

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.393/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162645-58
Impugnação: 40.010126015-86
Impugnante: Lojas Americanas S.A.
IE: 702000218.02-52
Proc. S. Passivo: Adriana Albuquerque da Silva Lemos/Outros
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESSARCIMENTO DE ICMS/ST. Constatada à apropriação indevida de créditos de ICMS sob a rubrica “Outros Créditos”, provenientes de ressarcimento de ICMS/ST sem emissão de nota fiscal e autorização da repartição fazendária. Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, previstas, respectivamente, nos arts. 56, II e 55, XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em 50% (cinquenta por cento), em decorrência da constatação de reincidência. Legítimas as exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

O presente contencioso versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, apurado mediante Verificação Fiscal Analítica, em decorrência do aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes de lançamentos efetuados na Declaração de Apuração do ICMS – DAPI e no livro Registro de Apuração do ICMS – “Outros Créditos”, a título de ressarcimento de ICMS/ST sem emissão de nota fiscal e autorização da repartição fazendária para o creditamento.

Exige ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) e Multa Isolada de 50% (cinquenta por cento) capituladas, respectivamente, no inciso II do art. 56, e no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75, sendo a última majorada em 50% (cinquenta por cento), nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da mencionada lei.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada, por procurador regularmente constituído, impugna o lançamento às fls. 132/150, resultando na manifestação do Fisco às fls. 169/183.

DECISÃO

Versa o presente lançamento sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, apurado mediante Verificação Fiscal Analítica, em decorrência do aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes de lançamentos efetuados na Declaração de Apuração do ICMS – DAPI e no livro Registro de Apuração do ICMS – “Outros Créditos”, a título de ressarcimento de ICMS/ST sem emissão de nota fiscal e autorização da repartição fazendária para o creditamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho fiscal é instruído com o Relatório Fiscal de fls. 08/14, contendo entre outras informações, a descrição clara e precisa da irregularidade constatada, a indicação dos dispositivos legais infringidos, a capitulação das penalidades correspondentes, a síntese do desenvolvimento dos trabalhos, assim como também, o demonstrativo do crédito tributário exigido, especificado por período e por tipo de receita.

O Auto de Infração faz-se acompanhado, ainda, por planilhas elaboradas pelo Fisco e demais documentos que embasam o lançamento.

A imputação da irregularidade originou-se da constatação de que o Sujeito Passivo efetuou o creditamento diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, a título de “Outros Créditos”, de valores relativos a ressarcimentos do ICMS/ST vinculado a operações de aquisições de mercadorias sujeitas ao aludido regime de recolhimento e que foram posteriormente destinadas a outras Unidades da Federação.

Tais valores acham-se informados, também, nas Declarações de Apuração e Informação do ICMS - DAPI – campo 71 e nas telas do SICAF “Consulta DAPISEF - Débito/Crédito”.

Informa o Fisco que, não tendo localizado as notas fiscais emitidas para fins de ressarcimento e nem a respectiva autorização da repartição fazendária para o creditamento, intimou a Contribuinte a apresentar a mencionada documentação, bem como justificar a realização deste e de outros lançamentos efetuados a título de crédito na sua escrita fiscal sem indicar a real motivação. Todavia, em relação à infração em tela, foram apresentadas apenas as planilhas intituladas “Relatório de Ressarcimento Notas Fiscais de Saída” e “Relatório de Ressarcimento N. F. de Saída N. F. de Entrada”.

A Impugnante admite que seu procedimento, por absoluta impossibilidade fática, não se coaduna, na forma, com os ditames dos arts. 27 a 30 do Anexo XV do RICMS/MG, mas que o não cumprimento, à risca, das disposições dos referidos artigos não lhe retira o direito, técnico, jurídico, constitucional, de aproveitar-se do crédito do ICMS derivado do ressarcimento do imposto retido por substituição tributária por força de remessa de mercadorias para fora do Estado, na medida em que, em Minas Gerais, o fato presumido deixa de acontecer nessas circunstâncias.

Não procede, entretanto, o entendimento externado, pois a legislação que disciplina a matéria estabelece regras essenciais e obrigatórias, que objetivam garantir a legitimidade do creditamento.

Com efeito, no tocante às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária adquiridas pelo estabelecimento da Contribuinte situado em Minas Gerais, e, posteriormente, remetidas para outras Unidades da Federação, não foram atendidas as disposições estipuladas nos arts. 326 a 334 do Anexo IX, e 22 a 31 do Anexo XV, todos do RICMS/02, em especial as seguintes:

RICMS/02 - ANEXO IX (Efeitos até 30/11/2005)

Art. 326 - O estabelecimento que tiver recebido mercadoria com retenção do imposto por substituição tributária poderá ressarcir-se do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor do imposto retido, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

Art. 327 - Para os efeitos do artigo anterior, o contribuinte substituído e o contribuinte que receber ou adquirir mercadoria na forma do § 4º do artigo anterior apresentará à Delegacia Fiscal (DF) a que estiver circunscrito os seguintes dados:

(...)

Art. 329 - O valor do imposto poderá ser restituído mediante:

I - ressarcimento junto a fornecedor de produto sujeito à substituição tributária, regularmente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado;

II - creditamento na conta gráfica do contribuinte substituído.

Art. 331 - Na hipótese do inciso II do artigo 329 desta Parte, para utilização do valor a ser ressarcido como crédito do imposto, o contribuinte substituído, inclusive na hipótese prevista no § 4º do art. 326 desta Parte, **emitirá nota fiscal** em seu próprio nome, observando, no que couber, o disposto no artigo anterior, a qual será lançada no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos", mencionando a seguinte expressão: "Ressarcimento - Substituição Tributária. (g.n.)"

Art. 332 - O documento fiscal emitido na forma dos artigos 330 e 331 desta Parte somente terá validade, para os fins previstos no artigo 329 desta Parte, após visado pela Administração Fazendária (AF) a que o emitente estiver circunscrito.

Parágrafo único - O visto de que trata o caput deste artigo não implica o reconhecimento da legitimidade dos créditos nem homologa os lançamentos efetuados pelo contribuinte.

Art. 333 - No prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação dos dados mencionados no caput do artigo 327 ou no caput do artigo 328, ambos desta Parte, deverá o contribuinte apresentar cópia da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), relativamente ao imposto retido em favor da unidade da Federação destinatária.

RICMS/02 - ANEXO XV (Efeitos a partir de 01/12/2005).

Art. 22 - Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.

Art. 23 - O estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

Art. 28 - Na hipótese de restituição mediante abatimento de imposto devido pelo contribuinte a título de substituição tributária, o contribuinte emitirá nota fiscal em seu próprio nome e a apresentará à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização de restituição, que será exarada na própria nota fiscal.

Art. 29 - Na hipótese de restituição mediante creditamento na escrita fiscal, o contribuinte emitirá nota fiscal em seu próprio nome e a apresentará à Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito para autorização de restituição, que será exarada na própria nota fiscal, ou no respectivo DANFE.

Art. 30 - Em se tratando de restituição por motivo de saída da mercadoria para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da entrega do demonstrativo ou dos registros apresentados para demonstrar o imposto a ser restituído, deverá o contribuinte apresentar cópia da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, relativamente ao imposto retido em favor da unidade da Federação destinatária, se for o caso.

Parágrafo único - Para efeitos da restituição do ICMS prevista neste Capítulo, é vedado visar documento fiscal para o contribuinte que deixar de cumprir a obrigação prevista neste artigo, até sua regularização.

Em resumo, a mencionada legislação preceitua que: o imposto poderá ser restituído mediante ressarcimento junto a fornecedor de produto sujeito à substituição tributária ou através de creditamento na conta gráfica; para efeito de ressarcimento do valor do imposto retido, deverá o contribuinte apresentar à Delegacia Fiscal de sua circunscrição, informações relativas à operação destinada à outra Unidade da Federação, bem como em relação à aquisição original; o documento fiscal emitido para fins de ressarcimento somente terá validade após visado pela Administração Fazendária do emitente; exige que no prazo de 30 (trinta) dias da apresentação dos dados, deverá o contribuinte apresentar cópia da guia relativa ao imposto retido em favor da Unidade da Federação destinatária.

Logo, não tendo a Defendente cumprido os requisitos prescritos nos textos supratranscritos, ilegítimo se mostra o procedimento por ela adotado, face ao não registro dos valores de forma individualizada e elucidativa nos livros próprios,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impondo-se, dessa forma, a invalidação de tais lançamentos e, conseqüentemente, o estorno integral dos créditos.

A Impugnante cita decisão proferida pela Junta de Revisão Fiscal do Estado do Rio de Janeiro que lhe teria reconhecido o direito de se apropriar dos créditos do ICMS, apesar de não cumprir com todo o ritual de formalidades prescrito na norma cogente. No entanto, como bem observado pelo Fisco, o referido julgamento ocorreu no âmbito daquele Estado, sendo inaplicável ao caso sob exame, que deve ser apreciado à luz da legislação própria do Estado de Minas Gerais.

Cumprе frisar que a matéria em comento neste item já foi objeto de julgamento por esse E. Conselho de Contribuintes, figurando, inclusive, a própria Autuada no polo passivo da obrigação tributária, tendo esse órgão proferido decisão favorável à Fazenda Pública Estadual, conforme Acórdão nº 16.565/05/2ª.

No que diz respeito à multa isolada exigida no Auto de Infração, correta é a possibilidade de sua aplicação, tendo em vista que há perfeita sintonia entre a imputação fiscal e o tipo nela descrito, *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:

(...)

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;

O trabalho fiscal foi realizado em conformidade com a legislação tributária, sendo legítimas, portanto, as exigências fiscais formalizadas no Auto de Infração, relativas ao ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

No tocante à referida Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55 do citado diploma legal, o Fisco, por encontrar outro lançamento que caracteriza a hipótese de reincidência, majorou a penalidade em 50% (cinquenta por cento), citando como lastro a decisão proferida no acórdão nº 16.565/05/2ª.

De acordo com o disposto no § 6º do art. 53 da já mencionada lei, 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”.

Para análise da reincidência, portanto, deve ser considerada a data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, assim entendido a data de publicação da decisão irrecorrível.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, o Acórdão nº 16.565/05/2ª refere-se a uma decisão tomada aos 10/10/05, em caráter irrecurável, em face do quórum da decisão e rito do PTA, publicada, porém, em 23/02/06. Assim, o Fisco promoveu a majoração da referida penalidade a partir do mês de março de 2006, estando correta a exigência complementar imposta pelo Fisco.

Cabe registrar, ainda que, em relação ao crédito do ICMS normal, também não está correta a prática adotada pela Autuada, uma vez que, por se vincular a uma operação sujeita ao regime de substituição tributária, a apropriação dessa parcela está absolutamente vinculada ao regime de ressarcimento, somente admitindo-se o crédito após o deferimento do ressarcimento, pela lógica inerente ao sistema de substituição tributária, conforme dispõe o § 10 do art. 66 da Parte Geral do RICMS/02, a saber:

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:

§ 10 - Na hipótese de restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não se realizou, o creditamento de imposto relativo à operação própria do remetente será autorizado pelo Fisco, por meio de visto apostado em nota fiscal ou no DANFE emitidos pelo contribuinte, após análise das informações por este apresentadas.

Desta forma, também em relação ao crédito pelas operações próprias, não houve o cumprimento da legislação tributária.

Por fim, no tocante à alegada decadência para o período de 01/01/04 a 16/10/04, com fulcro no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, cabe destacar que esta Casa tem, reiteradamente, se posicionado pela aplicação da regra prevista no art. 173, I do mesmo diploma legal, na esteira de inúmeras decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, afasta-se a alegação de decadência.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências anteriores a 16/10/04. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.393/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162645-58
Impugnação: 40.010126015-86
Impugnante: Lojas Americanas S.A.
IE: 702000218.02-52
Proc. S. Passivo: Adriana Albuquerque da Silva Lemos/Outros
Origem: DF/Juiz de Fora

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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 presente contencioso versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008, apurado mediante Verificação Fiscal Analítica, em decorrência do aproveitamento indevido de créditos do imposto provenientes de lançamentos efetuados na Declaração de Apuração do ICMS – DAPI e no livro Registro de Apuração do ICMS – “Outros Créditos”, a título de ressarcimento de ICMS/ST sem emissão de nota fiscal e autorização da repartição fazendária para o creditamento.

Conforme relatado pelo Fisco e exposto acima encontra-se plenamente caracterizada a infração, mas tem-se que o Auto de Infração foi emitido em 28/09/2009, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente ao período anterior a 16/10/2004, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior a 16/10/04, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com a emissão do Auto de Infração em 28/09/09.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas ao período anterior a 16/10/04, de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 22/01/10.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MIG