

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.319/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000181238-62
Impugnação: 40.010133498-72
Impugnante: Elasa Elo Alimentação S/A
IE: 186035430.02-05
Proc. S. Passivo: Ricardo Alves Moreira/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - PRODUTOS DA INDÚSTRIA FRIGORÍFICA. Constatado recolhimento a menor do ICMS, em face da utilização indevida da alíquota de 7% (sete por cento) em operações interestaduais com produtos da indústria frigorífica. Exigência de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 42, inciso II, alínea “c” da Parte Geral do RICMS/02. Entretanto, para apuração das exigências, deve-se levar em conta o disposto no art. 75, inciso IV, alínea “b” da Parte Geral do RICMS/02, devendo ser observados, ainda, os recolhimentos efetuados pela Autuada após o despacho interlocutório exarado pela Câmara de Julgamento. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, face à aplicação incorreta da alíquota do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2007, em decorrência de utilização da alíquota de 7% (sete por cento) nas saídas interestaduais de produtos da indústria frigorífica, caracterizados como industrializados e tributados à alíquota de 12% (doze por cento).

Exige-se ICMS e multa de revalidação.

Os documentos fiscais autuados encontram-se relacionados no Anexo 2 do Auto de Infração.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1398/1443, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 1691/1703.

A 1ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 1708, o qual é cumprido pela Autuada (fls. 1712/1813).

A Fiscalização manifesta-se a respeito (fls. 1815/1818).

DECISÃO

Da Preliminar

Preliminarmente, argui a Impugnante a nulidade de parte do lançamento ao argumento de que seria uma “inovação” em face de outro lançamento já lavrado contra si, relativo ao Auto de Infração nº 01.000176865-37.

Entretanto, não há que se falar em nulidade do lançamento, relativo às competências de outubro a dezembro 2007, pelo simples fato de já ter sido a Contribuinte autuada com referência ao mesmo período.

Ressalte-se que a presente autuação trata de aplicação incorreta da alíquota do imposto pela Autuada, lançamento sem relação com o anterior por se tratar de distinta infração à legislação tributária.

A Fiscalização detém o dever, observando o período decadencial, de fiscalizar e efetuar novo lançamento, em se constatando infração à legislação tributária, em conformidade com o art. 142, do CTN.

Posto isso, descabida e sem fundamento legal, a alegação da Autuada de que a Fiscalização teria, na presente autuação, efetuado a revisão do lançamento anterior (AI nº 01.000176865-37), por incluir no presente lançamento o mesmo período considerado no anterior.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida.

Do Mérito

Inicialmente, a Autuada, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, sustenta a tese de que teria ocorrido a decadência do direito da Fazenda Pública vir a constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos de janeiro a dezembro de 2007.

No entanto, o referido dispositivo legal aplica-se tão somente em relação a fatos e valores que foram efetivamente declarados pelo contribuinte em autolancamento, extinto, ainda, o crédito correspondente com o pagamento integral antecipado do imposto, ficando, dessa forma, passíveis de reconhecimento pela Fiscalização por meio da chamada homologação tácita, o que, como se vê, não é o caso dos autos.

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 a contagem fixada no art. 173, I do CTN:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal 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 a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça 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 relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. 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.

2. "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)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007 somente expirou em 31/12/12, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disposto no 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 26/12/12, conforme fls. 12.

Quanto ao mérito propriamente dito, a autuação versa sobre a constatação de aplicação incorreta da alíquota do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2007, em decorrência de utilização da alíquota de 7% (sete por cento) nas saídas interestaduais de produtos da indústria frigorífica, caracterizados como industrializados e tributados à alíquota de 12% (doze por cento).

Os documentos fiscais autuados encontram-se relacionados no Anexo 2 do Auto de Infração.

A exigência fiscal é de ICMS e multa de revalidação.

Insta observar que a legislação tributária prevê a incidência da alíquota de 12% (doze por cento) nas operações interestaduais quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões Sul e Sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo. Confira-se:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

(...)

c) 12% (doze por cento), quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões Sul e Sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo;

Importante ressaltar que não há relação, como alega a Impugnante, entre aplicação da alíquota devida em cada operação e a apuração do imposto a recolher, independente de ser esta apuração efetivada pelo sistema débito/crédito ou crédito presumido. Trata a apuração do imposto de um evento posterior à emissão da nota fiscal, fato que motivou a presente autuação, posto que efetuada em desacordo com a legislação aplicável.

Não há que se falar, como alega a Autuada, em inobservância do princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 150, inciso I, tendo em vista que a legislação estadual do imposto define com clareza a alíquota aplicável nas operações interestaduais, conforme dispositivos que fundamentam a autuação.

Do mesmo modo, não há como considerar a alegação da Autuada de aplicação equivocada da lei pela Fiscalização, por ofensa ao art. 111 do CTN, visto que, no seu entender, desconsiderou a utilização do benefício do crédito presumido, fato que, ressalte-se, não teve relação com a presente autuação.

Portanto, correto o lançamento fiscal em comento.

Todavia, merece reforma parcial o feito fiscal em comento, pois, no caso dos autos, mostra-se aplicável à hipótese do crédito presumido nas operações detectadas pela Fiscalização, haja vista a opção da Autuada por tal sistemática de apuração do imposto a recolher.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale registrar que o entendimento externado pela Fiscalização de não se aplicar a sistemática do crédito presumido, para a apuração das exigências do imposto não recolhido em razão das irregularidades em comento, não encontra guarida na legislação tributária.

Ademais, convém mencionar que a Consulta Interna citada pela Fiscalização para embasar seu entendimento de inaplicabilidade do crédito presumido em questão refere-se à irregularidade distinta das acusações fiscais em epígrafe.

Com efeito, no presente caso, o lançamento teve como objeto as saídas de produtos industrializados produzidos a partir de matérias primas resultantes do abate de animais, especialmente de gado bovino, destinados ao consumo humano, realizadas pela Impugnante no período de 01/01/07 a 31/12/07.

Nesse sentido, seja pela égide da resposta dada à Consulta de Contribuintes nº 220/12, pela SUTRI/SEF/MG, como também pelo enfoque da legislação tributária retromencionada, no caso dos autos aplica-se o crédito presumido previsto na alínea “b” do inciso IV do art. 75 da Parte Geral do RICMS/02. Confira-se:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

(...)

IV - ao estabelecimento que promover a saída de peixes, inclusive alevinos, o abate ou o processamento de pescado ou o abate de aves ou de gado bovino, eqüideo, bufalino, caprino, ovino ou suíno, inclusive o varejista, observado o disposto no § 2º deste artigo, de forma que a carga tributária resulte nos seguintes percentuais:

a) 0,1% (um décimo por cento), na saída de carne ou de outros produtos comestíveis resultantes do abate dos animais, em estado natural, ainda que resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos;

b) 0,1 % (um décimo por cento), na saída de produto industrializado cuja matéria-prima seja resultante do abate dos animais, desde que destinado à alimentação humana.

(...)

§ 2º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo:

IV - o crédito presumido não se aplica nas operações interestaduais com carne e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno. (grifou-se).

Acresça-se que o referido posicionamento guarda consonância com o que já foi decidido por este Conselho, conforme consta no Acórdão nº 21.096/13/1ª, referente a lançamento de mesma sujeição passiva dos presentes autos, que, mediante decisão já transitada em julgado, por maioria de votos, decidiu-se de acordo com o entendimento consubstanciado na Consulta de Contribuintes nº 220/12 retromencionada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Oportuno destacar também que a 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho exarou o despacho interlocutório de fls. 1708 para que a Impugnante demonstrasse a correção dos recolhimentos efetuados no período objeto da autuação, levando-se em conta o citado crédito presumido.

Ressalte-se que, naquela oportunidade, a Impugnante, revendo os cálculos do imposto apurado na sua conta gráfica, efetuou recolhimentos das diferenças verificadas conforme documentos de fls. 1713/1721.

Dessa forma, quando da liquidação do crédito tributário em análise devem ser abatidos os recolhimentos efetuados pela Impugnante.

A Impugnante requer a exclusão dos valores relativos à penalidade, juros de mora e atualização monetária, tal como preconiza o parágrafo único do art. 100 do CTN, sob o argumento de que, em seu procedimento, seguiu as instruções adotadas pela Administração tributária.

Entretanto, frise-se, por oportuno, que a aplicação da penalidade decorre da infração a dispositivo da legislação tributária levada a efeito pela Autuada. Do mesmo modo, os juros referem-se à atualização monetária do valor do imposto que deixou de ser recolhido no período respectivo.

Portanto, a multa de revalidação e os juros moratórios, incidentes sobre o *quantum* do imposto exigido no período em comento, devem prevalecer.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que a apuração das exigências seja feita nos termos do art. 75, inciso IV, alínea "b" do RICMS/02 e para que sejam observados os recolhimentos de fls. 1714/1721. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ricardo Alves Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2013.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora

Antônio César Ribeiro
Relator

MI/R

21.319/13/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.319/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000181238-62
Impugnação: 40.010133498-72
Impugnante: Elasa Elo Alimentação S/A
IE: 186035430.02-05
Proc. S. Passivo: Ricardo Alves Moreira/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

Voto proferido pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, 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.

Conforme consta dos autos, trata o lançamento em exame de aplicação incorreta de alíquota do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2007, em decorrência da aplicação incorreta da alíquota de 7% (sete por cento) nas saídas interestaduais de produtos da indústria frigorífica, caracterizados como industrializados e tributados à alíquota de 12% (doze por cento).

Exigência do ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Em consonância com o entendimento já externado por esta Conselheira no voto vencido referente ao Acórdão nº 21.096/13/1ª, cujo PTA refere-se ao mesmo sujeito passivo dos presentes autos, entende-se que, nas saídas interestaduais de produtos da indústria frigorífica, derivados de carne bovina e outras, é aplicável a redução da base de cálculo prevista no item 47 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

É que, no entendimento desta Conselheira, a regra do art. 75, § 2º, inciso IV, a seguir transcrito, não disciplina a aplicação do crédito presumido em operações interestaduais em qualquer hipótese, seja saída de produtos resultantes do abate ou industrializados derivados de carne. Ao contrário, prevê a sua vedação em tais operações. Examine-se:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

(...)

IV - ao estabelecimento que promover a saída de peixes, inclusive alevinos, o abate ou o processamento de pescado ou o abate de aves ou de gado bovino, eqüídeo, bufalino, caprino, ovino ou suíno, inclusive o varejista, observado o disposto no § 2º deste artigo, de forma que a carga tributária resulte nos seguintes percentuais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) 0,1% (um décimo por cento), na saída de carne ou de outros produtos comestíveis resultantes do abate dos animais, em estado natural, ainda que resfriados, congelados, maturados, salgados ou secos;

b) 0,1 % (um décimo por cento), na saída de produto industrializado cuja matéria-prima seja resultante do abate dos animais, desde que destinado à alimentação humana.

(...)

§ 2º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo:

IV - o crédito presumido não se aplica nas operações interestaduais com carne e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno. (grifou-se).

Nesse sentido, verifica-se que a norma posta no RICMS/02 harmoniza-se com as disposições do Convênio ICMS nº 89/05, que estabelece, *in verbis*:

Cláusula primeira Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações, nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos.

Cláusula segunda Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo ou isenção do ICMS nas saídas internas dos produtos referidos na cláusula primeira. (Grifou-se).

Desse modo, improcedente é o lançamento fiscal, uma vez que aplicável ao caso dos autos a redução de base de cálculo prevista no item 47 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Assim, voto pela improcedência do lançamento.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Conselheira**