

Acórdão: 15.999/04/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110018-01
Agravo Retido: 40.030112726-45
Impug./Agravante: Departamento Municipal de Eletricidade de Poços de Caldas
Proc. S. Passivo: Fábio Augusto Junqueira de Carvalho/Outros
PTA/AI: 01.000141952-14
Inscr. Estadual: 518.601288.0094
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Constatam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso de Agravo não provido.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO/CONSUMO - BEM ALHEIO À ATIVIDADE – OPERAÇÃO INTERNA. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação por recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos de valores recolhidos a título de diferencial de alíquotas relativos a aquisições de materiais adquiridos para construção e ampliação de usina hidrelétrica e redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, bem como de bens de uso/consumo do estabelecimento, em desacordo com a IN SLT/SRE 01/98 e artigo 70, incisos III e XIII, § 3º, do RICMS/96, ou relacionados com aquisições de materiais em operações internas. Infração plenamente caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ATIVO PERMANENTE - PROPORCIONALIDADE. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação por recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos de valores relativos a aquisições de bens para o ativo permanente, sem observar a proporcionalidade prevista no § 3º do artigo 66 do RICMS/96. Infração plenamente caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO SEM ORIGEM. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação por recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos de valores cuja origem não foi comprovada, em desacordo com o disposto no artigo 68 do RICMS/96. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigências de ICMS e Multa de Revalidação, apurados após recomposição da conta gráfica do Contribuinte, tendo em vista as seguintes irregularidades detectadas pelo Fisco:

1. apropriação de crédito de ICMS recolhido a título de diferencial de alíquotas, sem especificar qual a origem do recolhimento;
2. apropriação de créditos referentes ao recolhimento do diferencial de alíquotas relativos a aquisições para uso/consumo/bens alheios à atividade produtiva do estabelecimento, bem como relacionados a aquisições em operações internas;
3. apropriação de créditos relativos a aquisições para o ativo permanente, sem observância da proporcionalidade prevista no § 3º do artigo 66 do RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 905/960, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1224/1241.

A Auditoria Fiscal determina a realização do Interlocutório de fls. 1244/1282, que resulta na manifestação da Autuada às fls. 1284/1285 e juntada de documentos de fls. 1286/1312.

O Fisco comparece às fls. 1314/1317.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1318.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 1321/1327).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.330/1.346, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 26/08/04, presidida pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelos Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e Antônio César Ribeiro, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 08/09/04. Naquela oportunidade, marcou-se a continuidade do julgamento para o dia 15/09/04.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Relator) e Francisco Maurício Barbosa Simões, que, em preliminar, rejeitavam a arguição de nulidade do Auto de Infração e, no mérito, julgavam procedente o lançamento. A Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio acompanhou os votos retro quanto à preliminar. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o

Dr. Célio Lopes Kalume. Assistiu ao julgamento, na oportunidade, Dr. Francisco Moleda de Godoi.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos, conforme a própria Agravante explica, objetivam “confirmar as questões acerca da natureza dos bens e produtos adquiridos pelo Agravante”, bem como para “demonstrar a sua destinação ou finalidade no processo produtivo”, informações estas já devidamente prestadas por responsáveis técnicos representantes da própria Autuada, por ocasião do atendimento ao despacho interlocutório exarado pela Auditoria Fiscal.

A argumentação da Autuada de que a perícia deve ser realizada por perito isento, porque tais informações representam apenas o seu lado, podendo ser interpretadas como meras alegações da parte interessada, não procede.

O próprio Fisco afirma, em sua manifestação, que, exceto no que se refere especificamente aos veículos constantes das notas fiscais 253720 e 724671, “não há discordância (...) quanto à aplicação dos materiais, mas apenas quanto a sua classificação tributária”.

Assim, as informações prestadas pelos responsáveis técnicos da Autuada foram aceitas e não são questionadas pelo Fisco, o que dispensa a realização da perícia requerida.

Quanto à classificação tributária dos materiais para efeitos de determinar se a apropriação dos créditos a eles relativos é lícita, constitui questão de mérito a ser apreciada pelo CC/MG, que para tanto deverá basear-se exatamente nas informações técnicas prestadas pela Autuada, tendo em vista o disposto na legislação de regência.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

2. Quanto ao pedido de nulidade do AI

Ainda em preliminar, deve ser analisado o pedido de nulidade do Auto de Infração colocado pela Impugnante.

O argumento que sustenta tal pleito é o de que o Fisco teria procedido a autuações anteriores relativas ao mesmo período e mesma matéria, o que constitui ofensa ao princípio da segurança jurídica, uma vez que não ocorre, no caso, nenhuma das hipóteses previstas no artigo 149 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante aduz que ao efetuar fiscalização e autuação anteriormente, o Fisco homologou tacitamente os recolhimentos efetuados que não foram objeto de autuação à época. Além disso, ressalta que o Auto de Infração se refere ao mesmo período já fiscalizado e às mesmas operações, o que tornaria ainda mais gravosa a presente Autuação Fiscal.

Não lhe assiste razão, tendo em vista que o Fisco explica que as autuações anteriores foram lavradas de forma progressiva, tendo em vista a grande quantidade de documentos a serem analisados e o prazo decadencial, conforme abaixo:

– PTA 01.000140299.85, cuja infringência é a falta de recolhimento de diferencial de alíquotas para o período de junho a dezembro de 1997, que atualmente encontra-se em fase de discussão judicial que versa sobre a validade do TIAF (o contribuinte pretende que seja reconhecido como denúncia espontânea, em juízo, o recolhimento efetuado do ICMS e parte dos juros, ao argumento de que o TIAF 115479 foi recebido por pessoa que não representa legalmente a empresa);

– PTA 01.000140573.69, cuja infringência é a apropriação indevida de créditos decorrentes de aquisições de material de uso/consumo e bens alheios à atividade produtiva do estabelecimento no período de junho a dezembro de 1997, cujo lançamento foi julgado procedente pelo CC/MG, encontrando-se atualmente na PRFE IX / Varginha para inscrição em dívida ativa;

– PTA 01.000140919.15, cuja infringência é a apropriação indevida de créditos decorrentes de aquisições de material de uso/consumo e bens alheios à atividade produtiva do estabelecimento no período de janeiro de 1998 a junho de 2001, cujo lançamento foi julgado procedente pelo CC/MG, encontrando-se atualmente na PRFE IX /Varginha para inscrição em dívida ativa.

Por sua vez, o presente Auto de Infração refere-se a estorno de créditos tendo em vista a apropriação indevida de créditos de ICMS recolhidos a título de diferencial de alíquotas, efetuada em junho/2002.

Desta forma, fica evidenciado que, embora este PTA tenha envolvido a análise dos mesmos documentos fiscais analisados nos PTA's anteriores, trata-se de análise distinta, na medida que os primeiros decorreram do estorno de créditos destacados nos documentos de aquisição e este último refere-se ao estorno de créditos referentes ao recolhimento do diferencial de alíquotas incidente por terem sido as aquisições relativas a operações interestaduais.

Não houve, portanto, revisão do lançamento, conforme alega a Impugnante, razão pela qual não deve ser acatada a preliminar argüida, que pede a nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

Trata o presente Auto de Infração das exigências de ICMS e Multa de Revalidação apurados após recomposição da conta gráfica do Contribuinte, tendo em vista as seguintes irregularidades detectadas pelo Fisco:

1. apropriação de crédito de ICMS recolhido a título de diferencial de alíquotas, sem especificar qual a origem do recolhimento;
2. apropriação de créditos referentes ao recolhimento do diferencial de alíquotas relativo a aquisições para uso/consumo/bens alheios à atividade produtiva do estabelecimento, bem como relacionados a aquisições em operações internas;
3. apropriação de créditos relativos a aquisições para o ativo permanente sem observância da proporcionalidade prevista no § 3º do artigo 66 do RICMS/96.

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

O trabalho fiscal originou-se da constatação, por parte do Fisco, de que o contribuinte apropriou-se de créditos nos meses de junho e julho de 2002, lançando os valores no campo 69 da DAPI (outros créditos – diferença de alíquota).

Intimado a explicar a origem de tais valores, o Contribuinte informou que eram relativos a diferença de alíquota do período de maio/1997 a junho/2001, pagos através da DAE de 07/06/2002.

Atendendo a novas intimações efetivadas pelo Fisco, o Contribuinte relacionou os documentos a que o recolhimento do diferencial de alíquota se referia (fls. 23/69). Após análise da documentação, o Fisco estornou os créditos relacionados com aquisições efetuadas para uso/consumo e/ou de bens alheios à atividade do estabelecimento, bem como aqueles relacionados com aquisições efetuadas em operações internas, conforme listagem dos documentos fiscais a que os recolhimentos se referiam, às fls. 71/108. Constatou-se, também, que parte dos valores apropriados não foram vinculados a quaisquer documentos fiscais, tendo o Contribuinte se referido a eles como “*ICMS a recuperar*” na listagem dos meses de fevereiro a junho de 2001 (fls. 65/69), portanto tais valores também foram objeto de estorno.

Além disso, o Fisco ainda detectou que o Contribuinte apropriou-se de créditos relacionados com aquisições de bens para o ativo permanente relacionados com a atividade produtiva, sem respeitar a proporcionalidade prevista no § 3º do artigo 66 do RICMS/96, efetuando o estorno proporcional conforme planilha de fls. 109/114.

Verifica-se que a razão fundamental para o estorno da maior parte dos créditos foi o fato do Fisco ter considerado que os produtos adquiridos através das notas fiscais listadas na planilha de fls. 71/108 não geram direito a crédito por se constituírem de bens de uso/consumo e/ou bens alheios à atividade do estabelecimento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo, portanto, tais créditos vedados pela legislação (artigo 70 incisos III, XIII e § 3º do Decreto 38.104/96).

A análise de mérito, neste caso, deve levar em conta não só a legislação específica (artigo 70 incisos III, XIII e § 3º do Decreto 38.104/96), mas também a norma complementar editada especialmente para elucidar melhor o conceito de bens alheios à atividade do estabelecimento, a Instrução Normativa SLT/SRE 01/98.

Nota-se que a Impugnante prende-se ao caráter de essencialidade que atribui aos produtos cujos créditos foram glosados e menciona mais de uma vez que entende ser necessária a realização de perícia para que se comprove este fato, formalizando pedido neste sentido.

Conforme já analisado em preliminar, a perícia mostra-se inteiramente desnecessária, pois os bens cujos créditos foram glosados, descritos na relação elaborada pelo Fisco, constituem-se de bens de uso/consumo e bens destinados à construção e ampliação do estabelecimento, em obras de construção civil, expressamente definidos na Instrução Normativa mencionada como sendo alheios à atividade do estabelecimento.

A Impugnante pretende fazer analogia com o tratamento dado aos materiais utilizados na construção de fornos de alvenaria por serem equiparados à aquisição de um equipamento (ativo permanente) que será empregado na consecução da atividade econômica do estabelecimento.

No entanto, não é este o caso dos autos. A própria Impugnante anexou fotos e plantas das obras que demonstram a utilização dos materiais, evidenciando que sua utilização deu-se na construção da **Mini Central Hidrelétrica José Togni Bortolan**, da **Pequena Central Hidrelétrica Rolador** e da **Barragem Ribeirão do Cipó**, restando claro que nenhum dos produtos foi utilizado para construção de qualquer equipamento a ser empregado na atividade econômica do estabelecimento (geração de energia elétrica). Aliás, note-se que não há qualquer estorno de crédito vinculado a equipamentos que efetivamente geram a energia, como geradores ou turbinas.

Na realidade, se fôssemos utilizar a analogia proposta pela Impugnante a construção de usinas representaria analogicamente a construção de uma fábrica, sendo freqüentes as decisões favoráveis à Fazenda Pública em acórdãos que acataram estorno de créditos vinculados aos materiais utilizados na construção de estabelecimentos industriais (obras de construção civil). Por sua vez, as redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, conforme entendimento da SLT no PTA 16.000053793.81, transcrito pelo Fisco às fls. 1230/1232, constituem uma extensão do próprio estabelecimento, ou seja, caracterizam-se como obras de construção civil de ampliação do estabelecimento.

As fotos anexadas aos autos às fls. 1119/1195, pela Defendente, mostram de maneira inequívoca a condição de uso/consumo e de bens alheios conforme definidos na IN SLT/SRE 01/98 – produtos utilizados em obras de construção civil, ou seja, construção das usinas e redes para transmissão e distribuição da energia produzida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que o entendimento da Fazenda Pública tanto no caso da construção de usinas hidrelétricas quanto em relação aos produtos utilizados na construção e ampliação das redes de distribuição está consubstanciado no Parecer DOET/SLT n.º 002/2000 e na Consulta de Contribuinte n.º 057/2001, esta última transcrita pelo Fisco às fls. 1233/1235, entendimento este adotado por esta Casa, conforme decisão exarada no acórdão 14.901/02/2ª que negou provimento ao agravo interposto contra indeferimento de perícia em situação análoga a dos autos, decidindo pela procedência do Auto de Infração.

Saliente-se que a presente matéria já foi, inclusive, objeto de julgamento por parte desta Casa, nos PTA 01.000141573.69 e 01.000140919.15, em que o Fisco estornou os créditos apropriados pela Autuada, relativos ao ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, gerando os acórdãos 15976/03/1ª e 15977/03/1ª. Apresentados Pedido de Reconsideração e Recurso de Revista, foram ambos conhecidos, mas não providos (acórdãos 16195/03/1ª e 2912/03/CE).

Saliente-se que as explicações sobre a utilização dos materiais foi fornecida por responsáveis técnicos através da própria Autuada, explicações estas inteiramente aceitas e não contraditadas pelo Fisco. A única exceção se refere à utilização dos dois veículos Corsa Wind, que, segundo o Fisco, à época dos trabalhos, ficou claro que eram utilizados nos setores administrativos do estabelecimento, enquanto que na planilha apresentada em atendimento ao interlocutório exarado pela auditoria fiscal, consta a informação de que foram utilizados na inspeção das redes elétricas.

No entanto, conforme bem colocou o Fisco, de qualquer forma o crédito a eles relativo é vedado, tendo em vista o caráter de estabelecimento atribuído às redes de distribuição, conforme entendimento da SLT/MG.

Carece de amparo legal, também a apropriação de créditos sem identificação de sua origem, tendo em vista o disposto no artigo 68 do RICMS/96, sendo legítimo o estorno procedido pelo Fisco dos valores apontados como “*ICMS a recuperar*”.

Quanto ao estorno proporcional dos créditos relativos a bens adquiridos para o ativo imobilizado, relacionados com a atividade produtiva do estabelecimento, a matéria é disciplinada pela Lei Complementar 87/96, artigo 20, § 5º, inciso I:

LC 87/96

Art. 20 – (...)

§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento

(...)

O RICMS/96 recepcionou o disposto na norma legal retrocitada, através do Decreto 41.218/00, que restabeleceu o § 3º do artigo 66 com nova redação:

Art. 66 – (...)

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

1) será feito à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento

(...)”

O feito fiscal encontra-se, portanto, alicerçado na legislação vigente, sendo legítimas as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação (art. 56-II da Lei 6763/75).

As alegações de inconstitucionalidade de dispositivos constantes da legislação tributária não procedem e conforme bem ressaltou o Fisco, em sua manifestação, não cabe a esta Casa tal apreciação, por força do disposto no artigo 88 da CLTA/MG, cuja aplicação não constitui cerceamento do direito de defesa, como quer fazer crer a Impugnante. Sendo previsão legal, há de ser cumprida.

Tampouco tem respaldo legal as alegações de inaplicabilidade da taxa SELIC para a cobrança de juros moratórios, uma vez que a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado são disciplinados pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais, sendo estes critérios estabelecidos pela Lei Federal n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996 em seus artigos 5º, § 3º e 75.

Indevida, também, é a argumentação de que a multa de revalidação imposta caracteriza confisco.

A multa de revalidação exigida (50% sobre o valor do imposto) está prevista na legislação tributária mineira – artigo 56 inciso II da Lei 6763/75 – garantindo que sua aplicação está alicerçada na tipicidade indiscutivelmente necessária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em Direito Tributário, sendo multa de caráter punitivo, exigida em função da falta de pagamento do imposto, detectada através de ação fiscal.

Quanto à contestação relacionada com a inaplicabilidade da multa imposta no feito fiscal, baseada na imunidade recíproca entre pessoas jurídicas de direito público, tal não se sustenta, uma vez que a Autuada é contribuinte do imposto, conforme estabelecido nos artigos 14 e 15 do Decreto 38.104/96, estando obrigada ao cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação tributária e sujeita às sanções previstas em lei, como qualquer contribuinte do imposto.

Vale ressaltar que a Impugnante demonstra errôneo entendimento relacionado com a imunidade prevista constitucionalmente entre as pessoas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), na medida em que esta refere-se à vedação para qualquer deles instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, estendendo-se tal vedação às autarquias instituídas e mantidas pelo Poder Público (§ 2º do artigo 150 da CF/88). No entanto, mesmo esta vedação não se aplica quando patrimônio, renda ou serviços estejam relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (§ 3º do mesmo dispositivo legal).

De qualquer forma, a presente autuação refere-se a recolhimento a menor de imposto (ICMS) por aproveitamento indevido de créditos em conta gráfica de contribuinte cuja atividade é a geração e distribuição de energia elétrica, relacionado, portanto, com circulação de mercadorias e não com renda, patrimônio ou serviços.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/2001, e dando prosseguimento ao julgamento anterior, realizado em 26/08/04, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, julgou-se procedente o Lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que o julgava parcialmente procedente para acatar os créditos relativos as mercadorias relacionadas às fls. 1289/1312, utilizados sob a rubrica "condutor de energia elétrica" (nos termos da Impugnação). Participou do julgamento, além dos signatários e do vencido, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio. Presente à Sessão, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Sala das Sessões, 15/09/04.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Revisor

Edwaldo Pereira de Salles
Relator