

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.226/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000311256-10
Impugnação: 40.010138825-62
Impugnante: Flasan Comercial e Indústria de Perfis de Aço Ltda
IE: 062705833.00-76
Coobrigado: Flávio de Figueiredo
CPF: 195.622.256-15
Proc. S. Passivo: Thiago Seixas Salgado/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - DESTINATÁRIO SIMPLES NACIONAL. Constatou-se saída de sucata de bobinas, ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a mercadoria foi destinada a estabelecimento de destinatário pertencente ao Simples Nacional. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO. Constatou-se saída de mercadorias em operações de transferência entre estabelecimentos da Autuada, ao abrigo indevido do diferimento, visto que tais operações não se encontram enquadradas nas hipóteses previstas no Anexo II do RICMS/02 e nem amparadas por regime especial de tributação. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 8º do RICMS/02.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO - Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários, nos termos do art. 66, inciso V do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso III do RICMS/02.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SIMPLES NACIONAL. Constatou-se o aproveitamento indevido de crédito relativo a operações cujos remetentes eram contribuintes optantes do Simples Nacional, que não cumpriram o disposto na legislação tributária para fins do crédito do imposto. Exigências do ICMS, da multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada nos termos dos arts. 23 da LC nº 123/06 e § 26 do art. 42 do RICMS/02.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- recolhimento a menor do ICMS, no período de março de 2012 a agosto de 2014, em face do encerramento/descharacterização do diferimento, por estarem os destinatários enquadrados em regime tributário diferenciado simplificado Simples Nacional, conforme disposto no art. 12, inciso V, alínea "a" do RICMS/02. Também em razão do uso indevido do diferimento nas operações de transferências de mercadorias não previstas nas hipóteses relacionadas no Anexo II do RICMS/02, nem acobertadas por regime especial autorizado pelo Diretor da Superintendência de Legislação e Tributação, conforme previsto no art. 8º do mesmo diploma legal.

- aproveitamento indevido de ICMS, no período de janeiro de 2011 a agosto de 2013, relativo às aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, bem como a documentos fiscais emitidos por empresas enquadradas no Simples Nacional. Crédito vedado nos termos dos incisos III e XV, alínea "a" do art. 70 do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos XXXVII (na irregularidade 1) e XXVI (na irregularidade 2), do mesmo diploma legal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 609/628, acompanhada dos documentos de fls. 629/801, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 808/824.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 826/837, opina, no mérito, pela procedência do lançamento.

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, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

O Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes 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. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- recolhimento a menor do ICMS, no período de março de 2012 a agosto de 2014, em face do encerramento/descharacterização do diferimento, por estarem os destinatários enquadrados em regime tributário diferenciado simplificado Simples Nacional, conforme disposto no art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02. Também em razão do uso indevido do diferimento nas operações de transferências de mercadorias não previstas nas hipóteses relacionadas no Anexo II do RICMS/02, nem acobertadas por regime especial autorizado pelo Diretor da Superintendência de Legislação e Tributação, conforme previsto no art. 8º do mesmo diploma legal.

- aproveitamento indevido de ICMS, no período de janeiro de 2011 a agosto de 2013, relativo às aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, bem como a documentos fiscais emitidos por empresas enquadradas no Simples Nacional. Crédito vedado nos termos dos incisos III e XV, alínea “a” do art. 70 do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da lei nº 6.763/75 e Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos XXXVII (na irregularidade 1) e XXVI (na irregularidade 2), do mesmo diploma legal.

Foi incluído o sócio administrador Flávio de Figueiredo com coobrigado na presente autuação com fulcro no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN, c/c o art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A empresa, ora Autuada, tem como atividade principal o comércio varejista de materiais de construção (CNAE 4744-0/05), no período autuado, conforme Extratos do SICAF acostados às fls. 115/116 dos autos, tendo sido alterado apenas em 19/05/15 para “fabricação de estruturas metálicas” (CNAE 2511.0/00).

1 – Diferimento – descharacterização/encerramento:

Cabe inicialmente esclarecer que o diferimento do imposto somente ocorrerá nas hipóteses relacionadas no Anexo II do RICMS/02, podendo ser estendido a outras operações ou prestações, mediante regime especial autorizado pelo Diretor da Superintendência de Legislação e Tributação (SLT). É o que dispõe o art. 8º do RICMS/02:

RICMS/02

Art. 8º O imposto será diferido nas hipóteses relacionadas no Anexo II, podendo ser estendido a outras operações ou prestações, mediante regime especial autorizado pelo Diretor da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Superintendência de Legislação e Tributação
(SLT).

A Fiscalização relaciona na Planilha 01 as notas fiscais de saídas em operações de transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, em que a Contribuinte utilizou indevidamente o diferimento do ICMS.

Consta da referida planilha, nas notas de rodapé que, tendo sido intimado o Contribuinte a esclarecer as informações consignadas no campo “informações complementares” dos documentos fiscais acerca de suposta existência de regime especial, apresentou cópia do RET nº 45.000002336-33/PTA 16.000464931-71 de 02/01/13 da empresa Flasan Com. e Indústria, I.E. nº 062.702833.0157. Entretanto, tal regime não abarca o estabelecimento ora autuado.

Em sua defesa a Impugnante alega que desde janeiro de 2013 o estabelecimento filial da Impugnante é detentor do Regime Especial RET nº 45.000002336-33 (doc.4), no qual foi concedido além do crédito presumido, o diferimento do ICMS incidente nas aquisições internas de bens do ativo permanente, de mercadorias a serem utilizadas como matéria-prima, produto intermediário, ou material de embalagem, e, ainda relativo à parcela de industrialização sob encomenda, realizada por contribuinte mineiro, devido no retorno da mercadoria ao estabelecimento da Impugnante.

Dessa forma, a Autuada, após a industrialização das bobinas de aço adquiridas junto à Usiminas, realizava transferências dos *slitters* (aço cortado) para o seu estabelecimento matriz, detentor do Regime Especial nº 45.000002336-33, para a fabricação de perfis e de estruturas de aço, no entendimento de que poderia ser alcançada pelo regime especial da Matriz.

Esclarece o Fisco que o referido RET foi concedido ao estabelecimento industrial (Inscrição Estadual nº 062.705833.0157), cópia de fls. 154/156, e trata do crédito presumido nas vendas, não tendo eficácia sobre as operações de transferências citadas acima, conforme pode-se constatar no próprio teor do Regime Especial de Tributação.

Cabe destacar que o Regime Especial, assinado em 02/01/13, tem como beneficiário apenas o estabelecimento industrial de I.E. Nº 062.705833-0157, identificado às fls. 154, tendo sido inclusive indeferido o pedido de adesão do estabelecimento da Autuada ao regime (fls. 157/158).

A Impugnante alega que o ICMS não é devido nas operações relacionadas no Auto de Infração, visto que os produtos denominados *slitters* foram enviados pela Autuada para seu estabelecimento Matriz, não havendo a transferência de titularidade.

Aduz que a transferência de bens entre estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica não configura fato gerador do ICMS, a teor do que determina o art. 155, inciso II da Constituição Federal.

Afirma que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, inclusive tendo sido publicada a Súmula nº 166.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, não tem razão a Impugnante quando afirma que não incide ICMS em operações entre matriz e filial, pois a legislação tributária é clara a respeito da autonomia dos estabelecimentos.

Considerando-se o disposto no inciso II, § 3º, art. 11 c/c art. 25, ambos da Lei Complementar nº 87/96, a localização do estabelecimento é referência para determinação do aspecto espacial da hipótese de incidência do ICMS, além de se constituir no núcleo de apuração autônoma do imposto, em que débitos e créditos se confrontam. Confira-se:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

Art. 25. Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado.

Outra decorrência da autonomia dos estabelecimentos é a incidência do ICMS mesmo nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme previsão contida no art. 12, inciso I da Lei Complementar nº 87/96, e no art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Lei nº 6.763/75

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Logo, é bem clara a legislação tributária quanto à incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

No caso dos autos, cabe destacar que não se trata de uma simples operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, visto que a Autuada adotou, nas operações de transferência de mercadorias, o código de situação tributária para operações com diferimento, qual seja CST 51 – Diferimento.

Ressalta o Fisco que é de fundamental importância a abordagem acerca do Regime Especial de Tributação concedido ao outro estabelecimento industrial do Contribuinte, para esclarecimento dos efeitos do referido regime nas operações de transferência realizadas entre Filial e Matriz, na irregularidade apurada pelo Fisco.

O RET nº 45.000002336-33 concedeu crédito presumido ao estabelecimento industrial do Contribuinte, sem adesão aos demais estabelecimentos do mesmo titular. De modo que, qualquer operação de transferência de mercadoria enviada pelos outros estabelecimentos do Contribuinte para o seu estabelecimento industrial (Matriz), influenciará diretamente no resultado econômico da operação.

Ocorre que quando o Contribuinte efetuou as aquisições das mercadorias na filial, ora Autuada, se creditou integralmente do ICMS incidente nas notas fiscais de entrada, mediante o regime de recolhimento de débito e crédito (D/C). Entretanto, ao transferir essas mercadorias para seu estabelecimento industrial - Matriz, não destacou o ICMS nas notas fiscais de saída. Já no estabelecimento Matriz, possuía o benefício do crédito presumido para cálculo do ICMS devido na saída, concedido conforme o RET citado anteriormente.

Demonstra, o Fisco, o efeito das operações de transferências de mercadorias sem destaque do ICMS, acostando o conta corrente fiscal da empresa (fls. 252/278), no qual se verifica a ocorrência do saldo devedor de ICMS nos anos de 2011 e 2012, e de saldo credor nos anos de 2013 e 2014, justamente quando a empresa passou a transferir as mercadorias sem destaque de ICMS nas NF-e de saída da filial para a matriz.

Registre-se que além das transferências de mercadorias para o estabelecimento matriz, verifica-se a ocorrência de transferência de mercadorias para outro destinatário, a empresa Indumyl Ind. e Com. Ltda, conforme se observa às fls.126 dos autos.

Portanto, em relação às operações relacionadas pelo Fisco na Planilha 1, relativas às transferências de mercadorias (CFOP 5.152) que utilizaram indevidamente o diferimento do ICMS (CST 51), por não se enquadrarem nas situações previstas no Anexo II do RICMS/02 nem tampouco estarem amparadas por regime especial, corretas as exigências fiscais.

Também não se encontram amparadas pelo diferimento as operações relacionadas na Planilha 2 – Notas Fiscais de Saídas – vendas de produção do estabelecimento (CFOP 5.101) ao abrigo indevido do diferimento do ICMS, visto que as empresas destinatárias encontram-se enquadradas regime tributário diferenciado simplificado Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim fica descaracterizado o diferimento nos termos do art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02, impondo-se a exigência do imposto e multa. Confira-se:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

(...)

V - a mercadoria for destinada:

a) a estabelecimento de microempresa ou de empresa de pequeno porte;

(...)

Não restam dúvidas quanto ao enquadramento das empresas destinatárias como Simples Nacional, conforme demonstrado às fls. 174 dos autos.

Os valores apurados encontram-se demonstrados na Planilha 03 de fls. 179/209 dos autos, tendo o Fisco aplicado a alíquota de 12% (doze por cento) para os produtos “perfis”, considerando a redução de base de cálculo prevista no item 3 da Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02 e a alíquota de 18% (dezoito por cento) para os demais produtos, conforme disposto no art. 42, inciso I, alínea “e” do mesmo diploma legal.

Além do imposto, foi exigida a multa de revalidação e a Multa Isolada, prevista no inciso XXXVII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

Corretas as exigências fiscais.

2 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS:

Foi constatado, ainda, o aproveitamento indevido de créditos de ICMS descritos na Planilha 04 (fls. 240/212), oriundos de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento e de entradas de mercadorias de empresas enquadradas no Simples Nacional.

Destaque-se que às fls. 366/596 dos autos constam cópias dos livros de Registro de Entradas - LREs referentes ao período autuado, nos quais se verifica a escrituração dos documentos fiscais cujos créditos foram estornados neste item do lançamento.

A Impugnante alega que o aproveitamento de créditos de ICMS relativos a documentos fiscais de entradas de contribuintes enquadrados no Simples Nacional está em conformidade com o disposto no art. 23 da Lei Complementar nº 123/06.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Confira-se o que dispõe o citado art. 23 da Lei Complementar nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da união, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios:

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.** (Grifou-se)

Da leitura do artigo supratranscrito verifica-se que, em regra geral, as MEs e as EPPs optantes pelo Simples Nacional não apropriam, nem transferem, créditos relativos ao ICMS abrangido pelo Simples Nacional.

Entretanto, a partir de 1º de janeiro de 2009, com a alteração promovida na LC nº 123/06, pela LC nº 128/08, passou-se a admitir o creditamento nos seguintes termos:

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.

§ 3º Na hipótese de a operação ocorrer no mês de início de atividades da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo corresponderá ao percentual de ICMS referente à menor alíquota prevista nos Anexos I ou II desta Lei Complementar.

§ 4º **Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:**

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

III - houver isenção estabelecida pelo Estado ou Distrito Federal que abranja a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês da operação.

IV - o remetente da operação ou prestação considerar, por opção, que a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei Complementar deverá incidir sobre a receita recebida no mês. (Grifou-se)

Assim, a pessoa jurídica não optante pelo Simples Nacional que adquirir mercadoria de ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, destinada à comercialização ou industrialização, terá direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre essa operação de aquisição, nos termos do já citado § 1º do art. 23 da LC nº 123/06.

Na hipótese do crédito mencionado referente à aquisição de mercadoria destinada à comercialização e industrialização, deve-se verificar o disposto no § 4º supracitado. Vale destacar que na hipótese de a ME ou EPP não informar no documento fiscal a alíquota aplicável ao cálculo do crédito, o respectivo adquirente da mercadoria não terá direito ao creditamento.

Nesse mesmo sentido o disposto na Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007, *in verbis*:

Art 2º-C O adquirente da mercadoria não poderá se creditar do ICMS consignado em nota fiscal emitida por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, de que trata o art. 2º-A, quando: (Redação dada pela Resolução CGSN nº 60, de 22 de junho de 2009)

I - a alíquota de que trata o § 1º do artigo 2º-A não for informada na nota fiscal; (Incluído pela Resolução CGSN nº 60, de 22 de junho de 2009)

Na legislação mineira, dispõe o inciso XV do art. 70 do 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; e

(...)

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 no campo destinado às informações complementares ou na sua falta, no corpo do documento, por qualquer meio gráfico indelével, a expressão: "Permitido o aproveitamento do crédito de ICMS no valor de R\$....; correspondente à alíquota de ... %, nos termos do art. 23 da Lei Complementar Federal nº 123, de 2006.

Da análise da Planilha 04 (fls. 210/212) e dos documentos fiscais, acostados às fls. 227/238, referentes aos créditos ora estornados pela Fiscalização, observa-se que os valores apropriados como crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as notas fiscais de aquisições foram lançados com alíquota integral sobre os valores da base de cálculo, ou seja, não foi considerado o limite do ICMS efetivamente devido pelas empresas optantes do Simples Nacional, conforme disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, nem observados os casos em que não se aplica do § 4º, todos do art. 23 da LC nº 123/06, acima transcrito.

Assim, a alíquota aplicada, pela Autuada, para cálculo do crédito de ICMS não corresponde ao percentual previsto nos anexos I ou II da citada lei complementar, para a faixa de receita bruta que estiver sujeita a empresa emitente do documento fiscal, conforme exigido na LC nº 123/06.

Cita como exemplo a NF-e nº 3084 (fls. 233), na qual foi informado no campo "informações complementares" que permite o aproveitamento de crédito de ICMS correspondente à alíquota de 3,45% (três vírgula quarenta e cinco por cento), porém consta o aproveitado da alíquota de 18% (dezoito por cento) no livro Registro de Entradas (fls. 544).

Constata-se, ainda, que algumas notas fiscais de aquisições relacionadas na Planilha nº 04 não constam sequer a informação da alíquota a ser aplicada, conforme exigido no § 2º do art. 23 da LC nº 123/06, como podemos constatar nas NF-e nº 2070, nº 2199, nº 2201, nº 2251 e nº 2327 (fls. 227/231).

Desse modo, verifica-se que a Autuada não faz *jus* ao creditamento em análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao crédito do imposto relativo às aquisições de material de uso e consumo do estabelecimento, inclusive escrituradas pela Autuada em seu livro Registro de Entradas com o CFOP 1.556 (Compra de material para uso e consumo), também não encontra amparo na legislação.

A vedação à apropriação dos créditos de ICMS relacionados com aquisições de materiais de uso e consumo está prevista no art. 70, inciso III do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2019, de bens destinados a uso ou a consumo do estabelecimento.

Assim, correto o estorno dos créditos de ICMS efetuado pela Fiscalização, estando, por conseguinte corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75:

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;

(...)

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, legítimo é o lançamento.

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante no § 5º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, visto que a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

As questões de cunho constitucional arguidas 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 Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “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”.

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 procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

oralmente o Dr. Thiago Seixas Salgado e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu e Cinara Lucchesi Vasconcelos Campos.

Sala das Sessões, 20 de julho de 2016.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Relator**

IS/D

CC/MIG