

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.331/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000461270-01
Impugnação: 40.010140910-20
Impugnante: Lafarge Brasil S/A
IE: 001716590.06-16
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM DO ATIVO PERMANENTE - BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECIMENTO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS de bens destinados ao ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento, portanto, em desacordo ao previsto no art. 70, inciso XIII do RICMS/02 e Instrução Normativa DLT/SRE nº 01/98, que vedam a apropriação de tais créditos. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da citada lei.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM DO ATIVO PERMANENTE - PROPORCIONALIDADE. Constatou-se recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos relativos a aquisições de bens para o ativo permanente, sem que fosse observada a proporcionalidade prevista no art. 66, § 3º do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Mantidas as exigências remanescentes de ICMS e multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, XXVI da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a apropriação indevida de créditos de ICMS, no período compreendido entre março/11 a outubro/2013, em decorrência das irregularidades infra elencadas:

1- diferença entre o crédito efetivamente apropriado e o apurado no livro Controle ICMS do Ativo Permanente (CIAP);

2 - lançamento no CIAP de notas fiscais correspondentes a aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento;

3 - valor apropriado a maior decorrente da diferença entre o coeficiente de creditamento utilizado pelo contribuinte e o apurado pela Fiscalização;

4 - valor lançado indevidamente a crédito no Registro E111, a título de CIAP.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI ambos da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído pelo Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF nº 10.000.015.655.21 (fls. 02); Termo de Intimação nº 009/16 (fls.41/45; Termo de Intimação nº 013/16 (fls.46); Auto de Infração-AI (fls. 63/69); Relatório Fiscal (fls. 70/72); Anexo 1 – Demonstrativo das Diferenças Apuradas no Comparativo entre o rédito efetivamente apropriado e o crédito apurado (fls. 74/75); Anexo 2 – Demonstrativo consolidado do ICMS lançados indevidamente no CIAP- mídia digital, CD-R, (fls. 77); Anexo 3 – Demonstrativo consolidado do ICMS lançado indevidamente no CIAP a ser estornado (fls. 78/79); Anexo 4 – Demonstrativo do cálculo de coeficiente de creditamento apurado pela Fiscalização (fls. 80/81); Anexo 5- ICMS apropriado à maior constatado pelo comparativo dos coeficientes de creditamento da Autuada e da Fiscalização (fls.82/84); Anexo 6 – Demonstrativo sintético do ICMS apropriado à maior, valor a ser estornado (fls.85/86); Anexo 7 – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls.88); Anexo 8 – Cópia dos recibos de transmissão das Declarações de Apuração e Informação de ICMS - DAPI (fls. 89/151); Anexo 9 - Cópia dos recibos de transmissão do Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED (fls. 152/212).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradoras regularmente constituídas, Impugnação às fls. 214/226, acompanhada dos documentos de fls. 229/292, com os argumentos infra elencados:

Infração 1 do Auto de Infração:

- sustenta que a diferença identificada no Anexo I do relatório fiscal decorre de incorreção no preenchimento do bloco “G” do SPED-Fiscal – “Outros Créditos”, em razão de um equívoco formal na inserção dos valores no Registro G110 do SPED-Fiscal.

Informa que os dados eram inseridos manualmente, tratando-se de erro meramente formal e não de aproveitamento indevido de créditos, uma vez que os créditos são legítimos. Apesar dos vícios, os documentos fiscais foram corretamente escriturados no livro de Registro de Entrada – LRE, sendo correto o valor apropriado pela Impugnante.

Anexa, conforme doc. nº 05, às fls.260 do PTA, cópia em mídia digital (CD-R), de notas fiscais afirmando que “comprovam a correção do crédito aproveitado, nos exatos valores da coluna 4 (quatro) do Anexo 1 da autuação”.

Requer a realização de diligência fiscal para exame das notas fiscais e do livro de Registro de Entrada (LRE) apresentados.

Infração 2 do Auto de Infração

- os bens do ativo permanente, cujos créditos foram aproveitados pela empresa, são essenciais na atividade de distribuição de energia elétrica, razão pela qual foram apropriados os respectivos valores no CIAP, de forma parcelada, em atendimento à legislação.

Discorre sobre o princípio da não-cumulatividade, citando a Constituição da República (CR) de 1988, a Lei Complementar (LC) nº 87/96 e a Lei nº 6.763/75.

Ressalta que o art. 66, inciso X do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, admite expressamente seja abatido do imposto incidente nas operações ou prestações subsequentes o valor do ICMS correspondente a diversas situações, como a entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, a aquisição de produtos intermediários e a entrada de bens destinados a uso ou consumo a partir de 1º de janeiro de 2.020.

Transcreve o § 5º do artigo 66 do RICMS/02, concluindo que basta o cumprimento dos requisitos dispostos neste dispositivo para que seja garantido o direito ao aproveitamento do crédito.

Ressalta que não houve qualquer análise técnica da Fiscalização acerca da essencialidade ou não dos bens para o exercício da atividade do estabelecimento, que apenas examinou os documentos fiscais e arquivos eletrônicos.

A simples análise das notas fiscais não é suficiente para classificação dos bens elencados no Anexo 2 do Auto de Infração, sendo necessária a verificação de sua importância e utilização na atividade da empresa.

Traz como exemplo um Poste de Concreto Circular 11 M 300 DAN, que tem a função de sustentar os cabos da linha de transmissão 34 kv que transporta a energia elétrica e no entendimento da Fiscalização são considerados bens alheios à atividade do estabelecimento.

São classificados como bens utilizados em obras de construção Civil ou bens utilizados como dispositivos de ancoragem/suporte/amarração/proteção da rede. Justifica que os postes são essenciais à atividade do estabelecimento, uma vez que a distribuição de energia seria impossível sem postes, sendo absurdo falar em bem alheio à atividade do estabelecimento nesse caso.

Reproduz ementa de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que reconhece a essencialidade dos postes na atividade de distribuição de energia elétrica e anexa seu inteiro teor às fls. 262/270.

Menciona, também, Para Raios 36 KV/10KA especificação SENIOR CS0705800 EPC03, que a Fiscalização classifica como equipamento de proteção, mas considera como bem alheio à atividade do estabelecimento, e justifica que que são essenciais à atividade do estabelecimento, pois protegem os equipamentos da distribuidora, tornando a atividade econômica viável.

Demonstra, ainda, a essencialidade do Microcomputador PENTIUM 4 24 GHZ Memória Disco 16 que possibilita “a medição do *quantum* de energia distribuída e, conseqüentemente, o faturamento da empresa”.

Observa que a glosa dos créditos, procedida pela Fiscalização, pauta-se em suposições de que os bens seriam alheios às atividades do estabelecimento, entretanto, os lançamentos efetuados na escrita fiscal decorrem da aquisição de bens do ativo imobilizado essenciais à distribuição de energia elétrica – atividade da Impugnante, sendo, portanto, ilegítima a exigência fiscal, sob pena de violar o princípio da verdade material do lançamento.

Caso não se reconheça a essencialidade dos bens relacionado no Anexo 2, torna-se imprescindível a realização de exame pericial técnico de engenharia, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal (contraditório e ampla defesa).

Infração 3 do Auto de Infração

- a diferença do coeficiente de aproveitamento se deu pelo fato de a Fiscalização ter considerado como não tributadas ou isentas determinadas operações que são sujeitas ao regime de substituição tributária e ao diferimento do ICMS.

Afirma que a diferença decorre de equívoco da Fiscalização, que indevidamente considerou as operações tributadas por substituição tributária (ST) e sujeitas ao diferimento do imposto, como saídas não tributadas, gerando um coeficiente inferior ao utilizado pela empresa.

Quanto às operações sujeitas ao diferimento do ICMS, alega que a Fiscalização reconheceu parcialmente o seu equívoco, no tocante à diferença entre os coeficientes de aproveitamento utilizado pela Impugnante e apurados pela Fiscalização, remanescendo valores que deveriam ter sido decotados pelo mesmo motivo.

Demonstra a fórmula de apuração do coeficiente de creditamento – divisão do valor das saídas escrituradas no período pelo valor total das saídas. Sendo que para se chegar ao montante referente às saídas tributadas pelo ICMS (numerador) utiliza-se o valor de todas as operações e prestações de saída, excluídas as saídas isentas e não tributadas. E para se obter o valor das saídas e prestações escrituradas no mês (denominador), considera-se apenas as receitas potencialmente tributáveis pelo ICMS.

Assevera que o objetivo da norma em questão é vedar proporcionalmente o crédito sobre as operações isentas e não tributadas. Aduz que a Fiscalização considerou como não tributadas as operações em que as saídas foram corretamente tributadas por substituição tributária (em função da transferência interestadual da energia elétrica) e outras saídas tributadas por diferimento, que posterga tão somente o momento de recolhimento do imposto (em função da transferência de energia elétrica no Estado).

Apresenta, a título exemplificativo, o demonstrativo de cálculo do coeficiente de creditamento, referente ao mês de março de 2011, constante do anexo 4 do presente Auto de Infração, em que a NF-e nº 06 foi considerada como não tributada, apesar de ter sido tributada pelo regime da ST.

Anexa tabela demonstrativa das operações tributadas desconsideradas pela Fiscalização, no doc. nº 05, às fls.260 deste PTA, cópia em mídia digital (CD-R).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Transcreve trechos dos Acórdãos 18.905/08/1ª e 20.607/11/1ª do Conselho de Contribuintes de MG, que segundo a Impugnante, corroboram seu entendimento, requerendo seja cancelada a exigência fiscal.

Infração 4 do Auto de Infração

- os créditos descritos no Registro E111 decorrem de saldo credor já existente, lançado no SPED-Fiscal em razão de alterações societárias e de sistema de apuração de ICMS. Intitula essa infringência de infração 4.

Alega que os valores lançados a crédito, no mês de março/11, no registro E111 a título de CIAP, se referem a saldo credor de ICMS apurado/acumulado em fevereiro de 2011, proveniente dos créditos mensais do imposto, a título de CIAP, de forma residual, tendo sido inserido manualmente como ajuste em virtude da incorporação da empresa Lafarge S/A – CNPJ 61.403.127/0180-85 pela Impugnante.

Afirma que o mesmo ocorre com os valores lançados a crédito no registro E111 em abril de 2013, tais créditos decorrem da transferência do saldo credor do ICMS apurado/acumulado em março de 2013, proveniente dos créditos mensais do imposto, a título de CIAP, de forma residual, inseridos manualmente como ajuste em virtude da implantação de um novo sistema de apuração de impostos.

Requer a produção de prova pericial, tanto de natureza contábil quanto de engenharia, e elabora os respectivos quesitos, indicando, ainda, como assistente técnico o Sr. José Mário Júnior Santiago, CPF 642.573.557-00.

Ao final, requer o cancelamento do PTA em questão com a consequente extinção do crédito tributário.

Reformulação do Crédito Tributário.

A Fiscalização emite o Termo de Rerratificação do lançamento (fls.298), reformulando o lançamento no tocante à apuração do coeficiente de creditamento, uma vez que as operações de saída da energia comercializada ao abrigo do diferimento, haviam sido incluídas no montante de saídas operacionais tributadas.

O Auto de Infração, o Relatório Fiscal e os demonstrativos do crédito tributário reformulado estão acostados às fls. 299/309.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 313/326, e anexa os documentos de fls. 327/342, reiterando os argumentos já apresentados.

Manifestação Fiscal.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 344/357, refutando as alegações da Defesa.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passarão a compor o presente Acórdão com pequenas alterações e adaptações de estilo.

Da Preliminar

A Autuada requer a realização de diligência fiscal para exame das notas fiscais e do livro Registro de Entrada (LRE) apresentados.

Entretanto, compulsando os autos verifica-se que no LRE consta o registro de NF-e emitidas em desacordo como o previsto na legislação tributária que disciplina a matéria, qual seja o art. 66, § 3º do RICMS/02.

Por conseguinte indefere-se a preliminar arguida.

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 225/226 e 325/326.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado a autuação versa sobre a apropriação indevida de créditos de ICMS, no período compreendido entre março/11 a outubro/2013 em decorrência das irregularidades infra elencadas:

- 1- diferença entre o crédito efetivamente apropriado e o apurado no CIAP;
- 2 - lançamento no CIAP de notas fiscais correspondentes a aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento;
- 3 - valor apropriado a maior decorrente da diferença entre o coeficiente de creditamento utilizado pelo contribuinte e o apurado pela Fiscalização;
- 4 - valor lançado indevidamente a crédito no Registro E111, a título de CIAP.

Necessário registrar que o Auto de Infração foi lavrado em 08/07/16 e em 01/09/16 houve reformulação do crédito tributário em relação à apuração do coeficiente de creditamento, em relação às saídas diferidas e àquelas operacionais tributadas.

Nesse diapasão passa-se à análise pormenorizada das irregularidades retromencionadas.

Infração 1 do Auto de Infração

A Impugnante alega tratar-se meramente de erro formal na inserção dos valores no SPED-Fiscal e que estão corretos os valores lançados nas NF-e emitidas para fins de creditamento do ICMS relativo ao ativo imobilizado e anexa cópia de tais NF-e no documento de nº 05, constante de CD-R às fls. 260 deste PTA.

Cumprе esclarecer que a partir de 01/12/11, o parágrafo 1º do art. 204, Anexo V do RICMS/02 estabeleceu que “O crédito de ICMS a ser apropriado no período, conforme apuração do CIAP, deverá ser escriturado no Registro de Apuração de ICMS como ajuste de apuração”. Até essa data era indispensável a emissão de nota

fiscal para apropriação do crédito relativo ao ativo imobilizado, conforme previsão do inciso II, parágrafo único, art. 168, Anexo V do RICMS/02:

II - a cada período de apuração, o contribuinte deverá emitir, em seu próprio nome, nota fiscal com utilização de CFOP específico, contendo o valor do crédito, calculado de acordo com os incisos I e II do § 3º do artigo 66 e com os §§ 7º e 8º do artigo 70, ambos deste Regulamento, e constante do livro Controle de Crédito do Ativo Permanente (CIAP), modelo C, a que se referem o inciso II do caput do artigo 204 e o artigo 206, ambos desta Parte; (Grifou-se).

(Efeitos de 1º/01/2003 a 30/11/2011 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 43.128, de 27/12/2002.)

O art. 66, § 3º, inciso VI, com efeitos a partir de 20/12/13 e o inciso IV, com efeitos até 20/12/13, reforça esse entendimento ao prever que “além do lançamento em conjunto com os demais créditos, no momento da apuração, o valor do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado e o crédito correspondente serão escriturados no documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP).”

Conforme disposição regulamentar supratranscrita, é a partir da escrituração que se obtém o valor, tanto para emissão da nota fiscal, até 30/11/11; quanto para lançamento do crédito nos ajustes da apuração, a partir de 01/12/11. Ou seja, o valor do ICMS, relativo ao ativo imobilizado, a ser levado a crédito deve constar do livro CIAP.

Infração 2 do Auto de Infração

A Lei Complementar 87/96 no artigo 20 assegura ao contribuinte o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, entretanto, no seu § 1º, exclui as mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

O art. 31, inciso III da Lei nº 6.763/75 e o art. 70, inciso XIII do RICMS/02 vedam a apropriação do imposto, a título de crédito, quando o mesmo se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento;

O art. 70, § 3º do RICMS/02 define como alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação;

Cabe esclarecer que os bens adquiridos e não empregados nas atividades operacionais do contribuinte não ensejam direito ao crédito de ICMS.

As normas para classificação dos bens como bens alheios estão definidas na legislação do RICMS/02 e Instrução Normativa SRE nº 01/98, assim

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

como as informações a serem apresentadas no livro CIAP, a partir de 01/11/11, devem observar as disposições do o Manual de Orientação do Leiaute da Escrituração Fiscal Digital – EFD, instituído por meio do Ato Cotepe/ICMS nº 09/08.

Tais bens, por não preencherem o requisito do art. 66, § 5º, inciso II do RICMS/02, ao serem utilizados nas atividades operacionais do contribuinte, são considerados como alheios à atividade do estabelecimento nos termos do art. 1º da Instrução Normativa (IN) DLT/SRE nº 01/98.

Não basta que haja a escrituração nos termos dos artigos 204 a 206 do Anexo V, RICMS/02. É mister que sejam atendidos, cumulativamente, os requisitos contidos no § 5º, art. 66 do RICMS/02 e nos demais dispositivos e normas legais.

Ao estabelecer a impossibilidade de aproveitamento de crédito de bem em atividade alheia, via de consequência, prescreve que o crédito do ICMS somente poderá ser aproveitado quando o bem ou mercadoria for empregado na atividade finalística realizada pelo contribuinte, os bens empregados nas demais atividades, que podem ser consideradas como atividade meio, não gerarão crédito para o estabelecimento. *In casu*, para a Lafarge Brasil S/A, os créditos passíveis de apropriação serão aqueles vinculados às mercadorias adquiridas e empregadas em sua atividade de geração de energia.

Com relação à jurisprudência do TJMG, transcrita nos autos pela Autuada, razão não lhe assiste, conforme se verifica a seguir.

É possível que um bem, embora imprescindível, não tenha aplicação na atividade fim do contribuinte. Nessa situação, por não satisfazer as condições estabelecidas na legislação, não ensejará direito ao creditamento do ICMS.

Corrobora esse entendimento a decisão do Supremo Tribunal Justiça (STJ) na Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0518.05.075526-4/001, cuja ementa transcreve-se a seguir:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA. APELAÇÃO CÍVEL. MATERIAIS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO DAS USINAS E REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. BENS ALHEIOS À ATIVIDADE EMPRESARIAL. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS. INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SER Nº 1/1998. LIMITAÇÃO TEMPORAL PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. LEGITIMIDADE. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS EM OPERAÇÃO DE VENDA DE SUCATA. COBRANÇA DEVIDA. MULTA ISOLADA. PREVISÃO LEGAL. CORREÇÃO E JUROS PELA TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTES.
- O ICMS INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA CONSTRUÇÃO DAS USINAS E REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA, POR SEREM CARACTERIZADAS COMO MERCADORIAS DESTINADAS À CONSTRUÇÃO CIVIL DE AMPLIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LOGO, ALHEIAS À ATIVIDADE EMPRESARIAL, NÃO PODEM SER OBJETO DE COMPENSAÇÃO, MOSTRANDO-SE LEGÍTIMA A ATUAÇÃO FISCAL.

- NA ESTEIRA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO COL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SÃO LEGÍTIMAS AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, INCLUSIVE A LIMITAÇÃO TEMPORAL PREVISTA NO ARTIGO 33 NO TOCANTE AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO CONTRIBUINTE.

- SOMENTE AS OPERAÇÕES SUCESSIVAS DE SAÍDA DE SUCATA ESTÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DE ICMS, NOS MOLDES PREVISTOS NO ARTIGO 218, DO ANEXO IX, DO RICMS.

- HAVENDO PREVISÃO EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO QUANTO AO VALOR DA PENALIDADE, LEGÍTIMA SE MOSTRA A COBRANÇA PERPETRADA A TÍTULO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, INEXISTINDO QUALQUER EXCESSO NA EXECUÇÃO.

- PACIFICADO PELO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUANDO DO JULGAMENTO DO RESP 1.111.175/SP, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC, QUE A TAXA SELIC INCIDE NA ATUALIZAÇÃO DO CRÉDITO EM FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. (GRIFOU-SE).

A alegação da Impugnante de que a simples análise das notas fiscais não é suficiente para classificar os bens é completamente correta. Tanto assim, que a empresa foi intimada a apresentar documento contendo a indicação da utilização/função e o local de aplicação de cada bem que foi lançado no CIAP (fls. 39/45) deste PTA.

Tais dados estão presentes em colunas com esses mesmos nomes no Anexo 2, constante de mídia digital (CD-R) às fls. 77 dos autos.

Infração 3 do Auto de Infração

O percentual a ser apropriado em cada período de apuração é obtido através da relação entre as operações ou prestações tributadas e o total das operações ou das prestações realizadas no período.

Registra-se por oportuno, a reformulação do crédito tributário efetuada, no que se refere ao cálculo do coeficiente de creditamento apurado pela Fiscalização, uma vez que as operações de saída da energia elétrica comercializada ao abrigo do diferimento não haviam sido incluídas no montante de saídas operacionais.

Às fls. 298/309 estão presentes todos os procedimentos adotados pela fiscalização quando da reformulação.

Acostada às fls. 305 deste PTA, mais especificamente na coluna “5” (cinco), encontram-se os valores das operações de saída ao abrigo do diferimento, que correspondem exatamente ao valor constante da “tabela demonstrativa das operações

tributadas desconsideradas pela Fiscalização, apresentada pela Impugnante no doc. nº 05, (fls.260) do PTA

Cabe ainda salientar, que nesse ponto são equivocadas as afirmações da Impugnante, relativamente às operações de saída diferidas.

A Constituição da República (CR) de 1988, ao dispor sobre o ICMS, estabeleceu no art. 155, § 2º, inciso X, alínea “b” que o ICMS sobre a energia elétrica não incidirá sobre operações que destinem energia elétrica a outros estados.

Por sua vez, a Lei Complementar (LC) nº 87/96, ao disciplinar a incidência do ICMS sobre a energia elétrica, estabeleceu no art. 2º, §1º, inciso III, que o imposto incide sobre a entrada, no território do estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao estado onde estiver localizado o adquirente.

No art. 3º inciso III da retrocitada lei está disciplinada a não incidência sobre operações interestaduais relativas à energia elétrica, prevista na CR/88, quando destinados à industrialização ou à comercialização.

Quanto às saídas ao abrigo da substituição tributária, pertinente esclarecer que tal forma de recolhimento é decorrente da celebração do Convênio ICMS 83/00 que autorizou os estados e o Distrito Federal a atribuir ao estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situados em outras unidades federadas, a condição de substituto tributário, relativamente ao ICMS incidente sobre a entrada, em seus territórios, de energia elétrica não destinada à comercialização ou à industrialização.

Verifica-se que, nesse caso, a Impugnante não é o contribuinte do imposto, apenas lhe foi atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pela adquirente, na condição de substituta tributária.

Diante disso, afirma-se com clareza que as supramencionadas operações não são tributadas.

Outrossim não procede o questionamento da Impugnante para que fossem consideradas como tributadas as operações de saída de energia elétrica para estabelecimentos situados em outras unidades da federação.

Por fim com relação aos Acórdãos exarados pelo CC/MG, razão não assiste à Defesa, como adiante se verá.

Na Rerratificação do lançamento promovida pela Fiscalização a questão da proporcionalidade foi dirimida por ocasião da apuração do coeficiente de creditamento.

Ademais a decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.905/08/1ª, decorre da apropriação indevida de créditos na prestação de serviços de comunicação, que não se configura o objeto social da Autuada, conforme estatuto social acostado às fls. 16

dos autos. Quanto à questão da prova pericial, também tratada no citado acórdão, já foi exaustivamente enfrentada nas questões preliminares do caso presente.

Necessário ainda salientar que o retromencionado Acórdão foi publicado no Diário Oficial em 25/10/08, portanto está sob a égide da deserção nos termos do art. 165, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), *in verbis*:

Art. 165. (...)

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto; (grifou-se).

Infração 4 do Auto de Infração

A Impugnante alega que o valor de R\$ 38.430,46 (trinta e oito mil, quatrocentos e trinta reais e quarenta e seis centavos), lançado a crédito no campo E111, em março/11, refere-se à transferência de saldo credor apurado/acumulado em razão de incorporação da empresa.

Porém há que se observar a necessidade do cumprimento de determinados requisitos para essa prerrogativa. Não basta apenas lançar o valor a crédito, é imprescindível o cumprimento de todos os procedimentos prescritos na legislação.

Conforme do art. 66, § 3º, inciso IX do RICMS/02, caso o bem destinado ao ativo imobilizado seja transferido em operação interna para outro estabelecimento do mesmo titular antes do quadragésimo oitavo mês, as frações restantes poderão ser apropriadas no estabelecimento destinatário, desde que a nota fiscal contenha a informação do número de frações ainda não apropriadas e os respectivos valores.

Da mesma forma, o valor de R\$ 82.948,81 (oitenta e dois mil, novecentos e quarenta e oito reais, oitenta e um centavos) foi lançado a crédito no campo E111, em abril/13, tendo como justificativa um ajuste em virtude de implantação de um novo sistema de apuração de impostos.

Verifica-se, contudo, que não assiste razão à Impugnante, pois para que o crédito, relativo aos bens do ativo imobilizado, seja lançado como ajuste de apuração no registro de apuração do ICMS, é essencial que tenha sido apurado pelo CIAP, conforme art. 204, § 1º, Anexo V do RICMS/02, examine-se:

Art. 204. O documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) será escriturado pelo contribuinte para a apuração do valor do crédito a ser apropriado em decorrência da entrada de bem do ativo imobilizado, nos modelos a seguir relacionados:

(...)

§ 1º O crédito de ICMS a ser apropriado no período, conforme apuração do CIAP, deverá ser escriturado no Registro de Apuração de ICMS como ajuste de apuração. (Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A implantação de um novo sistema de apuração de impostos não tem o condão de modificar ou alterar os procedimentos e normas a serem observados pelos contribuintes, uma vez que não atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária para a sua validade.

Conclui-se então, que observada a reformulação do crédito efetuada pela Fiscalização, caracterizada as infringências à legislação tributária, crédito regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais remanescentes de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI configuradas no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de diligência formulado pelo Contribuinte. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 298/309. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento Júlia de Oliveira Fonseca. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros (Revisora) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 14 de fevereiro de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Vander Francisco Costa
Relator

CS/MV

21.331/17/2ª