

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.341/11/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167170-99
Impugnação: 40.010128361-41
Impugnante: Divigusa Indústria e Comércio Ltda
IE: 223212321.00-57
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ETAPA ANTERIOR – CARVÃO VEGETAL. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS em virtude da falta de recolhimento do imposto na etapa anterior. Procedimento fiscal respaldado nos arts. 69 e 70, incisos V e IX, ambos 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.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL – FALTA DE CARIMBO DE POSTO FISCAL - CARVÃO VEGETAL. Constatado, mediante conferência de livros e documentos, que a Autuada adquiriu, em operação interestadual, mercadoria (carvão vegetal) desacobertada de documento fiscal, dada a falta de carimbo do primeiro Posto de Fiscalização quando da entrada no território mineiro, em desacordo com o previsto no art. 150-A, inciso I do Anexo IX do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais a partir da publicação da Resolução nº 4.103/09.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – OPERAÇÃO INTERNA – FALTA DA GUIA DE CONTROLE AMBIENTAL (GCA) - CARVÃO VEGETAL. Constatado, mediante conferência de livros e documentos, que a Autuada adquiriu, em operação interna, mercadoria (carvão vegetal) desacobertada de documento fiscal, dada a falta da Guia de Controle Ambiental (GCA-eletrônica), em desacordo com o previsto no artigo 150-A, inciso II do Anexo IX do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – ENTRADA E ESTOQUE DESACOBERTADO - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo de mercadorias, que a Autuada deu entrada, bem como manteve em estoque mercadorias (carvão vegetal, finos de carvão vegetal e finos de coletor) desacobertadas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso II, Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56,

inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas aos produtos “finos de carvão vegetal” e “finos de coletor” em razão de não restarem devidamente comprovadas as irregularidades nos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

3.1 - aproveitamento indevido de crédito de ICMS, nos meses de fevereiro, março e junho a dezembro de 2009, em virtude da falta do recolhimento do imposto na etapa anterior, dada a falta de comprovação desses recolhimentos na origem com a apresentação dos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE), bem como a repetição ou reutilização do mesmo código de barras nos DAEs apresentados. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75;

3.2 - entrada de carvão vegetal desacobertada de documento fiscal, em operação interestadual, nos meses de fevereiro, março e junho a dezembro de 2009, dada a falta de carimbo do primeiro Posto de Fiscalização quando da entrada no território mineiro, conforme previsto no art. 150-A, inciso I do Anexo IX do RICMS/02, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75;

3.3 - entrada de carvão vegetal desacobertada de documento fiscal, em operação interna, nos meses de setembro e dezembro de 2009, dada a falta da Guia de Controle Ambiental (GCA), conforme previsto no art. 150-A, inciso II do Anexo IX do RICMS/02, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75;

3.4 - entrada e estoque de mercadorias (carvão vegetal, finos de carvão vegetal e finos de coletor) desacobertados de documento fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, apurados mediante levantamento quantitativo de mercadorias, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seus representantes legais, Impugnação às fls. 3.107/3.130, acompanhada de documentos às fls. 3.132/5.297.

Alega, em síntese que:

- teve ciência do Auto de Infração em 27/09/10 e que as supostas ausências de recolhimentos de ICMS anteriores a 27/09/05 foram atingidas pela decadência, posto tratar-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, com a ocorrência de pagamento antecipado na origem pelos vendedores de carvão, sem que tenha agido com dolo, fraude ou simulação;

- apesar da divergência existente nas decisões das Câmaras de Julgamento do CC/MG acerca da aplicação do art. 173, I em detrimento do 150, IV, ambos do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN, frisa a aplicação cogente do *dies a quo* da ocorrência do fato gerador, consoante preceitua a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores bem como os recentes votos proferidos pelo conselheiro Raimundo Francisco da Silva (2º Câmara de Julgamentos), e expõe parte de decisão do STJ (AgAg do REsp 1044953/SP);

- em relação à imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos, que o ICMS é não cumulativo, que as operações ocorreram com notas fiscais, comprovantes de pagamento do imposto na origem e destaque do ICMS, que no valor do pagamento efetuado aos fornecedores foi englobado o ICMS adiantado por estes ao Estado da Bahia, que o Fisco entendeu ter ela incorrido em fraude, pela utilização repetida de DAEs por parte de fornecedores;

- as notas fiscais emitidas pelos fornecedores são todas idôneas e não podem ser desconsideradas em seu detrimento, uma vez que nem é contribuinte do ICMS lançado consoante dispõe o art. 148 do Anexo IX do RICMS/02 e que, tão somente, recebeu as mercadorias com o ICMS destacado nas notas fiscais, mas sem todos os DAEs comprobatórios dos recolhimento efetuados;

- não cabe ao Estado de Minas Gerais perseguir tributo cuja saída é tributada. A saída ocorreu no Estado da Bahia, e, no caso, o contribuinte é o produtor ou comerciante localizado naquele Estado e não o comprador/destinatário situado em Minas Gerais. De acordo com os arts. 4º, 11, inciso I, alínea “a” e 12 da Lei Complementar nº 87/96, a tributação e a venda de produto vegetal é de responsabilidade da origem, ou seja, dos contribuintes situados no Estado da Bahia;

- não tem como verificar se os fornecedores baianos recolheram o tributo, e que é provável que o próprio Estado da Bahia, ente tributante do ICMS ora cobrado, esteja cobrando o mesmo valor que o Estado de Minas Gerais, tenta exigir-lhe o que caracteriza o *bis in idem*.

- descabe o lançamento efetuado porque não há convênio de ICMS entre os Estados da Bahia e Minas Gerais que autoriza a cobrança de ICMS devido à Bahia pelo contribuinte mineiro.

- as operações foram realizadas entre 06/02/09 e 25/12/09, e que em 05/05/09 foi editada a Resolução nº 4.103/09 a qual determinou o fechamento de 5 postos fiscais, o que impossibilitou a oposição do carimbo fiscal nos documentos e, essa obrigação é dos vendedores;

- as empresas que venderam o carvão vegetal receberam efetivamente pelas operações consubstanciadas nas notas fiscais analisadas, e recolheram devidamente o tributo aos Estados em que ocorreram as saídas, como pode ser comprovado pelos documentos de recolhimento de tributos estaduais e pelos cheques em anexo, e, com o pagamento, extingue-se o crédito tributário, consoante art. 156, I do CTN;

- com relação à falta da Guia de Controle Ambiental (GCA), o tributo foi devidamente quitado, e, mesmo que a lei fixe a presunção de que as operações desacompanhadas da GCA–eletrônica são desacobertadas, tal presunção é totalmente ilidida pela apresentação das notas fiscais relativas às operações, bem como os respectivos comprovantes de pagamentos de ICMS extinguindo, por conseguinte, o crédito tributário (art. 156, I do CTN);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no levantamento quantitativo, as distorções se deram ao fato de o Fisco considerar como capacidade máxima de estocagem de carvão vegetal apenas a capacidade dos silos (22.114,00 metros cúbicos), não levando em conta a área para estocagem do carvão vegetal ao ar livre designada platôs 1, 2 e 3, com superfícies em metros quadrados de 1.612,29, 1.921,54 e 1.170,37, respectivamente;

- a estocagem ao ar livre é um método usualmente utilizado em indústrias siderúrgicas. As pilhas de carvão nos três platôs pode atingir a altura de até 2,80m, o que demonstra uma capacidade de estocagem de 13.171,73 m³ somado com a capacidade de estocagem dos silos prova que a capacidade de fato é 35.285,73 m³, o que, considerando a capacidade declarada, 35.213,85m³, demonstra que o estoque de carvão vegetal declarado nas escritas contábil e fiscal corresponde com a realidade física de seu parque industrial;

- quanto ao levantamento quantitativo de finos de carvão vegetal e de finos de coletor, a Fiscalização não disponibilizou o acesso a qualquer explicitação da forma pela qual foi realizada a apuração, bem como meios para apuração se os cálculos estão corretos ou não, portanto houve cerceamento do seu direito de defesa;

- é nítida a omissão por parte da Fiscalização das variáveis utilizadas para chegar ao ICMS devido, sendo que tal omissão infringe seu direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal, devendo, assim, os lançamentos realizados com base nesses levantamentos serem julgados improcedentes;

- em respeito ao princípio da eventualidade, caso o CC/MG não entenda dessa forma, as breves informações constantes da planilha, por si só, já causam estranheza e possibilitam uma defesa quanto aos dados apresentados, visto que, ao analisarem-se as planilhas sintéticas, subentende-se que, por ter identificado saída de finos de carvão vegetal e finos de coletor, sendo que não houve entrada destes mesmos produtos, por conseguinte, o Fisco teria chegado à conclusão de que o ICMS relativo a esta operação não teria sido recolhido;

- é cristalina a impossibilidade de haver registro de entrada de finos de carvão vegetal e finos de coletor, visto que estes consistem em subprodutos da atividade siderúrgica e que esta informação foi prestada ao Agente Fiscal, por meio da “classificação técnica de subprodutos siderúrgicos”;

- em relação à aplicação das multas, é descabida a cumulação das multas previstas nos arts. 55, inciso XXVI e 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, posto que há *bis in idem*, tendo em vista que, por somente um fato (não recolher o ICMS), sofre a imposição de duas multas, as quais sancionam o fato de pretensamente não ter cumprido requisitos que seriam obrigatórios ao deferimento da transferência do ICMS e pela falta do próprio recolhimento do ICMS, devendo assim uma das multas ser afastada;

- a multa do art. 56, II da Lei nº 6.763/75 é calculada sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, que, de acordo com a parte final do inciso I do art. 89 da Parte Geral do RICMS/02, o prazo para recolhimento não se encontrava esgotado, visto que em todos os documentos analisados pelo Fisco, o tributo encontra-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se destacado e as notas fiscais preexistiam ao procedimento fiscal, o que afasta a imposição da multa de revalidação.

E, ao final, pede que:

1º) seja excluído o crédito tributário relativo ao período compreendido antes do dia 27/09/10, em razão do decurso do prazo decadencial, disposto no art. 150, § 4º do CTN;

Obs: Por toda a fundamentação exposta na impugnação da Autuada e por questão de lógica, entenda-se a data acima como 27/09/05.

2º) seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração;

3º) em respeito ao princípio da eventualidade, caso o AI não seja julgado totalmente improcedente, seja decotado do Auto de Infração a multa isolada, bem como afastada a multa de revalidação;

4º) as multas sejam canceladas ou, alternativamente, reduzidas, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 e do art. 213 do RICMS/02.

O Fisco, em manifestação de fls. 5.300/5.313, refuta as alegações da defesa, pelos seguintes fundamentos:

- com relação à decadência, não se aplica o art. 150, § 4º do CTN. Ademais, dos 04(quatro) itens do AI, tão só ao que se refere o item 3.4 (levantamento quantitativo) abrangeu o ano de 2005, que para as demais autuações, não há que se falar, nem por tese, em decadência.

- está demonstrado o aproveitamento indevido de créditos, nas planilhas I, II e III, com provas materiais da infração, ou seja, os DANFES de entradas, as notas fiscais originais, bem como, os códigos de barras, os pseudos pagamentos, estes também originais, que para preservar as provas, foram tiradas cópias reprográficas, tanto dos códigos de barras fraudados, como dos pagamentos a eles vinculados. Planilha I e a documentação inerente (fls. 90/95 e fls. 96/1.101, respectivamente), planilha II e documentação relacionada (fls. 1.102/1.104 e fls. 1.105/1.521, respectivamente), e planilha III e documentos (fls. 1.522 e fls. 1.523/1.528, respectivamente);

- que o argumento de serem as notas fiscais idôneas não procede pela simples razão de a acusação fiscal não ser esta, mas sim, por falta de pagamento na origem e ou de falta de carimbo fiscal de trânsito como exige o RICMS/02 nos termos do art. 70, inciso IX c/c o parágrafo único do art. 69, e, a alegação de que a incumbência da fiscalização é de outro Estado não procede visto que o que foi feito foi o estorno de crédito;

- quanto à imputação relacionada com a falta de carimbo fiscal nos documentos, a empresa deu entrada de carvão vegetal oriundo de fora do Estado, sem o devido carimbo fiscal obrigatório, por força do art. 150 "a", inciso I, também do Anexo IX, e que a planilha IV, com a documentação relacionada, está acostada às fls. 1.530/1.536 e às fls. 1.537/2.619, respectivamente;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que o regulamento é taxativo ao exigir o carimbo no primeiro Posto Fiscal por onde a mercadoria transitar, independentemente de Posto de Fronteira ou não, que, com exceção do Posto Fiscal de Capetinga (localizado na divisa de MG/SP próximo da cidade de Passos/Franca), todos os demais existiam no itinerário, operando normalmente, e estão corretamente relacionados às fls. 3.116/3.117. O Contribuinte, simplesmente fez um carimbo ao seu talante, ausentando-se daquela obrigação tributária regulamentar e assumiu o risco de ser autuado;

- que há também, notas fiscais sem carimbo obrigatório antes mesmo da resolução de suspensão temporária do funcionamento dos Postos Fiscais.

- quanto ao argumento do pagamento incidente do carvão ser diferido para a saída da mercadoria, citando o art. 148, Anexo IX do RICMS/02 não procede, porque a mercadoria deverá estar regular e, não é o caso, visto haver clara disposição regulamentar não atendida;

- a imputação de falta da Guia de Controle Ambiental (GCA), está relacionada com a infração ao art. 150-A, inciso II, Anexo IX do RICMS/02, “Guia de Controle Ambiental Eletrônica” (Planilha V e da documentação, fls. 2.620 e 2621/2681, respectivamente), não tendo nenhum cabimento pretensão recolhimento de imposto de carvão oriundo de dentro deste Estado, uma vez que o imposto é diferido e ainda, os comprovantes de pagamentos foram fraudados;

- com relação ao levantamento quantitativo fechado de carvão vegetal, de finos de carvão vegetal e de finos de coletor, ensejando entradas e estoque não acobertados, a planilha sintética de finos de carvão vegetal está acostada às fls. 2.684, a de finos de coletor, às fls. 2.685, e a planilha sintética de carvão vegetal propriamente dita, às fls. 2.686. Já as planilhas analíticas de saídas, respectivamente, carvão vegetal, fino de coletor e fino de carvão estão acostados à fls. 2.690 (carvão vegetal), fls. 2.691/2.692 (finos de coletor) e fls. 2.693/2.694 (finos de carvão vegetal);

- quanto às entradas, não há entrada para finos de coletor, nem de finos de carvão vegetal, quanto à entrada especificamente e analiticamente de carvão vegetal são 168 folhas, que estão anexadas às fls. 2.695/2.862, que na planilha de fls. 2.686, as saídas para produção foram consideradas aquelas plenamente demonstradas e escrituradas no livro de produção e estoque retidos nos autos às fls. 2.684/3.001, e sugere o exame do livro de Inventário acostado às fls. 3.002/3.103;

- que apesar de a empresa alegar distorção ficou ela simplesmente na retórica e não apontou nenhuma distorção até porque levantamento quantitativo é uma questão elementar de matemática (estoque inicial mais entrada menos saída, é igual ao estoque final);

- quanto à capacidade de estocagem a Autuada, deliberadamente, omitiu a primordial informação daquela área de estocagem ao relento, a que se encontra completamente fora da empresa. Em diligência “in loco” e nos arredores da empresa, constata-se que os “platôs” estão localizados à beira da rodovia dos Batistas (estrada de chão), no lado de fora da empresa, área esta usada como estocagem de finos de minério de ferro (material estéril ou improdutivo de baixíssimo ou residual valor comercial às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

vezes descartado ou vendido para as Prefeituras para compactar estradas) e como estacionamento de caminhões em espera para descarga;

- que a Autuada mudou o discurso acerca de sua capacidade de estocagem (fls. 21/22, 25, 26/28 e 30), que, se aceitou como capacidade máxima, 22.104,00 m³, alegados por ela, ao invés de 17.596,00 m³ fenomenicamente comprovados, que no levantamento tipográfico, claramente se vê que tais “platôs” estão localizados fora da empresa;

- que não há autorização do Fisco para estocagem fora da empresa, que não há o menor vestígio, sequer que moinhas foram acolá depositadas, que todo o carvão vegetal conquanto a moinha e finos de carvão não eram estocados ao relento, até por operacionalidade e também por economia, que, sabe que toda vez que se mexe ou se revira o carvão, há uma perda substancial, (alguns dizem ser na ordem de 10% de perda por remexida ou tombamento);

- a empresa reinventou e aprimorou o seu sistema de estocagem, diminuindo daqueles 22.104,00 m³ para os atuais 17.596,00 m³, conforme projeto atual, chamado por ela de descarga direta, que seria o maior contra senso, diminuir sua capacidade até então instalada de depósito e, paradoxalmente, simultaneamente e concomitantemente, depositar não operacionalmente, no chão e ao relento;

- que aquela enorme área demonstrada na planta de fls. 5.286 servia sim para acostamento de caminhões de carvão e, ainda, para estocagem, não de carvão vegetal, mas sim, de finos de minério de ferro, que tudo isso foi anotado na diligência “*in loco*”, que lá havia sim estocagem ao relento, inclusive fora da empresa, mas, reiterando, de finos de minério de ferro. Nem moinha, cujo valor comercial é infinitamente menor que o do carvão vegetal, era estocada no relento, quiçá carvão. Outrossim, intimada a esclarecer aquela incompatibilidade de haver mais de 35.000.000 m³ em estoque, em momento algum a empresa alegou estocagem fora de seus portões ou fora dos seus domínios;

- especificamente quanto ao levantamento de finos de carvão e finos de coletor, não há registro de entrada desta matéria prima no livro de produção e estoque, que a planilha é a mesma do carvão, que as planilhas analíticas estão plenamente acostadas aos autos, tanto quanto o livro de produção e estoque, além do inventário, bem como os demonstrativos de saídas (todas as notas fiscais do período) pelo próprio registro e transmissão da empresa, que no caso destes finos, não há estoque inicial nem final contabilizado ou registrado;

- que finos de carvão ou moinha de carvão não são “subprodutos”, mas sim, carvão em granulometria improdutivo para, no caso, produzir ferro gusa, que, sequer tais finos são enfiados, não cabe falar em “subproduto”, e que, seja produto, “subproduto”, matéria prima ou mesmo de material de uso consumo estocados, tem que ter registro de estoque;

- que no caso de finos de coletor, que em tese foram enfiados, deveriam também ter sido informados em estoque, inventário e em produção, que há uma impropriedade deste também ser considerado “subproduto”, sendo no máximo considerado “resíduo industrial”, que o valor de finos de carvão ou moinha é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

absurdamente maior que tais resíduos, que, não obstante no levantamento quantitativo ter sido utilizada a mesma nomenclatura usada pela empresa para fins de coletor, na prática, pelo valor coincidente, tanto fino de coletor, conquanto finos de carvão, na verdade são moinhas de carvão e que, também, não há que se falar em “sucata” ou similar, é o carvão em micros pedaços;

- quanto às multas aplicadas e a possibilidade de aplicação do permissivo legal, não cabe ao CC/MG a negativa de aplicação de norma expressa, mas sim, exclusivamente, decidir sobre a aplicação do permissivo;

- todo o trabalho foi feito em cima de documentação acostada nos autos, foi recomposta a conta gráfica do Contribuinte, o demonstrativo do crédito tributário e das multas encontra-se às fls. 83/89 e as provas são documentais e estão todas acostadas aos autos e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 5319/5335, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

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

Da Decadência:

Cabe destacar que não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/09/05, com aplicação 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, 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.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial n.º 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.

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.

Em decisão recente (19/10/10), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA. BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício 2005 somente expirou em 31/12/10, conforme disposto no 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 27/09/10.

Quanto ao mérito propriamente dito, a presente imputação fiscal trata de quatro irregularidades, a saber:

Item 3.1 do AI – Crédito de ICMS - Aproveitamento indevido

Aproveitamento indevido de crédito de ICMS, nos meses de fevereiro, março e junho a dezembro de 2009, em virtude da falta do recolhimento do imposto na etapa anterior, dada a falta de comprovação desses recolhimentos na origem com a apresentação dos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE), bem como a repetição ou reutilização do mesmo código de barras nos DAEs apresentados. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Estando o ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, presume-se (*juris tantum*) que tenha sido recolhido.

Dessa forma, embora não se possa exigir da adquirente que demonstre que o ICMS foi recolhido na etapa anterior, para que, somente assim, possa aproveitar o crédito, estando o imposto destacado nas notas fiscais. O fato é que, no caso dos autos, o Fisco demonstrou que não houve o recolhimento na origem.

Há vários Documentos de Arrecadação Estadual do ICMS devido ao Estado da Bahia nas saídas de carvão vegetal para Minas Gerais com o mesmo código de barras contudo relacionados a notas fiscais diferentes.

Também há vários comprovantes de pagamento dos DAE, com o mesmo código de barras, a mesma data de pagamento e o mesmo número de autenticação bancária, o que pode pressupor a impressão reiterada de um mesmo comprovante de pagamento.

Reiterando, não se trata de exigir que a adquirente da mercadoria comprove o recolhimento na origem, mas sim, de situação em que o Fisco demonstra o não recolhimento do imposto na etapa anterior.

Assim, o Fisco estorna o crédito indevido (fls. 86 e 90/95) e recompõe a conta gráfica da Autuada.

O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito, submete-se à condição, conforme art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Apesar do destaque do ICMS nos documentos fiscais de aquisição de carvão, o Fisco revela, *a posteriori*, que o imposto não foi recolhido na etapa anterior. Portanto, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Item 3.2 do AI - Entrada de carvão vegetal desacobertada de documento fiscal - operação interestadual - falta de carimbo fiscal obrigatório

No que se refere à entrada de carvão vegetal, em operação interestadual, no período de fevereiro, março e junho a dezembro de 2009, desacobertada de documento fiscal dada a falta de carimbo do primeiro Posto de Fiscalização por onde a mercadoria transitar, as notas fiscais (fls. 1.537/2.619) estão relacionadas na planilha IV (fls. 1.530/1.536).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais referentes a essa irregularidade são estornados na recomposição da conta gráfica, conforme fls. 86, 1.530/1.536 e 2.682, dos autos.

Já o ICMS exigido referente a essa irregularidade está colocado como aumento de débito na recomposição da conta gráfica, sendo que essa recomposição revelou a presença de valores do imposto a pagar, ensejando, assim, também a cobrança da multa de revalidação (fls. 84/86 – aumento de débito e fls. 1.530/1.536).

O art. 150-A, do Anexo IX do RICMS/02, embora alterado em 2009, sempre exigiu carimbo do primeiro Posto de Fiscalização por onde a mercadoria transitar:

Efeitos de 1º/09/06 a 31/08/09 - Acrescido pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.357, de 20/07/06:

Art. 150-A. Em se tratando de operação com carvão vegetal proveniente de outra unidade da Federação, considera-se desacobertada a operação quando da respectiva nota fiscal não constar o carimbo do primeiro Posto de Fiscalização por onde a mercadoria transitar.

Efeitos a partir de 1º/09/09 – Redação dada pelo art. 2º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 4º, IV, ambos do Dec. nº 45.152, de 17/08/09:

Art. 150-A - Considera-se desacobertada a operação com carvão vegetal quando:

I- proveniente de outra unidade da Federação, da respectiva nota fiscal não constar o carimbo do primeiro Posto de Fiscalização por onde a mercadoria transitar;

Em 06/05/09 foi publicada no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais a Resolução nº 4.103/09, a qual suspendeu o funcionamento de alguns Postos de Fiscalização.

Assim, como houve o fechamento de alguns Postos de Fiscalização e como a imputação nasceu da conferência de livros e documentos fiscais da Autuada, e não de fiscalização realizada no momento do trânsito da mercadoria, quando então, em tese, se poderiam interceptar os veículos em trânsito, para verificar, dado o percurso realizado, se já era devido a aposição do carimbo fiscal nos documentos da Autuada, entende-se não ser possível agora, afirmar com certeza, que tal providência, naquele momento, já lhe era exigível.

Pelo exposto, propõe-se a exclusão das exigências relativas às notas fiscais a partir da publicação da Resolução nº 4.103 de 06/05/09.

Item 3.3 do AI - Entrada de carvão vegetal desacobertada de documento fiscal - operação interna, falta da Guia de Controle Ambiental (GCA-eletrônica)

Relativamente à entrada de carvão vegetal, em operação interna, nos meses de setembro e dezembro de 2009, desacobertada de documento fiscal, dada a falta da Guia de Controle Ambiental (GCA-eletrônica), as notas fiscais (fls. 2.621/2.681) estão relacionadas na planilha V (fl. 2.620).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

O ICMS exigido referente a essa irregularidade está colocado como aumento de débito na recomposição da conta gráfica, sendo que essa recomposição revelou a presença de valores do imposto a pagar, ensejando, assim, também a cobrança da multa de revalidação (fls. 84/86 – aumento de débito e fl. 2.620).

Acerca do diferimento nas operações com carvão vegetal, o art. 148 do Anexo IX do RICMS/02 dispõe que:

Art. 148 - O pagamento do imposto incidente sobre as sucessivas saídas de carvão vegetal e sobre as prestações de serviços de transporte correspondentes fica diferido para o momento em que ocorrer a:

I - saída para fora do Estado;

II - saída do estabelecimento atacadista, salvo se para o estabelecimento industrial a que se refere o inciso seguinte;

III - saída, de estabelecimento industrial situado no Estado, do produto resultante do processo de industrialização no qual tiver sido consumido;

IV - saída do produto para estabelecimento varejista ou para consumidor final.

Parágrafo único - É vedado o destaque de qualquer valor a título de ICMS, nas notas fiscais emitidas para o acobertamento das operações com o imposto diferido.

Já o art. 150-A, inciso II, Anexo IX do RICMS/02, exige que o documento fiscal esteja acompanhado da GCA-eletrônica, nas operações internas, nas hipóteses em que a legislação exigir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 150-A - Considera-se desacobertada a operação com carvão vegetal quando:

(...)

II- oriunda do território mineiro, a nota fiscal ou o DANFE não estiverem acompanhados, nas hipóteses em que a legislação exigir, da Guia de Controle Ambiental Eletrônica (GCA-Eletrônica).

Constatado o desacobertamento das operações encerra-se o diferimento, nos termos do art. 12, inciso II do RICMS/02, ensejando a cobrança do imposto e das penalidades cabíveis:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

(...)

II - a operação for realizada ou o serviço prestado sem documento fiscal;

A Guia de Controle Ambiental (GCA - eletrônica) funciona como licença obrigatória para o controle do transporte, armazenamento e consumo de produtos e subprodutos florestais no Estado de Minas Gerais.

A Portaria 17, de 26/02/09, do Instituto Estadual de Florestas, do Estado de Minas Gerais, dispõe sobre a obrigatoriedade da CGA – eletrônica, nas operações com carvão vegetal, conforme abaixo:

Resolve:

Art. 1º - Instituir a Guia de Controle Ambiental Eletrônica - GCA como licença obrigatória para o controle do transporte, armazenamento e consumo de produtos e subprodutos florestais no Estado de Minas Gerais, de origem nativa ou plantada, contendo as informações sobre a procedência desses produtos e subprodutos, gerado por sistema eletrônico disponível no site do IEF na Internet.

(...)

Art. 5º- Para os efeitos desta Portaria entende-se por:

(...)

II - subproduto florestal: aquele que passou por processo de beneficiamento na forma relacionada:

(...)

e) carvão vegetal.

Art. 6º - Para a sua emissão, a GCA Eletrônica deverá ser obrigatoriamente preenchida pelo usuário, em uma única via.

§1º - A GCA - Eletrônica acompanhará obrigatoriamente o produto ou subproduto florestal, da origem ao destino nela consignado e somente será considerada válida se estiver devidamente preenchida sem emendas, rasuras ou campo em branco. (Grifou-se).

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Item 3.4 do AI – Entrada e estoque de carvão vegetal, finos de carvão vegetal e finos de coletor desacobertos de documento fiscal - levantamento quantitativo

No que se refere à entrada e estoque de mercadorias (carvão vegetal, finos de carvão vegetal e finos de coletor), no período de janeiro a dezembro de 2005, desacobertos de documento fiscal, constatados mediante levantamento quantitativo de mercadorias, as planilhas constam das fls. 2.684/2.686 e 2.690/2.694.

Os dados das movimentações de carvão vegetal, constantes das planilhas, foram extraídos das fichas de controle de estoque (fls. 2.865/3.000) e do livro de Registro de Inventário (fls. 3.002/3.103).

No caso de entrada desacoberta de carvão vegetal, a Autuada afirma que o estoque inicial do ano de 2005 é 35.213,85 m³, diferentemente dos 22.114,00 m³ alegados pelo Fisco, o qual informa que esta era a capacidade total de estocagem da Autuada.

Conforme informado pela própria Autuada às fls. 3.119/3.121 e 5.286 dos autos, os 22.114,00 m³ correspondem à capacidade dos silos (armazenamento fechado de carvão vegetal).

A Autuada infere que, em janeiro de 2005, além dessa capacidade de estocagem, ainda possuiria uma área de 4.704,20 m² destinada à estocagem do carvão ao ar livre (platôs), que, dada a altura, resultaria em um volume de 13.171,76 m³, resultando em uma capacidade total de estocagem de 35.285,76 m³.

Contudo, o Levantamento Parcial Planialtimétrico (fls. 5.286), com a área dos “platôs” é de 23/10/10.

Ademais, inicialmente, conforme mensagem de e-mail, a Autuada, através de seu representante, informa que antes de meados de 2005, os silos eram maiores e comportavam o dobro de capacidade, ou mais (fl. 26 – 16/08/10).

Posteriormente, a alegação passa a ser de que, em 2005, além dos silos, armazenava o carvão ao ar livre, em áreas denominadas “platôs” (fls. 3.119/3.121).

A parte do estudo (dissertação de mestrado) exposto pela Autuada na impugnação aponta para a possibilidade de empilhamento e distribuição do carvão em pátios de estocagem, não fazendo menção à estocagem ao ar livre, ao contrário do que alega a Autuada.

Portanto, pelo que foi exposto, entende-se que cabem razões ao Fisco, visto que o que resta de concreto, no caso dos autos, é o volume dos silos, e não o suposto volume estocado ao ar livre.

No campo “observações” do livro de Registro de Inventário não há informação alguma sobre alterações da capacidade de estoque.

Entretanto, com relação à parte da imputação fiscal relativa à entrada e estoque desacobertos de documentos fiscais, de finos de carvão e finos de coletor,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entende-se que tais exigências devem ser excluídas do Auto de Infração, visto que, apenas os dados numéricos colocados nas planilhas não são suficientes para demonstrar, claramente, a irregularidade.

Assim, corretas, em parte, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

No que se refere à alegação da Autuada de que a cumulação das penalidades previstas nos arts. 55, inciso XXVI e 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75 é descabida visto que ocorre *bis in idem*, observa-se que, no entanto, as penalidades aplicadas, possuem fatos geradores distintos e, além disso, atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6763/75.

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, a do art. 110 do RPTA/MG, nos seguintes termos:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Pede ainda a Impugnante o acionamento do permissivo legal constante dos arts. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 e 213 do Regulamento do ICMS, que estabelecem poder ao órgão julgador administrativo para reduzir ou cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas também estabelecem requisitos e condições para que este mister possa ser efetivado.

Posto isto, as Multas Isoladas capituladas nos art. 55, incisos II, alínea “a” e XXVI da Lei nº 6.763/75, decorreram de infrações que resultaram em falta de pagamento do imposto, o que impede a aplicação do permissivo legal, nos termos do art. 53, § 3º e § 5º, item 3 da Lei nº 6.763/75:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às notas fiscais emitidas a partir da publicação da Resolução nº 4.103, de 06.05.09, relativamente ao item 3.2 do Auto de Infração e, excluir ainda, as exigências relativas ao levantamento quantitativo (item 3.4 do AI) dos produtos "finos de carvão vegetal" e "finos de coletor". Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 26 de maio de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

ACR/EJ