

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.205/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000388269-23
Impugnação: 40.010139977-42
Impugnante: Fergubras - Ferro Gusa do Brasil Ltda
IE: 001046824.00-80
Proc. S. Passivo: Alice Cristina Pereira Cota/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - APROVEITAMENTO A MAIOR - DESTAQUE DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO A MAIOR. Constatado o recebimento de mercadorias de empresa sediada no estado do Tocantins com o ICMS destacado à alíquota de 17% (dezoito por cento), creditando-se deste valor, nos termos do art. 70, inciso X do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei. Infração plenamente caracterizada.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - DESTINATÁRIO SIMPLES NACIONAL. Constatou-se saída de moinha de carvão e pó coletor ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a mercadoria destinou-se a estabelecimento pertencente ao Simples Nacional, nos termos do art. 12, inciso V do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, da mesma lei. Entretanto, deve ser excluída a multa isolada até 31/12/11, por ter sido instituída pela Lei nº 19.978 de 28/12/11, para vigorar a partir de 01/01/12, não podendo ser aplicada para alcançar situações ocorridas em exercícios anteriores.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

1) aproveitamento indevido de crédito de ICMS no recebimento de mercadorias de empresa sediada no estado de Tocantins com o ICMS destacado à alíquota de 17% (dezessete por cento) e não 12% (doze por cento) nas operações interestaduais;

2) saída de moinha de carvão e pó coletor ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a mercadoria destinou-se a estabelecimento pertencente ao Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capitulada no art. 55, incisos XXVI e XXXVII da citada lei.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2654/2660, juntando documentos às fls. 2661/4302 e, posteriormente, às fls. 4307.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 4308/4313, refuta as alegações da Defesa.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 4317/4325, opina pela procedência parcial do lançamento para excluir a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 até 31/12/11.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre:

- 1) aproveitamento indevido de crédito de ICMS no recebimento de mercadorias de empresa sediada no estado de Tocantins com o ICMS destacado à alíquota de 17% (dezessete por cento) e não 12% (doze por cento) nas operações interestaduais;
- 2) saída de moinha de carvão e pó coletor ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a mercadoria destinou-se a estabelecimento pertencente ao Simples Nacional.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capitulada no art. 55, incisos XXVI e XXXVII da citada lei.

O período fiscalizado foi de janeiro de 2011 a julho de 2014.

O trabalho foi desenvolvido com base na análise de notas fiscais avulsas e notas fiscais eletrônicas – NF-e, série 890, de aquisição de carvão vegetal do estado de Tocantins, onde foi constatado o destaque do ICMS utilizando a alíquota de 17% (dezessete por cento) para as operações interestaduais destinadas à Autuada, quando o correto seria 12% (doze por cento).

Dessa forma, a Fiscalização promove o estorno do ICMS apropriado em excesso de 5% (cinco por cento), conforme cópias de lançamentos no registro de entrada extraído da EFD transmitida pela Autuada, além de cópias das notas fiscais, conforme anexos do presente PTA.

A Fiscalização constata, ainda, a emissão de NF-e sem o destaque do ICMS devido, em decorrência da saída de mercadoria ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a mercadoria destinou-se a estabelecimento pertencente ao Simples Nacional.

Instruem ainda os autos: Anexo 1 - Memória de Cálculo, Anexo 2 - Relação das Notas Fiscais de Saída (Diferimento Indevido), Anexo 3 - Notas Fiscais de Saída (Diferimento Indevido), Anexo 4 – Livro Registro de Saídas (Diferimento Indevido),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo 5 – Relação das Notas Fiscais de Entradas (Excesso crédito), Anexo 6 - Notas Fiscais de Entradas (Excesso crédito), Anexo 7 – Livro Registro de Entradas (Excesso crédito) e Anexo 8 – DAPIs.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 03/02/11, 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, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

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

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;

Sobre o tema, decidiu o 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.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Dessa forma, no presente caso, 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, o que foi rigorosamente observado, uma vez que a Autuada foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 04/02/16, conforme fls. 2649.

Assim, constata-se que não ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento relativamente aos fatos geradores anteriores a 03/02/11.

No mérito propriamente dito, a Impugnante alega que o feito fiscal não pode prosperar uma vez que o ICMS destacado nas notas fiscais pela empresa remetente das mercadorias do estado do Tocantins foi efetivamente cobrado e recolhido, conforme comprovantes que anexa. Assim, à luz do princípio constitucional da não cumulatividade previsto, ainda, no art. 19 da Lei Complementar 87/96, a empresa destinatária do estado de Minas Gerais faz jus ao aproveitamento integral do crédito do ICMS destacado e recolhido no estado do Tocantins.

Cita, também, o art. 68 do RICMS/02 que prevê que “o crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação”.

Argumenta, ainda, que a Fiscalização deveria ter apurado o imposto devido mediante recomposição da conta gráfica da Impugnante, tendo em vista que, no período fiscalizado, conforme planilhas que anexa, houve várias competências com saldo credor, suficiente a compensar os estornos de 5% (cinco por cento) exigidos, o que não ocorreu no caso dos autos.

Porém, razão não lhe assiste.

Cabe inicialmente trazer a legislação de regência da matéria.

Da análise dos documentos fiscais cujos créditos foram estornados, observa-se que neles consta destaque do ICMS à alíquota de 17% (dezessete por cento) quando a alíquota prevista para as operações interestaduais entre contribuintes sediados em outra UF e no estado de Minas Gerais é de 12% (doze por cento), nos termos do art. 155, § 2º, inciso IV da CF/88 c/c o art. 1º da Resolução do Senado Federal nº 22 de 19 de maio de 1989, *in verbis*:

Constituição Federal de 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

Resolução N° 22 de 1989

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, **nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento.** (Grifou-se).

O art. 68 do RICMS/02, citado pela Impugnante, assim dispõe:

Art. 68. O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação. (Grifou-se).

Assim, conforme defende a Fiscalização, a Impugnante conhece o art. 68 do RICMS/02 e sabe que só pode se aproveitar do crédito que tenha sido cobrado e destacado de forma correta no documento fiscal.

Assim prevê, ainda, o art. 70, inciso X do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

X - o valor do imposto estiver destacado a maior no documento fiscal, relativamente ao excesso;

Dessa forma, fica claro que o direito ao crédito do imposto relativo às entradas de mercadorias decorre do princípio constitucional da não cumulatividade, consignado no inciso I do § 2º do art. 155 da CF/88, mas não se confunde com as providências formais exigidas para o seu exercício.

Não basta a ocorrência de uma operação anterior tributável para o direito ao abatimento do crédito, sendo necessário o atendimento aos demais requisitos estabelecidos na legislação.

Assim, corretas estão as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpra mencionar que esta matéria esteve em análise do CC/MG em diversos PTAs, com aprovação das exigências fiscais, como se pode verificar nos julgados transcritos abaixo:

ACÓRDÃO: 20.181/11/3ª RITO: SUMÁRIO
PTA/AI: 01.000168643-42
IMPUGNAÇÃO: 40.010129139-36
IMPUGNANTE: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
IE: 740358740.12-96
PROC. S. PASSIVO: LUÍZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA/OUTRO(S)
ORIGEM: DF/SETE LAGOAS

(...)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DESTAQUE A MAIOR. CONSTATADO RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO, TENDO EM VISTA O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS RELATIVOS A AQUISIÇÕES ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS DE ENTRADA COM DESTAQUE DO ICMS A MAIOR. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI Nº 6.763/75. IRREGULARIDADE RECONHECIDA, COM QUITAÇÃO PARCIAL (ICMS + MULTA DE REVALIDAÇÃO).

(...)

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 19.866/12/2ª RITO: SUMÁRIO
PTA/AI: 01.000168833-12
IMPUGNAÇÃO: 40.010129313-49
IMPUGNANTE: COSIFER SIDERURGIA LTDA
IE: 001276333.00-10

PROC. S. PASSIVO: LUIZ CLÁUDIO PEREIRA DE MACEDO
ORIGEM: DF/DIVINÓPOLIS

EMENTA

(...)

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INVEVIDO – APROVEITAMENTO A MAIOR – DESTAQUE DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO A MAIOR - ÓLEO DIESEL E BIODIESEL. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS PROVENIENTES DE AQUISIÇÕES DE ÓLEO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIESEL E BIODIESEL, COM APROPRIAÇÃO DO IMPOSTO PELA ALÍQUOTA DE 18% (DEZOITO POR CENTO), QUANDO A ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS MERCADORIAS É A DE 12% (DOZE POR CENTO). INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 70, INCISO X DA PARTE GERAL DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI Nº 6.763/75.

Nenhuma razão assiste à Impugnante, ainda, quanto aos argumentos de que o Auto de Infração está incorreto em razão de inexistir a recomposição da conta gráfica para apuração do saldo devedor.

As disposições do art. 195 do RICMS foram alteradas com vigência a contar de 01/02/15, por força do Decreto nº 46.698, de 30/12/14:

Art. 3º O art. 195 do RICMS passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei Nº 6.763, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

§ 1º O contribuinte, por ocasião do pagamento do crédito tributário de que trata o caput, poderá deduzir do valor do imposto exigido a partir do mês subsequente ao último período em que se verificar saldo devedor dentre os períodos considerados no Auto de Infração, o montante de crédito acumulado em sua conta gráfica, mediante emissão de nota fiscal com lançamento a débito do respectivo valor.

§ 2º O montante do crédito acumulado, de que trata o § 1º, fica limitado ao menor valor de saldo credor verificado na conta gráfica no período compreendido entre o último período de apuração considerado no Auto de Infração e o período de apuração anterior ao período do pagamento.

§ 3º Na hipótese de saldo igual a zero ou saldo devedor, no período a que se refere o § 2º, fica vedada a dedução de que trata o § 1º.

§ 4º Os juros de mora sobre o imposto exigido, a penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei Nº 6.763, de 1975, e os juros de mora a ela correspondentes, serão reduzidos proporcionalmente à dedução de que trata o § 1º.” (nr).

Art. 4º O disposto no art. 1º e no art. 3º deste DECRETO aplica-se aos fatos geradores ocorridos antes e após a sua publicação, nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

termos do § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional (CTN) - Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Art. 5º Este DECRETO entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2015.

(Grifou-se)

Verifica-se, portanto, que o critério para “*apurar a exatidão do pagamento do imposto promovido pelo contribuinte*”, anteriormente previsto na redação do art. 195, foi expurgado pelo mencionado decreto de 2014, que ainda assegurou sua aplicabilidade no art. 4º, nos termos do § 1º, do art. 144 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. (Grifou-se)

Conforme se depreende da legislação supratranscrita, o feito fiscal encontra-se devidamente amparado pelas normas legais.

Por fim, cumpre registrar que a Impugnante não se defende quanto a falta de recolhimento do ICMS devido em decorrência da descaracterização do diferimento, nas operações de saídas de moinha de carvão e de pó coletor com destino a contribuinte enquadrado no Simples Nacional.

A legislação tributária de Minas Gerais que rege a matéria assim dispõe:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

(...)

V - a mercadoria for destinada:

a) estabelecimento de microempresa ou de empresa de pequeno porte;

Assim, correta a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Entretanto, a penalidade tipificada no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 foi instituída pela Lei nº 19.978, de 28/12/11, para vigorar a partir de 01/01/12 e, conseqüentemente, não pode ser aplicada para alcançar situações ocorridas em exercícios anteriores. Assim, deve ser excluída sua exigência, no presente caso, até 31/12/11.

Dessa forma, observa-se que as infrações cometidas restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame, com a exclusão da multa isolada tipificada no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 até 31/12/11, como retromencionado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75 até 31/12/11, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wagner Dias Rabelo (Revisor) e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 08 de julho de 2016.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**