

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.990/16/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000259335-72
Impugnação: 40.010137612-93
Impugnante: Novelty Modas S/A
IE: 062031572.89-99
Proc. S. Passivo: Anna Flávia Cozman Ganut/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO SEM ORIGEM. Constatado o aproveitamento indevido de crédito extemporâneo de ICMS, destacado em notas fiscais de entrada da Autuada e lançados na Declaração de Apuração de ICMS (DAPI), sem comprovação da origem dos respectivos créditos. Exigências do ICMS e da 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 recolhimento a menor de ICMS, no período de dezembro de 2009 a outubro de 2012, face à constatação de aproveitamento indevido de créditos extemporâneos do imposto, destacado em notas fiscais de entrada da Autuada e lançados na Declaração de Apuração de ICMS (DAPI), sem comprovação da origem.

Exige-se o ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de procuradora regularmente constituída, impugnação às fls. 247/256, requerendo, ao final, o acatamento integral de sua defesa.

Em função da juntada dos documentos de fls. 313/334, foi concedido à Autuada o prazo de 05 (cinco) dias para vista dos autos.

Pronunciando-se às fls. 340, a Impugnante reitera todos os argumentos contidos em sua peça exordial, oportunidade em que solicita que seja julgado improcedente o lançamento.

Às fls. 344/351, o Fisco retifica o crédito tributário, excluindo as exigências relativas ao período de junho a outubro de 2012, tendo em vista a comprovação do estorno dos créditos referentes ao período em questão mediante substituição das DAPIs e parcelamento dos débitos correspondentes.

Após ser regularmente cientificada sobre a retificação, a Impugnante reitera (fls. 355), uma vez mais, os argumentos contidos em sua impugnação original e requer, novamente, que seja julgado improcedente o lançamento.

Manifestando-se às fls. 358/363, o Fisco refuta os argumentos da Defesa e requer a manutenção integral do feito fiscal, observada a retificação do crédito tributário por ele efetuada às fls. 344/351.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 366/368, que resulta na juntada do parecer da Advocacia Geral do Estado às fls. 369/370.

A Assessoria do CC/MG, manifesta às fls. 372/379, em que opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 344/351.

DECISÃO

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

1. Das Preliminares

1.1. Da Arguição de Prejudicialidade do Julgamento na Esfera Administrativa e da Remessa dos Autos à Advocacia Geral do Estado

De acordo com o relatório fiscal do Auto de Infração (AI) acostado às fls. 17/18, a motivação da presente autuação foi narrada da seguinte forma:

“Constatou-se, mediante conferência de livros, documentos físicos e arquivos eletrônicos do período de dezembro/2009 a outubro/2012, que o Sujeito Passivo acima identificado incorreu na seguinte irregularidade:

Recolheu a menor o ICMS, referente ao período de dezembro de 2009 a outubro de 2012, no valor original de R\$..., por ter se apropriado indevidamente do crédito do imposto destacado nas notas fiscais de entrada de sua emissão, relacionadas no Anexo 1. As notas fiscais foram emitidas com a expressão ‘crédito extemporâneo’ consignada no campo descrição dos produtos, **não tendo sido demonstrada a origem dos referidos créditos, mesmo após intimação pelo AIAF**. Os documentos fiscais e o respectivo crédito foram escriturados no Livro registro de Entradas e no Livro Registro de Apuração, tendo sido informado nas DAPIs e nos arquivos eletrônicos previstos no artigo 10 do Anexo VII do RICMS/2002 (SINTEGRA). Também se verificou que, enquanto as notas fiscais de entrada foram emitidas com a expressão ‘crédito extemporâneo’, os arquivos eletrônicos informam, no

campo descrição dos produtos, tratar-se de roupas.”
(Grifou-se.)

Por outro lado, na impugnação apresentada, o estabelecimento autuado esclarece, inicialmente, que na persecução de seu objeto social, *“efetua vendas à vista e a prazo, as quais podem ser financiadas por recursos próprios ou de terceiros, sendo que, em qualquer destas hipóteses, o tributo incide sobre o valor total da operação, não obstante os acréscimos financeiros não representarem base de cálculo do ICMS”*.

Afirma que, visando obter declaração de inexistência de relação jurídica e o aproveitamento de créditos oriundos dos acréscimos nas aludidas vendas financiadas, *“ingressou, em 18.01.2002, com ação declaratória (1210293-22.2000.8.13.0024), atualmente em sede de recursos especial e extraordinário, e ainda pendentes de admissibilidade”*.

Nesse sentido, a Impugnante apresentou os seguintes argumentos contrários ao feito fiscal, quanto ao seu aspecto formal:

“Conforme narrado acima, a Impugnante propôs ação declaratória, visando, em suma, ao reconhecimento de seu direito ao aproveitamento de créditos oriundos aos encargos das vendas financiadas, que indevidamente compuseram a base de cálculo do ICMS.

Tal ação é anterior ao presente procedimento e possui as **mesmas partes** – Arapuã Comercial (antiga denominação da ora Impugnante) e Fazenda do Estado de Minas Gerais – a **mesma causa de pedir** – ICMS sobre encargos financeiros – e os **mesmos pedidos** – reconhecimento da inexistência de relação jurídica e da possibilidade de creditamento – do que o auto de infração e impugnação.

Reitere-se que **não há decisão definitiva a respeito da exclusão dos acréscimos financeiros da base de cálculo do ICMS**, estando o processo ainda em fase de julgamento.

Desconsiderando **a ausência de trânsito em julgado** na referida ação e mesmo ciente de que **a existência de litígio judicial prejudica a discussão na via administrativa**, foi lavrado o presente auto de infração com a aplicação de multa formal, visando à cobrança do imposto supostamente creditado indevidamente, sob o absurdo fundamento de que não há óbice no prosseguimento dos trabalhos de fiscalização já realizados, mesmo após informação da tutela judicial requerida.

Diante disso, resta demonstrado que o processo administrativo que será instaurado é idêntico à ação declaratória em curso e sem decisão definitiva, estando, por isso, prejudicado pela via judicial, razão pela qual o presente auto de infração deverá ser

declarado insubsistente, a fim de desconstituir o respectivo crédito tributário, ou ao menos, excluir a multa de ofício aplicada em razão do creditamento do imposto.” (Grifos Originais)

Diante disso e tendo em vista o disposto no art. 105, § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 a Assessoria do CC/MG encaminhou o presente PTA à Advocacia Geral do Estado (AGE), para que prestasse os seguintes esclarecimentos:

1. qual é a atual situação da ação judicial movida pela Impugnante? já se encontra transitada em julgado?

2. qual a repercussão da ação judicial supramencionada sobre o presente PTA?

2.1. estaria prejudicado o julgamento, importando em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo, nos termos do caput do art. 105 do RPTA?

Atendendo à solicitação, a AGE pronunciou-se da seguinte forma (fls. 369/370):

“1 – segundo pesquisa realizada pela AGE, ainda não ocorreu o trânsito em julgado visto que ainda está ativo o EREsp nº 826.817/MG;

2 – conforme bem assinalado pelo Agente Fiscal que lavrou a manifestação de fls. 358/363 no PTA supra, ‘o crédito tributário exigido neste Auto de Infração decorre de apropriação indevida de **créditos de ICMS, cuja origem não foi comprovada**, uma vez que, mesmo após intimada, a Autuada não apresentou os cálculos efetuados para o creditamento nem a documentação fiscal correspondente, elementos essenciais para o Fisco verificar se os créditos estão de acordo com o permitido pela legislação’. Da mesma forma, da leitura do ‘Relatório Fiscal’ anexo ao Auto de Infração, **não se deduz que o objeto do PTA supra seja o mesmo objeto versado na ação declaratória nº 1210293-22.2000.8.13.0024**, razão pela qual, s.m.j., não há repercussão da referida ação judicial sobre o PTA;

3 – em face do exposto no item 2 supra, entendemos que **não está prejudicado o julgamento do PTA supra na instância administrativa**, não sendo o caso de aplicação do art. 105 do RPTA.” (Grifou-se.)

Diante da clareza das respostas da AGE, rejeita-se a prefacial arguida, pois **inexiste** nos autos qualquer comprovação de que o objeto versado na ação declaratória citada tenha qualquer vínculo com a matéria tratada no presente processo, uma vez que a Autuada sequer conseguiu demonstrar a origem dos créditos extemporâneos por ela apropriados (créditos sem comprovação da origem).

1.2. Das Questões de Cunho Constitucional

As questões de cunho constitucional levantadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG: “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”.

Ressalte-se, no entanto, que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6.763/75.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a presente autuação sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de dezembro de 2009 a outubro de 2012, face à constatação de aproveitamento indevido de créditos extemporâneos do imposto destacado em notas fiscais de entrada da Autuada e lançados na Declaração de Apuração de ICMS (DAPI), sem comprovação de origem.

As exigências referem-se ao ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, respectivamente.

Os créditos foram indevidamente apropriados mediante a emissão das notas de entradas relacionadas no Anexo I do Auto de Infração (fls. 20), cujas cópias se encontram acostadas às fls. 211/245.

Os documentos fiscais e os respectivos créditos foram escriturados nos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, tendo sido informados nas Declarações de Apuração e Informação do ICMS (DAPIs) e nos arquivos eletrônicos previstos no art. 10º do Anexo VII do RICMS/02 (arquivos Sintegra).

Nas notas fiscais de entradas emitidas para fins de aproveitamento dos créditos constam, como natureza da operação, as expressões “Crédito Extemporâneo” ou “Outras Operações de Entrada 18%” e, no campo destinado à indicação da descrição dos produtos, as informações “Crédito Extemporâneo” ou “Crédito ICMS Pleiteado em Ação Judicial”.

Já nos arquivos eletrônicos Sintegra, transmitidos à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG) pela Impugnante, a descrição dos produtos foi informada como sendo “Roupa” ou “Crédito de ICMS Pleiteado em Ação Judicial”, conforme demonstram os documentos acostados às fls. 22/170.

Diante disso, o Fisco intimou-a por meio do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF -fls. 02) a apresentar demonstrativo analítico dos valores mensais de ICMS destacados nas notas fiscais de entrada, porém a Impugnante não o apresentou.

Conclui-se, portanto, que os créditos apropriados não têm origem comprovada, sendo correta, portanto, a glosa efetuada pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esclareça-se que o Fisco cancelou as exigências fiscais relativas ao período de junho a outubro de 2012, tendo em vista a comprovação pela Contribuinte do estorno dos créditos referentes ao período em questão, mediante substituição das DAPIs e parcelamento dos débitos correspondentes, conforme demonstram os documentos acostados às fls. 272/305.

Quanto ao mês de maio de 2012, apesar de a Impugnante ter afirmado que também estornou os créditos apropriados (fls. 355), **não** trouxe aos autos nenhuma comprovação de tal fato, motivo pelo qual as respectivas exigências foram mantidas pelo Fisco (esclarece-se que o AI de parcelamento acostado às fls. 271 refere-se ao estabelecimento de Inscrição Estadual nº 062031572.02-20, que não se trata do estabelecimento autuado).

Como já destacado nos tópicos relativos às preliminares, a Autuada argumenta que o crédito tributário estaria suspenso, em função de ajuizamento de ação declaratória na qual se discute a incidência do ICMS sobre os juros cobrados nas vendas financiadas.

Porém, não lhe assiste razão.

Conforme já acima esclarecido, a Impugnante **não** conseguiu demonstrar que os créditos por ela apropriados tenham qualquer relação com encargos financeiros exigidos em operações de vendas a prazo.

Por outro lado, cabe reiterar que o Poder Judiciário negou o pedido de antecipação de tutela para propiciar a compensação de créditos que a Impugnante entende como indevidamente recolhidos, decisão essa mantida no julgamento do mérito e nos demais recursos apresentados por ela, conforme as cópias do processo judicial acostadas às fls. 313/334.

De toda forma, ainda que se desconsiderasse a não comprovação da alegação da Autuada, mister se faz esclarecer que a legislação tributária é absolutamente clara ao disciplinar que os valores por ela recebidos a título de acréscimos financeiros sobre vendas a prazo estão sujeitos à incidência do ICMS, a teor do que prescreve o art. 13, § 2º, item 1, alínea “a” da Lei nº 6.763/75 e o art. 50, inciso I, alínea “a”, do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6763/75

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 2º - Integram a base de cálculo do imposto:

1. nas operações:

a) todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou pelo remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa.

RICMS/02

Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:

I - nas operações:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa.

Esse entendimento está, inclusive, sedimentado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se pode verificar da seguinte ementa, em decisão decorrente da própria ação ajuizada pela Autuada:

ERESP Nº 826.817 - MG (2006/0264907-9)

TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA A PRAZO. INCLUSÃO DOS ENCARGOS FINANCEIROS NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A PRIMEIRA SEÇÃO/STJ, AO APRECIAR OS ERESP 550.382/SP (REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJ DE 1º.8.2005), FIRMOU ORIENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE, NA VENDA A PRAZO, A QUANTIA ACRESCIDA AO VALOR DA MERCADORIA INTEGRA O PRÓPRIO PREÇO DA OPERAÇÃO E, CONSEQÜENTEMENTE, A BASE DE CÁLCULO DO ICMS. ASSIM, "O ICMS DEVE INCIDIR SOBRE O VALOR REAL DA OPERAÇÃO, DESCRITO NA NOTA FISCAL DE VENDA DO PRODUTO AO CONSUMIDOR".

NO MESMO SENTIDO: AGRG NA PET 6.284/RJ, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE DE 1º.9.2008; ERESP 215.849/SP, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE DE 12.8.2008; ERESP 421.781/SP, 1ª SEÇÃO, REL. MIN. ELIANA CALMON, DJ DE 12.2.2007.

2. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

Assim, como já afirmado, **não** há qualquer dúvida de que, nas vendas a prazo, a quantia acrescida ao valor da mercadoria integra o próprio preço da operação e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS.

Reitere-se, porém, mais uma vez, que o crédito tributário exigido neste AI decorre da apropriação indevida de créditos de ICMS cuja origem não foi comprovada, inexistindo vínculo com encargos sobre vendas a prazo por falta de comprovação da alegação da Impugnante nesse sentido.

Logo, inexistindo previsão legal para utilização dos créditos objeto da autuação, sem comprovação de sua origem, legítimas as exigências do ICMS apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada previstas nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, respectivamente:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Por fim, resta acrescentar que esta mesma matéria, envolvendo a mesma Contribuinte, já foi apreciada por este E. Conselho, sendo julgado procedente o respectivo lançamento, nos termos do Acórdão nº 21.783/15/3ª, cuja ementa se encontra abaixo reproduzida:

ACÓRDÃO Nº 21.783/15/3ª

PTA/AI: 01.000244308-28

IMPUGNANTE: NOVELTY MODAS S/A

EMENTA:

“CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. CONSTATADO RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO EM RAZÃO DE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTE DE LANÇAMENTOS EFETUADOS NA DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO DE ICMS (DAPI) SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI, TODOS DA LEI Nº 6763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.”

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 344/351. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Andréia Fernandes da Mota (Revisora) e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 07 de abril de 2016.

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator