

Acórdão: 16.222/03/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110650-01
Impugnante: Fundvisa Ltda.
PTA/AI: 01.000142617-99
Inscr. Estadual: 166.826797.0033
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – Infração caracterizada. Valores reconhecidos e pagos pelo Contribuinte através de Documento Estadual de Arrecadação.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO – Infração caracterizada – Exigência mantida.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO, CONSUMO OU PARA O ATIVO PERMANENTE – Os critérios técnicos adotados pelo Fisco não se revelam suficientes para demonstrar a necessária certeza quando aos valores estornados – Exigência cancelada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DEVOLUÇÃO/RETORNO IRREGULAR – Infração caracterizada – Valores reconhecidos e pagos pelo Contribuinte através de Documento Estadual de Arrecadação.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – ENQUADRAMENTO INDEVIDO – Infração caracterizada – Valores reconhecidos e pagos pelo Contribuinte através de Documento Estadual de Arrecadação.

Lançamento parcialmente procedente – Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Nos termos do Auto de Infração lavrado (fls. 02/03), constatou o Fisco que o Contribuinte/Autuado incorreu nas seguintes irregularidades:

1 - Aproveitamento a maior de crédito do ICMS, conforme motivos elencados na planilha “Estorno de Créditos” (fls. 12);

2 – Pagamento a menor de ICMS, conforme motivos citados na Planilha “Destaque a Menor” (fls. 81).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 147/162, em resumo argumentando:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Concorda parcialmente com as exigências fiscais, no que se refere aos itens I - ICMS Alíquota Incorreta, IV - ICMS Crédito - Aproveitamento indevido - Devolução/Retorno Irregular e V - ICMS Não Incidência - Descaracterização - Enquadramento Indevido, pelo que faz juntar o Documento de Arrecadação de fls. 164, correspondente ao recolhimento que efetua.

Discordando das exigências relativas aos itens II e III da autuação fiscal, apresenta seus motivos.

Relativamente ao item II - ICMS Crédito - Aproveitamento indevido - documento fiscal falso ou inidôneo, sustenta que as operações ocorreram antes do ato que declarou inidôneo os documentos, não havendo nenhuma prova que ela Impugnante, através de seus sócios/dirigentes tenha agido com má fé ou em conluio com a emitente dos documentos fiscais.

Que assim, considerando o disposto no art. 103, I do CTN, o Ato Normativo só pode alcançar terceiros, a partir de sua publicidade. Transcreve Jurisprudência para embasar seus argumentos.

No que tange ao item III - ICMS Crédito - Aproveitamento Material destinado ao uso, consumo ou ativo permanente, lista as seguintes notas fiscais relativas à aquisição de óleo diesel e lubrificantes: NNFF 000671, 001731, 000709, 001753, 000728, 000749, 000773, 000800, 000827, 000838, 000862, 000883, 000904, 000908, 000935, 001971, 000949, 002003.

Informa a Impugnante, que tem como objeto social, a atividade de indústria e comércio de produtos de metais ferrosos e não ferrosos (fundição).

Que no seu processo industrial, na forma que descreve, utiliza de alguns equipamentos movidos a óleo diesel (pá carregadeira, trator agrícola, micro trator, cadinho), que tendo em vista o caráter indispensável dos mesmos no seu processo industrial, deve o óleo diesel consumido, ser considerado produto intermediário, nos termos do artigo 66, inciso V, alínea "b" do RICMS/2002.

Cita algumas consultas para fundamentar seus argumentos.

Finda requerendo o cancelamento do Auto de Infração, considerando o pagamento da parte reconhecida.

O Fisco analisando os argumentos expostos na impugnação, apresenta a manifestação de fls. 226/228, que pode ser assim resumida:

Relativamente ao item II, crédito indevido relativo a notas fiscais inidôneas, diz que o seu trabalho foi alicerçado no inciso V, do artigo 70 do RICMS/96, e no "caput" do artigo 30 da Lei 6763/75.

No que se refere ao item III, crédito relativo a material de uso e consumo e ativo permanente, informa que a Impugnante, além dos equipamentos e máquinas por ela mencionados, possui também dois caminhões movidos a diesel.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reconhece que o óleo diesel empregado no cadinho pode ser enquadrado no conceito de produto intermediário.

Desenvolve o seguinte raciocínio: parte da informação da Impugnante de que trabalha 190 horas mensais. Multiplica este total de horas pelos litros/hora de diesel, gastos em alguns equipamentos/máquinas que entende não dariam à Impugnante, direito ao creditamento (pá carregadeira, trator agrícola e micro trator).

Observa que somente com estes equipamentos/máquinas, são consumidos 3.420 litros de óleo diesel/mês, consumo este acima da litragem total mensal constante das notas fiscais objeto de estorno. Ressalta que nos cálculos empreendidos, sequer considerou o óleo diesel gasto nos caminhões, cujo crédito também considera indevido.

Conclui que considerando que o estorno de crédito procedido em cada mês, representa uma litragem inferior aos gastos mensais realizados pela Impugnante em equipamentos/máquinas que não lhe dão direito ao creditamento, não há nenhum crédito a aproveitar relativamente ao óleo diesel.

Pede a manutenção integral do feito.

DECISÃO

As exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração decorrem da constatação, por parte do Fisco, das seguintes irregularidades:

- I - ICMS Alíquota Incorreta;
- II - ICMS Crédito - Aproveitamento indevido - documento fiscal falso ou inidôneo;
- III - ICMS Crédito - Aproveitamento indevido - Material destinado a uso, consumo ou Ativo Permanente;
- IV - ICMS Crédito - Aproveitamento indevido - Devolução/Retorno irregular;
- V - ICMS não Incidência - Descaracterização - Enquadramento indevido.

As irregularidades I, IV e V, foram reconhecidas pelo Contribuinte/Autuado, que em relação às mesmas apresenta o Documento de Arrecadação Estadual de fls. 164, com data de quitação em 17.07.2003.

No que se refere ao item II, temos que a exigência fiscal formalizada, decorre da constatação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados nas seguintes notas fiscais declaradas inidôneas: 000019 de 14/02/2000, 000020 de 21/02/2000, 000023 de 21/03/2000 e 000058 de 02/02/2001 (planilha de fls. 12).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há que se ressaltar, que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução nº 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do artigo 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

"o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc)".

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo o respectivo ato declaratório publicado no Diário Oficial do Estado visando, tão somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que o mesmo (tela SICAF) encontra-se anexado às fls. 13 dos autos, sendo devidamente publicado no Diário Oficial Minas Gerais em data anterior ao início da ação fiscal, dispondo, pois, a Contribuinte, de período suficiente para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Vale salientar que a teor do estatuído no artigo 70, inciso V, do RICMS/96 e RICMS/2002, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos.

Acrescente-se que o trabalho fiscal encontra-se respaldado também no artigo 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua:

"O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação." (GN)

Nesse sentido, mostra-se inoperante a tentativa da Defendente em querer negar os efeitos "ex tunc" do ato declaratório de inidoneidade. Inócuos também se revelam, seus argumentos em torno da inexistência de má fé ou conluio de sua parte, aplicando-se, in casu, o disposto no artigo 136 do CTN.

Assim, corretas as exigências de ICMS e MR bem como da penalidade isolada de 40% prevista no artigo 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que pertine ao item III, as exigências fiscais relativas ao mesmo decorrem da constatação, por parte do Fisco, de utilização de crédito indevido, por se referir a material de uso, consumo ou ativo permanente.

A exigência em questão, envolve as seguintes notas fiscais relativas à aquisição de óleo diesel pela Impugnante e relacionadas na planilha de fls. 12: 000671 de 28/03/2002, 001731 de 30/03/2002, 000709 de 30/04/2002, 001753 de 30/04/2002, 000728 de 31/05/2002, 000749 de 27/06/2002, 000773 de 29/07/2002, 000800 de 29/08/2002, 000827 de 30/09/2002, 000838 de 30/10/2002, 000862 de 30/11/2002, 000883 de 31/12/2002, 000904 de 31/01/2003, 000908 de 28/02/2003, 000935 de 31/03/2003, 001971 de 31/03/2003, 000949 de 30/04/2003 e 002003 de 30/04/2003.

O estorno procedido pelo Fisco foi feito com fundamento no argumento de que o óleo diesel em questão não se enquadra na condição de produto intermediário, sendo ao contrário enquadrado como material de uso/consumo, cujo creditamento é vedado por força da legislação aplicável.

Cumpre-nos indagar se nos autos, a tese fiscal encontra-se devidamente comprovada, de forma a garantir a certeza do crédito estornado.

Com efeito, o próprio Fisco reconhece em sua manifestação (fls.228), que pelo menos o óleo diesel utilizado no cadinho, seria passível de ser enquadrado enquanto produto intermediário. E assim, mesmo sendo utilizado eventualmente, como informado pela Impugnante, caberia ao Fisco estabelecer critérios para determinar o percentual de óleo diesel gasto pelo referido equipamento/máquina, e assim adequar o crédito tributário, no que pertine ao estorno procedido.

Ressaltamos que os argumentos desenvolvidos pelo Fisco, para não considerar o óleo diesel eventualmente utilizado no cadinho, não conduz necessariamente à conclusão por ele obtida. Ao multiplicar os gastos de óleo diesel em litro/hora da pá carregadeira, trator agrícola e micro trator pelo total de horas mensais trabalhadas pela Impugnante, ele chega à conclusão no mínimo questionável, uma vez que não comprovada tecnicamente, de que os referidos equipamentos trabalham ininterruptamente as 190 horas/mês de funcionamento do estabelecimento.

Merece ainda destaque que um dos caminhões informados pelo Fisco como sendo de propriedade da Impugnante, só foi adquirido em 20/11/2002 (docto de fls. 224), data bastante posterior ao início dos estornos procedidos pelo Fisco, que datam de 28.03.2002.

Neste sentido, concluímos que os critérios técnicos adotados pelo Fisco, para proceder aos estornos relativos às aquisições de óleo diesel, não se revelam de modo a oferecer a necessária certeza, quanto aos valores estornados, pelo que devem ser excluídos do crédito tributário.

As demais exigências se mostram suficientemente comprovadas, sendo que inclusive já foram objeto de pagamento por parte da Impugnante, como inicialmente mencionado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais referentes à irregularidade relacionada a aproveitamento indevido de crédito de óleo diesel. Vencidos, em parte, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Relator) e Windson Luiz da Silva, que o julgavam parcialmente procedente para excluir, ainda, as exigências referentes à irregularidade de aproveitamento indevido de crédito relacionado à declaração de inidoneidade de documentos fiscais e o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que o julgava procedente. Designado relator o Conselheiro Mauro Rogério Martins (Revisor).

Sala das Sessões, 04/11/03.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente**

**Mauro Rogério Martins
Relator Designado**