

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.115/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000179914-61
Impugnação: 40.010133231-21
Impugnante: Alcoa Alumínio S/A
IE: 518027950.00-03
Proc. S. Passivo: Karen Amanda Alves de Jesus/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO - ATIVO PERMANENTE E MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo e de bens destinados ao Ativo Permanente alheio à atividade do estabelecimento, portanto, em desacordo ao previsto no art. 70, incisos III e XIII do RICMS/02 e Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, que vedam a apropriação de tais créditos. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6763/75. No entanto, deve-se excluir as exigências relativas aos bens do Ativo Permanente denominados “rádio controle e rádio controle reserva” e “difratrômetro de raio X”. Crédito tributário parcialmente reconhecido e recolhido pela Autuada no tocante a alguns dos itens listados pelo Fisco, mormente os relativos aos materiais de uso/consumo. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de crédito no período de 01/01/07 a 30/11/11 decorrente de aquisições de material de uso e consumo e bens alheios à atividade do estabelecimento, cujas aquisições se deram durante o ano de 2007, lançamentos fracionados à razão de 1/48 por mês, conforme previsto na legislação, e apurado mediante recomposição da conta gráfica.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Parte das exigências foi reconhecida pela Impugnante que promoveu o pagamento parcial do crédito tributário, compreendendo o ICMS, multa de revalidação e multa isolada e os juros de mora, conforme documentos de fls. 738/742.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 457/509 e anexa os documentos de fls. 531/730.

Preliminarmente, alega a Autuada a decadência em relação a todo o período autuado, considerando que o lançamento partiu das aquisições referentes ao ano de 2007, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

Alega que a autuação se baseou em elementos lançados pela própria Impugnante em sua escrita fiscal, lançamentos estes sujeitos a posterior homologação formal ou pelo decurso do tempo.

Argui que no caso dos autos, deve ser considerada como marco inicial para contagem do prazo decadencial, a data em que ocorreram as aquisições, fato gerador que deu origem aos créditos cujo aproveitamento acabou sendo “diferido” por determinação legal à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) e, que na pior das hipóteses, a decadência deveria ser decretada, ainda que parcialmente, considerando que a Autuada foi notificada em 07/12/12, em relação ao período anterior à 07/12/07.

Aduz que, de acordo com o art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, que tudo que adquiriu, tem, em princípio, direito ao aproveitamento de crédito correspondente ao ICMS incidente sobre a operação ou prestação, ressalvadas as hipóteses explicitadas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do § 2º do citado artigo (isenção ou não incidência).

Entende que, por força do disposto na o inciso XII do mesmo § 2º do art. 155 da CF/88, foi atribuído à lei complementar regulamentar o texto constitucional, não cabendo-lhe restringir o direito ao crédito

Sustenta que, mesmo que haja preponderância da tese que, ao contrário do que afirma, seria possível, por meio de lei complementar, dispor sobre o aproveitamento de créditos de ICMS, inclusive com a finalidade de restringir o exercício daquele direito, deve-se, ao menos, observar as previsões constantes do antigo Convênio ICMS nº 66/88 e da vigente Lei Complementar nº 87/96 (arts. 20 e 21).

Ressalta que, no caso dos autos, todos os produtos os quais a Fiscalização não admitiu o aproveitamento do crédito, além de ser destinados ao seu ativo imobilizado, têm a mais perfeita vinculação com as atividades realizadas pela Impugnante, sendo o aproveitamento legítimo, constitucional e legal.

Aduz que as informações prestadas pela Impugnante à Fiscalização não se referem a todos os itens autuados e estão em divergência com alguns dos que foram estornados, além do que o critério utilizado para caracterizar um bem como Ativo Permanente ou não, pela Fiscalização está equivocado, uma vez que a legislação do imposto de renda não avalia critérios técnicos para estabelecer o que deve ser considerado Ativo Permanente, delimitando, apenas, um valor financeiro e um prazo de

vida útil, ponderando pela utilização da definição contida nos artigos 178 e 179 da Lei 6.404/76.

Destaca que a contabilização dos itens individuais não descaracteriza um projeto como um todo, devendo-se considerar os registros em função de sua situação também como um todo, pois assim foram destinados. Assim, todos os materiais consumidos ou aplicados na obtenção de um equipamento, maquinário ou mesmo um edifício novo devem ser imobilizados, gerando direito ao crédito, da mesma forma que aqueles aplicados na manutenção, aprimoramento ou melhoria do equipamento já existente.

Argui que os itens que sofreram a glosa do crédito atendem perfeitamente aos ditames dos §§ 5º e 6º do art. 66 do RICMS/02 e que, portanto, por se tratarem de bens destinados ao ativo imobilizado, permitem o regular aproveitamento dos créditos referentes às entradas correspondentes.

Argumenta quanto ao requisito constante na LC 87/96, de que os bens destinados ao ativo imobilizado não poderiam ser “alheios” à atividade do estabelecimento, ainda que sujeita a diversas modificações e prorrogações de entrada em vigor quanto ao aproveitamento de crédito de determinados tipos de produtos e operações.

Diz que a possibilidade do creditamento de ICMS em razão da aquisição de bens integrantes do ativo imobilizado da empresa não fica vinculada ao seu efetivo emprego na área industrial ou comercial e que, o RICMS/02 ao buscar uma definição para o que fossem bens ou serviços “alheios à atividade do estabelecimento” (§ 3º do art. 70), não poderia pretender restringir ainda mais o que já se encontrava disposto no texto legal, definição essa que deveria ser interpretada de acordo com o previsto na Lei nº 6.763/75 e não, o contrário.

Alega ainda que, se determinado produto adquirido guarda relação de utilidade e possibilidade de emprego no exercício da atividade “normal” da empresa, observados os termos de seu objetivo social e, inexistindo nenhuma extravagância, o ICMS incidente sobre aquela aquisição poderá ser perfeitamente aproveitado, nos exatos e precisos termos da legislação aplicável (LC nº 87/96 e Lei nº 6.763/75).

Afirma que todos esses itens, integrantes dos variados projetos implementados pela Impugnante, são utilizados, “direta ou indiretamente” em seu processo industrial e/ou produtivo, ensejando, portanto, o já citado direito ao crédito.

Ressalta a título de esclarecimento que os itens estornados pelo Fisco referem-se, invariavelmente, à consecução de projetos específicos, tais como os destinados ao “Controle de emissão de Gases”, à “Redução de Ruídos” e ao “Controle de Incêndio”, se encontrando diretamente pertinentes ou relacionados ao processo produtivo.

Ainda traz algumas considerações sobre determinados projetos específicos ou itens individuais, que, segundo o mesmo, tem ligação direta ou está relacionado com seu processo produtivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega, subsidiariamente, a inocorrência de “reincidência”, pois as aquisições realizadas no ano de 2007 se deram antes das situações referidas no item “5” do “Relatório Fiscal”, quais sejam parcelamento do AI nº 01.000155515-96, efetuado em mar/08, para primeira reincidência e julgamento do CC/MG do AI 01.000157980.36, Acórdão nº 3.416/CE, publicado em maio/09, para segunda reincidência.

Alega ainda que houve excesso de penalização na autuação, havendo, portanto, violação aos princípios do não-confisco, da proporcionalidade, da capacidade tributária e do direito à propriedade.

Ressalta que a multa isolada e a multa de revalidação, estão sendo exigidas em função da mesma origem, portanto, cobrança em duplicidade e que a aplicação da taxa Selic deve ocorrer, nos mesmos moldes dos débitos federais.

Apresenta parecer técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, de 16/11/10 denominado “Avaliação do processo de digestão da bauxita na obtenção de alumínio, com enfoque em alguns equipamentos/sistemas implantados nas etapas produtivas, visando à análise de suas funções e classificação como parte integrante do processo produtivo”.

Requer a produção de prova pericial, uma vez que se mostra relevante no sentido de equacionar diversos aspectos que a Impugnante julga controversos. Para tanto apresenta os quesitos de fls. 508 e indica assistente técnico.

Requer a improcedência do lançamento.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 735/736 dos autos.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 743/758, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 768/787, opina, em preliminar, pela rejeição do pedido de prova pericial, e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento para excluir as exigências relativas aos equipamentos “rádio controle e rádio controle reserva” e “difratrômetro de raio X”.

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, salvo pequenas alterações.

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de crédito, no período de 01/01/07 a 30/11/11, apurado mediante recomposição da conta gráfica, decorrente de aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento e material de uso e consumo, referente às aquisições ocorridas no ano de 2007.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

O Demonstrativo do Crédito Tributário encontra-se às fls. 18/19, apurado após a Recomposição da Conta Gráfica (fls. 21/25).

Importante registrar que o saldo da conta gráfica utilizado pelo Fisco leva em consideração a recomposição realizada no PTA 01.000168226-82, relativo ao período de jan/07 a set/10 e após esta data os valores foram retirados do livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS da Autuada.

Os valores estornados estão demonstrados no Anexo III (Planilha consolidado mensal do crédito estornado - fls. 32/34), classificados como bens alheios e materiais de uso e consumo, de acordo com as informações prestadas pela Autuada (fls. 323/329), com as visitas realizadas à instalação industrial da empresa, pela análise do seu fluxograma operacional (fls. 302/303), e a partir do histórico da empresa em relação ao livro Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), observadas às diversas sentenças do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Instruem ainda o Auto de Infração os seguintes anexos: planilha contendo o detalhamento da função/aplicação e local de aplicação (setor/linha), dos bens classificados como alheios e como material de uso e consumo, cujos créditos foram estornados (Anexo V - fls. 48/59), planilha com demonstrativo do período, número de parcelas e crédito estornado (Anexo IV - fls. 36/46), cópia das notas fiscais (fls. 61/242) e cópia do livro Controle do Ativo Permanente – CIAP (fls. 244/299).

Parte das exigências foi reconhecida pela Impugnante que promoveu o pagamento parcial do crédito tributário (conforme planilha de fls. 731 e DAE de fls. 732/733), compreendendo o ICMS, multa de revalidação e multa isolada e os juros de mora, valores esses atualizados pelo Fisco conforme documentos de fls. 738/742.

Preliminares

Do pedido de perícia

A Impugnante requer a produção de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 508, indicando assistente técnico.

A Autuada pretende com a realização da perícia, responder questões relativas à apuração do ICMS (quesito 1), à correta contabilização dos itens estornados (quesito 3) e ainda para detalhar a aplicação dos itens em relação aos quais o Fisco não admitiu o aproveitamento do crédito (quesito 2).

Em relação ao quesito relativo à correção da apuração do imposto, tais informações podem ser verificadas nas planilhas confeccionadas pelo Fisco e documentos da Autuada acostados aos autos, enquanto a questão relacionada à utilização dos princípios contábeis, essa nada acrescentaria à análise da contenda.

Consta dos autos que a classificação dos itens objeto do estorno dos créditos, foi elaborada com base nas informações prestadas pela Autuada, bem como da análise minuciosa do seu fluxograma operacional, análise esta fundamentada no estudo

profundo do seu processo produtivo, praticado ao longo de vários anos de acompanhamento e em visitas da Fiscalização à planta industrial da empresa.

Verifica-se ainda que, em sede de impugnação, a Autuada não questionou as informações contidas na planilha, constante do Anexo V, de fls. 48/59, onde estão detalhados a função/aplicação e local de aplicação (setor/linha), dos bens classificados como alheios à atividade da empresa, ora Impugnante.

Portanto, a perícia requerida se mostra desnecessária ao deslinde da questão, visto que as normas para classificação dos bens em materiais de uso e consumo ou bens alheios, estão definidas na legislação do RICMS/02 e Instrução Normativa nº 01/98.

Assim, indefere-se o pedido de perícia, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, por se mostrar desnecessária para a elucidação da questão e, por encontrar o Auto de Infração suprido de todos os elementos necessários à análise da controvérsia.

Do Mérito

Da Arguição de decadência

A Impugnante argui a decadência do crédito tributário, relativo a todo o período autuado, considerando que o lançamento partiu das aquisições referentes ao ano de 2007, com base no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

No entanto, este E. Conselho tem decidido, reiteradamente, que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, donde o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2007, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/08, findando-se em 31/12/12. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 28/11/12 e seu recebimento pela Impugnante ocorreu em 07/12/12, verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento desse procedimento efetuado pelo contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, em função de aproveitamento indevido de créditos do imposto. Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento e sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado acima.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 passíveis de confirmação pela autoridade administrativa. Nesse caso, cabe ao fisco, na forma estabelecida 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 ARES 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). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Rejeita-se, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário.

Crédito de ICMS – Material de Uso e Consumo

Os produtos classificados pelo Fisco como material de uso e consumo estão relacionados na planilha de fls. 59, sendo que o crédito estornado relacionado este título está identificado na planilha "Consolidado Mensal com o Estorno de Créditos" (fls. 32/34), em coluna própria.

Em relação aos itens classificados pelo Fisco como material de uso e consumo, a Impugnante reconheceu o crédito tributário como devido e recolheu a totalidade do ICMS, multa de revalidação, multa isolada e juros, não havendo nada a que se argumentar sobre este tópico do lançamento fiscal.

Crédito de ICMS – Bens do Ativo Permanente Alheios à Atividade do Estabelecimento

Trata o presente lançamento do estorno de crédito de bens contabilizados no Ativo Permanente e apropriados em parcelas de 1/48 (um quarenta e oito avos), adquiridos no ano de 2007, classificados pelo Fisco como bens alheios à atividade da Autuada.

Os bens que compõem o estorno estão elencados na planilha do Anexo V (fls. 48/58) "Função e local de aplicação dos bens classificados como alheios", sendo levados ao Anexo III de fls. 32/34 (Planilha consolidado mensal do crédito estornado).

O Fisco esclarece que para a classificação de tais bens se embasou nas informações prestadas pela Autuada (fls. 323/329), em visitas realizadas à instalação industrial da empresa, análise do seu fluxograma operacional (fls. 302/303), e a partir do histórico da empresa em relação ao livro Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), observadas as diversas sentenças do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

A cobrança fiscal tem por base os seguintes dispositivos contidos na legislação tributária, disciplinados na Lei Complementar nº 87/96, bem como na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02, da seguinte forma:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LC 87/96:

(...)

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.

(...)

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal.

(...)

Lei 6.763/75

Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subsequentes:

(...)

III - o imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de serviço alheios à atividade do estabelecimento;

RICMS/02:

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:

(...)

II - à entrada de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º e 6º deste artigo;

(...)

§ 3º - O abatimento, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo permanente do estabelecimento observará, além do disposto nos §§ 7º a 10 do artigo 70 deste Regulamento, o seguinte:

I - será feito à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira fração ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento;

(...)

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

(...)

XIII - o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento;

(grifou-se)

Alega a Autuada em sua defesa que a Constituição Federal, art. 155, § 2º, inciso I, garante ao contribuinte o direito ao aproveitamento de crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as operações, tendo sido atribuído à lei complementar regulamentar o texto constitucional, não lhe cabendo restringir o direito ao crédito.

Destarte, o art. 155 da CF/88 dispôs que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto, no caso, o ICMS (art. 155, § 2º, XII, c). Portanto, a vinculação do crédito às condições estabelecidas na legislação é uma exigência da própria lei complementar.

Contrário à tese da Impugnante, depreende-se da leitura dos dispositivos legais que regem a matéria, o direito ao crédito não é irrestrito, devendo o mesmo ser condicionado ao cumprimento da legislação específica sobre a matéria.

Alega a Impugnante que todos os produtos os quais não se admitiu o aproveitamento do crédito, além de ser destinados ao seu ativo imobilizado, têm a mais perfeita vinculação com as suas atividades realizadas e que, o critério utilizado pelo Fisco para caracterizar um bem como Ativo Permanente ou não, está equivocado, uma vez que a legislação do imposto de renda não avalia critérios técnicos para estabelecer o que deve ser considerado Ativo Permanente, delimitando apenas, um valor financeiro e um prazo de vida útil, ponderando pela utilização da definição contida nos arts. 178 e 179 da Lei nº 6.404/76.

O Fisco esclarece que reconhece plenamente que tudo o que está classificado como “bens alheios” faz parte, inequivocamente, do Ativo Imobilizado da empresa. Entretanto, apesar de tais itens contabilmente se enquadrarem como Ativo Permanente, não faz jus ao crédito do imposto pelas entradas em razão de se enquadrarem na definição de bens alheios à atividade contida no art. 70, § 3º do RICMS/02, conjugado a Instrução Normativa IN DLT/SRE 01/98.

Veja-se:

Art. 70.

(...)

§ 3º Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação.

INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE N° 01, DE 06 DE MAIO DE 1998

Dispõe sobre bens ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, para fins de vedação ao crédito do ICMS.

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

I - os veículos de transporte pessoal;

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

a - sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

b - sejam utilizados em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que visem a aumentar a produtividade da empresa;

c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

III - as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.

(...)

Verifica-se que a Instrução Normativa DTL/SRE nº 01/98, em consonância com o § 3º do art. 70 do RICMS/02, considera alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal, os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que sejam utilizados em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que vise aumentar a produtividade da empresa, aqueles que não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, e as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.

A Impugnante interpreta de forma extremamente elástica o conceito de “atividade econômica” prevista no art. 70 supracitado, entendendo que a sua atividade econômica englobaria todo o seu parque industrial, com todas as áreas adjacentes, pois considera todas englobadas no conceito de “produção”.

Existe uma linha principal de produção, onde ocorre a transformação da matéria-prima e produtos intermediários, inerentes à mesma, e linhas marginais, composta por equipamentos auxiliares à produção, setores de apoio, controle de qualidade do produto, manutenção, suprimento, comercialização, transporte, segurança, etc.

Cabe destacar que a atividade econômica da Impugnante é a produção de alumínio e suas ligas em formas primárias, compreendendo o seu processo produtivo três etapas (refinaria, redução e lingotamento). A planta industrial de Poços de Caldas, ora autuada, realiza duas etapas do processo produtivo: refinaria e redução, conforme demonstrado no fluxograma de fls. 302 dos autos.

A Autuada entende que se determinado produto adquirido guarda relação de utilidade e possibilidade de emprego no exercício da atividade “normal” da empresa, observados os termos de seu objetivo social e inexistindo nenhuma extravagância, o ICMS incidente sobre aquela aquisição poderá ser perfeitamente aproveitado, nos exatos e precisos termos da legislação aplicável (LC nº 87/96 e Lei nº .6763/75).

Alega ainda que, os itens estornados pelo Fisco referem-se, invariavelmente, à consecução de projetos específicos, tais como os destinados ao “Controle de emissão de Gases”, à “Redução de Ruídos” e ao “Controle de Incêndio”, se encontrando diretamente pertinentes ou relacionados ao processo produtivo, sendo utilizados, “direta ou indiretamente” em seu processo industrial e/ou produtivo, ensejando, portanto, o já citado direito ao crédito e tece considerações específicas sobre os citados projetos.

O Fisco apresenta contraposições em relação aos supracitados projetos, concluindo que os itens contabilizados no Ativo Imobilizado são alheios à atividade econômica da empresa e, portanto, é vedada a apropriação de crédito relativo a eles. Os itens objeto do estorno estão listados na planilha do Anexo V, fls. 48/58, onde estão relacionados ao “Setor/Linha” e à função e local de aplicação.

Cumprir informar, com nas informações acostadas pelo Fisco, às fls. 303 dos autos acerca do processo produtivo da Autuada, que a produção de alumínio se dá a partir de dois processos:

1 - Processo Bayer: produção da alumina a partir da bauxita (Refinaria), tendo como etapas a digestão, a filtração, a precipitação e a calcinação.

2 - Processo Hall-Héroult: produção do alumínio a partir da alumina (Redução/Eletrólise). O processo ocorre nos fornos e cubas eletrolíticas, tendo como resultado o metal líquido, que é enviado para os fornos de lingotamento para ser transformado em tarugos e lingotes destinados aos clientes de metal líquido.

Projeto de controle e monitoramento de emissão de gases e Projeto *New Sodeberg*

Conforme descrito pela Impugnante, o projeto de controle e monitoramento de emissão de gases contempla a aquisição e instalação nas dependências industriais, e especificamente, nas salas de cubas da fábrica de alumínio, de sistemas de monitoramento contínuo das emissões gasosas (concentrações de fluoreto de hidrogênio, dióxido de carbono, dióxido de enxofre e vapor de água), de fundamental importância para atender às normas ambientais, medida indispensável ao regular exercício da atividade da empresa.

Em relação ao Projeto *New Sodeberg*, a Impugnante informa que o projeto visa a revitalização e a modernização do processo produtivo e dos sistemas ligados à área de redução de alumínio, utilizando novas tecnologias para minimizar as emissões

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atmosféricas da sala de cubas, bem como a redução da exposição ocupacional dos operadores.

É notório que tais projetos têm por finalidade atender as disposições legais da legislação ambiental, restando claro que não fazem parte do processo de produção de alumínio.

Assim, o creditamento do imposto originário das aquisições de tais bens não estão autorizados, por força da legislação mineira, independentemente de que tais produtos sejam conceituados como bens do Ativo Permanente pela legislação do Imposto de Renda e pela Lei nº 6.404/76.

Lago de lama

O chamado “lago de lama”, nada mais é que uma barragem de rejeitos industriais. Barragens de rejeitos são estruturas que têm, em geral, a finalidade de reter resíduos sólidos e água dos processos industriais, visando resguardar o meio ambiente de contaminação química e/ou outras e também contaminação de águas de superfície e subsuperfície.

No processo industrial da Impugnante o lago é considerado claramente uma linha auxiliar, na medida em que funciona, além de depósito de resíduos não aproveitáveis (lama), como uma estação de tratamento de água industrial e resíduos sólidos, cuja jurisprudência do CC/MG considera como linha marginal/auxiliar (Acórdão nº 3.044/05/CE, Acórdão nº 15.246/01/1ª), sendo que a soda, além de parte da água, é reciclada e volta para o processo industrial.

O fato de reciclar alguns produtos que seguirão novamente para o processo produtivo não descaracteriza a sua essência de linha marginal e intimamente vinculada ao setor de meio ambiente. O que poderia ter vínculo com a linha principal seria o resultado da reciclagem, água e soda, e não o lago de lama.

Destaque-se o Acórdão 19.644/10/3ª, onde o Conselho de Contribuintes se posiciona contrário ao aproveitamento do crédito relativo ao “lago de lama”:

NÃO FORAM ACOLHIDOS OS ARGUMENTOS DA AUTUADA RELATIVOS AO PROJETO OPSIS, PROJETO DA PLATAFORMA DE AMOSTRAGEM DAS CHAMINÉS, PROJETO DE RECUPERAÇÃO DO TELHADO DA SALA DE CUBAS E SOBRE O LAGO DE LAMA. TAIS PROJETOS ESPECÍFICOS OU ITENS INDIVIDUAIS NÃO TÊM NENHUMA RELAÇÃO DIRETA COM A FABRICAÇÃO DO ALUMÍNIO, CONFORME DEMONSTRADO PELO FISCO.

DE IGUAL MANEIRA, O LAGO DE LAMA É BARRAGEM DE REJEITOS INDUSTRIAIS E NÃO ENTRA EM CONTATO COM O ALUMÍNIO FABRICADO, POR ISSO TAMBÉM NÃO GERA CRÉDITO DO ICMS.

Correto o estorno dos créditos decorrentes das entradas desses itens.

Projetos elétricos/materiais:

Os itens ligados aos projetos elétricos que foram objeto de estorno de crédito são claramente identificados como integrantes de construção civil bem como do sistema

de iluminação das instalações industriais da empresa, como se pode visualizar na planilha que apresenta a função e local de aplicação destes itens.

A alegação da Autuada que todo o material empregado para possibilitar a utilização da energia elétrica no processo produtivo ou que sirvam de transporte para essa matéria-prima deve permitir o aproveitamento do crédito, inclusive aqueles vinculados à execução dos projetos das subestações de energia elétrica, o mesmo se aplicando ao aparelho de ar condicionado para resfriamento da subestação, não tem embasamento legal.

A vedação de crédito de ICMS para postes e torres de transmissão de energia elétrica já foi objeto de julgamento por parte do CC/MG, que confirmou a vedação para este item (Acórdãos nºs 16.190/03/1º e 2.893/03/CE), julgamentos estes fundamentados na legislação já apresentada, bem como na Consulta de Contribuinte DOET/SLT nº 057/01.

A referida consulta apresenta o seguinte entendimento, ao orientar sobre o aproveitamento de crédito de ICMS de bens empregados na construção, reforma ou ampliação do estabelecimento do contribuinte:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 057/2001

EMENTA:

ATIVO IMOBILIZADO - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO - Bens adquiridos, cujo emprego seja relativo à construção civil desenvolvida no estabelecimento (construção, reforma ou ampliação), não ensejam aproveitamento de crédito de ICMS.

(...)

Considerar-se-á ativo immobilizado para os fins do aproveitamento de crédito disposto na Lei Complementar nº 87/96, aquele caracterizado nos termos da Lei nº 6.404, de 15/12/76, e que simultaneamente atenda aos requisitos contidos na Instrução Normativa DLT/SRE Nº 01, de 06/05/98. Os bens torres e postes (empregados nas linhas de transmissão), poste e acessórios: cruzetas, mãos-francesas, cintas, estais (aplicados nas linhas e redes de distribuição), estruturas suporte de equipamentos e barramentos (empregados nas subestações de energia elétrica) e quaisquer materiais de construção aplicados na construção de usinas hidroelétricas, não ensejam aproveitamento de crédito de ICMS, dado que são considerados, na exegese estabelecida no inciso III, artigo 1º da Instrução Normativa DLT/SRE Nº 01, de 06/05/98, bens alheios à atividade do estabelecimento.

Escavadeiras, tratores de esteira e pás carregadeiras:

De acordo com informações da própria Impugnante, tais equipamentos são utilizados na retirada, transporte, envio e colocação da bauxita (matéria-prima) ao alcance dos equipamentos de trituração inicial, conforme fotos de fls. 700.

Trata-se de equipamentos de grande porte, cuja função é escavar e remover grandes volumes de minério/solo, claramente incompatível com a utilização dentro da instalação industrial específica para fabricação de alumínio.

De acordo com a Fiscalização o uso destes equipamentos se dá na unidade de mineração da empresa, que tem, inclusive, inscrição estadual distinta, e que normalmente se situa em área próxima à instalação industrial, porém fora dela.

Constata-se, portanto, não ser admitido o crédito de ICMS relativo aos bens supradescritos.

Projeto redução de ruídos (silenciadores e proteções acústicas)

A Autuada afirma que o equipamento de proteção acústica, utilizado em atendimento a Norma Reguladora nº 09 - NR 09 do Ministério do Trabalho e Emprego, é integrado por silenciadores e painéis próprios, sendo que periodicamente, tais proteções precisam ser restauradas.

Os itens integrantes destes conjuntos estão claramente localizados em linha auxiliar, não entrando em contato direto com o alumínio. Eles se enquadram em linha de segurança laboral, conforto e melhoria da qualidade dos locais de trabalho.

A Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, é clara ao definir como alheios à atividade do estabelecimento, os bens que sejam utilizados em atividades de profilaxia dos empregados, ainda que visem aumentar a produtividade de empresa (art.1º, inciso II, alínea “b”).

Portanto, não se admite o crédito de tais equipamentos.

Rádio controle e rádio controle reserva

A Autuada alega que os equipamentos são parte integrante da ponte rolante, sem o qual, a ponte torna-se inoperante, e estão vinculados ao projeto *Remote Controle of Mangels System Eletric Hoists*, que tem por objetivo a aquisição de materiais, equipamentos e serviços para instalação de controle remoto para a operação do sistema de elevação de cargas (talha elétrica e guindaste giratório de coluna) utilizado para posicionar o sistema de aquecimento de cadinhos utilizado no transporte de metal líquido para “Mangels”, no lingotamento da Impugnante (doc. 09 – fls. 729).

O Fisco pro sua vez alega que se trata sistema de comunicação interna da instalação industrial.

Não cabe razão ao Fisco uma vez que, da análise dos documentos e informações prestadas pela Autuada, verifica-se que os equipamentos de rádio controle utilizados para a operação do sistema de elevação de cargas, fazem parte do processo produtivo da Autuada, não podendo ser considerados como bem alheio, nos termos da IN 01/98.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O crédito relativo a tais equipamentos já foi admitido em decisão anterior proferido pela Câmara Especial do CC/MG, no Acórdão nº 3.416/09/CE, em lançamento idêntico contra a Recorrente, entendendo naquela ocasião pela exclusão das exigências sobre o “radio controle”.

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO/CONSUMO - BEM ALHEIO À ATIVIDADE. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS PROVENIENTES DE AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO E DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO, EM DESACORDO AO PREVISTO NO ARTIGO 70, INCISOS III E XIII, DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ARTIGO 55, INCISO XXVI, DA LEI Nº 6.763/75. REFORMADA PARCIALMENTE A DECISÃO RECORRIDA PARA EXCLUIR, DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS, OS ITÊNS RÁDIO CONTROLE, PROCESSADOR INTEL (COMPUTADOR PROLEAN .000) E APARELHO DE GRANULOMETRIA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÕES UNÂNIMES.

(...)

COMO ENTENDIMENTO JÁ ESPOSADO PELO VOTO VENCIDO PROLATADO QUANDO DO JULGAMENTO PELA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO, E REFORÇADO PELOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS EM DILIGÊNCIA DETERMINADA PELA CÂMARA ESPECIAL, OS REFERIDOS BENS NÃO PODEM SER CONSIDERADOS ALHEIOS AO PROCESSO DE PRODUÇÃO DA RECORRENTE.

AO CONTRÁRIO, NELE SE INTEGRAM E SÃO INDISPENSÁVEIS, SENÃO VEJA-SE:

1) RÁDIO CONTROLE – TEM A FUNÇÃO DE MOVIMENTAR A PONTE ROLANTE, PERMITINDO QUE SEJAM EFETUADAS, NA SALA DE CUBAS, DIVERSAS TAREFAS, SENDO CERTO QUE, EM VIRTUDE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS, O PRÓPRIO FISCO, À FL. 907 DOS AUTOS, RECONHECEU O DIREITO AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO RELATIVO AO REFERIDO BEM;

(...)

Projeto Speechmaker System Improvement:

Conforme informado pela Autuada, o projeto tem por objetivo adequar o sistema de comunicação de mensagens automáticas que evita que o seu acúmulo possa ocasionar perda de produção, buscando garantir agilidade das informações sobre desvios do controle de processo durante a produção de alumínio e também minimizar a emissão de gases e partículas liberados no meio ambiente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que se trata de ferramenta para melhorar a comunicação corporativa, não havendo vinculação com a fabricação de alumínio, portanto, caracteriza-se como linha auxiliar, motivo pelo qual devem ser mantidas as exigências.

Estocagem de materiais utilizados no revestimento da sala de cubas

A Autuada informa que se trata de aquisição de prateleiras fabricadas em estruturas de vigas e chapas de aço carbono para abrigar os diferentes tipos de matéria-prima, objetivando a realização de melhorias na área de estocagem de materiais utilizados no revestimento de cubas eletrolíticas da fábrica.

Trata-se de materiais de construção civil e manutenção, vinculados à área de estocagem, fora da área de produção de alumínio e, portanto, alheio à atividade do estabelecimento, não ensejando direito ao crédito.

Difratômetro de raios X (análise de ratio):

Informa a Autuada que trata-se de item utilizado na análise da relação NaF/AIF₃, chamado de “ratio”, no setor de banho das cubas eletrolíticas. O banho deve ter uma acidez controlada para aperfeiçoar a produção de alumínio, possuindo importância destacada no processo produtivo, passível, portanto, de creditação do ICMS.

Entende o Fisco que os equipamentos de laboratórios não ensejam créditos na medida em que se enquadra em linha auxiliar e, são usados em análise de amostras do produto alumínio para efeito de controle de qualidade, tendo sua locação fora da linha principal de produção do alumínio e cita o Acórdão nº 18.808/08/3ª do CC/MG, que assim os trata.

Destarte, correto não aceitar os créditos de materiais utilizados nos laboratórios de controle de qualidade, como reagentes químicos e utensílios, uma vez que os laboratórios de controle de qualidade fazem parte, tipicamente, das linhas auxiliares à produção.

Entretanto, em relação ao equipamento “difratômetro de raio X”, dada a importância no controle de qualidade na produção de alumínio, não se pode dizer que não esteja ligado à atividade operacional do estabelecimento, embora se enquadre em linha auxiliar.

Considerando que o § 3º do art. 70 do RICMS prevê como “alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção”, admite-se o crédito do imposto em relação ao equipamento supracitado.

No mesmo sentido a decisão da 3ª Câmara do Conselho de Contribuintes proferida no Acórdão de nº 19.580/10/3ª, em que figura a Autuada como sujeito passivo.

Das Penalidades Aplicadas

Alega a Impugnante a cobrança em duplicidade das penalidades aplicadas.

No entanto, as multas exigidas estão previstas na legislação e tratam de infrações distintas, sendo uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, apena o descumprimento da obrigação principal de recolher o imposto devido.

A Multa Isolda exigida está prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e apena o aproveitamento indevido do crédito tributário. Veja-se:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

Destarte, a penalidade aplicada se amolda perfeitamente à conduta praticada pelo Contribuinte de apropriar-se de créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária, conduta esta devidamente caracterizada nos autos.

Da mesma forma, não merece guarida a alegação da Autuada de que não ocorreu reincidência, em razão de que as aquisições de deram no ano de 2007, antes das situações referidas no item "5" do "Relatório Fiscal", quais sejam parcelamento do AI nº 01.000155515-96, efetuado em mar/08, para primeira reincidência e julgamento do CC/MG do AI 01.000157980.36, Acórdão nº 3.416/CE, publicado em maio/09, para segunda reincidência.

Cumpra trazer a baila o conceito legal de reincidência, nos termos do art. 53, § 6º da Lei nº 6.763/75:

Art. 53. (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

Grifou-se.

A reincidência decorre da prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, contados da data em que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, seja na data do pagamento ou da decisão irrecurável condenatória, nos termos do dispositivo legal supracitado.

Analisando os documentos comprobatórios da reincidência acostados aos autos pela Fiscalização, constata-se que as autuações que fundamentaram a citada majoração são as seguintes:

- 1ª reincidência – PTA 01.000155515-96, parcelado em 31/03/08 (fls. 331/336),

- 2ª reincidência: PTA 01.0001157980-36 – decisão irrecurável no CC/MG, em 30/04/09 (fls.338/339).

Prevê o RICMS/02, em seu art. 66, § 3º, inciso I, que o abatimento, sob a forma de crédito do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento será feito à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, sendo a primeira fração apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento, devendo ser registrado no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP).

Portanto, o momento do creditamento se dará a cada período mensal e não no momento da entrada e respectivo registro do bem, como alega a Impugnante.

Assim, apesar do crédito ter começado a ser aproveitado em 2007, considera-se como data inicial para aplicação da reincidência de 50% (cinquenta por cento) a data do reconhecimento da fração anterior, no caso, o parcelamento da autuação (março de 2008) e da segunda reincidência, aplicando-se a majoração de 100% (cem por cento), a data da decisão condenatória irrecurável (maio de 2009), conforme determina o § 7º do supracitado artigo:

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

No que se refere à utilização da Taxa Selic (Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e Custódia), para cálculo dos juros moratórios devidos, encontra-se respaldada no art. 161 do CTN, arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75, bem como na Resolução nº 2.880/97, que cita, expressamente, os dispositivos legais que a respaldam, todos abaixo transcritos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do CTN:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Da Lei 6.763/75:

Art. 127. Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo 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 dos débitos fiscais federais.

Resolução nº 2.880/97:

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Ressalte-se que a matéria vem sendo apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e sendo confirmada a possibilidade de utilização da referida taxa, quando previsto no ordenamento tributário do Estado, como ocorre no presente caso.

Dessa forma, o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas ao contrário, pauta-se exatamente de acordo com os parâmetros da legislação de regência.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em indeferir o pedido de perícia. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o deferia. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas aos equipamentos "rádio controle e rádio controle reserva" e "difratômetro de raio X". Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o julgava improcedente, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juízo, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 21 de maio de 2013.

André Barros de Moura
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.115/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000179914-61
Impugnação: 40.010133231-21
Impugnante: Alcoa Alumínio S/A
IE: 518027950.00-03
Proc. S. Passivo: Karen Amanda Alves de Jesus/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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.

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de crédito no período de 01/01/07 a 30/11/11 decorrente de aquisições de material de uso e consumo e bens alheios à atividade do estabelecimento, cujas aquisições se deram durante o ano de 2007, lançamentos fracionados à razão de 1/48 por mês, conforme previsto na legislação, e apurado mediante recomposição da conta gráfica.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada pela reincidência, conforme art. 53, §§6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Numa primeira vertente, tem-se que analisar a possibilidade de decaído o direito do Fisco em cobrar as exigências relativamente aos fatos geradores do exercício de 2007, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

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.

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

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 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 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 ilustrado 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 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.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em decisão de 19/10/10, o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do 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 REGRAS 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 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)

A decisão ora destacada foi levada à apreciação STJ em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

AGRG NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 – MG (2011/0036985-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG

AGRAVADO : TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PAGO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O PAGAMENTO, SALVO NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

3. "[...] OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS É DE CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR, CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN" (AGR/SP NOS ERESP. 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 10.4.2006).

4. COM EFEITO, A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POR ESTA CORTE DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA APRESENTADA A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. PARA ESSA FINALIDADE, SALVO OS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, DESPICIENDO SE MOSTRA INDAGAR A RAZÃO PELA QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO.

5. A DEDUÇÃO AQUI CONSIDERADA (CREDITAMENTO INDEVIDO) NADA MAIS É DO QUE UM CRÉDITO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO DO TRIBUTO APURADO EM DETERMINADO PERÍODO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE), QUE VEIO A SER RECUSADA (GLOSADA) PELA ADMINISTRAÇÃO. SE ESSE CRÉDITO ABARCASSE TODO O DÉBITO TRIBUTÁRIO A PONTO DE DISPENSAR QUALQUER PAGAMENTO, AÍ SIM, ESTAR-SE-IA, COMO VISTO, DIANTE DE UMA SITUAÇÃO EXCLUDENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

6. NA ESPÉCIE, O ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL FOI CLARO AO CONSIGNAR QUE HOUVE PAGAMENTO A MENOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO. DESSA FORMA, DEVE-SE OBSERVAR O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CTN.

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências relativas ao exercício de 2007 encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu em 07/12/12.

Pelo exposto, julgo improcedente o lançamento, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN.

Sala das Sessões, 21 de maio de 2013.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**