

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.322/14/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000200466-08
Impugnação: 40.010134953-05
Impugnante: Indústria de Papéis Sudeste Ltda
IE: 367012892.00-34
Proc. S. Passivo: Francisco Prudente de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - Imputação fiscal de saída de energia elétrica e gás natural que foram repassados a outra pessoa jurídica que exerce suas atividades dentro do mesmo parque industrial da Impugnante. Acusação sustentada no art. 54 do Anexo V c/c art. 96, incisos X e XIX, todos do RICMS/02. Correta a exigência de Multa Isolada do art. 55, inciso II, alínea “a”, majorada em 100% (cem por cento) em razão de dupla reincidência, nos termos do art. 53 §§ 6º e 7º, ambos da Lei n.º 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA – Imputação fiscal de aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entrada de energia elétrica e de gás natural repassados a outra pessoa jurídica que exerce suas atividades dentro do mesmo parque industrial da Impugnante. Contudo, não é possível afirmar que o crédito do imposto foi indevidamente apropriado, se o próprio Fisco, na mesma autuação, exige o devido acobertamento fiscal da operação de saída. Havendo uma saída de qualquer mercadoria, é possível o crédito pela sua entrada em face do princípio da não cumulatividade. Infração não caracterizada. Excluídas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso IV.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa a presente autuação acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2012:

1) fornecer ao contribuinte EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda energia elétrica e gás natural desacobertados de documentação fiscal – exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” Lei n.º 6.763/75, majorada em 100% (cem por cento) durante todo o período, em razão de constatação de dupla reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.;

2) falta de estorno dos créditos de ICMS da parcela de energia elétrica e do gás natural fornecidos ao contribuinte EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda – exigências do ICMS e das Multa de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso IV.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 837/842, anexando os documentos de fls. 843/852 e alegando, em síntese:

- a Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, inciso I, fixou a não cumulatividade do ICMS como princípio básico a ser observado pelos entes federativos em relação ao ICMS;

- a Carta Maior utilizou-se da expressão “montante cobrado” que tem sentido próprio e diferente de imposto pago e, da mesma forma, referiu-se às operações anteriores e não a operação anterior;

- os arts. 19 e 20 da Lei Complementar n.º 87/96 e os arts. 62 e 68 da Parte Geral do RICMS/02 também reforçam o preceito constitucional, reafirmando o direito ao crédito;

- cita os arts. 63 e 65 da Parte Geral do RICMS/02;

- que o fornecimento de energia elétrica pode ser creditado para abatimento do pagamento do imposto devido pelas operações próprias é explícito no RICMS/02, como se depreende do inciso II do art. 66;

- é fato incontroverso que as notas fiscais de fornecimento de energia elétrica pela CEMIG estão à Impugnante destinadas;

- o abatimento do imposto nas operações próprias não causou prejuízo ao Fisco uma vez que cobrado pela fornecedora e, a manutenção da exigência fiscal acarretará o enriquecimento sem causa do Estado, fato vedado pelo direito pátrio;

- o ICMS é tributo lançado por homologação tendo o Fisco o prazo de 05 (cinco) anos para revê-lo contado a partir do *dies a quo* da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- a prescrição somente é interrompida com a intimação válida do lançamento de ofício;

- no caso, a citação válida - início do prazo para impugnação – ocorreu no dia 06 de setembro de 2013, estando, assim, prescritas as exigências correspondentes ao período de janeiro a agosto de 2008.

Ao final, requer a procedência da impugnação e o arquivamento do Auto de Infração e, alternativamente, que seja excluído o período de janeiro a agosto de 2008, uma vez fulminados pela prescrição.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação de fls. 870/886, refuta integralmente as alegações da defesa, em resumo, aos argumentos que se seguem:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- causou estranheza o fato de a Autuada alegar não haver recebido todos os anexos do Auto de Infração, pois a notificação inicial, postada em 06 de agosto de 2013, pesou 4,250 kg (quatro quilos e duzentas e cinquenta gramas);

- no entanto, para que fosse evitada qualquer alegação de cerceamento de defesa, optou-se pela entrega pessoal dos documentos requeridos, o que redundou na reabertura de prazo, conseguindo a Autuada, a prorrogação do prazo para impugnação por mais trinta dias;

- descreve os passos que levaram a autuação;

- o contribuinte EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, foi autuado em 19 de fevereiro de 2008, tendo sido feita a recomposição da conta gráfica do período de junho a dezembro de 2007, por aproveitar créditos de ICMS de documentos fiscais relacionados à energia elétrica e gás natural que tem como destinatários contribuinte diverso, ou seja, Indústria de Papéis Sudeste Ltda, conforme Acórdão 18.862/08/1^a;

- no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012, a EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda sendo beneficiária do inciso XIX do art. 75 da Parte Geral do RICMS, ficou impossibilitada a aproveitar os créditos de ICMS e a Autuada passou a fazê-lo, invertendo assim o contribuinte beneficiário do crédito do ICMS;

- os Anexos “Z” e “aa” do Relatório de Auto de Infração relacionam os comprovantes de pagamentos de energia elétrica e gás natural efetuados pela EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda para a Autuada;

- a Autuada tem como sócia majoritária a empresa “SKY Serviços e Participações S/A” que, por sua vez, tem como Diretor o Sr. Heitor Luiz Villela, pai do único sócio da EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda, comprovando-se a existência de laços familiares entre a administração da autuada e da EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda que indiciam o conluio com o objetivo de deixar de recolher o ICMS;

- a Autuada afirma que a condição para aproveitamento do crédito é estar de posse e escriturar a primeira via do documento fiscal, citando o art. 63 do RICMS/02, mas a primeira condição para aproveitamento do crédito é estar de posse da primeira via do documento, salvo as exceções estabelecidas na legislação tributária;

- a Autuada deixou de mencionar que a energia elétrica deve ser usada ou consumida no estabelecimento, conforme redação do próprio art. 66, por ela citado, ratificada inclusive pelo inciso II do § 4º do mesmo artigo;

- as notas fiscais de aquisição de energia elétrica pela CEMIG estão destinadas a Impugnante, mas o abatimento do ICMS nas operações próprias causou prejuízo ao Erário, eis que a energia elétrica objeto da exação não foi consumida por ela e sim, foi fornecida a outro estabelecimento sem a emissão de documento fiscal regular para acobertar a operação e debitar-se do ICMS devido, aproveitando-se a Autuada, irregularmente, do crédito de ICMS relativo à energia elétrica e gás natural não utilizados em seu processo industrial e, que não geraram débitos posteriores;

- o Estado, por meio de sua atividade administrativa plenamente vinculada, está a exigir o tributo que lhe é devido, não havendo qualquer excesso de exação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Autuada infringiu os incisos III e V do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02, apropriando-se indevidamente de créditos de ICMS advindos da entrada de energia elétrica e gás não consumidos em seu processo industrial e que não foram objeto de débito posterior pela in ocorrência de documento fiscal relativo à sua saída;

- infringiu, ainda, os incisos X, XI e XIII do art. 70 da Parte Geral do RICMS, que veda o aproveitamento de créditos de ICMS destacados a maior no documento fiscal pela in ocorrência de operação posterior com a energia elétrica e gás natural devido ao seu fornecimento a outro contribuinte, sendo, portanto, entradas de bens alheios à atividade do estabelecimento nos termos do § 3º do mesmo artigo;

- infringiu, também, o inciso III do art. 71 da Parte Geral do RICMS/02, quando deixou de efetuar o estorno do ICMS creditado relativos à entrada de energia elétrica e gás natural que foram utilizados em fim alheio a atividade do estabelecimento, ou seja, energia elétrica e gás natural fornecidos a outro contribuinte;

- discorda da tese defendida de que a “prescrição” inicia-se na data da ocorrência do fato gerador a luz do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- a defesa se equivoca quando defende o instituto estabelecido no art. 150 do Código Tributário Nacional como prescrição, pois este artigo trata do instituto da decadência que ocorre sempre no período subsequente ao fato gerador e anterior ao lançamento do crédito tributário, enquanto a prescrição trata dos efeitos do crédito tributário após o lançamento, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional;

- resguardou-se o legislador que na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não haverá a aplicação do art. 150 do Código Tributário Nacional, devendo ser aplicada a regra geral da anualidade estabelecida no inciso I do art. 173 do mesmo Código;

- no caso sob exame, por todas as informações já elencadas, fica mais que evidente a ocorrência de simulação no aproveitamento destes créditos de ICMS;

- o lançamento sob análise não se reveste de lançamento por homologação, tratando-se de lançamento de Ofício, eis que o autuado, infringindo a legislação tributária, deixou de declarar e recolher o ICMS objeto da exação, e o próprio defensor da Autuada ratifica este entendimento quando afirma em sua impugnação (fl. 842);

- cita doutrina sobre o tema, reiterando que não há falar-se em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2008, com aplicação do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional.

- a interrupção da prescrição ocorre nos casos elencados no parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional, não estando neste inserido a “intimação válida do lançamento de ofício”;

- a Autuada foi notificada do Auto de Infração inicialmente em 07 de agosto de 2013 e, posteriormente, em 06 de setembro de 2013, ressaltando-se que já estava sob ação fiscal desde 07 de maio de 2013 conforme Aviso de Recebimento do AIAF, não estando decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o presente crédito tributário;

- sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15 de março de 2007, já confirmou posição;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 448.416-SP;

- em decisão recente (12 de abril de 2012), o Superior Tribunal de Justiça voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 76977/RS;

- o Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, reiteradamente tem decidido pela aplicabilidade do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, em casos semelhantes, conforme Acórdãos n.ºs 3.997/13/CE, 4.005/13/CE, 4.025/13/CE e 21.047/13/1ª;

- a Autuada em nenhum momento pugnou pela técnica fiscal adotada nem tão pouco sobre quaisquer levantamentos, até mesmo porque o trabalho foi baseado em suas informações e, também não questionou as saídas desacobertas de documentação fiscal, ratificando o trabalho fiscal que goza de presunção de certeza e liquidez;

- considerando a existência de uma estação de rebaixamento de energia elétrica e um duto de gás natural para o parque industrial utilizados pela Autuada e pela EPM – Embalagens de Polpa Moldada Ltda., a Autuada poderia, antes de qualquer ação fiscal, requerer Regime Especial para facilitar os cálculos dos valores devidos por cada contribuinte, bem como do valor do ICMS a ser aproveitado como crédito, sabendo-se que na utilização do Regime Especial, de uma forma ou outra, a obrigaria a glosar os créditos de ICMS relativos à energia elétrica e gás natural fornecidos ao outro contribuinte e que não foram consumidos em seu processo industrial.

- no entanto, a Autuada preferiu silente aproveitar integralmente os créditos de ICMS destacados nos documentos fiscais de aquisição de energia elétrica e gás natural, mesmo sabendo que parte deste não fora utilizado em seu processo industrial e que não teria uma operação de saída posterior, como forma de eximir-se do recolhimento de parte do ICMS que é o objeto desta exação que aqui se exige.

Ao final, requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 895/905, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso IV da Lei n.º 6.763/75 por inaplicável à espécie.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa sobre as seguintes imputações fiscais relativas ao período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2012:

1) fornecer ao contribuinte EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda energia elétrica e gás natural desacobertos de documentação fiscal - exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” Lei n.º 6.763/75, majorada em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

100% (cem por cento) durante todo o período em razão de constatação de dupla reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.;

2) falta de estorno dos créditos de ICMS da parcela de energia elétrica e do gás natural fornecidos ao contribuinte EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda – exigências do ICMS e das Multa de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso IV.

Importa ressaltar, de pronto, que não houve qualquer impugnação por parte da Defendente em relação à imputação fiscal de saída de energia elétrica e gás natural desacobertos de documento fiscal próprio.

Inicialmente, cumpre destacar que a Impugnante questiona a ocorrência do que chama de “prescrição”.

Contudo, o instituto tratado no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, por ela apontado, é a decadência.

Assim, antes mesmo de se verificar a imputação fiscal, cumpre analisar a alegação defensiva de que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2008, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retrotranscrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois trata-se aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente das imputações fiscais de saídas desacobertas de documentação fiscal e apropriação indevida de créditos do imposto.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativa ao período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2012.

O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

Sobre o assunto muito bem expôs a Dra. Misabel Abreu Machado Derzi ao atualizar a célebre obra “Direito Tributário Brasileiro” do eminente doutrinador Aliomar Baleeiro, em sua 12ª edição (editora Forense – 2013), a saber:

O art. 173 fulmina com a decadência a inércia da Fazenda Pública, que deixa de lançar o tributo. No entanto, as formas de contagem do prazo de decadência nele consignadas se aplicam apenas às hipóteses de lançamento de ofício (art. 149) ou com base em declaração do sujeito passivo (art. 147).

É necessário, nesse ponto, lembrar o que foi dito nos comentários ao art. 150 do CTN. Segundo esse artigo, o lançamento por homologação é ato administrativo, expresso ou tácito, que confirma a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo (cálculo do tributo devido e pagamento antecipado), equiparando-a a ato liquidatário e extinguindo o crédito tributário. Segundo o mesmo dispositivo, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para lançar por homologação, contado o prazo da data da ocorrência do fato gerador da obrigação.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

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

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

A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação por parte do sujeito passivo enseja a prática do lançamento de ofício ou revisão do lançamento, previsto no art. 149 do Código Tributário Nacional. Inaplicável se torna, assim, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para homologação tácita do pagamento.

O objeto da autuação lançada pelo Fisco pelo Auto de Infração ora analisado trata-se de um “Lançamento de Ofício”, pois não houve nenhuma participação da Defendente, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco.

Assim, no caso dos autos, repita-se pela importância, o prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

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

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a agosto de 2008, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2009, findando-se em 31 de dezembro de 2013.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2014.

Mesmo considerando-se a última intimação da Impugnante que, como ela mesma afirma à fl. 839 se deu 06 de setembro de 2013, claro está que a constituição do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito tributário, relativamente ao período de janeiro a agosto de 2008, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

É idêntico o entendimento deste Conselho de Contribuintes sobre a matéria como se encontra demonstrado na decisão do Acórdão n.º 2.143/00/CE, a seguir, parcialmente, transcrito:

PARA MELHOR CONDUZIRMOS NOSSO PENSAMENTO, FAREMOS INICIALMENTE UMA BREVE ABSTRAÇÃO A RESPEITO DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA.

REFERE-SE ESTA, AO PRAZO LEGALMENTE ESTIPULADO PARA QUE A FAZENDA PÚBLICA, OCORRIDO O FATO GERADOR, EXERÇA O SEU DIREITO DE LANÇAR. PORTANTO, EMBORA SEMELHANTE AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO, COM ESTE NÃO SE CONFUNDE, EIS QUE GUARDAM AMBOS RELAÇÃO COM FASES TEMPORAIS DISTINTAS DA CADEIA DE TRIBUTAÇÃO.

O ART. 150 DO CTN DISCIPLINA OS PROCEDIMENTOS ADSTRITOS À FIGURA DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO QUE OCORRE EM RELAÇÃO AOS TRIBUTOS CUJA LEGISLAÇÃO ATRIBUA AO SUJEITO PASSIVO O DEVER DE ANTECIPAR O PAGAMENTO SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, COMO É O CASO DO ICMS.

CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN, SE A LEI NÃO FIXAR PRAZO À HOMOLOGAÇÃO, SERÁ ELE DE CINCO ANOS, A CONTAR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E, EXPIRADO ESSE PRAZO, SEM QUE A FAZENDA PÚBLICA SE TENHA PRONUNCIADO, CONSIDERA-SE HOMOLOGADO O LANÇAMENTO E DEFINITIVAMENTE EXTINTO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SALVO SE COMPROVADA A OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. OU SEJA, INEXISTINDO LANÇAMENTO OU NA HIPÓTESE DA CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA OBEDECE À REGRA ESTABELECIDA NO ART. 173, I.

ORA, O CASO DOS AUTOS, CONFORME VEREMOS ADIANTE AO TRATARMOS ESPECIFICAMENTE DAS IRREGULARIDADES APONTADAS, SE SUBSUME A RECLAMAR O IMPOSTO NÃO OFERECIDO À TRIBUTAÇÃO, I.E., NÃO LANÇADO, RELATIVO ÀS IMPORTAÇÕES EFETUADAS.

E, PORTANTO, É INAPLICÁVEL AO PRESENTE CASO A REGRA INSERTA NO ALUDIDO ART. 150.

DA MESMA FORMA, E POR EXTENSÃO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO. SE NÃO HÁ O LANÇAMENTO, NADA HÁ QUE SE COBRAR E, PORTANTO, NÃO TERIA SENTIDO ARGUIR PRAZO PARA O MANEJO DA AÇÃO DE COBRANÇA.

.....
CONFORME ESTABELECE O ARTIGO 58 DA CLTA/MG, O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SERÁ FORMALIZADO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

OUTROSSIM, O ARTIGO 173 DO CTN PRECONIZA, QUE O DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINGUE-SE APÓS 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada pela Impugnante, não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

Conforme já dito, a autuação versa sobre a imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2012, apurado em razão de entradas de energia elétrica e de gás natural que não foram utilizados no processo de industrialização desenvolvido no estabelecimento da Impugnante, mas foram transferidos para outra empresa.

Quanto a essa infringência, exige-se ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada do art. 55, inciso IV da Lei nº 6.763/75.

Destaque-se que parte da energia elétrica e do gás natural adquiridos era repassada à empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, que atua dentro do mesmo parque industrial onde está situado o estabelecimento da Impugnante, em clara afronta ao princípio da autonomia dos estabelecimentos.

O Fisco acusa ainda a Impugnante de dar saída desacobertada na energia elétrica e no gás natural cedidos à empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, na medida em que a transferências de tais mercadorias entre os estabelecimentos não foi acobertada por documentação fiscal.

Em face desta infringência, exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” Lei nº 6.763/75, majorada em 100% (cem por cento) durante todo o período em razão de constatação de dupla reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Efetivamente, seria necessário o devido acobertamento para repasse da energia elétrica e do gás natural entre as empresas.

Frise-se, pela importância, que a Impugnante não apresentou em sua peça de defesa nenhum argumento para se contrapor a esta imputação fiscal e à exigência a ela relativa, o que leva ao entendimento de que ela mesma concorda que a transferência deveria ser acobertada por documento fiscal.

Veja-se que, o devido acobertamento fiscal levaria à possibilidade de creditamento dos valores de ICMS relativos à energia elétrica e ao gás natural utilizados no processo produtivo pela EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

Portanto, a irregularidade cometida pela Impugnante não está no aproveitamento indevido do crédito de energia elétrica e gás natural repassados à EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, mas sim na operação desacobertada destes para a citada empresa, pois é possível o aproveitamento do crédito quando houve uma operação posterior com a mesma mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salienta o Fisco a existência de vínculo familiar entre os sócios da Indústria de Papéis Sudeste Ltda, ora Impugnante, e da empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, destinatária da energia elétrica e do gás natural.

Conforme consultas realizadas pelo Fisco ao SICAF e ao Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO, a Impugnante tem como sócia majoritária a empresa Sky Serviços e Participações S/A, detentora de 99,99% (noventa e nove inteiros e noventa e nove centésimos por cento) de seu capital social.

Já a Sky Serviços e Participações S/A tem como diretor o Sr. Heitor Luiz Villela, pai do único sócio da Impugnante, o Sr. Heitor Luiz Villela Júnior.

O fato de as empresas envolvidas serem administradas por pai (Impugnante) e filho (EPM) teria, no entendimento do Fisco, facilitado a articulação ilegal para “repartição” dos créditos de ICMS entre elas de acordo com a conveniência fiscal do momento, na forma a ser demonstrada adiante.

Contudo, esta informação não é primordial para o deslinde da questão.

O fato constante dos autos é que, por razões de natureza técnica e comercial, a Impugnante fornece energia elétrica e gás natural para o funcionamento da planta industrial da empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, a qual conta com inscrição estadual e CNPJ próprios, apenas exercendo suas atividades dentro do mesmo parque industrial onde está situado o estabelecimento da Impugnante.

A Impugnante aproveitou integralmente dos créditos de ICMS referentes à entrada de tais mercadorias, ignorando o fato de que parcelas significativas destas mercadorias foram cedidas para utilização pela empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

A empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, inscrita como Contribuinte desde 23 de novembro de 2006, apurou seu ICMS por débito e crédito até 31 de dezembro de 2007, tendo figurado como Sujeito Passivo do PTA n.º 01.000157742-77, de 19 de fevereiro de 2008, no qual foi recomposta sua conta gráfica referente ao período de 1º de junho de 2007 a 31 de dezembro de 2007 por registrar no livro Registro de Entradas e se apropriar indevidamente dos créditos de ICMS referentes à energia elétrica e ao gás natural que tinham como destinatários a Indústria de Papéis Sudeste Ltda.

O PTA foi julgado procedente à unanimidade por este CC/MG, tendo dado origem ao Acórdão n.º 18.868/08/1ª.

Desta decisão apura-se que a impropriedade no aproveitamento do crédito pela EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda estava no fato do aproveitamento de créditos constante em notas fiscais que a ela não eram destinadas.

Esta conclusão demonstra que a irregularidade nestes autos não está no aproveitamento do crédito, mas sim, na impropriedade de transferência de energia elétrica e gás natural sem o devido acobertamento fiscal e sem o pagamento do imposto se devido for.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta o Fisco que, entre 1º de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2012 (período fiscalizado), a EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda. utilizou-se do crédito presumido autorizado pelo art. 75, inciso XIX da Parte Geral do RICMS/02, de forma que a carga tributária efetiva incidente sobre suas operações fosse de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento). Este mesmo dispositivo também vedou o aproveitamento de outros créditos relacionados com a operação, o que impediu que a EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda. se utilizasse, a partir de então, dos créditos de energia elétrica e gás natural em questão.

Apesar de ter contado com 7 (sete) redações desde 1º de janeiro de 2008, o conteúdo da norma não se alterou ao longo do tempo, sendo de bom termo transcrever apenas a redação atual do dispositivo legal:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

.....
XIX - até 31 de janeiro de 2015, ao estabelecimento industrial fabricante, de forma que a carga tributária resulte em 3,50% (três inteiros e cinquenta centésimos por cento), vedado o aproveitamento de outros créditos relacionados com a operação, nas saídas das seguintes mercadorias destinadas a contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS:

- a) embalagem de papel e de papelão ondulado;
 - b) papel destinado à fabricação de embalagem de papel e de papelão ondulado;
 - c) papelão ondulado;
-

A partir de 1º de janeiro de 2013, a EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda passou a ser beneficiária do Regime Especial de Tributação n.º 16.000451308-30, que lhe outorgou uma carga tributária efetiva de 2% (dois por cento) nas saídas interestaduais e autorizou o diferimento nas operações internas.

Sustenta o Fisco que, por se encontrar a empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda impedida de se apropriar de créditos de ICMS no período autuado, a Impugnante, visando evitar a “perda” desses créditos que eram anteriormente utilizados de forma indevida pela EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda, passou a, de forma também ilegal, creditar-se integralmente deles, mesmo ciente de que não utilizava em seu processo industrial parcela substancial da energia elétrica e do gás natural que lhes dava origem, afrontando as regras de creditamento previstas nos incisos III e V, alínea “b”, além do § 4º, inciso II, todos do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02 que assim dispõem:

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:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - à entrada de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º deste artigo;

V - a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que:

b) são compreendidos entre as matérias-primas e os produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição;

§ 4º Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

I - que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

II - que for consumida no processo de industrialização;

A Impugnante não utilizou a energia elétrica e o gás natural objeto da autuação em seu processo produtivo, o que lhe veda o aproveitamento do crédito nos termos do inciso II do § 4º do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02.

Entretanto, a verdade material que se extrai dos presentes autos é no sentido de que a Impugnante transferiu as parcelas de energia elétrica e gás natural a empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

Portanto, apesar de não poder apropriar o crédito por não ter utilizado a energia elétrica e o gás natural em seu processo produtivo, a Impugnante poderia apropriar o crédito, pois haveria uma operação posterior com estas “mercadorias”, na forma permitida pelo inciso I do § 4º do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02.

Todos os fatos explicados pelo Fisco apenas demonstram que, efetivamente, a parte da energia elétrica e do gás natural cujo crédito se pretende estornar, foram objeto de operação subsequente de saída para a empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

Por meio das planilhas denominadas “Rateio das Despesas de Energia Elétrica” (fls. 21/24) e “Rateio das Despesas de Gás Natural” (fls. 26/31), apresentadas pela Impugnante em 18 de julho de 2013, o Fisco identificou o percentual da energia elétrica e do gás natural utilizados pela Impugnante e o percentual cedido à EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

Assim, por essas planilhas resta claro que houve operação posterior com a energia elétrica e o gás natural cujo crédito se pretende estornar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A utilização de instalações contíguas ou a relação de parentesco entre os sócios das empresas não altera o fato de que se está diante de estabelecimentos distintos para efeitos tributários.

Desta forma, a cessão de energia elétrica e de gás natural à EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda permite à Impugnante o direito ao crédito sobre a entrada de tais mercadorias, visto que estas, apesar de não terem sido utilizadas em seu processo produtivo e sim, no da empresa cessionária, foram objeto de operação posterior para outra empresa.

O inciso III do art. 71 da Parte Geral do RICMS/02, utilizado para sustentar a exigência do estorno do crédito não se aplica ao caso em tela, pois não houve utilização da energia elétrica e do gás natural em atividade alheia à do estabelecimento da Impugnante, eles foram transferidos para outra empresa.

Trata-se, nesse caso, dos efeitos do princípio da autonomia dos estabelecimentos, tão caro ao direito tributário, mormente à legislação tributária relacionada com o ICMS.

Cada empresa/estabelecimento deve manter sua própria inscrição estadual, apurando de forma individualizada o ICMS relativo às suas operações de entrada e saída e mantendo sua própria escrituração fiscal, em consonância com as normas que regem o tributo em questão.

Portanto, deve ser mantida a exigência pelo desacobertamento fiscal das saídas de energia elétrica e gás natural, mas devem ser excluídas as exigências pertinentes ao aproveitamento indevido de créditos.

As mercadorias adquiridas pela Impugnante somente poderiam ser repassadas a terceiros mediante correta emissão de nota fiscal que acobertasse a saída, nos termos do art. 96, incisos X e XIX da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

.....

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

.....

XIX - acobertar por documento fiscal a movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação, conforme disposto neste Regulamento;

Inclusive, o art. 54 do Anexo V do RICMS/02 exige expressamente a emissão de Nota Fiscal de Energia Elétrica, Modelo 6, por qualquer estabelecimento que promover a saída de energia elétrica:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 54 - A Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, será utilizada por qualquer estabelecimento que promover saída de energia elétrica.

Desse modo, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, que visa punir exatamente a conduta de desacobertamento fiscal, a saber:

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:

.....
II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Importante destacar que a referida Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, foi majorada em 100% (cem por cento) em razão de dupla reincidência constatada pelo Fisco (fls. 147/157), nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal que assim determinam:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....
§ 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.

§ 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.

A dupla reincidência foi também comprovada pelas telas do SICAF de fls. 889/893.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas ao aproveitamento indevido de créditos. Vencido, em parte, o Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu (Revisor), que mantinha as exigências de ICMS e Multa de Revalidação. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além da signatária e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 18 de março de 2014.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.322/14/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000200466-08	
Impugnação:	40.010134953-05	
Impugnante:	Indústria de Papéis Sudeste Ltda	
	IE: 367012892.00-34	
Proc. S. Passivo:	Francisco Prudente de Souza/Outro(s)	
Origem:	DF/Juiz de Fora	

Voto proferido pelo Conselheiro Alexandre Périssé de Abreu, 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.

Na decisão proferida, acordou a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas ao aproveitamento indevido de créditos.

Contudo, há fundamentos fáticos e jurídicos para que se acompanhe o parecer da Assessoria do Conselho, e se julgue, então, o lançamento parcialmente procedente, para excluir apenas a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso IV da Lei nº 6.763/75, como se passa a demonstrar a seguir, tomando-se o referido parecer como modelo.

Primeiramente, cabe mencionar que a autuação tem como uma de suas irregularidades o aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período de 01/01/08 a 31/12/12, apurado em razão de entradas de energia elétrica e de gás natural que não foram utilizados no processo de industrialização desenvolvido no estabelecimento da Autuada.

A Impugnante aproveitou integralmente dos créditos de ICMS referentes à entrada de tais mercadorias, ignorando o fato de que parcelas significativas delas foram cedidas para utilização pela empresa EPM Embalagens de Polpa Moldada Ltda.

A empresa EPM, inscrita como Contribuinte desde 23/11/06, apurou seu ICMS por débito e crédito até 31/12/07, tendo figurado como Sujeito Passivo do PTA nº 01.000157742-77 de 19/02/08, no qual foi recomposta sua conta gráfica referente ao período de 01/06/07 a 31/12/07 por registrar no livro Registro de Entradas e se apropriar indevidamente dos créditos de ICMS referentes à energia elétrica e ao gás natural que tinham como destinatários a Indústria de Papéis Sudeste Ltda.

O PTA foi julgado procedente à unanimidade por este CC/MG, tendo dado origem ao Acórdão nº 18.868/08/1ª.

Entre 01/01/08 e 31/12/12 (período fiscalizado), a EPM utilizou-se do crédito presumido autorizado pelo art. 75, inciso XIX da Parte Geral do RICMS/02, de 21.322/14/3ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

forma que a carga tributária efetiva incidente sobre suas operações fosse de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento). Este mesmo dispositivo também vedou o aproveitamento de outros créditos relacionados com a operação, o que impediu que a EPM se utilizasse, a partir de então, dos créditos de energia elétrica e gás natural em questão.

Apesar de ter contado com 7 (sete) redações desde 01/01/08, o conteúdo da norma não se alterou ao longo do tempo, sendo de bom termo transcrever apenas a redação atual do dispositivo legal:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:
(...)

XIX - até 31 de janeiro de 2015, ao estabelecimento industrial fabricante, de forma que a carga tributária resulte em 3,50% (três inteiros e cinquenta centésimos por cento), vedado o aproveitamento de outros créditos relacionados com a operação, nas saídas das seguintes mercadorias destinadas a contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS:

- a) embalagem de papel e de papelão ondulado;
- b) papel destinado à fabricação de embalagem de papel e de papelão ondulado;
- c) papelão ondulado;

(Grifou-se)

A partir de 01/01/13, a EPM passou a ser beneficiária do Regime Especial de Tributação nº 16.000451308-30, que lhe outorgou uma carga tributária efetiva de 2% (dois por cento) nas saídas interestaduais e autorizou o diferimento nas operações internas.

Por se encontrar a empresa EPM impedida de se apropriar de créditos de ICMS no período autuado, a Autuada, visando evitar a “perda” desses créditos que eram anteriormente utilizados de forma indevida pela EPM, passou a, de forma também ilegal, creditar-se integralmente deles, mesmo ciente de que não utilizava em seu processo industrial parcela substancial da energia elétrica e do gás natural que lhes dava origem, afrontando as regras de creditamento previstas nos incisos III e V, alínea “b”, além do § 4º, inciso II, todos do art. 66 da Parte Geral do 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:

(...)

III - à entrada de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º deste artigo;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que:

(...)

b) são compreendidos entre as matérias-primas e os produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição;

(...)

§ 4º Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

(...)

II - que for consumida no processo de industrialização;

(Grifou-se)

Por meio das planilhas denominadas “Rateio das Despesas de Energia Elétrica” (fls. 21/24) e “Rateio das Despesas de Gás Natural” (fls. 26/31), apresentadas pela Autuada em 18/07/13, o Fisco identificou o percentual destas mercadorias utilizadas pela Autuada e o percentual cedido à EPM.

Os cálculos dos valores de ICMS indevidamente creditados a serem estornados e das multas decorrentes das infrações cometidas foram realizados por meio do Anexo V (fls. 53/54).

Os valores de ICMS a serem estornados foram lançados a débito pelo Fisco na escrituração da Contribuinte de forma a recompor a sua conta gráfica, gerando ICMS a recolher nas competências em que tais valores deveriam ter sido efetivamente recolhidos caso houvesse sido realizado, à época correta, o estorno devido.

Em seguida, ao tributo não recolhido, acresceu-se a multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) em razão da intempestividade no pagamento. Tal cálculo pode ser visualizado nas planilhas do Anexo IX de fls. 134/137 dos autos.

A utilização de instalações contíguas não altera o fato de que se está diante de estabelecimentos distintos para efeitos tributários. A cessão de energia elétrica e de gás natural à EPM retira da Impugnante o direito ao crédito sobre a entrada de tais mercadorias, visto que essas não foram utilizadas em seu processo produtivo e sim, no da empresa cessionária. É o que prevê o inciso III do art. 71 da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - vierem a ser utilizados em fim alheio à atividade do estabelecimento;

Trata-se, nesse caso, dos efeitos do princípio da autonomia dos estabelecimentos, tão caro ao direito tributário, mormente à legislação tributária relacionada com o ICMS.

Cada empresa/estabelecimento deve manter sua própria inscrição estadual, apurando de forma individualizada o ICMS relativo às suas operações de entrada e saída e mantendo sua própria escrituração fiscal, em consonância com as normas que regem o tributo em questão.

A Impugnante afirma em sua peça de defesa que o abatimento integral do crédito de ICMS nas operações próprias da Autuada não gerou qualquer prejuízo ao Fisco e salienta ainda que a manutenção da exigência do crédito tributário formalizado no presente Auto de Infração consistiria em enriquecimento sem causa do Estado, o que é vedado pelo direito pátrio.

A energia elétrica e o gás natural em relação aos quais se exige o estorno do crédito de ICMS não foram consumidos na atividade industrial da Autuada, tendo sido repassados, sem emissão de documento fiscal, a terceira empresa que atua dentro do mesmo parque industrial em que se situa o estabelecimento autuado.

Ser consumido/empregado no processo de industrialização desenvolvido no estabelecimento da Contribuinte é requisito básico para o aproveitamento de créditos pela entrada de energia elétrica e gás natural com previsão, respectivamente, nos incisos III e V do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02, já transcritos.

A parcela destas mercadorias repassada à empresa EPM representa, para a Autuada, energia elétrica e matéria prima utilizadas em fim alheio à atividade do estabelecimento, ensejando a modalidade de estorno de crédito prevista no art. 71, inciso III da Parte Geral do RICMS/02, que novamente se transcreve:

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

III - vierem a ser utilizados em fim alheio à atividade do estabelecimento;

O regime de débitos e créditos de ICMS consiste em somar o ICMS a pagar decorrente das saídas de mercadorias da Contribuinte, subtraindo deste montante os créditos de ICMS passíveis de aproveitamento, decorrentes das entradas. O resultado final, se devedor, representa o valor a ser recolhido aos cofres públicos. Se credor, deve ser transposto como crédito a ser abatido na competência seguinte de apuração do mesmo Contribuinte.

Sob essa ótica, o abatimento integral dos créditos de ICMS pela Autuada, sem observância das regras de estorno de crédito incidentes na operação, gera sim prejuízo ao Fisco, na medida em que reduz ilegalmente o montante do tributo a ser recolhido em face do excesso de créditos aproveitados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há, pois que se falar em enriquecimento sem causa do Estado quando este exige tributo que lhe é devido, nos termos previstos na legislação de regência, restando correta a exigência do ICMS não estornado pelo Contribuinte, acompanhado da respectiva multa de revalidação e dos acréscimos legais.

Sendo assim, julgo parcialmente procedente o lançamento, mantendo as exigências de ICMS e Multa de Revalidação relativas ao aproveitamento indevido de créditos, e excluindo apenas a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso IV da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à situação dos autos.

Sala das Sessões, 18 de março de 2014.

Alexandre Périssé de Abreu
Conselheiro