

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.616/23/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002830491-28
Impugnação: 40.010156718-01
Impugnante: Ciclo Minerais Ltda
IE: 003456313.00-36
Proc. S. Passivo: Flávio Henrique Costa Pereira/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, em razão de apropriação indevida de créditos do imposto destacados em notas fiscais com destaque incorreto da alíquota de 12% (doze por cento) efetuado por contribuinte enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, sem observância dos requisitos legais e regulamentares, nos termos do art. 23, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 62, parágrafo único da Resolução CGSN nº 140/18. Corretas as exigências fiscais de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no mês setembro de 2021, em razão de apropriação indevida de créditos do imposto destacados nas notas fiscais de emissão de JPS Paixão Comércio e Transportes Eireli, localizada no município de Belford Roxo/RJ, com o destaque incorreto da alíquota de 12% (doze por cento) efetuado pelo contribuinte que é enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, sem observância dos requisitos legais e regulamentares, nos termos do art. 23, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 62, parágrafo único da Resolução CGSN nº 140/18.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às págs. 176/198, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às págs. 202/213.

DECISÃO

Como salientado, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no mês setembro de 2021, em razão de apropriação indevida de créditos do imposto destacados nas notas fiscais de emissão de JPS Paixão Comércio e Transportes Eireli, localizada no município de Belford Roxo/RJ, com o destaque incorreto da alíquota de 12% (doze por cento) efetuado pelo contribuinte que é enquadrado no regime Simples Nacional, sem observância dos requisitos legais e regulamentares, nos termos do art. 23, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 62, parágrafo único da Resolução CGSN nº 140/18.

Inconformada, a Autuada afirma que “...o Auto de Infração, como qualquer acusação ou petição inicial, delimita a matéria de defesa, já que define o objeto (aproveitamento de créditos de ICMS efetivado pela empresa autuada, em operação de aquisição de produtos fornecidos por microempresa), que é a questão controvertida que será apreciada pelo órgão julgador. Todos os outros fatos, mesmo que relacionados ao objeto, mas não abordados no Auto de Infração, se tornam incontroversos e com presunção de legalidade”.

No entanto, ressalte-se, verifica-se que o relatório fiscal e as planilhas elaboradas pelo Fisco demonstram a conduta infracional da Impugnante, o adequado embasamento legal, bem como as penalidades aplicáveis à ocorrência. Desse modo, estão presentes todos os requisitos e pressupostos necessários à formalização do trabalho fiscal, não causando nenhum prejuízo ao direito de defesa da Autuada.

O Auto de Infração contém todos os elementos para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA/08, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

RPTA/08

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - em se tratando de crédito tributário contencioso em PTA em meio físico, a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação.

CTN

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A Autuada também afirma que não há que se falar em irregularidade em sua conduta, uma vez que contabilizou todas as notas fiscais, declarou-as perante o Fisco e em seguida apurou, informou e recolheu o ICMS devido. Insiste em que o ônus de comprovar sua má-fé na utilização das notas fiscais de forma fraudulenta é do Fisco.

Nesse aspecto, também não assiste razão à Autuada. Salientar a boa-fé por ela apregoada como motivo suficiente para o cancelamento do feito fiscal carece de fundamentação, pois a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente, como preconiza o art. 136 do CTN:

CTN

Art. 136 - Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

No que respeita à alegação de que o ônus de comprovar a má-fé da Autuada na utilização das notas fiscais de forma fraudulenta seria do Fisco, cabe ressaltar que a obrigação de provar o devido recolhimento do imposto questionado é do sujeito passivo ou terceiro interessado, neste caso, a Autuada, uma vez que efetuou a apropriação de crédito do imposto destacado irregularmente em notas fiscais de entrada emitidas por fornecedora enquadrada no Simples Nacional.

Está claro que houve dano ao erário, em face do não recolhimento do imposto, em virtude do irregular aproveitamento de créditos ora estornados pelo presente Auto de Infração.

A Autuada também assevera que, caso o entendimento seja pela irregularidade no aproveitamento do crédito destacado de ICMS de 12% (doze por cento), este órgão julgador a autorize apropriar os créditos de ICMS do regime Simples

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nacional da empresa fornecedora, refazendo todos os cálculos apurados no presente Auto de Infração. Também afirma que o seu fornecedor já não se encontra enquadrado no Simples Nacional, desde a sua constituição, pois a sua exclusão do regime do Simples Nacional com efeitos retroativos, apenas não foi devidamente formalizada devido a omissão e morosidade do Estado, alegando que isso não pode prejudicá-la em hipótese alguma.

Também não assiste razão à Autuada. O direito ao crédito de ICMS das mercadorias adquiridas de fornecedores optantes pelo Simples Nacional só é possível observando-se como limite o ICMS efetivamente devido pela empresa optante em relação aos produtos vendidos.

Dessa forma, incorreto o destaque de 12% (doze por cento) efetuado pelo contribuinte remetente optante pelo Simples Nacional. Via de consequência, o destinatário mineiro não poderá se apropriar do crédito, conforme disposto no art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 e arts. 58, 60, 61 e 62, da Resolução CGSN nº 140/18, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 58. A ME ou EPP optante pelo Simples Nacional não fará jus à apropriação nem transferirá créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23)

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária, não optantes pelo Simples Nacional, terão direito ao crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de ME ou EPP

optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou à industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições, aplicando-se o disposto nos arts. 60 a 62.

(...)

Art. 60. A ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional que emitir nota fiscal com direito ao crédito estabelecido no § 1º do art. 58, consignará no campo destinado às informações complementares ou, em sua falta, no corpo da nota fiscal, a expressão: "PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$....; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006". (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º e 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

§ 1º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito a que se refere o caput, corresponderá ao percentual efetivo calculado com base na faixa de receita bruta no mercado interno a que a ME ou a EPP estiver sujeita no mês anterior ao da operação, mediante aplicação das alíquotas nominais constantes dos Anexos I ou II desta Resolução, da seguinte forma: $\{[(RBT12 \times \text{alíquota nominal}) - (\text{menos}) \text{ Parcela a Deduzir}]/RBT12\} \times \text{Percentual de Distribuição do ICMS}$. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º e 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

§ 2º Será considerada a média aritmética da receita bruta total dos meses que antecederem o mês anterior ao da operação, multiplicada por 12 (doze), na hipótese de a empresa ter iniciado suas atividades há menos de 13 (treze) meses da operação. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º e 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

§ 3º O percentual de crédito de ICMS corresponderá a 1,36% (um inteiro e trinta e seis centésimos por cento) para revenda de mercadorias e 1,44% (um inteiro e quarenta e quatro centésimos por cento) para venda de produtos industrializados pelo contribuinte, na hipótese de a operação ocorrer nos 2 (dois) primeiros meses de início de atividade da ME ou da EPP optante pelo Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º e 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

§ 4º No caso de redução de ICMS concedida pelo Estado ou Distrito Federal nos termos do art. 35, esta será considerada no cálculo do percentual de crédito de que tratam os §§ 1º e 3º, conforme critério de concessão disposto na legislação do ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º e 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º Na hipótese de emissão de NF-e, o valor correspondente ao crédito e a alíquota referida no caput deste artigo deverão ser informados nos campos próprios do documento fiscal, conforme estabelecido em manual de especificações e critérios técnicos da NF-e, nos termos do Ajuste SINIEF que instituiu o referido documento eletrônico. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, § 6º; art. 26, inciso I e § 4º)

Art. 61. A ME ou a EPP optante pelo Simples Nacional não poderá consignar no documento fiscal a expressão mencionada no caput do art. 60, ou caso já consignada, deverá inutilizá-la, quando: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º e 4º; art. 26, inciso I e § 4º)

I - estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;

II - tratar-se de operação de venda ou revenda de mercadorias em que o ICMS não é devido na forma do Simples Nacional;

III - houver isenção estabelecida pelo Estado ou Distrito Federal, nos termos do art. 38, que abranja a faixa de receita bruta a que a ME ou EPP estiver sujeita no mês da operação;

IV - a operação for imune ao ICMS;

V - considerar, por opção, que a base de cálculo sobre a qual serão calculados os valores devidos na forma do Simples Nacional será representada pela receita recebida no mês (Regime de Caixa); ou

VI - tratar-se de prestação de serviço de comunicação, de transporte interestadual ou de transporte intermunicipal.

(...)

Art. 62. O adquirente da mercadoria não poderá se creditar do ICMS consignado em nota fiscal emitida por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, a que se refere o art. 60, quando: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 6º)

I - a alíquota estabelecida no § 1º do art. 60 não for informada na nota fiscal;

II - a mercadoria adquirida não se destinar à comercialização ou à industrialização; ou

III - a operação enquadrar-se nas situações previstas nos incisos I a VI do art. 61.

Parágrafo único. Na hipótese de utilização de crédito a que se refere o § 1º do art. 58, de forma indevida ou a maior, o destinatário da operação estornará o crédito respectivo conforme a legislação de cada ente, sem prejuízo de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eventuais sanções ao emitente, nos termos da legislação do Simples Nacional.

Ademais, deve ser destacado que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, com relação a saída promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, está condicionado ao atendimento dos requisitos definidos pela legislação estadual, conforme prescreve o § 26 do art. 42 e art. 68-A, Parte Geral do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 26. Na saída promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte de mercadoria destinada à comercialização ou industrialização, para o cálculo do crédito de que trata o art. 68-A deste Regulamento, a alíquota aplicável corresponderá ao percentual do ICMS previsto nos Anexos I ou II da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para a faixa da receita bruta a que o remetente estiver sujeito no mês anterior ao da operação, observado o seguinte:

I - na hipótese de a operação ocorrer no mês de início da atividade do contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, a alíquota a ser informada corresponderá ao menor percentual de ICMS previsto nos referidos Anexos;

II - o documento fiscal que acobertar a operação deverá conter, nos campos específicos "pCredSN" e "vCredICMSSN", a alíquota aplicável de cálculo do crédito e o valor do crédito de ICMS que pode ser aproveitado, nos termos do art. 23 da Lei Complementar Federal nº 123, de 2006.

(...)

Art. 68-A. O valor do imposto corretamente informado no documento fiscal emitido por microempresa ou empresa de pequeno porte na forma prevista no § 26 do art. 42 deste Regulamento poderá ser apropriado pelo destinatário, sob a forma de crédito, quando se tratar de aquisição de mercadoria destinada à comercialização ou industrialização.

No mesmo sentido, preconiza o art. 70, inciso XV, da Parte Geral do RICMS/02, ao dispor que em caso de documento fiscal em que não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 do RICMS/02, fica vedado o aproveitamento do crédito de ICMS que se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte:

RICMS/02

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XV - o imposto se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando:

a) no documento fiscal que acobertar a aquisição, não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 deste Regulamento; e

Preceitua, também, o art. 195 da Parte Geral do RICMS/02 que os créditos ilegítimos ou indevidos escriturados serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros e multas relativas ao aproveitamento indevido.

RICMS/02

Art. 195. Na hipótese do contribuinte do ICMS ter escriturado créditos ilegítimos ou indevidos, tais créditos serão estornados mediante exigência integral em Auto de Infração, acrescidos dos juros de mora, das multas relativas ao aproveitamento indevido e da penalidade a que se refere o inciso II do art. 56 da Lei nº 6.676/3, de 1975, a partir dos respectivos períodos de creditamento.

Assim aclarado, o pedido da Impugnante não se encontra fundamentado para requerer a improcedência do Auto de Infração, com o acatamento do aproveitamento do crédito, a exclusão das multas, bem como o cancelamento do feito fiscal. Não há fundamento para que seja autorizado à Autuada se apropriar dos créditos de ICMS inserido no regime Simples Nacional da empresa fornecedora, uma vez que a documentação fiscal emitida pela remetente se encontra em desacordo com a legislação vigente.

Assim, em conformidade com o estatuído no art. 70, inciso XV, alínea “a”, do RICMS/02, fica vedado o aproveitamento do crédito relativo às operações promovidas por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando no documento fiscal não for informada a alíquota correspondente ao percentual do ICMS.

RICMS/02

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

XV - o imposto se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando:

a) no documento fiscal que acobertar a aquisição, não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 deste Regulamento;

Restou comprovado que a Autuada recolheu ICMS a menor, tendo em vista que se apropriou indevidamente de créditos do imposto destacados em notas fiscais irregularmente emitidas por empresa optante pelo regime do Simples Nacional, que foram estornados e sujeitando-a às penalidades definidas no art. 55, inciso XXVI, e no art. 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (Revisora) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 13 de dezembro de 2023.

Wertson Brasil de Souza
Relator

André Barros de Moura
Presidente

D

CCMG