FL. 479). 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. MULTA FIXADA EM 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. (AGRG NO ARES 200.933/SC, REL. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 20/09/2012, DJE 10/10/2012) (DESTACOU-SE)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por todo o exposto, restou decaído o direito da Fazenda Pública Estadual em efetuar o lançamento do período de 01/01/08 a 31/07/08, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 18/09/13. Pelo que julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir o crédito tributário anterior a 31 de julho de 2008, em virtude da decadência nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 12 de março de 2014.

**Rodrigo da Silva Ferreira
Conselheiro**

CC/MG