

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.771/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000407011-56
Recurso de Revisão: 40.060141906-42
Recorrente: Intercement Brasil S/A
IE: 493014206.00-14
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Coobrigado: Intercement Brasil S/A
CNPJ: 62.258884/0011-08
Proc. S. Passivo: Gustavo Lanna Murici/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso. Recurso de Revisão não conhecido. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

O presente lançamento é decorrente da constatação de entrada de energia elétrica, nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2010, em operação interestadual de transferência, sem a devida retenção e recolhimento do ICMS/ST, em desacordo com o disposto nos arts. 67 e 68 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.273/16/2ª, por maioria de votos, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes (Revisor), que o julgava improcedente.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 307/323.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: Acórdão nº 21.190/16/2ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 340/348, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no seguinte acórdão indicado como paradigma: Acórdão nº 21.190/16/2ª (PTA nº 01.000376937-84), cuja ementa transcreve-se:

ACÓRDÃO: 21.190/16/2ª RITO: SUMÁRIO
PTA/AI: 01.000376937-84
IMPUGNAÇÃO: 40.010139507-97
IMPUGNANTE: INTERCEMENT BRASIL S/A
IE: 758014206.03-58
PROC. S. PASSIVO: LUIZ GUSTAVO ROCHA OLIVEIRA
ROCHOLI/OUTRO(S)
ORIGEM: DF/BH-4 - BELO HORIZONTE

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. CONSTATADA A VENDA DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS SEM QUE FOSSE UTILIZADA A ALÍQUOTA INTERNA DEVIDA DE 18% (DEZOITO POR CENTO). INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 12, § 1º, ALÍNEA "B" DA LEI Nº 6.763/75. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PREVISTA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA. NO TOCANTE À EXIGÊNCIA DE MULTA ISOLADA, O FISCO CONSTATOU, EM CADA OPERAÇÃO, O DESCUMPRIMENTO DE DUAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS, CUJAS PENALIDADES ESTÃO CAPITULADAS NO ART. 54, INCISO VI DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 215, INCISO VI, ALÍNEA “F” DO RICMS/02, E NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA “C” DA MESMA LEI, C/C ART. 106, INCISO II, ALÍNEA “C” DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN), MAJORADAS PELA REINCIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 53, §§ 6º E 7º DA CITADA LEI. DIANTE DA CONSTATAÇÃO DE DUAS INFRAÇÕES CONEXAS A MESMA OPERAÇÃO, O FISCO APLICOU, PARA CADA OPERAÇÃO, A INFRAÇÃO MAIS GRAVE, EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 211 DO RICMS/02. ENTRETANTO, DEVE-SE EXCLUIR AS EXIGÊNCIAS ANTERIORES A 04/12/10, UMA VEZ QUE ATINGIDAS PELA DECADÊNCIA, NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º DO CTN.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Destaca-se que a decisão retro, indicada como paradigma, encontra-se apta para ser analisada quanto ao cabimento do recurso, conforme dispõe o art. 59 do Regimento do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.906/08, tendo em vista que até a presente data não foi reformada pela Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes.

O fundamento levantado pela Recorrente para efeito de cabimento do Recurso, refere-se à contagem do prazo decadencial que tem o Fisco para constituir o lançamento.

No acórdão paradigma, conforme consta na ementa acima reproduzida, restou prevalente o entendimento de que a contagem do prazo decadencial dá-se nos termos do disposto no art. 150, § 4º, do CTN, aos seguintes fundamentos:

(...)

ENTRETANTO, O § 4º DO ART. 150 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL DISCIPLINA O PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, OU SEJA, O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA HOMOLOGAR O PROCEDIMENTO EFETUADO PELO SUJEITO PASSIVO, QUE CONSISTE EM ANTECIPAR O PAGAMENTO, SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, SENDO QUE A REFERIDA AUTORIDADE, TOMANDO CONHECIMENTO DESSE PROCEDIMENTO EFETUADO PELO CONTRIBUINTE, HOMOLOGA O PAGAMENTO DE FORMA TÁCITA OU EXPRESSA. VEJA-SE:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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.

CONSIDERANDO O PRAZO DECADENCIAL ESTABELECIDO NO ARTIGO SUPRAMENCIONADO, E TENDO EM VISTA QUE O IMPUGNANTE FOI INTIMADO DO AUTO DE INFRAÇÃO EM 04/12/15, CONFORME DOCUMENTO DE FLS. 30, AS EXIGÊNCIAS ANTERIORES A 04/12/10, PORTANTO, HÁ MAIS DE 5 ANOS DA AUTUAÇÃO, DEVEM SER EXCLUÍDAS DO TRABALHO FISCAL, UMA VEZ QUE ATINGIDAS PELA DECADÊNCIA. (GRIFOU-SE).

Lado outro, na decisão recorrida adotou-se a contagem do prazo decadencial com fundamento no art. 173, inciso I, do CTN, aos seguintes fundamentos:

(...)

A IMPUGNANTE ALEGA QUE O DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA EFETUAR O LANÇAMENTO ESTARIA DECAÍDO, NO PERÍODO DE 01/01/10 A 20/12/10, EM RAZÃO DO DISPOSTO NO ART. 150, § 4º DO CTN.

É DE SE RESSALTAR QUE O § 4º DO ART. 150 DO CTN DISCIPLINA O PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, OU SEJA, O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA HOMOLOGAR O PROCEDIMENTO EFETUADO PELO SUJEITO PASSIVO, QUE CONSISTE EM ANTECIPAR O PAGAMENTO SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, A QUAL, TOMANDO CONHECIMENTO DESSE PROCEDIMENTO EFETUADO PELO CONTRIBUINTE, HOMOLOGA O PAGAMENTO DE FORMA TÁCITA OU EXPRESSA.

PORÉM, NO PRESENTE CASO, NÃO HOUVE PAGAMENTO DO IMPOSTO, POIS, CONFORME CONSTATADO, NÃO HOUVE O RECOLHIMENTO DO ICMS/ST DEVIDO NA ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA RECEBIDA EM TRANSFERÊNCIA DE SEU ESTABELECIMENTO SITUADO EM SANTA CATARINA.

NESSE NORTE, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO E SIM, EM EXIGÊNCIA DE OFÍCIO DO TRIBUTO DEVIDO, COM OS ACRÉSCIMOS LEGAIS, OBSERVANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 173, INCISO I DO CTN.

RESSALTA-SE QUE ESTE CONSELHO TEM DECIDIDO, REITERADAMENTE, EM SITUAÇÕES SEMELHANTES, QUE A DECADÊNCIA É REGIDA PELO ART. 173, INCISO I DO CTN, O QUAL DETERMINA QUE O PRAZO DE CINCO ANOS CONTA-SE A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. CITA-SE, A TÍTULO DE EXEMPLO, OS ACÓRDÃOS NºS 3.742/11/CE, 20.425/11/1ª, 20.290/13/2ª e 21.275/14/3ª.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ TAMBÉM VEM DECIDINDO NO SENTIDO DE SE APLICAR, PARA O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS, O PRAZO DECADENCIAL DO ART. 173, INCISO I DO CTN, QUAL SEJA, 5 (CINCO) ANOS A CONTAR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. EXAMINE-SE:

EDCL NO AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG (2010/0112996-4) RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A ADVOGADO : SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S) EMBARGADO : ESTADO DE MINAS GERAIS PROCURADOR : GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES.

1. CONFORME CONSIGNADO NO ACÓRDÃO EMBARGADO, 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.

NOS PRESENTES AUTOS, VERIFICA-SE QUE, EM RELAÇÃO AOS FATOS GERADORES OCORRIDOS NO EXERCÍCIO DE 2010, A CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL INICIOU-SE EM 01/01/11, FINDANDO-SE EM 31/12/15. COMO O AUTO DE INFRAÇÃO FOI LAVRADO EM 18/12/15 E O SUJEITO PASSIVO FOI INTIMADO EM 21/12/15 (FLS. 77), VERIFICA-SE QUE NÃO OCORREU A DECADÊNCIA DO DIREITO DE A FISCALIZAÇÃO FORMALIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSISTENTE NA MULTA ISOLADA APLICADA EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES OCORRIDOS NO EXERCÍCIO DE 2010. (GRIFOU-SE).

Contudo, reiterando, considerando que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador, não se verifica a alegada divergência uma vez que as decisões foram distintas por estarem embasadas em situação fática também distinta.

O PTA relativo à decisão recorrida, cuida da falta de retenção e recolhimento do ICMS na entrada de energia elétrica proveniente de estabelecimento

da mesma empresa, situado em outro estado da Federação, contrariando o disposto nos arts. 66 e 68, Anexo XV do RICMS/02. As exigências fiscais foram o ICMS/ST e a Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75.

Já o PTA relativo à decisão paradigma trata da acusação fiscal de venda de cimento para empresas “não contribuintes” do ICMS, localizadas em outro estado, utilizando-se, indevidamente, das alíquotas interestaduais de 7% (sete por cento), contrariando o disposto no art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 e no art. 42, § 12 do RICMS/02, vigentes à época dos fatos geradores. As exigências fiscais referem-se ao ICMS correspondente à diferença apurada em relação à alíquota do imposto correta e a utilizada pela empresa autuada nos documentos fiscais emitidos, e das multas isolada e de revalidação.

Constata-se, sem muito esforço, que a decisão recorrida trata da falta de recolhimento do ICMS e a decisão paradigma de recolhimento a menor do referido tributo.

Assim, não se pode falar que as Câmaras de Julgamento divergiram quanto à aplicação da legislação tributária.

Conveniente mencionar que na decisão recorrida restou claro, nos fundamentos relativos à alegação defensiva de ocorrência da decadência, que a situação era de falta de recolhimento do imposto, o que atraiu a contagem do prazo decadencial nos termos do disposto no art. 173, inciso I, do CTN.

Advoga a Recorrente de que não há que se cogitar que o contexto fático das decisões recorrida e paradigma seja diferente por se tratar, o presente caso, de exigência do ICMS que deixou de ser recolhido por ela, enquanto no caso paradigma trata-se da exigência de diferença apurada a título de ICMS (recolhimento a menor), porque, ao realizar o pagamento do imposto apurado em suas operações, no período autuado, efetivamente cumpriu seu dever de antecipar tal recolhimento, procedimento esse que deveria ter sido homologado, ou não, pela Fiscalização, no prazo de 05 (cinco) anos contado do fato gerador do referido imposto. E que, portanto, houve recolhimento antecipado do pagamento do ICMS a atrair a aplicação da contagem do prazo decadencial prevista no art. 150, §4º, do CTN, tal como realizado no acórdão paradigma.

Pois bem, conforme se infere dos fundamentos constantes da decisão recorrida, na ocasião da impugnação ao lançamento, a empresa autuada, ora Recorrente, deixou consignado o entendimento de que:

- a energia elétrica adquirida destinou-se à industrialização (fabricação de cimento) e, por isso, não há que se falar em substituição tributária na entrada de tal mercadoria;

- não há incidência de ICMS nas transferências de energia elétrica entre estabelecimentos do mesmo titular, na medida em que não há circulação jurídica de mercadoria.

Da análise dos argumentos defensivos supra, verifica-se, sem muito esforço, que não houve o recolhimento antecipado, como alegado pela Recorrente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se, por oportuno, que nos documentos fiscais de entrada de energia elétrica autuados, colacionados às fls. 18/34, não consta o destaque do ICMS operação própria, em razão da regra de não incidência veiculada no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição Federal. Assim, vale dizer que sequer pode se falar que os créditos do imposto foram levados para apuração do ICMS recolhido pela Recorrente em suas operações normais.

Ademais, conveniente mencionar que o ICMS/ST está sendo exigido da Recorrente, contribuinte substituído, devido à responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto prevista nos arts. 22, §18, da Lei nº 6.763/75 e 68 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, uma vez que a remetente, contribuinte substituto tributário (Coobrigada), não reteve/recolheu o imposto devido.

E, não há sequer alegação defensiva de que o imposto exigido foi recolhido ainda que em parte pela Recorrente. Ao contrário, justifica a Defesa que o não recolhimento do imposto ocorreu devido à energia elétrica adquirida se destinar à industrialização (fabricação de cimento).

No caso em tela, o pressuposto para reapreciação do julgamento é a caracterização de divergência entre a decisão recorrida e a paradigma quanto à aplicação da legislação tributária, o que a Recorrente não logrou êxito em comprovar.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencidos os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Relator), Carlos Alberto Moreira Alves e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que dele conheciam. Designado relator o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Gustavo Lanna Murici e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 24 de março de 2017.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator designado**