

Acórdão: 14.406/00/3^a
Impugnação: 40.1010058-89
Impugnante: Elevadores Atlas Schindler S/A
Advogado: Ana Paula Garcia Santos
PTA/AI: 01.000135812-51
Inscrição Estadual: 062.003564.0047
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Alíquota de ICMS - Diferencial - Falta de Recolhimento - Constatação de falta de recolhimento pela Autuada do ICMS relativo à diferença de alíquota, em operações interestaduais, relativamente à aquisição de materiais de uso e consumo e bens do ativo imobilizado do estabelecimento. Infração plenamente caracterizada.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Diversas Irregularidades - Devolução Irregular - Energia Elétrica - Telecomunicações. Constatado aproveitamento de créditos na devolução de mercadorias sem observância das normas regulamentares além de aproveitamento de créditos de ICMS referentes a energia elétrica e serviços de telecomunicação destinados ao emprego em atividade diversa da circulação de mercadorias, *in casu*, serviços sujeitos à incidência do ISSQN. Infrações plenamente caracterizadas.

Lançamento procedente, mantendo-se as exigências fiscais. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

- aproveitamento de créditos de ICMS provenientes de operações de devolução de mercadorias realizadas por pessoas não contribuintes, em desacordo com disposto na legislação tributária;
- aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais de energia elétrica e serviços de telecomunicação;
- falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA IMPUGNAÇÃO

A Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.297/319), por intermédio de procuradores regularmente constituídos, aduzindo o seguinte:

- que, no tocante ao não recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo, reconhece a irregularidade, comprometendo-se a efetuar o recolhimento das exigências;

- que, no tocante às devoluções, as mesmas não foram realizadas por produtores rurais. Transcreve o disposto no artigo 70, inciso VII, do RICMS/96;

- que trata-se de devoluções de peças e partes de elevadores e escadas rolantes, equipamentos esses utilizados em prédios e shoppings;

- que consta das notas fiscais a seguinte observação: “devolução total da nota fiscal ..., de ..., por estar em desacordo com a solicitação do cliente”. Transcreve o disposto no artigo 76 do RICMS/96;

- que, no tocante aos créditos provenientes de energia elétrica e serviço de telecomunicação, foi violado o princípio constitucional da não-cumulatividade, uma vez que o Poder Executivo Estadual criou uma limitação ao crédito do ICMS. Transcreve o disposto no art. 155, II, § 2º, I, da CF/88;

- que não há que se falar em estorno de parcela de crédito, uma vez que a Contribuinte se creditou de quantia efetivamente recolhida aos cofres estaduais, ou seja, do “montante cobrado” nas operações anteriores;

- que a LC 87/96 veio apenas ratificar um direito constitucional, sendo inválido o adiamento desse direito para o ano de 2.003, eis que o direito decorre do princípio constitucional da não-cumulatividade e não do reconhecimento desse direito por legislação infraconstitucional.

Cita doutrinas e decisões para ratificar o seu entendimento;

Requer a procedência da Impugnação.

DA RÉPLICA

O Fisco em manifestação(fl.625/627) refuta os termos da Impugnação, aduzindo o seguinte:

- que trata-se de devolução de mercadorias por pessoas não inscritas como contribuinte ou não obrigadas a emissão de documento fiscal, conforme art. 70, inc. VII, do RICMS/96, ressalvado o disposto no art. 76, § 2º, condições estas não cumpridas pela Contribuinte em sua totalidade;

- que, no tocante aos créditos de energia elétrica e telecomunicação, o art. 70, inc. XIII, do RICMS/96 dispõe que “fica vedado o aproveitamento do imposto, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento”;

- que os §§ 3º e 5º do citado artigo deixam bem claro as situações em que os créditos relativos a entradas de bens e serviços não podem ser aproveitados;

- que a Autuada presta também serviços de manutenção de elevadores, atividade alheia e paralela a circulação de mercadoria, conforme consta à fl. 14 dos autos (percentual estornado)

Pede a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Preliminarmente, referente à arguição de cerceamento de defesa, em razão da alegada falta de clareza na descrição dos fatos que originaram o trabalho fiscal e sua adequação ao embasamento legal capitulado, verifica-se que o Fisco seguiu rigorosamente os requisitos definidos no artigo 58 da CLTA/MG, aprovada pelo decreto 23.780/84, complementando o trabalho fiscal através de quadros sintéticos e explicativos, proporcionando à Autuada a condição necessária e suficiente para realização de sua defesa.

No mérito, tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, no qual foram enfrentados todos os aspectos impugnados pela Autuada em sua peça defensiva, abaixo transcreve-se o mesmo, corporificando, assim, os fundamentos da decisão.

“Aproveitamento de Créditos de ICMS Provenientes de Operações de Devolução de Mercadorias:

Foi imputado o aproveitamento indevido de créditos provenientes de devoluções de mercadorias por pessoas não inscritas como contribuinte ou não obrigadas a emissão de documento fiscal, em face da não observância da legislação pertinente à matéria.

Inicialmente, esclarecemos que as notas fiscais de entrada, os valores de base de cálculo e os valores do imposto a estornar encontram-se relacionados conforme **Quadro 02** de fls. 09/13 e anexadas em sua totalidade aos autos.

Atestamos, de fato, que constam das mesmas a observação referente à devolução total, ao nº e data da nota fiscal de saída e ao motivo da devolução.

A seguir, transcreveremos os dispositivos legais infringidos (“Seção VI – Do Crédito Relativo às Devoluções, Trocas e Retornos de Mercadorias”):

“Art. 76 - O estabelecimento que receber mercadoria devolvida por particular, produtor rural ou qualquer pessoa não considerada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte, ou não obrigada à emissão de documento fiscal, poderá apropriar-se do valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, nas seguintes hipóteses:

I - se a devolução ocorrer em virtude de garantia, considerando-se como tal a que decorrer de obrigação assumida pelo remetente ou fabricante de substituir a mercadoria remetida, caso esta apresente defeito dentro do prazo de garantia ou outro prazo previsto no § 1º deste Regulamento previsto para a hipótese;

II - quando se tratar de devolução, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, de mercadoria identificável pela marca, tipo, modelo, espécie, qualidade, número de série de fabricação e outros elementos que a individualizem;

III - se a devolução se referir a mercadoria recebida por repartição pública;

IV - quando se tratar de troca, assim considerada a substituição de mercadoria por uma ou mais da mesma espécie ou de espécie diversa, desde que de valor não inferior ao da substituída, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contado da saída da mercadoria".

§ 2º - A devolução ou a troca serão comprovadas mediante:

1) restituição pelo cliente da via do documento fiscal a ele destinada, ou, tratando-se de devolução ou troca parcial, cópia reprográfica do documento;

2) declaração do cliente ou responsável, no documento referido no item anterior, de que devolveu as mercadorias, especificando o motivo da devolução, com menção do seu documento de identidade, ou, tratando-se de contribuinte ou seu preposto, com a aposição de carimbo do CGC

3) "visto" obrigatório do posto de fiscalização, se existente no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador, no documento acobertador do trânsito da mercadoria devolvida" (grifos nossos).

Assim, legítima a apropriação de créditos provenientes de devolução em garantia, de devolução de mercadoria perfeitamente identificável, de devolução de mercadoria recebida por repartição pública ou de devolução por troca.

Entretanto, encontra-se a mesma condicionada à restituição pelo cliente da via do documento fiscal a ele destinada ou da cópia reprográfica do documento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(devolução ou troca parcial) e à declaração do cliente no documento mencionado, com a especificação do motivo da devolução.

A observância dos preceitos acima não deve ser considerada como uma mera obrigação formal, vez que consiste em instrumento eficaz para o controle das operações de devolução por parte do Fisco.

Reputamos corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, e à respectiva MR.

Aproveitamento De Créditos de ICMS Provenientes de Energia Elétrica e Serviços de Telecomunicação:

Foi imputado o aproveitamento indevido de créditos provenientes de aquisições de energia elétrica e utilização de serviços de telecomunicação, vez que foram destinados ao emprego em atividade diversa de circulação de mercadorias.

Encontram-se demonstrados, conforme **Quadro 03** fl.14, o faturamento mensal da empresa em relação às atividades tributadas pelo ISS, o faturamento em relação às atividades tributadas pelo ICMS, e os percentuais relativos às atividades tributadas pelo ISS (não tributadas pelo ICMS).

Encontram-se ainda relacionadas, conforme **Quadro 04** (fls.15/19), as notas fiscais, as bases de cálculo, os valores de ICMS e os valores estornados, considerando os percentuais relativos às atividades não tributadas pelo ICMS.

O procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo art. 70, inc. XIII, §§ 3º e 5º do RICMS/96, que reza o seguinte:

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

XIII - o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de **serviços alheios à atividade do estabelecimento**.

§ 3º - Consideram-se 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.

§ 5º - **Não gera direito a crédito a entrada de bens destinados ao emprego em atividade diversa de operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, ainda que desenvolvida paralelamente à atividade tributada**”(grifos nossos).

Nesse sentido, correto o procedimento do Fisco em estornar os valores apropriados proporcionalmente às atividades não tributadas pelo ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reputamos legítimas as exigências fiscais relativas ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, e à respectiva MR.

Falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo:

Encontram-se relacionados, conforme **Quadro 01** fls. 06/08, as notas fiscais, as bases de cálculo, os valores de ICMS destacados, e os valores relativos ao diferencial de alíquota.

A irregularidade não foi contestada pela Impugnante.

O procedimento do Fisco está respaldado pelos artigos 1º, inc. VII, 2º, inc. II, 43, § 1º, 44, inc. XII do RICMS/96.

Os valores não foram levados à recomposição da conta gráfica, em face do disposto no art. 84, inc. III, do RICMS/96.

Corretas as exigências fiscais (ICMS e MR).”

Portanto, restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em rejeitar a argüição de cerceamento de defesa interposta pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 14/11/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**

JP/