

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.149/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000287101-91
Impugnação: 40.010138848-83
Impugnante: Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.
IE: 153056023.00-00
Proc. S. Passivo: Eugênio Kneip Ramos
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM DO ATIVO PERMANENTE - BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS de bens destinados ao ativo permanente, alheios à atividade do estabelecimento, portanto, em desacordo ao previsto no art. 70, inciso 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 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO - Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, indevidamente registrados como ativo imobilizado, contrariando o disposto no art. 70, inciso III do RICMS/02 e na Instrução Normativa DLT/SER nº 01/98, que vedam a apropriação de tais créditos. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos do ICMS, no período de fevereiro de 2010 a janeiro de 2011, decorrentes da aquisição de materiais de uso ou consumo, de bens alheios à atividade do estabelecimento, de bens/materiais classificados genericamente como “Diversos” e da contratação de serviços de transporte sem vinculação direta aos bens do ativo imobilizado que geraram direito ao crédito, os quais foram indevidamente lançados pelo Contribuinte no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP).

Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 178/18.

Afirma, em síntese que:

- em tempo algum a Impugnante se apropriou de créditos de materiais destinados a uso e consumo, estando todos os equipamentos objeto de glosa registrados como bens do ativo imobilizado da empresa, o que é confirmado pelo Anexo 1 do Auto de Infração, intitulado “Demonstrativo de dados informados no CIAP”;

- o livro CIAP foi escriturado pelo Contribuinte para apuração do crédito a apropriar, nos termos dos arts. 204/206 do Anexo V do RICMS/02. Entende que tal matéria não é objeto do Auto de Infração, que trata de uso e consumo;

- o Auto de Infração é improcedente, pois retrata situação totalmente fora daquela constante da contabilidade da Impugnante, cuidando de situação não ocorrida, qual seja, a aquisição de material de uso e consumo;

- só existe em sua contabilidade aproveitamento de crédito de bens e equipamentos adquiridos para o ativo imobilizado e que o fato de a Fiscalização tratar na autuação do assunto material de uso e consumo acabou por dificultar sua defesa; tal situação dificultou a Impugnante em sua defesa.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 189/194, refuta as alegações da Defesa.

Argumenta, também em síntese, que:

- o Auto de Infração foi lavrado para se exigir ICMS devido em função de apropriação indevida de créditos do imposto, decorrentes da aquisição de materiais de uso e consumo, de bens alheios à atividade do estabelecimento, de bens e materiais classificados genericamente como “Diversos” na escrituração, além de serviços de transportes sem vinculação direta aos bens do ativo imobilizado que geraram direito ao crédito, o que se mostra claro ao longo de todo o feito fiscal;

- o Anexo 3 contém a descrição, a função e o local de aplicação dos bens, informações prestadas pela própria Autuada em razão de intimação da Fiscalização. Com base nessas informações, foram inseridas na planilha do Anexo 3 as justificativas para o estorno de crédito de cada item;

- a legislação que ampara o estorno está devidamente capitulada no campo “BASE LEGAL/INFRINGÊNCIA” do Auto de Infração (fls. 26/27);

- o direito ao crédito não decorre da simples escrituração dos bens no livro CIAP, na forma dos arts. 204/206 do Anexo V do RICMS/02, como entende a Impugnante, mas sim do cumprimento dos requisitos para seu aproveitamento previstos na lei e na legislação regulamentar como, por exemplo, ser utilizado na atividade finalística do estabelecimento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 197/205, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, em parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo em relação à decisão pela exclusão das exigências anteriores a 02/09/10.

Conforme relatado, a autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos do ICMS, no período de fevereiro de 2010 a janeiro de 2011, decorrentes da aquisição de materiais de uso ou consumo, de bens alheios à atividade do estabelecimento, de bens/materiais classificados genericamente como “Diversos” e da contratação de serviços de transporte sem vinculação direta aos bens do ativo imobilizado que geraram direito ao crédito, os quais foram indevidamente lançados pelo Contribuinte no livro CIAP.

Numa primeira vertente, deve ser analisada a decadência do direito da Fiscalização cobrar as exigências, relativamente aos fatos geradores até dezembro de 2010, 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, inciso I do CTN.

Em decisão de 19/10/10, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se pela aplicabilidade do art. 173, inciso 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 REGRA 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)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Porém, a decisão ora destacada foi levada novamente a apreciação, 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 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" (AGRG 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 HOVE 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 até dezembro de 2010, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as exigências do Auto de Infração até 02/09/10, encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que o Sujeito Passivo foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 02/09/15 (fls. 176).

No tocante ao mérito propriamente dito, importante ressaltar que a Impugnante limitou-se a negar que os bens envolvidos na autuação sejam materiais de uso e consumo, sob o argumento que foram eles registrados no livro CIAP, nos termos dos arts. 204/206 do Anexo V do RICMS/02, presumindo então que a mera escrituração seria bastante e suficiente para lhe garantir o direito ao crédito do imposto.

Em relação às demais situações, quais sejam, estorno de crédito (1) de bens alheios à atividade do estabelecimento, (2) de bens/materiais classificados genericamente como “Diversos” e (3) da contratação de serviços de transporte sem vinculação direta aos bens do ativo imobilizado que geraram direito ao crédito, não houve nem mesmo contestação específica por parte do Contribuinte, que se resumiu a afirmar, genericamente, que o Auto de Infração “*retrata situação totalmente fora da constante da contabilidade da Impugnante*”.

O que se nota é que a Autuada desconhece a legislação relacionada com o crédito de ICMS nas aquisições de mercadorias e bens do ativo imobilizado, presumindo, equivocadamente, que a simples escrituração de um bem no livro CIAP, na forma dos arts. 204/206 do Anexo V do RICMS/02, seria suficiente para lhe garantir o aproveitamento do crédito sobre esse bem.

No entanto, tais dispositivos legais cuidam apenas da forma de escrituração do livro CIAP e não do conteúdo desse registro. A especificação dos bens e situações em que o crédito é autorizado pode ser encontrada em outras partes da legislação vigente, matéria sobre a qual passa-se a discorrer.

O art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 é a regra geral de creditamento do ICMS:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

O § 1º do mesmo dispositivo já apresenta a primeira limitação, dentre as diversas não observadas pelo Contribuinte em sua escrituração, no sentido de que as mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento não dão direito ao crédito pelas suas entradas no estabelecimento:

Art. 20.

(...)

§ 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.**

(Grifou-se)

O art. 33, inciso I da mesma lei traz à luz a segunda restrição ao direito de crédito, também desrespeitada pelo Contribuinte, no sentido de que as entradas de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento somente darão direito ao crédito a partir de janeiro de 2020:

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

(...)

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

(...)

O art. 70, inciso III do RICMS/02, regulamentando a questão, apresenta idêntica restrição:

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

(...)

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

(...)

O art. 31, inciso III da Lei nº 6.763/75, assim como o art. 70, inciso XIII do RICMS/02 vedam a apropriação do imposto, a título de crédito, quando se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

(...)

RICMS/02

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;

(...)

O § 3º do art. 70 do RICMS/02 define como alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação:

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

(...)

§ 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 transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação.

Importante esclarecer que os bens adquiridos e não empregados nas atividades operacionais do Contribuinte, também não ensejam direito ao crédito de ICMS.

Tais bens, por não preencherem o requisito do art. 66, § 5º, inciso II do RICMS/02 – ser utilizado nas atividades operacionais do Contribuinte – são considerados como alheios à atividade do estabelecimento, nos termos do art. 1º da Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º Para fins de aproveitamento de crédito, o bem destinado ao ativo imobilizado deve satisfazer, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

(...)

II - ser utilizado nas atividades operacionais do contribuinte;

(...)

IN DLT/SRE nº 01/98

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.

Diante de toda a legislação transcrita anteriormente, resta claro que não basta a escrituração do bem, nos termos dos arts. 204/206 do Anexo V do RICMS/02, para que haja direito ao creditamento do ICMS. É necessário, também, que sejam atendidos, cumulativamente, os requisitos contidos nas normas legais e regulamentares citadas.

Saliente-se que, ao estabelecer a impossibilidade de aproveitamento de crédito de bem utilizado em atividade alheia à do estabelecimento, a *contrario sensu*, prescreve a norma que o crédito do ICMS somente poderá ser aproveitado quando o bem ou mercadoria for empregado na atividade finalística realizada pelo Contribuinte.

Os bens empregados nas demais atividades do estabelecimento, as quais podem ser classificadas como atividades meio, não gerarão direito ao aproveitamento de crédito para o estabelecimento.

No caso em tela, a Autuada só pode se apropriar dos créditos referentes à entrada de mercadorias adquiridas para emprego na atividade de distribuição de energia elétrica, desde que atendidos os requisitos anteriormente expostos.

O Anexo 3 do Auto de Infração, denominado “Demonstrativo Analítico do ICMS Lançado Indevidamente no CIAP” (DVD-R de fls. 46), contém a listagem dos bens que foram indevidamente escriturados em tal livro pelo Contribuinte, além do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período do lançamento, do número da nota fiscal de entrada e do valor do ICMS indevidamente lançado.

Além disso, para caracterizar a infração à legislação tributária, a Fiscalização inseriu na mesma planilha as informações referentes à função e local de aplicação do bem ou do serviço, dados que foram obtidos diretamente com o Contribuinte, por meio do Termo de Intimação nº 008/2015 (fls. 08), respondido por meio dos Ofícios de fls. 09 e 175 dos autos.

Confrontando os dados de função/local de utilização dos itens registrados no livro CIAP, com a legislação de regência da matéria, a Fiscalização identificou aqueles que não geram direito ao crédito de ICMS pela sua entrada, os quais foram listados no Anexo 3 (DVD-R de fls. 46), operando em relação a eles o estorno de crédito ora questionado.

Os motivos que ensejaram o estorno em relação a cada item foram inseridos nas colunas “K” e “L” da planilha do Anexo 3, sob a denominação de “Justificativa pela exclusão do valor do ICMS lançado no CIAP – Motivo – Complemento”.

Trata-se de um código alfanumérico, que deve ser confrontado com o índice contido no campo “Observações”, ao fim da planilha, na qual estão listados todos os motivos possíveis para exclusão, os quais se transcreve para fins de melhor visualização e esclarecimento:

Motivo do Estorno

Código	Descrição
1	Material de uso ou consumo
2	Bens alheios à atividade do estabelecimento
3	Frete - Impossibilidade de vinculação do frete ao bem utilizado na atividade fim do estabelecimento
4	Diversos - Impossibilidade de identificação do bem por conter descrição genérica

Complemento

Código	Descrição
A	Bens utilizados em obras de construção Civil ou bens utilizados como dispositivos de ancoragem/suporte/amarração/proteção da rede
B	Bens que não se revestem do caráter de essencialidade na consecução das atividades de distribuição de energia elétrica
C	Ferramentas

A Fiscalização cita em sua manifestação alguns exemplos de itens contidos no livro CIAP do Contribuinte e que não geram direito a crédito de ICMS pela sua entrada, os quais podem ser vistos abaixo, separados por motivo/complemento para sua exclusão:

1. **Material de uso ou consumo:** fita isolante, envelopes de segurança, abraçadeiras, parafusos, porcas, outros materiais de escritório, selo plástico para malote, pilhas recarregáveis;

2. **Bens alheios à atividade do estabelecimento:** esse item foi subdividido nos seguintes complementos:
- A. Bens utilizados em obras de construção Civil ou bens utilizados como dispositivos de ancoragem/suporte/amarração/proteção da rede: postes de concreto, vigas, suportes, trilhos ferroviários, chapa para âncora, coluna de concreto;
 - B. Bens que não se revestem do caráter de essencialidade na consecução das atividades de distribuição de energia elétrica: câmera digital, *Coreldraw*, *Adobe Photoshop*, cafeteira, geladeira, lixeira, micro-ondas, sofá, gaveteiro, armário, central telefônica, quadro branco, cadeira, bebedouro, bolsa de lona para leiturista, calculadora, veículos;
 - C. Ferramentas: alicate, jogo de chaves, tesourão, bastão podador, trena, maleta de ferramentas, martelo;
3. **Frete:** A descrição dos itens contém apenas as palavras “Frete ou Serv fretes e carretos”, não havendo a vinculação da prestação de serviço de transporte com o bem do ativo imobilizado que, em tese, geraria o direito ao crédito apropriado, conforme exigido pelo *caput* e inciso II do art. 66 do RICMS/02;
4. **Diversos:** A descrição contém apenas a palavra “Diversos” o que impossibilita sua caracterização, restando descumprido o requisito para aproveitamento de crédito contido no *caput* do art. 66 do RICMS/02, qual seja, a vinculação com as operações ou prestações realizadas no período.

Dessa forma, não restando dúvidas de que as infrações foram devidamente demonstradas, capituladas e se referem a mercadorias que não preenchem os requisitos para serem classificadas como integrantes do ativo imobilizado, enquadram-se como material de uso e consumo, ou ainda, foram utilizadas em atividade alheia à do estabelecimento, corretas as exigências do presente Auto de Infração, não havendo que se falar em existência de situação totalmente estranha à contabilidade do Contribuinte ou não ocorrida, como afirmou a Impugnante em sua Defesa.

Por fim, esclareça-se que integram o presente Auto de Infração, o ICMS estornado, além das Multas Isolada e de Revalidação, capituladas, respectivamente, nos arts. 55, inciso XXVI e 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75:

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências anteriores a 02/09/10, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Vencidos, em parte, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Relator) e Maria de Lourdes Medeiros, que o julgavam procedente, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Designado relator o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Bernardo Motta Moreira.

Sala das Sessões, 28 de julho de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator designado

GR/D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.149/16/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000287101-91	
Impugnação:	40.010138848-83	
Impugnante:	Energisa Minas Gerais - Distribuidora de Energia S.A.	
	IE: 153056023.00-00	
Proc. S. Passivo:	Eugênio Kneip Ramos	
Origem:	DF/BH-2 - Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Marco Túlio da Silva, 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.

O voto condutor do acórdão considerou decaído o direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 02/09/10, à luz do 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, caso dos autos, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

No mesmo sentido, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

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

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010 somente expirou em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 02/09/15.

Sala das Sessões, 28 de julho de 2016.

Marco Túlio da Silva
Conselheiro