

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.822/12/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000172381-51
Impugnação: 40.010130976-52
Impugnante: Usina Alvorada Açúcar e Álcool Ltda
IE: 725062302.00-90
Proc. S. Passivo: André Luiz Martins Freitas/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a falta de recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo, nos termos do art. 6º, inciso II e art. 12, § 2º da Lei nº 6.763/75 e art. 42, § 1º do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários, nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período janeiro de 2006 a dezembro de 2010, provenientes de aquisições de óleo diesel, consideradas pela Fiscalização como destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, as quais não se caracterizam como produtos intermediários nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02.

Este aproveitamento indevido culminou na falta de recolhimento do imposto, nos meses de julho a setembro de 2006, junho a setembro de 2007, março, maio a agosto de 2008 e agosto a novembro de 2010, no valor original total de R\$ 1.423.569,93 (hum milhão quatrocentos e vinte três mil quinhentos e sessenta e nove reais e noventa e três centavos), conforme planilha “CRÉDITO TRIBUTÁRIO TOTAL DETALHADO” (fls. 17/19) e “VERIFICAÇÃO FISCAL ANALÍTICA DA CONTA GRÁFICA” (fls.20/29).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

- falta de recolhimento do ICMS referente à aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições interestaduais de insumos diversos destinados ao uso e consumo, nos meses de janeiro a setembro de 2006, no valor de original total de R\$ 13.113,62 (treze mil cento e treze reais e sessenta e dois centavos), nos termos do art. 6º, inciso II e art. 12, § 2º ambos da Lei nº 6.763/75, e art. 42, § 1º do RICMS/02.

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

O PTA encontra-se instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fl. 02); Ordem de Serviço (fl. 03); Auto de Infração - AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCM (fls. 06/07); Relatório Fiscal e Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 08/19); Verificação Fiscal Analítica da Conta Gráfica (fls. 20/29), Consulta de Dados Cadastrais – SICAF (fls. 30/31); Procuração (fls. 32); Alteração e Consolidação de Contrato Social (fls. 33/43), Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 44/87) e Arquivos Excel gravados em CD-R (Anexo 5) conforme indicado à fl. 19 do PTA.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 88/106.

A Impugnante alega, em síntese:

- que os juros de mora em relação à multa de revalidação devem ser excluídos das exigências, ao argumento de que, como o próprio nome indica os juros de mora só podem incidir sobre valores em relação aos quais o sujeito passivo esteja em mora, logo, a multa de revalidação só surge com a lavratura do Auto de Infração acompanhada da notificação ao sujeito passivo;

- aduz que o Fisco não pode efetuar o lançamento de valores de crédito tributário relativamente ao ano de 2006, por que tais valores estariam extintos pela decadência, haja vista a incidência do art. 150, § 4º do CTN;

- o relatório fiscal que acompanha o Auto de Infração, aponta uma infração que não existiu, ao afirmar que teria ocorrido o aproveitamento de créditos de ICMS das aquisições de óleo diesel utilizados no transporte de cana-de-açúcar;

- aponta conforme cópia anexa de e-mail de 17/02/03, que fora orientada pelo Fisco relativamente ao ano de 2003, ao aproveitamento de 53% (cinquenta e três por cento) do valor dos créditos referentes às aquisições de óleo diesel. Esse percentual leva em conta a vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS relativos ao transporte de cana-de-açúcar utilizada como matéria-prima.

- destaca que embora conste do e-mail que para o ano de 2004 ela, Impugnante, deveria elaborar nova planilha e submetê-la à aprovação do Fisco, desde à época utilizou o referido percentual até o ano de 2010, entretanto, o Fisco, que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscaliza permanentemente, nunca mais tocou no assunto, portanto, desta forma, ela teria motivos para acreditar que deveria continuar usando o mesmo percentual;

- conforme cópias de notas fiscais e livro de Registro de Entradas, apresentados por amostragem, verifica-se o aproveitamento de créditos de 53% (cinquenta e três por cento), e que para isso, basta se observar o ICMS retido por substituição tributária nas notas fiscais e os valores efetivamente aproveitados;

- alega que a ação do Fisco representa violação aos princípios da moralidade, da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé;

- argumenta que o Auto de Infração não indicou quais os elementos e informações foram utilizados para a conclusão sobre a utilização do óleo diesel;

- questiona ainda que não foi realizada qualquer diligência local, da inexistência de laudo técnico ou declaração, que possa embasar a conclusão de que tenha aproveitado créditos de ICMS relativamente à aquisições de óleo diesel utilizado no transporte de cana-de-açúcar;

- afirma que como podem ser observadas, as evidências levantadas tratam de alegações vazias, desacompanhadas de quaisquer elementos de prova;

- argumenta ainda que o Fisco se contradiz, pois ao mesmo tempo em que considerou, para glosar os créditos de ICMS e impor multa pelo seu aproveitamento supostamente indevido, que o óleo diesel era destinado ao uso e consumo do estabelecimento, ele afirma no relatório fiscal que o óleo diesel foi consumido na lavoura por outra empresa, a Agropecuária Araporã Ltda e que, assim, não há pertinência entre o fato narrado e a infração apontada;

- assevera que à época em que o Fisco informou a orientação no referido e-mail, a atividade agrícola de produção de cana-de-açúcar utilizada como matéria-prima pelo seu estabelecimento, já era exercida por outra empresa do mesmo grupo, a Agropecuária Araporã Ltda.;

- o Fisco, em momento algum, seja através do e-mail, seja nos sete anos seguintes, nunca entrou no mérito da atividade agrícola de produção de cana-de-açúcar ser exercida diretamente por ela, Impugnante, ou por outra empresa do mesmo grupo;

- afirma que para o presente caso, o Fisco parece pretender introduzir modificação no critério jurídico adotado desde 2003, em relação ao aproveitamento de créditos de ICMS pelas aquisições, por seu estabelecimento, de óleo diesel destinado à parte agrícola, e que tal modificação, em respeito ao art. 146 do CTN, só pode ser efetivada em relação a fatos geradores ocorridos posteriormente a sua introdução;

- alega que o Fisco também considerou irrelevante o fato da inscrição estadual da empresa agrícola e dos produtores em parceria não ser centralizada;

- aduz que o valor do ICMS, correspondente à glosa de créditos pelas aquisições de óleo diesel, que o Fisco está exigindo no Auto de Infração já foi pago há tempos, de forma adiantada, por substituição tributária, pela refinaria de petróleo, e que a pretensão do Fisco, no presente caso, constitui evidente tentativa de enriquecimento sem causa em sem mérito;

- enfatiza que é importante registrar que ela, Impugnante, controla 99,51267% do capital social da empresa Araporã Agropecuária Ltda., e que as duas empresas funcionam no mesmo local, o que faz com que, na prática, para efeitos de créditos de ICMS, trate-se de uma mesma empresa;

- afirma que a questão aqui discutida tem grande similaridade com a do aproveitamento de créditos de ICMS relativos às aquisições de bens destinados ao ativo permanente que as empresas cedem em comodato e que o CC/MG vem decidindo em favor da empresa cedente, e expõe a ementa do acórdão 3.726/11/CE;

- alega que tais decisões favoráveis aos contribuintes aplicam-se à perfeição ao presente caso, uma vez que, em situação bem parecida com a dos cedentes no comodato, é ela, Autuada, quem banca os custos de aquisição do óleo diesel utilizado pelos produtores, combustível que será usado na produção de cana-de-açúcar que será consumida por ela como matéria-prima na produção de açúcar e álcool.

Finalmente, requer que seja julgado improcedente o lançamento e canceladas todas as exigências fiscais.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 144/151, refuta as alegações da defesa, e argumenta em síntese:

- o objeto social do Contrato Social da Autuada não contempla a atividade processo de produção agrícola de cana-de-açúcar, tal fato a coloca à margem das disposições contidas nos arts. 1º e 2º da Instrução Normativa SUTRI nº 002/08. Portanto, todo e qualquer produto (inclusive o óleo diesel) adquirido em nome dela Autuada, para destinação àquele processo, e que fora objeto de creditamento e ulterior estorno, deve ser estabelecido como de uso e consumo;

- ainda que o contrato social da Autuada contemplasse o processo de produção agrícola de cana-de-açúcar, tais insumos seriam classificados como uso e consumo, pois a Autuada não tem Inscrição Estadual centralizada;

- o funcionamento das empresas no mesmo local de sua coligada (Agropecuária Araporã Ltda. - empresa que explora a atividade “processo de produção agrícola de cana-de-açúcar”), uma vez que possuem inscrição estadual e CNPJ diferentes, são consideradas empresas distintas relativamente às suas obrigações tributárias, a Lei Complementar nº 87/96 é enfática, sucinta e direta com relação a isso;

- explica a título informativo, que a coligada Agropecuária Araporã, Ltda. apesar de exercer a atividade processo de produção agrícola de cana-de-açúcar e funcionar no mesmo espaço físico, também não pode aproveitar créditos de insumos utilizados neste processo, visto que também não possui inscrição estadual centralizada, porém este assunto deve ser discutido e resolvido em outra seara;

- quanto à alegação da Autuada de que o Fisco, ora afirma que o óleo diesel fora consumido no transporte de cana-de-açúcar, ora afirma que o óleo diesel fora consumido na lavoura, sustenta que tal afirmativa não é verdadeira, em face do que está verdadeiramente disposto no Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- esclarece ainda, que é irrelevante saber onde efetivamente o óleo diesel fora consumido, seja pela própria Autuada no transporte da cana-de-açúcar, seja pela sua Coligada no processo de produção agrícola de cana-de-açúcar, pois em quaisquer dessas hipóteses, tal produto, adquirido em nome da Autuada e indevidamente objeto de creditamento pela mesma, deve ser classificado como material de uso e consumo com base na legislação tributária vigente, sendo, por isso, objeto de estorno de tais créditos, pelas razões retro explicitadas e demonstradas no Relatório Fiscal às fls. 08 a 19 do Auto de Infração;

- destaca que em momento algum a Autuada comprova, ou sequer indica que quantidade de óleo diesel fora utilizado como produto intermediário;

- atesta a veracidade do referido e-mail onde, com base no consumo de 2002, autoriza para o ano de 2003 o creditamento de 53% do óleo diesel consumido no setor industrial e 63% do óleo diesel consumido no setor agrícola, enfatizando que, naquele e-mail, a Autuada fora orientada a elaborar nova planilha para cada ano subsequente, a qual deveria ser submetida à apreciação fiscal para definição de novos valores de creditamento;

- destaca, que periodicamente altera-se, não só a legislação tributária, mas principalmente o quadro e alocação de bens consumidores de óleo diesel da Autuada, em razão da movimentação de entrada e saída de ativos;

- ressalta que se verifica, entretanto, que, a cada ano subsequente, a Autuada não se deu ao trabalho de manter a Fiscalização informada das alterações em seu quadro de equipamentos consumidores de óleo diesel, locais de alocação dos mesmos e respectivos consumos e, muito menos, colher o aval da Fiscalização para os respectivos creditamentos para os anos subsequentes, conforme inequivocamente solicitado naquele e-mail;

- quanto às demais alegações, onde a Autuada manifesta sua discordância com a cobrança de juros de mora sobre a multa de revalidação, verifica-se que os argumentos são totalmente descabidos e desprovidos de embasamento legal, pois a aplicação da penalidade e a cobrança de juros de mora estão claramente previstas na legislação tributária vigente.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer Da Assessoria

A Assessoria do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, em parecer às folhas 155/165, 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, com as adaptações de estilo.

Do Mérito

Da Decadência:

Com relação à decadência, no Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CC/MG, o entendimento que tem prevalecido é o de que, mesmo que ocorra o pagamento antecipado, caso esse seja insuficiente, o termo inicial da decadência, para o lançamento de ofício de eventual parcela do tributo que não foi recolhida, é determinado pela incidência do art. 173, inciso I do CTN, a exemplo do Acórdão nº 3571/10/CE de 09/07/10.

Portanto, no caso dos autos, para efeito de aplicação do dispositivo supramencionado, relativamente às infrações menos recentes, o termo inicial do prazo decadencial é 01/01/07, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, podendo o Fisco realizar o lançamento até 31/12/11.

Conforme fls. 05 do Auto de Infração, a Impugnante é notificada do lançamento em 12/12/11.

Da Aplicação de Juros de Mora sobre o Valor das Multas:

Acerca da alegação da Impugnante de que os juros de mora em relação à multa de revalidação devem ser excluídos das exigências fiscais, cabe ressaltar que, a Multa de Revalidação é capitulada pelo art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75, sendo devida a partir do não recolhimento do ICMS ou do seu aproveitamento indevido, *in verbis*:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53. (Grifou-se)

Nesta esteira, prevê o art. 127 da Lei n.º 6.763/75, que os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seus valores corrigidos em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

A matéria vem, ainda, regida no art. 226, da mesma lei, que estabelece:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria Ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança de débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no art. 5º, § 3º, com a seguinte redação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Do Mérito Propriamente Dito

Conforme já relatado, o presente trabalho fiscal versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período de janeiro de 2006 a dezembro de 2010, créditos esses provenientes de aquisições de óleo diesel consideradas pelo Fisco como destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02, o que culminou na falta de recolhimento do imposto, nos meses de julho a setembro de 2006, junho a setembro de 2007, março de 2008, maio a agosto de 2008 e agosto a novembro de 2010, no valor original total de R\$ 1.423.569,93, e sobre a falta de recolhimento de ICMS referente à aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições interestaduais de insumos diversos destinados ao uso e consumo, nos meses de janeiro a setembro de 2006, no valor de original total de R\$ 13.113,62.

Cabe frisar que, conforme Relatório Fiscal (fls. 09), a Impugnante, anteriormente, analisou sua escrita fiscal no que se refere a aproveitamento de créditos de ICMS, e procedeu a Denúncia Espontânea (PTA 05.000216669.71 e 05.000218987.16).

Contudo, deixou de contemplar na citada denúncia espontânea, os créditos referentes às aquisições do período de janeiro de 2006 a dezembro de 2006, por entender que para tal período operou-se a decadência, e quanto às aquisições de óleo diesel, por entender que a aquisição de tais insumos dá direito ao crédito.

Às fls. 17/19 do PTA está o detalhamento do crédito tributário.

Delineadas as informações gerais acerca do presente feito, passa-se à análise das infrações constatadas:

Do Aproveitamento Indevido de Crédito de Óleo Diesel:

A Impugnante alega que há total inadequação entre o fato narrado no Auto de Infração e a infração neste apontada, visto que o Fisco considerou, para glosar os créditos de ICMS e impor multa pelo seu aproveitamento supostamente indevido, que o óleo diesel era destinado ao uso e consumo do estabelecimento, ao passo que no

relatório fiscal também afirma que o óleo diesel foi consumido na lavoura por outra empresa, a Agropecuária Araporã Ltda.

Destaca-se que embora este argumento seja normalmente tratado como preliminar, como não foi assim designado pela Impugnante, é analisado juntamente ao mérito do presente lançamento.

Não cabe razão à Impugnante, uma vez que, o Fisco descreve no Auto de Infração a conduta realizada pela Impugnante, e considera as aquisições de óleo diesel como aquisição de material de uso e consumo.

Cabe ressaltar que a Impugnante entende perfeitamente o que lhe é imputado, ficando isso notório, por exemplo, na análise que faz no segundo parágrafo às fls. 104, quando, inclusive, afirma que aproveitou diretamente os créditos, mas que isso, segundo ela, não causou prejuízo ao Fisco.

Na sequência, pelo que se depreende dos autos, percebe-se que a Impugnante se apropria de créditos de ICMS, quando da aquisição em seu próprio nome, de óleo diesel, destinado à produção e transporte da cana-de-açúcar, realizados pela empresa Agropecuária Araporã Ltda, da qual a Impugnante participa significativamente do capital social.

A cana-de-açúcar é utilizada pela Impugnante em seu processo produtivo de açúcar e álcool.

A Fiscalização acostou aos autos arquivos em Excel gravados em CD-R com a relação das notas fiscais de aquisição de óleo diesel, cujos créditos aproveitados foram estornados.

Cabe ressaltar que a Impugnante admite que se aproveitou de créditos de ICMS no período de 2003 a 2010, relativo às aquisições de óleo diesel.

Às fls. 98 do PTA a Impugnante afirma:

“Embora tenha sido consignado no mesmo e-mail que, para o aproveitamento de créditos de ICMS relativos ao ano de 2004, a Impugnante deveria elaborar nova planilha, com consumo relativo a 2003, e submetê-la à apreciação do Fisco, a verdade é que a Impugnante, desde então, sempre utilizou o mencionado percentual até 2010. Ou seja, durante sete anos, sem que houvesse qualquer objeção por parte do Fisco, que fiscaliza a Impugnante de forma permanente, por meio de acompanhamento. Como o Fisco, embora fiscalize a Impugnante de forma permanente, nunca mais tocou no assunto relativo ao percentual de aproveitamento de crédito de ICMS sobre as aquisições de óleo diesel, a impugnante teve motivo para acreditar que aquele percentual adotado inicialmente por orientação do próprio Fisco era o percentual que deveria continuar a ser adotado.” (grifou-se).

O e-mail referido acima trata de informações prestadas pelo Fisco à Impugnante, onde está claro o percentual de créditos de ICMS relativos às aquisições de óleo diesel, que poderiam ser apropriados no ano de 2003.

Da mesma forma, está evidente em tal documento (fl. 107) que para o ano seguinte (2004), os dados relativos às aquisições de óleo diesel, para efeito de se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

determinar o percentual de crédito admitido, deveriam ser submetidos à análise da SEF/MG.

Cabe frisar que na aquisição de mercadorias com o ICMS retido por substituição tributária e que não seja destinada à comercialização, há possibilidade do creditamento do imposto, atendidas as demais condições, conforme art. 66, caput e § 8º do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

§ 8º O contribuinte que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária ou que tenha recolhido o imposto sob o referido título em virtude da entrada da mercadoria em território mineiro e não destiná-la à comercialização, poderá apropriar-se, sob a forma de crédito, do valor do imposto que incidiu nas operações com a mercadoria.

I -

II -

Efeitos de 1º/12/2005 a 13/06/2007 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

§ 8º O estabelecimento que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária, exceto aquela que se destinar à comercialização, poderá apropriar, sob a forma de crédito, o valor do imposto:

I - corretamente destacado na nota fiscal, relativo à operação própria e ao retido por substituição tributária, na hipótese de recebimento da mercadoria diretamente do contribuinte que tenha efetuado a retenção; ou

II - corretamente indicado na nota fiscal, a título de informação ao destinatário, na hipótese de recebimento da mercadoria dos demais contribuintes. (grifou-se)

O Fisco considera que tanto o insumo óleo diesel usado nos caminhões de transporte de cana-de-açúcar, como na lavoura, destinam-se ao uso e consumo do estabelecimento.

Repisa-se que nos termos do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “c” da Constituição Federal, cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Embora o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 assegure ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto referente às entradas de mercadorias, inclusive aquelas destinadas ao seu uso ou consumo, o direito ao crédito neste último caso tem sido sistematicamente postergado, nos termos do art. 33, inciso I da mesma lei:

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.

(...)

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020. (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

O Fisco procede ao estorno de crédito amparado também no disposto no art. 70, inciso III do RICMS/02:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2019, de bens destinados a uso ou a consumo do estabelecimento;

O Fisco leva também em consideração a autonomia dos estabelecimentos e o fato da Impugnante e Agropecuária Araporã Ltda, possuírem CNPJ e Inscrição Estadual distintos, e não terem inscrição centralizada.

Às fls. 146/147, o Fisco afirma que a atividade da Impugnante não é processo de produção agrícola de cana-de-açúcar, tal fato a coloca à margem das disposições contidas nos arts. 1º e 2º da Instrução Normativa SUTRI nº 002/08. Portanto, todo e qualquer produto (inclusive o óleo diesel) adquirido em nome dela, Impugnante, para destinação à produção de cana-de-açúcar da Agropecuária Araporã, e que fora objeto de creditamento e ulterior estorno, deve ser considerado como de uso e consumo.

Frise-se que, a partir de 30/12/08, atendidas as demais condições, a legislação tributária, prevê expressamente a possibilidade de classificar o óleo diesel como produto intermediário nas aquisições para ser empregado na atividade de cultivo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e produção agrícola da cana-de-açúcar, conforme art. 2º, inciso III da Instrução Normativa SUTRI nº 02 de 30/12/08:

Art. 2º Para efeitos de crédito do ICMS, considera-se produto intermediário, observado o disposto na Instrução Normativa SLT nº 1, de 1986, o produto imediata e integralmente consumido nas fases do processo de produção agrícola da cana-de-açúcar, tais como:

(...)

III - óleo diesel consumido nas máquinas, aparelhos e equipamentos empregados nas atividades executadas nas fases da produção;

Entretanto, não resta dúvida de que, a priori, tal creditamento pode ser feito por aquele que realize o processo de produção agrícola da cana-de-açúcar, adquirente do óleo diesel.

Às fls. 10 do PTA, por exemplo, o Fisco destaca que, relativamente à aquisição de óleo diesel empregado na lavoura, seu entendimento está embasado no fato de que a Impugnante não possui inscrição estadual centralizada.

Afirma ainda o Fisco que, quem, efetivamente, explora a lavoura é a empresa Agropecuária Araporã Ltda.

Por último, vale salientar que, se o crédito é vedado na entrada de bens destinados ao uso ou ao consumo do estabelecimento, também é vedado na aquisição de bens que serão usados em outro contribuinte.

Da Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquotas:

Inicialmente, cabe salientar que especificamente para operações interestaduais que destinem bens a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, a exigência do ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual tem previsão constitucional no art. 155, § 2º, incisos VII e VIII da Constituição da República/88, *in verbis*:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à **diferença entre a alíquota interna e a interestadual**; (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 5º, § 1º, item 6 da Lei nº 6.763/75, por sua vez, no caso do diferencial de alíquotas, prevê a incidência do imposto, nos seguintes termos:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º- O imposto incide sobre:

(...)

6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

Cabe ressaltar que, com relação a esta infringência, a Impugnante ateu-se à alegação de decadência.

Conforme informado pelo Fisco às fls. 09 do Auto de Infração, com relação aos créditos referentes às aquisições desses insumos, classificados como de uso e consumo pela própria Impugnante, esta deixou de contemplá-los na denúncia espontânea por entender que houve decadência.

Ressalte-se que a Fiscalização acostou aos autos arquivos em Excel gravados em CD-R com a relação das notas fiscais e demais dados relativos às aquisições interestaduais de material de uso/consumo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. André Luiz Martins Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) e Breno Frederico Costa Andrade.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Fernando Luiz Saldanha
Relator**