

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.291/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000177866-04
Impugnação: 40.010133046-40
Impugnante: Mexichem Plastubos Indústria de Transformação Plástica Ltda
IE: 546045948.00-80
Proc. S. Passivo: Périsson Lopes de Andrade/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO PRESUMIDO. Constatada apropriação a maior de crédito presumido de ICMS, acarretando recolhimento a menor do imposto, conforme apurado em recomposição da conta gráfica. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento de ICMS a menor, no período 01/09/07 a 31/12/07, em razão do aproveitamento de crédito presumido em desacordo com o estabelecido no Regime Especial de Tributação – RET nº 032/2007, ocasionado por ter:

- aplicado percentual de crédito maior que o estabelecido no RET, nas saídas de produtos não destinados a obras de saneamento básico, e apropriado crédito presumido nas saídas de produtos adquiridos de terceiros, benefício não previsto no RET;

- incluído na apuração valores referentes a notas fiscais canceladas, conforme quadros demonstrativos anexos ao Auto de Infração.

Exigências do ICMS decorrente do estorno do crédito presumido indevidamente apropriado, conforme recomposição da conta gráfica, Multas de Revalidação e Isolada, previstas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.610/635, anexando os documentos de fls. 636/705.

Com base nos argumentos da Impugnante, a Fiscalização efetua a reformulação do crédito tributário conforme demonstrativos apresentados às fls. 706/887.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em seguida, a Impugnante (fls. 888) é intimada da reformulação do crédito tributário, é concedido o prazo de 10 (dez) dias para vista dos autos, aditamento à impugnação ou pagamento do crédito tributário, de acordo com o art. 120, inciso II, § 2º, c/c art. 140 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

A Impugnante adita sua impugnação às fls.891/892, reiterando todos os termos de sua defesa.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 895/902, refuta os argumentos da defesa, e ao final pede pela procedência do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário conforme fls. 706/887.

DECISÃO

Da Preliminar

Inicialmente, a Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, defendendo a “*falta de esgotamento da matéria tributável*”, visto que a Fiscalização não chegou a investigar a efetiva materialidade do crédito, partindo de uma mera presunção de que a comercialização de um “tubo predial” não implicaria regra de crédito presumido, quando, na verdade, tal mercadoria possui diversas aplicações, o que pode confirmar a materialidade do crédito em discussão.

É de se notar que tal raciocínio se confunde com o mérito do lançamento, razão pela qual será abordado como tal.

Rejeita-se assim a preliminar de nulidade do lançamento.

Do Mérito

A autuação versa sobre o recolhimento de ICMS a menor, no período 01/09/07 a 31/12/07, em razão do aproveitamento de crédito presumido em desacordo com o estabelecido no Regime Especial de Tributação – RET nº 032/2007

Antes da análise do mérito, importante expor a questão da decadência asseverada pela Autuada

A Impugnante alega haver decaído o prazo para a exigência do imposto relativo ao período de apuração de 01/09/07 a 19/09/07, pelo decurso do prazo de 05 (cinco) anos decorrentes entre o fato gerador e a lavratura do Auto de Infração ocorrida em 20/09/12, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

Entretanto, tal dispositivo legal disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo sujeito passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, que tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

Ocorre que, no presente caso, não houve pagamento (integral) do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN.

CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

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 ÁLCULO. 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 ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO 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.

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 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 relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (12/04/12), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade do art. 173, inciso I, do CTN, na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 76977/RS, com a seguinte ementa:

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977 – RS (2011/0191109-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRAPREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. 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.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN." RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262).

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Idêntico é o entendimento do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, como se vê:

Acórdão: 21.061/13/1ª

(...)

O § 4º DO ART. 150 DO CTN, DISCIPLINA O PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, OU SEJA, O PRAZO PARA A FAZENDA PÚBLICA HOMOLOGAR O PROCEDIMENTO EFETUADO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PELO SUJEITO PASSIVO, QUE CONSISTE EM ANTECIPAR O PAGAMENTO, SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, SENDO QUE A REFERIDA AUTORIDADE, TOMANDO CONHECIMENTO DESTE PROCEDIMENTO EFETUADO PELO CONTRIBUINTE, HOMOLOGA O PAGAMENTO DE FORMA TÁCITA OU EXPRESSA.

PORÉM, NO PRESENTE CASO, NÃO HOUVE PAGAMENTO (INTEGRAL) DO IMPOSTO. PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO, E SIM, EM EXIGÊNCIA DE OFÍCIO DO TRIBUTO DEVIDO, COM OS ACRÉSCIMOS LEGAIS, NO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 173, I DO CTN.

ESTE E. CONSELHO TEM DECIDIDO, REITERADAMENTE, EM SITUAÇÕES SEMELHANTES, QUE A DECADÊNCIA É REGIDA PELO ART. 173, I DO CTN, DONDE O PRAZO DE CINCO ANOS CONTA-SE A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. CITA-SE, A TÍTULO DE EXEMPLO, OS ACÓRDÃOS NºS 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª E 19.626/10/3ª.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007 somente expirou em 31/12/12, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173 do CTN, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada/Recorrente foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 20/09/12.

Quanto ao mérito propriamente dito, a Impugnante é signatária do Regime Especial de Tributação – RET nº 032/2007 (fls. 548/558), pelo qual lhe foi concedido:

- crédito presumido de valor equivalente a 33,34% (trinta e três inteiros e trinta e quatro décimos por cento) do ICMS devido nas saídas, em operações internas, destinadas a contribuintes do imposto, das mercadorias de sua produção (artigo 1º, inciso I do RET);

- crédito presumido de valor equivalente a 68,34% (sessenta e oito inteiros e trinta e quatro décimos por cento) do ICMS devido nas saídas, em operações internas, das mercadorias de sua produção, quando destinadas a empresas e órgãos públicos de tratamento de água e esgotos e a empreiteiras e construtoras contratadas para realização de obras de saneamento básico (artigo 1º, inciso II do RET).

Portanto, os benefícios se aplicam na saída interna de mercadoria de sua produção, cujo destino do produto define a classificação dentro dos dois grupos de benefício: crédito presumido de valor equivalente a 33,34% ou a 68,34%.

Para fruição do benefício, a Impugnante adota controles internos contendo informações do critério adotado para a alocação dos produtos fabricados nos respectivos grupos de apuração do crédito, quais sejam: materiais destinados a obras de saneamento básico, materiais destinados a instalações prediais e materiais destinados a irrigação.

O trabalho fiscal consistiu na recomposição do crédito presumido apurado pela empresa no período 01/09/07 a 31/12/07, com base nas informações prestadas à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fiscalização (fls. 464 a 546) e na apuração (fls. 311 a 462) elaborada pela Impugnante e enviada por meio eletrônico à Fiscalização, em atendimento ao estabelecido no RET e solicitação fiscal de fls. 307 a 310.

Diante da possibilidade de emprego de um mesmo produto em situações diferentes, conforme consta na peça impugnatória, a Fiscalização reformulou o crédito tributário (fls. 708 a 886), incluindo no grupo de maior benefício (68,34%) todos os casos iguais e/ou semelhantes aos apontados na impugnação, assim como todas as saídas, que em razão das atividades dos adquirentes, poderiam gerar dúvidas quanto à alocação nos respectivos grupos de benefícios.

Não procede a alegação da Autuada que a Fiscalização afastou o crédito presumido de 33,34% (trinta e três inteiros e trinta e quatro décimos por cento), no caso das vendas dos “conjuntos de irrigação” compostos por tubos e conexões, por ter a Fiscalização entendido que a tais produtos não se aplicaria o benefício. Essa assertiva não se fundamenta, pois as saídas desses produtos estão incluídas na apuração às fls. 41 a 64, 103 a 126, 192 a 213 e 263 a 283 (quadros originais), assim como às fls. 710 a 731, 749 a 766, 796 a 820 e 844 a 865 (quadros retificados).

Neste caso, a Impugnante deixou de observar que na sua apuração havia registrado parte das saídas destes produtos no grupo de maior benefício (saídas para saneamento básico), e a Fiscalização ao recompor a apuração da empresa, registrou estas saídas no grupo de menor benefício (prediais/irrigação – benefício de 33,34%), de acordo com o estabelecido no RET.

A recomposição do crédito presumido abarcou também o estorno dos valores creditados, referentes às notas fiscais canceladas, conforme quadros demonstrativos anexos ao Auto de Infração.

Portanto, diante do exposto, não cabe o argumento de “falta de esgotamento da matéria tributária e da impossibilidade do lançamento do crédito tributário ser realizado com base em verdadeiras ficções – comprovação da materialidade do crédito glosado”, uma vez que o trabalho fiscal foi feito com a utilização das informações elaboradas pela própria Impugnante, conforme demonstrativos inseridos nos autos, inclusive adotando a classificação mais favorável ao Contribuinte.

Não procede o entendimento da Impugnante de que as multas aplicadas são confiscatórias ou de que há impossibilidade de se exigir multa de revalidação e multa isolada sobre o mesmo fato.

As multas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida. Percebe-se que tais penalidades possuem naturezas distintas e têm como referência valores diversos. A multa de revalidação refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto não recolhido no todo ou em parte, enquanto que a multa isolada aplica-se sobre descumprimento de obrigação acessória.

O Desembargador Orlando de Carvalho define, com precisão, a multa de revalidação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO LEGAL - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. A multa de revalidação aplicada, com previsão legal expressa na Lei Estadual nº 6.763/75, decorre unicamente da ausência de recolhimento tempestivo do tributo, constituindo instrumento que a lei coloca à disposição do Fisco, quando o contribuinte é compelido a pagar o tributo, porque não o fizera voluntariamente, a tempo e modo. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.97.013646- 4/002 - RELATOR: EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO)

Dessa forma, a multa de revalidação tem a finalidade de garantir a integralidade da obrigação tributária contra a prática de ilícitos e não se confunde com a multa moratória nem com a compensatória ou mesmo com a multa isolada e, portanto, foi aplicada corretamente no presente caso.

Como se pode observar, as penalidades capituladas pela Fiscalização foram aplicadas observando-se o que estabelece a legislação que rege a matéria. Igualmente, o Auto de Infração encontra-se lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

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;

(...)

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades para 20% (vinte por cento) ou 30% (trinta por cento), nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto, *in verbis*:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Em que pese a Impugnante ter requerido prazo para juntada de planilhas e documentos, além da realização de diligência fiscal para constatar a existência efetiva do crédito apropriado, vê-se que as informações constantes nos autos, prestadas pela própria Impugnante, são suficientes para elucidação dos fatos.

Destarte, verifica-se que a infringência à legislação tributária está plenamente caracterizada, sendo, por conseguinte, plenamente legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, às fls. 706/887. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 16 de julho de 2013.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Giovana Maria Lima Domingues Gatti
Relatora

T