

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.728/11/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000161612-61
Recurso de Revisão: 40.060129510-00
Recorrente: Locont Móveis Indústria e Comércio Ltda.
IE: 563732945.00-01
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Delfino Garcia Neto/Outro(s)
Origem: DF/Ubá

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA CAIXA/SALDO CREDOR. Constatou-se, após análise do fluxo de “Caixa”, a existência de saldo credor em conta tipicamente devedora, autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, em conformidade com o disposto no art. 49, § 2º da Lei nº 6.763/75 e do art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista na alínea "a", inciso II do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo esta adequada ao disposto no § 2º do mencionado art. 55 e majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º, todos da citada lei. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, devendo, ainda, excluir a majoração da multa isolada relativa ao mês de março de 2008, adequar a penalidade ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e aplicar a majoração da referida multa após o cálculo do limite máximo da penalidade isolada. Mantida a decisão anterior. Recurso de Revisão conhecido por maioria de votos e não provido por unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, no período de 01/01/04 a 31/12/08, apurada mediante a constatação da existência de saldo credor na conta “Caixa”.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo e majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º, todos da citada lei.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº. 20.233/11/1ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.208/1.209 e, ainda, para excluir a majoração da Multa Isolada em relação ao mês de março de 2008 e adequar a aplicação ao § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Na oportunidade, ficou vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que além das exclusões citadas,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excluía, também, parte das exigências fiscais com fundamento no art. 150, § 4º do CTN.

Inconformada, a Recorrente interpõe tempestivamente, por meio de seu procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 1.338/1.348. Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no acórdão 20.216/11/1ª indicado como paradigma.

A Assessoria do Conselho de Contribuintes/MG, em parecer de fls. 1.352/1.356, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão e, no mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/2008, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor do acórdão indicado como divergente, constata-se assistir razão à Recorrente, uma vez caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

A divergência pode ser visualizada através da ementa e dos seguintes trechos das decisões confrontadas:

Acórdão Paradigma (nº. 20.216/11/1ª)

Ementa (Parcial)

“CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA – TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – CONTAGEM DE PRAZO. Segundo o disposto no art. 150, § 4º do CTN, o prazo decadencial aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, tal como o ICMS, conta-se a partir da data de ocorrência do fato gerador. Consequentemente, excluem-se as exigências relativas aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 03/12/05, cujo crédito tributário já não podia mais ser constituído na data da intimação do Auto de Infração, por se encontrar extinto, nos termos do art. 156, inciso VII do CTN. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.”

Decisão:

“[...]

Já em relação à tese de decadência parcial do crédito tributário ora exigido, acolhe-se a argumentação da Impugnante, para que seja excluída parte das exigências.

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

Omitindo-se o Fisco, referida homologação se dá tacitamente com o decurso do referido prazo, hipótese em que se considera definitivamente extinto o crédito tributário, ressalvados os casos em que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação.

É o que se depreende do disposto no art. 150, §§ 1º e 4º do CTN, *verbis*:

[...]

Com estas considerações, acolhe-se a argumentação da Impugnante para excluir parte do crédito tributário ora exigido – *cujos fatos geradores tenham ocorrido no período de 1º de agosto a 02 de dezembro de 2005* – por já se encontrar extinta quando consumada a intimação do Auto de Infração (03/12/05), em face dos efeitos da decadência de que trata o art. 150, § 4º c/c o art. 156, VII, todos do CTN, pelo que já não poderia mais ser objeto de lançamento.

[...]”

=====

Acórdão Recorrido (nº. 20.233/11/1ª)

Decisão:

“[...]

Numa primeira vertente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

[...]

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

[...]

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente expirou em 31/12/09, 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 reformulação do crédito tributário em 02/12/09 (fls. 694).

[...]"

Vê-se, pois, que a E. 1ª Câmara de Julgamento, no acórdão indicado como paradigma (nº. 20.216/11/1ª), defendeu a tese de que o prazo decadencial, no que se refere aos tributos lançados por homologação, seria regido pelo art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo seria de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, ressalvados os casos em que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação.

De modo diverso, a Câmara *a quo* em momento algum analisou se o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, ao declarar a apuração do imposto. A decadência foi afastada por aplicação direta da norma contida no art. 173, I do CTN.

Diante disso, reputa-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/2008 (divergência jurisprudencial). Via de consequência, estando configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão, uma vez que a decisão da E. 1ª Câmara de Julgamento, no acórdão indicado como paradigma (nº. 20.216/11/1ª), defendeu a tese de que o prazo decadencial, no que se refere aos tributos lançados por homologação, seria regido pelo art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo seria de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, ressalvados os casos em que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação. De modo diverso, a Câmara *a quo* em momento algum analisou se o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, ao declarar a apuração do imposto. A decadência foi afastada por aplicação direta da norma contida no art. 173, I do CTN.

Do Mérito

A autuação versa sobre a constatação da existência de saldo credor na conta "Caixa", autorizando a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, de conformidade com o disposto no art. 194, inciso I, § 3º do RICMS/02.

Considerando que o recurso impetrado aborda apenas a decadência do crédito tributário entendendo ser aplicado o art. 150, § 4º do CTN, e que a fundamentação do acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, e transcreve-se parte daquela decisão pertinente a esta matéria em questão.

A Recorrente requer que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

Cumpra esclarecer que o mencionado dispositivo estabelece que 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta é regra geral. No entanto, no lançamento de ofício aplica-se o prazo decadencial de cinco anos na forma de contagem, a do art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar a exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que a contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) 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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)."

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)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente expirou em 31/12/09, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo à decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Recorrente foi regularmente intimada da reformulação do crédito tributário em 02/12/09 (fls. 694).

Outrossim, o caso em apreço envolve lançamentos contábeis simulados, realizados com o intuito de suprir de forma fictícia as "Disponibilidades" da empresa autuada, fato comprovado pelos saldos credores apurados pelo Fisco após recomposição da conta "Caixa", que tem natureza tipicamente devedora.

Assim, mesmo para aqueles que defendem a tese de que o prazo decadencial é regido pelo art. 150 do CTN, o caso tratado no presente processo enquadra-se na ressalva contida no § 4º, do referido dispositivo legal, hipótese em que, como a própria decisão paradigmática reconhece, haveria a transferência do *dies a quo* do suposto prazo decadencial que se considera estabelecido pelo retrocitado dispositivo legal, nos termos de seu § 4º, para aquele expressamente determinado pelo art. 173, I do CTN, este último utilizado pela Câmara *a quo* para rechaçar a arguição de decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, independentemente das controvérsias sobre a questão do prazo decadencial (art. 150, § 4º ou art. 173, I do CTN), no caso dos autos, a decadência não estaria caracterizada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revisão. Vencidos os conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Mauro Heleno Galvão, que dele não conheciam com base no art. 59 do Regimento Interno do CC/MG. No mérito, à unanimidade, em negar-lhe provimento. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Rogério Andrade Miranda e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, os Conselheiros Raimundo Francisco da Silva (Revisor), Antônio César Ribeiro e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 28 de julho de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

André Barros de Moura
Relator

ABM/RYSN