

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.734/11/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158028-07
Recurso de Revisão: 40.060129550-64 (FPE), 40.060129508-44 (Contr.)
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
White Martins Gases Industriais Ltda
IE: 186616449.01-90
Recorrida: White Martins Gases Industriais Ltda
Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Stanley Martins Frasão/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - COMODATO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA. Imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais de aquisição de bens do Ativo Permanente, posteriormente cedidos em comodato. Infração caracterizada nos termos dos arts. 31, inciso I e 32, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 1º, inciso II, alínea “a” da IN DLT/SRE nº 01/98. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Reformada a decisão recorrida para cancelar as exigências fiscais.

NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - ATIVO PERMANENTE - SAÍDA EM PERÍODO INFERIOR A DOZE MESES. Constatada a falta de recolhimento e/ou o recolhimento a menor do ICMS, pela falta de destaque do imposto em operação de venda de mercadoria que não se enquadra no conceito de bem integrado ao ativo permanente, por ter sido alienado antes de permanecer imobilizado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, nos termos do art. 7º, XI da Lei nº 6.763/75 e art. 5º, XII do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Mantida a decisão recorrida.

Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, parcialmente provido, por maioria de votos o Recurso nº 40.060129508-44 (Contribuinte) e não provido, também por maioria de votos, o Recurso nº 40.060129550-64 (SEF/MG).

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Recorrente/Contribuinte, no período de 01/01/04 a 31/12/07, incorreu na prática das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, referente a bens alheios à atividade do estabelecimento, nos termos da alínea “c”, inciso II do art. 1º da Instrução Normativa DLT/SER n° 01/98 (materiais de informática);

2) aproveitamento indevido de créditos de ICMS referente a bens alheios à atividade do estabelecimento, nos termos da alínea “a”, inciso II do art. 1º da Instrução Normativa DLT/SRE n° 01/98 (saídas em comodato e locação);

3) aproveitamento indevido de créditos de ICMS referente a bens transferidos sem que fosse feita a respectiva baixa no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP);

4) recolhimento a menor de ICMS por falta de destaque do imposto em operação de venda de mercadoria que não se enquadra no conceito de bem integrado ao Ativo Permanente, nos termos do inciso XII do art. 5º do RICMS/02, por ter sido alienado antes de permanecer imobilizado pelo prazo mínimo de 12 meses;

5) aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 01/02/07 a 28/02/07, referente ao lançamento em duplicidade no livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS), do valor apurado no período como crédito de imobilizado escriturado no livro CIAP.

As exigências relativas aos itens 3 e 5 do Auto de Infração foram reconhecidas e recolhidas pela Recorrente/Contribuinte, conforme DAEs de fls. 576 e 686,

A decisão consubstanciada no Acórdão n° 19.955/11/3ª, pelo voto de qualidade, manteve, em parte, as exigências fiscais relativas ao item 01 do Auto de Infração e, integralmente, as exigências fiscais relativas aos itens 2 e 4 do Auto de Infração.

Inconformada, a Recorrente/Contribuinte interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído o Recurso de Revisão de fls. 773/784.

Também inconformada, a Recorrente/Fazenda Pública Estadual (FPE) interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revisão de fls. 787/791.

A Recorrida/Contribuinte, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, contrarrazoa o recurso da Fazenda Pública Estadual (FPE) (fls. 794/799). Requer seja negado provimento ao recurso.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n° 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis os presentes Recursos de Revisão.

Do Mérito

Os fundamentos expostos na decisão recorrida (item 04 do Auto de Infração) e no voto vencido do Conselheiro Raimundo Francisco da Silva de fls. 767/768 (item 02 do Auto de Infração), foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Esclareça-se, inicialmente, que o recurso interposto pela Recorrente/Contribuinte aborda tão somente a matéria referente às exigências relativas aos itens 2 e 4 do Auto de Infração, portanto, deve ser feito o exame apenas das questões abordadas.

Item 2 do AI - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS referente a bens alheios à atividade do estabelecimento, nos termos da alínea “a”, inciso II do art. 1º da Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98 (saídas em comodato e locação);

Trata-se da constatação de aproveitamento de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais de aquisição de bens do ativo permanente, posteriormente cedidos em comodato, razão pela qual foram os mesmos considerados alheios à atividade da Recorrente/Contribuinte, nos termos da alínea “a”, inciso II do art. 1º da Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, com o consequente estorno dos créditos e as correspondentes exigências do ICMS e das multas de revalidação e isolada.

Como é sabido, dentre outras normas gerais aplicáveis ao ICMS, a Lei Complementar nº 87/96 disciplina o regime de compensação do imposto, com base no disposto no art. 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição da República.

Pois bem, segundo a referida lei complementar, geram direito ao crédito do imposto as entradas de bens do ativo permanente, excetuados aqueles alheios à atividade do estabelecimento.

No caso sob análise, o estorno dos créditos se deu exatamente ao entendimento fiscal de que restou configurada a utilização dos bens em atividades alheias às do estabelecimento da Recorrente/Contribuinte, sendo fator determinante para tal, a circunstância de serem os bens efetivamente utilizados fora do estabelecimento da Recorrente/Contribuinte, tendo a saída se dado a título de comodato, seja para viabilizar as atividades de fornecimento de gases medicinais a pacientes internados em hospitais ou até mesmo em seu próprio domicílio (sistema *home care*), ou ainda de gases industriais a clientes que o empregam em atividades de indústria ou prestação de serviços.

Com a devida venia, não assiste razão ao Fisco.

É que, no caso concreto, houve mera saída física dos bens em regime de comodato, cuja propriedade e domínio permaneceram sob a titularidade da Recorrente/Contribuinte, posto que transmitida aos seus clientes apenas a posse direta dos mesmos. Saíram, sim, do estabelecimento da Recorrente/Contribuinte, porém por razões de estratégia comercial; isto é, como forma de viabilizar e incrementar as atividades de comercialização dos gases que, dada a sua natureza peculiar, requer todo um aparato de equipamentos, conhecimentos e cuidados especiais para tal, sem os quais

restaria praticamente inviabilizada a sua comercialização, que, por óbvio, integra a atividade operacional da Recorrente/Contribuinte.

Assim, sendo incontroverso nos autos que os bens são utilizados na comercialização dos gases produzidos pela Recorrente/Contribuinte, ainda que indiretamente e fora dos limites físicos de seu estabelecimento, não há guarida para o entendimento de que são alheios à atividade da mesma.

Com efeito, o fato de os bens se encontrarem temporariamente na posse direta de terceiros, cedidos em regime de comodato ou a qualquer outro título do qual não decorra a transferência de propriedade, não implica e nem autoriza a sua saída do ativo permanente do proprietário; pelo contrário, permanecem integrando o acervo patrimonial deste, até porque, ao término da cessão de uso, devem ser devolvidos ao mesmo, sendo esta a principal nota distintiva do comodato em relação às demais modalidades de empréstimo.

E nem se diga que, por se tratar de hipótese expressa de não incidência do ICMS (art. 5º, XIII, da Parte Geral do RICMS/02), tais saídas se enquadram no disposto no art. 1º, II, “c” da IN DLT/SRE 01/98.

É que as hipóteses de não incidência de que trata a referida instrução normativa se referem exclusivamente àquelas saídas que tecnicamente constituam operações relativas à circulação de mercadorias, porém, por força de exceção legal ou constitucional expressa, e tão somente por isso, excluem-se da tributação, cujo exemplo, por excelência, são os casos de imunidade.

Não é este o caso, portanto, das saídas meramente físicas de mercadorias ou bens, tais como as decorrentes de comodato (posto que não são objeto de transferência de propriedade), que, não obstante também se encontrem fora do campo de incidência do ICMS, excluem-se da tributação não por força de exceção legal ou constitucional expressa, mas pelo simples fato de não se enquadrarem tecnicamente no conceito de operação relativa à circulação de mercadoria passível de tributação pelo imposto.

Diante do exposto, reforma-se a decisão recorrida para excluir, integralmente, as exigências fiscais relativas ao item 2 do Auto de Infração.

Item 4 do AI - Recolhimento a menor de ICMS por falta de destaque do imposto em operação de venda de mercadoria que não se enquadra no conceito de bem integrado ao Ativo Permanente, nos termos do inciso XII do art. 5º do RICMS/02, por ter sido alienado antes de permanecer imobilizado pelo prazo mínimo de 12 meses;

A Fiscalização imputa à Recorrente/Contribuinte o recolhimento a menor de imposto, em relação à alienação de bem integrado ao ativo permanente antes de permanecer imobilizado por, no mínimo, doze meses.

A Recorrente/Contribuinte contesta a legalidade do art. 5º, inciso XII do RICMS/02, que estabelece a exigência de permanência do bem por, no mínimo, doze meses no ativo permanente do contribuinte para que possa ser vendido sem incidência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do ICMS. Alega que não existe na Constituição Federal, nem, tampouco na Lei Complementar nº 87/96, qualquer limitação neste sentido.

Nota-se, uma vez mais, a tentativa da Recorrente/Contribuinte em questionar a constitucionalidade da legislação tributária do Estado de Minas Gerais para justificar a sua não observância.

Ressalta-se que esta Unidade da Federação, no exercício de sua competência tributária, estabeleceu o prazo mínimo de doze meses, para saída de bem do ativo permanente sem incidência do imposto, conforme disposto no art. 7º, XI da Lei nº 6.763/75 e no art. 5º, XII do RICMS/02.

Assim, no caso de não observância do referido prazo, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto e presente os seus efeitos, conforme estabelece o art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75 e art. 2º, inciso VI do RICMS/02.

In casu, cumpre salientar a conduta dolosa da Contribuinte, pois consta às fls. 157, na folha de controle de aproveitamento de crédito da Nota Fiscal de Entrada nº 5341, a anotação “será transferido p/ Salvador em 12/05”, o que evidencia que o bem foi adquirido com o objetivo prévio de ser transferido para estabelecimento situado em outra Unidade da Federação.

Ademais, conforme fls. 159, na Nota Fiscal de Saída nº 508.565, no campo “dados adicionais”, consta a informação de transferência do valor do crédito remanescente referente à entrada do bem, sendo que, conforme mencionado na terceira ocorrência do Auto de Infração, a Recorrente/Contribuinte não realizou a respectiva baixa do bem no livro CIAP, continuando, portanto, a aproveitar indevidamente o crédito referente à entrada do produto, na fração de 1/48 (um, quarenta e oito) avos.

Em relação à citação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que considerou indevida a incidência de ICMS sobre a operação de venda de veículos integrantes do ativo fixo, antes de doze meses da data de aquisição junto à montadora, verifica-se que a decisão não se aplica ao caso em análise, posto que, conforme mencionado anteriormente, os julgados possuem efeitos vinculantes apenas para as partes relacionadas ao processo e, portanto, não socorre a Recorrente/Contribuinte em sua defesa.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, em relação ao Recurso nº 40.060129508-44 (Contribuinte), por maioria de votos, em dar-lhe provimento parcial para excluir as exigências relativas ao item 2 do Auto de Infração. Vencidos, em parte, os Conselheiros José Luiz Drumond (Relator) e Mauro Heleno Galvão, que lhe negavam provimento nos termos da decisão recorrida. Quanto ao Recurso nº 40.060129550-64 (SEF/MG), também por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencido o Conselheiro José Luiz Drumond (Relator) que lhe dava provimento parcial para restabelecer as exigências relativas ao item 1 do Auto de Infração, nos termos do voto vencido de fls. 769/771. Designado relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor). Pelo Contribuinte, sustentou oralmente o Dr. Carlos Henrique Trajan Bechara e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Luciana

Mundim de Mattos Paixão, Raimundo Francisco da Silva e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 29 de julho de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator/Designado**

ACR/EJ

