

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.571/10/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162651-39
Recurso de Revisão: 40.060127189-50
Recorrente: Mineração Corumbá Ltda
IE: 042684625.00-70
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Igor dos Reis Ferreira/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, o aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativos às aquisições de mercadorias e materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55 da mesma lei. Exclusão das exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, uma vez que se enquadram como produtos intermediários. Exigências parcialmente mantidas. O mérito das exigências não foi objeto de recurso. Mantida a decisão anterior.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL – MICROEMPRESA – EMPRESA DE PEQUENO PORTE – SIMPLES NACIONAL. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, o aproveitamento indevido de créditos do imposto, relativo às aquisições de mercadorias acobertadas por contribuintes enquadrados como “Microempresa”, “Empresa de Pequeno Porte” ou no “Simples Nacional”. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei n.º 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55 da mesma lei. O mérito das exigências não foi objeto de recurso. Mantida a decisão anterior.

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL – MATERIAL DE USO E CONSUMO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas do ICMS referente às aquisições interestaduais de materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Legítimas, em parte, as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no inciso II do art. 56 da Lei n.º 6.763/75. Exclusão das exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, uma vez que se enquadram como produtos intermediários, caso tais aquisições tenham se originado de outras Unidades da Federação. O mérito das exigências não foi objeto de recurso. Mantida a decisão anterior.

Recurso conhecido por unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca das seguintes imputações fiscais:

1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS (item 2.1 do Auto de Infração), relativos a:

a) aquisição de óleo diesel diretamente de varejistas (postos de combustíveis), através de abastecimento de caminhões, sem a apresentação dos cupons fiscais citados nos documentos fiscais;

b) aquisição de materiais para recauchutagem de pneus;

c) aquisição de materiais para manutenção de máquinas e veículos (estopas, filtros, lubrificantes, graxas, entre outros);

d) aquisição de equipamentos de proteção individual (abafadores de ruídos, botins, capacetes, entre outros);

e) aquisição de materiais diversos (abraçadeiras, anéis, arruelas, cantoneiras, chapas de aço, eletrodos, parafusos, entre outros);

f) aquisição de mercadorias acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes enquadrados como “Microempresa”, “Empresa de Pequeno Porte” ou no optantes pelo “Simples Nacional”, com destaque indevido do imposto;

2) falta de recolhimento do ICMS referente à diferença de alíquotas devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de uso e consumo do estabelecimento (item 2.2 do Auto de Infração).

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso XXVI do art. 55.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 19.481/10/3ª (fls. 1.974/1.986 e voto vencido de fls. 1.987/1.988), por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas às aquisições de barras de ferro, tarugos, chapas e tubos utilizados nos fornos, moinhos e peneiras, uma vez que se enquadram como produtos intermediários. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía, ainda, as exigências anteriores a 09 de outubro de 2004, de acordo com o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 1.990/2.003, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão n.º 18.577/09/2ª (fls. 2.017/2.027) e requerendo o conhecimento e provimento de seu Recurso de Revisão para que seja reconhecida a decadência da cobrança relativa às competências de janeiro a outubro de 2004, eis que a notificação da lavratura do Auto de Infração deu-se em 09 de outubro de 2009, sendo aplicável a homologação tácita prescrita no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2.204/2.035, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

**“SEÇÃO IX
DO RECURSO DE REVISÃO**

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

.....
II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes;

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;

b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

.....”

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA/MG, acima transcrito, cumpre 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, é possível verificar assistir razão à Recorrente, eis que a decisão mencionada refere-se a situação que se coaduna com o caso tratado no presente processo.

O Acórdão n.º 18.577/09/2ª, indicado como paradigma pela Recorrente (fls. 2.017/2.027), consubstancia decisão que, enfrentando a questão da decadência, expressa entendimento no sentido de que, tratando-se o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação, dispõe o Fisco do prazo de 05 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador para homologar expressamente as atividades do contribuinte. Verifica-se ainda da fundamentação do Acórdão 18.577/09/2ª o claro entendimento de que,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

omitindo-se o Fisco, referida homologação se dá tacitamente com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, hipótese em que se considera definitivamente extinto o crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Em sentido contrário encontra-se a decisão recorrida que deixa claro o entendimento de que o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional que, para tanto, estabelece o decurso de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Diante disso, encontra-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, atendendo a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal, devendo ser conhecido o presente Recurso de Revisão por configurados seus pressupostos de admissibilidade.

Do Mérito

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA/MG, admitido o Recurso de Revisão, devolve-se à Câmara Especial o conhecimento de toda a matéria nele versada.

Assim, no que diz respeito ao mérito, a Recorrente aborda apenas a questão da decadência relativamente ao período de 1º de janeiro a 09 de outubro de 2004. Para tanto, sustenta que em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, a contagem do prazo decadencial é feita com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, sendo a decadência na forma do art. 173, inciso I do mesmo diploma legal, aplicável apenas nos casos em que provada a existência de dolo, fraude, simulação, o que não ocorreu no presente caso.

Portanto, respeitados os estritos termos das normas aplicáveis ao caso em tela, cumprе destacar inicialmente que esta decisão não abordará às questões de mérito propriamente ditas, quais sejam, a possibilidade de aproveitamento dos créditos e as exigências relativas ao diferencial de alíquotas.

Assim, cumprе analisar a alegação recursal de que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 09 de outubro de 2004, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

"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.

.....

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retro transcrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois se trata aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente do recolhimento a menor do ICMS, por apropriação indevida de créditos deste imposto.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativa ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2004, dentre outros. O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

Na modalidade de lançamento por homologação, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Nesta modalidade, o contribuinte, ou o responsável tributário, conforme o caso, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito tributário condicionada à futura homologação, expressa ou tácita, pela autoridade competente.

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, cumpre em parte, ou cumpre de modo diverso do entendimento do Fisco, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo Fisco não poderá ser caracterizada apenas como homologação, já que esta pressupõe a existência de providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa.

Afastando-se a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições relativas ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 09 de outubro de 2004, como quer a ora Recorrente.

Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, é incabível o lançamento por homologação, mas o lançamento direto nos termos do art. 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta hipótese, que é exatamente a constante dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

"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;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

À luz do retro transcrito art. 173, o prazo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

O objeto da autuação lançada pelo Fisco pelo Auto de Infração ora analisado trata-se de um "Lançamento de Ofício", pois não houve nenhuma participação da Recorrente, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco descaracterizando os lançamentos por ela feitos.

As informações prestadas em declarações, preenchidas e entregues pelo contribuinte relativamente ao período objeto da autuação, no caso do ICMS, não incorreram na homologação ficta ou tácita, que se opera pelo decurso de prazo, sem manifestação da autoridade administrativa, porque o Fisco apurou diferenças efetuando o lançamento de ofício.

Frise-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício, é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso do prazo de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do mesmo diploma legal.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo,

fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período de 1º de janeiro a 09 de outubro de 2004 questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2010.

Tendo a Impugnante sido regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 09 de outubro de 2009 (fl. 04), claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao período de 1º de janeiro a 09 de outubro de 2004, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Ancora-se tal afirmação em decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme REsp 973189 / MG, a seguir transcrito:

“PROCESSO

RESP 973189 / MG RECURSO ESPECIAL 2007/0183099-0

RELATOR MINISTRO CASTRO MEIRA (1125)

ÓRGÃO JULGADOR T2 - SEGUNDA TURMA

DATA DO JULGAMENTO 04/09/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJ 19/09/2007 P. 262

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. PAGAMENTO A MENOR. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. TAXA SELIC.

1. NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN).

2. SE A FAZENDA PÚBLICA NOTIFICA O CONTRIBUINTE DO AUTO DE INFRAÇÃO NO PRAZO DE CINCO ANOS A QUE ALUDE O ART. 173, I, DO CTN, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DECADÊNCIA DO DIREITO À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, AINDA QUE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA SE DÊ FORA DESSE PRAZO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. É DEVIDA A TAXA SELIC NOS CÁLCULOS DOS DÉBITOS DOS CONTRIBUINTES PARA COM A FAZENDA PÚBLICA FEDERAL.
4. ANTE A EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL QUE DETERMINA O USO DA MESMA TAXA MORATÓRIA UTILIZADA PELA FAZENDA FEDERAL, MOSTRA-SE LEGÍTIMO O USO DA SELIC. PRECEDENTES.
5. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

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, POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO SR. MINISTRO RELATOR. OS SRS. MINISTROS HUMBERTO MARTINS, HERMAN BENJAMIN, ELIANA CALMON E JOÃO OTÁVIO DE NORONHA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA

LEG:FED LEI:005172 ANO:1966

CTN-66 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

ART:00149 ART:00150 PAR:00004 ART:00156 INC:00007

ART:00173 INC:00001

É idêntico o entendimento deste Conselho de Contribuintes sobre a matéria como se encontra demonstrado em várias decisões.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que lhe dava provimento nos termos do voto vencido de fls. 1987/1988. Pelo Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Igor dos Reis Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Roberto Nogueira Lima, André Barros de Moura, Maria de Lourdes Medeiros e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 09 de julho de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora