

Acórdão: 14.951/01/1^a
Impugnação: 40.010103104-79
Agravo Retido: 40.030103520-25
Impugnante/Agr.: Irmãos Bretas Filhos e CIA Ltda
Proc.do Suj. Passivo: Juliana Mendes Guimarães Pinto/Outros
PTA/AI: 01.000137263-99
Inscrição Estadual: 701.087204.22-01(Autuada)
Origem: AF/ Uberaba
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Constatam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatado o aproveitamento indevido de créditos fiscais decorrentes de: 1) aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento, materiais de construção; 2) Créditos provenientes de aquisições de bens destinados a uso e consumo; 3) ICMS/ST relativa à diferença a maior apurada entre o recolhimento efetuado sobre a base de cálculo estimada e o valor real as saída; 4) falta de apresentação das 1^{as} vias das notas fiscais. Infrações caracterizadas. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Por emitir notas fiscais que não correspondem efetivamente a uma entrada de mercadoria no estabelecimento. Infração caracterizada. Legítima a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III, da Lei nº 6763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - USO E CONSUMO E MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo e materiais de construção. Infração caracterizada nos termos do artigo 43, § 1º do RICMS/96 . Exclusão das exigências referentes às aquisições de balanças e prateleira de inox, por se tratar de materiais destinados ao ativo permanente da empresa.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de Janeiro/1999 a Abril/2000, pelas seguintes irregularidades:

1. Aproveitou indevidamente créditos de ICMS:

1.1- Relativos às aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento; de materiais de construção e de bens de uso e consumo, conforme demonstrado na planilha 1;

1.2- Recolhidos a maior em face da divergência entre a base de cálculo da substituição tributária e a real, conforme demonstrado na planilha de fls.2;

1.3- Sem os respectivos documentos fiscais, conforme demonstrado na planilha 2;

2. Deixou de recolher o ICMS:

2.1- Resultante da aplicação do percentual relativo a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, pelas entradas dos bens supramencionados no subitem 1.1 (demonstrado na planilha 3);

2.2- Em decorrência dos aproveitamento indevidos de créditos descritos no item 1 (demonstrado nas planilhas 4 e 5);

3. Emitiu notas fiscais que não correspondem a uma entrada de mercadoria no estabelecimento, creditando-se do imposto conforme descrito no subitem 1.2 anterior, como se tivesse havido uma entrada de mercadoria.” Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso III, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 113 a 139, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.161 a 169.

Indeferido o requerimento de prova pericial às fls. 171, o mesmo foi agravado às fls. 173 a 175.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 179 a 190, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Agravo. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

De início, à vista da intempestividade, opina-se pelo não conhecimento do Recurso de Agravo apresentado.

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. Cumpre salientar que há nos autos elementos

suficientes para propiciarem a análise e o esclarecimento da matéria, bem como demonstrar com exatidão os valores devidos, razões pelas quais considera-se desnecessária a prova pericial requerida.

Ademais, os quesitos formulados pela Impugnante às fls.139, não dizem respeito ao mérito das exigências propriamente dito, vez que as infrações apontadas nos autos não estão relacionadas às questões que a impugnante pretende ver esclarecida com a perícia (saídas com redução de base de cálculo). E quanto ao cerceamento de defesa sugerido, urge ressaltar que todos os meios de defesa previstos na legislação tributária foram utilizados pela Autuada. O receio da Agravante de que possa haver cobrança em duplicidade é totalmente infundado.

Desta forma, sendo desnecessária a produção de prova pericial para elucidar a questão, tendo em vista que dos autos constam todos os elementos necessários à sua apreciação, fica mantida a decisão de indeferimento de perícia, nos termos do art. 116, inciso I da CLTA/MG.

2. Preliminar 2

2.1 - O pedido de nulidade do auto de infração sob alegação de existência de “insanáveis vícios constante no trabalho fiscal”, não merece ser acolhida. O presente crédito tributário foi formalizado mediante Auto de Infração, anexado às fls. 10/11, o qual contém todos os requisitos exigidos no art. 58 da CLTA/MG, porquanto não devem ser acatadas as exaustivas alegações de nulidade do Auto de Infração por falha material ou violação a qualquer princípio de direito. Além disso, a impugnante não apontou de forma objetiva quais seriam os vícios existentes no trabalho fiscal.

2.2 - A ação judicial (Mandado de Segurança) mencionada pela Impugnante na preliminar, segundo ela, com decisão de mérito favorável à sua pretensão, não alcança as exigências lançadas no auto de infração em exame, posto que o objeto daquela ação, conforme se depreende da leitura dos trechos transcritos às fls.115/116, diz respeito ao direito à restituição do ICMS pago no caso de não realização do fato gerador presumido, enquanto a infração apontada na peça fiscal trata de creditamento indevidos de ICMS/ST, relativo à diferenças entre o recolhimento efetuado sobre a base de cálculo estimada e o valor de venda a consumidor.

2.3 - Por oportuno cumpre esclarecer que a pretensão da Autuada de se apropriar destes créditos, foi objeto de outra ação judicial, impetrada pela sua matriz, estabelecida em Contagem, a qual deu origem ao Processo 031172-8/98 (fls.97/99), cujo pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a Impetrante requerido o arquivamento dos autos, conforme se verifica nos documentos de fls.100 deste PTA. Isto posto, não merece ser acolhida a pretensão da Impugnante para que sejam canceladas as exigências apontadas no auto de infração.

2.4 - No tocante ao pedido de exclusão dos sócios da autuada do pólo passivo da obrigação tributária, cumpre esclarecer que a identificação dos mesmos no AI (fls.10) é apenas em caráter informativo do quadro societário da empresa à época dos fatos que deram origem às exigências e não implica, necessariamente, em

responsabilidade solidária, a qual sendo o caso, será apurada por ocasião da execução fiscal.

Assim, todas preliminares argüidas pela Impugnante deverão ser rejeitadas.

DO MÉRITO

Versa a autuação sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, falta de recolhimento de ICMS relativo a diferença de alíquota, e descumprimento de obrigação acessória, ocorridos no período de Janeiro/1.999 a Abril/2.000, em decorrência da prática das irregularidades descritas no Auto de Infração e que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

1. Aproveitamento indevido de crédito de ICMS, proveniente de:

1.1 – Aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento, materiais de construção e de bens de uso e consumo.

1.2 – ICMS/ST relativa a diferença a maior apurada entre o recolhimento efetuado sobre a base de cálculo estimada e o valor real da saída.

1.3 – Documentos fiscais, cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco.

2. Falta de recolhimento de ICMS relativo a diferença de alíquota devido nas entradas de bens de uso e consumo e materiais de construção.

3. Descumprimento de Obrigação Acessória – Emissão de notas fiscais que não correspondem a uma entrada de mercadoria no estabelecimento.

Da leitura dos argumentos apresentados depreende-se que em momento algum a Impugnante contesta objetivamente o mérito das exigências, pautando sua defesa basicamente em quatro vertentes: na alegada inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais que impedem o aproveitamento integral dos créditos de ICMS, na existência de decisão judicial favorável ao aproveitamento de créditos relativo a ICMS/ST, na inaplicabilidade das multas de natureza confiscatória e na ilegalidade da cobrança de juros correspondente à taxa SELIC.

Nesse aspecto vale lembrar em princípio que em face do disposto no art.88, Inciso I da CLTA/MG, não cabe a essa casa a apreciação sobre as questões de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, argüidas pela impugnante.

Quanto ao mérito, do exame da documentação constante dos autos verifica-se que nenhuma razão assiste à Impugnante. Para facilitar o exame dos fatos que deram origem as exigências, passamos a discorrer sobre as irregularidades apontadas no Auto de Infração, utilizando a mesma metodologia adotada acima, vejamos:

1. Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de:

1.1 – Aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento, materiais de construção e de bens de uso e consumo.

No tocante à apropriação de créditos de ICMS, vale recordar que nos termos fixados pela CF/88, especificamente no art. 155, Inciso XII, alínea “c”, “Cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto”. Nesse sentido a LC 87/96, estabelece expressamente no § 1º do art. 20, que não dão direito a crédito, as mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Na legislação Mineira a vedação do direito ao aproveitamento do crédito relativo a material de construção está contida no art. 70, Inciso XIII, § 3º, do RICMS/96, *in verbis* :

“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**”. (destacamos)

Mediante a IN DLT/SRE nº 01/98, a então Diretoria de Legislação Tributária, visando orientar os contribuintes e profissionais que atuam na área jurídico-tributária, normatizou a matéria da seguinte forma:

“Art. 1º - **Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:**

(.....)

III - **Mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.**” (destacamos)

Concernente a prova, a descrição das mercadorias contida na relação de notas fiscais, anexadas às fls. 13/21, bem como o carimbo do BDMG (Instituição Financiadora da Obra), aposto nas notas fiscais juntadas por amostragem às fls.33, 34, 36 a 38, e 41, não deixam dúvidas acerca da destinação das referidas mercadorias e serviços. Infração devidamente caracterizada e comprovada. Correto os estornos promovidos pelo Fisco e demonstrado às fls.13/21 dos autos.

Igualmente correto afigura-se-nos o estorno de créditos de ICMS proveniente de materiais de uso e consumo. Sobre a matéria a LC 87/96, em seu art. 33, Inciso I, com redação dada pela LC 99/99, estabelece que:

“ Somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de Janeiro de 2.003.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na legislação mineira, igual preceito encontra-se reproduzido no art.29 § 6º, item 1, da Lei 6.763/75, bem como no art. 66, Inciso II, “b” do RICMS/96, sendo que a vedação ao aproveitamento vem expressa também no art. 70, Inciso III, *in verbis* :

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

(.....)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2002, de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento, excetuada a hipótese prevista no item 3 do § 1º do art.66;”

No tocante à prova, a descrição das mercadorias contida na relação de notas fiscais de fls.13/21, bem como as notas fiscais juntadas por amostragem às fls.76 a 78, 82, 84, 86 e 89, não deixam dúvidas acerca da natureza das mercadorias.

1.2 – ICMS/ST relativa a diferença a maior apurada entre o recolhimento efetuado sobre a base de cálculo estimada e o valor real da saída.

A infringência praticada pela Autuada se deve a inobservância do disposto nos artigos 22, § 10 da Lei 6.763/75, com redação dada pela Lei 14.423, de 27/12/96, que dispõe o seguinte:

“§ 10 - Ressalvada a hipótese prevista nos §§ 11 e 12 deste artigo o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, **não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:**

1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo:

2) **o Estado sujeito às restituições de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de mercadoria.**” (destacamos)

Visando a apropriação de créditos relativos a ICMS/ST, a Impugnante emitiu e registrou as Notas Fiscais de Entrada nº 000272, 000601 e 001276 (vide fls.91 a 96), evidenciando de forma inequívoca a apropriação indevida dos respectivos créditos. Inadmissível e inverídica a alegação de que o aproveitamento foi autorizado pelo judiciário, posto que a Segurança obtida em sede de liminar no Processo nº0799803172-8, mencionado no corpo das respectivas notas fiscais, além de tratar de matéria diversa da discutida nestes autos, foi revogada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a impetrante requerido o arquivamento do processo, conforme se verifica nos documentos acostados às fls.97/100 deste PTA. Infração devidamente caracterizada e comprovada. Correto o estorno promovido pelo Fisco e demonstrado às fls.22.

1.3 – Documentos fiscais, cujas primeiras vias não foram apresentadas ao fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A vedação ao aproveitamento destes créditos está expressa no art. 70, Inciso, VI do RICMS/96, que dispõe da seguinte forma:

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

(.....)

VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte; (destacamos)

Quanto à prova, do exame do documento de fls.109, denominado “Boletim de Entrada/Saída”, utilizado como controle interno pelo setor de recebimento de mercadorias, constata-se a observação feita pelo conferencista, “notas não recebidas”, restando claro que a impugnante não possui ditos documentos, embora os tenha registrado (fls.111).

Da leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que a infração poderia ter sido facilmente ilidida mediante a apresentação das primeiras vias dos documentos, prova esta que a impugnante não conseguiu produzir. Infração devidamente caracterizada e comprovada. Correto o estorno promovido pelo fisco e demonstrado às fls.22.

2 - Falta de recolhimento de ICMS relativo a diferença de alíquota devido nas entradas de bens de uso e consumo e materiais de construção.

Infração caracterizada. Nos termos do § 1º do art. 43 do RICMS/96, é devido o diferencial de alíquota na entrada de bens destinado ao ativo imobilizado, em decorrência de operação interestadual. Corretas as exigências demonstradas às fls. 23 a 25 dos autos.

Entretanto, deve-se excluir deste item as exigências relativas às aquisições de balanças e prateleira de inox, por se tratar de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa.

3 - Descumprimento de Obrigação Acessória - Emissão de notas fiscais que não correspondem a uma entrada de mercadoria no estabelecimento.

A infração em análise decorre da inobservância do disposto no art. 15, Anexo V, RICMS/96, que veda a emissão de nota fiscal fora dos casos previstos no RICMS, ou seja, com finalidade diversa daquelas relativas à operação com mercadorias.

Note-se às fls. 92 a 96, que a Impugnante emitiu as Notas Fiscais de Entrada nº 000272 de 29/04/99, nº000601 de 27/05/99, e nº001276 de 28/07/99, com o

objetivo único e exclusivo de se apropriar de créditos de ICMS/ST, vez que as mesmas não correspondem a uma entrada de mercadoria no estabelecimento, configurando-se assim dupla infração, uma decorrente do aproveitamento indevido do crédito, cujo estorno compreende o item 1.2 do Auto de Infração, e outra decorrente da emissão de documento fora dos casos permitidos na legislação de regência. Infração devidamente caracterizada e comprovada. Além do estorno, correto também se torna a aplicação da penalidade prevista no art. 55, inciso III, da Lei 6.763/75, demonstrada às fls.29.

Atente-se para o fato do Fisco ter considerado a data da constatação da infração, Dezembro/2000, como termo de referência para aplicação da penalidade (vide DCMM fls.12), quando o correto seriam nos meses de emissão dos respectivos documentos, quais sejam Abril, Maio e Julho/99. Considere-se porém que o procedimento adotado pelo Fisco, beneficiou à Autuada na medida em que a incidência dos juros de mora sobre o valor da penalidade ficou postergado para Dezembro/2000.

No tocante às alegações da Impugnante acerca da ilegalidade da cobrança de juros equivalentes à Taxa SELIC, e não obstante a apreciação desta questão extrapolar a competência dessa Casa, importa salientar que o lançamento em análise encontra-se revestido da mais absoluta legalidade, consubstanciada nos art.127 e 226 da Lei 6763/75, que prevê que os débitos serão corrigidos segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais. Nesse sentido a Lei Federal 9.430/96, em seu art. 5º, parágrafo 3º, prevê que as cotas de imposto serão acrescidas de juros SELIC, acumulada mensalmente.

Registre-se ainda que a cobrança de juros de mora, equivalente à taxa SELIC, à época dos fatos, encontrava-se regulamentada pela Res. 2.880 de 13.10.97, que em seu art.1º dispõe que os créditos tributários, cujos vencimentos ocorressem a partir de 1º de Janeiro de 1.998, seriam expressos em reais e quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia “SELIC”, estabelecida pelo Banco Central.

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração e não conhecer do Recurso de Agravo por estar intempestivo. Ainda em preliminar, pelo voto de qualidade, rejeitar o pedido de exclusão dos nomes dos sócios e diretores no campo “identificação de Sócios/Coobrigados” do Auto de Infração. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Francisco Maurício Barbosa Simões que o acolhiam. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir as exigências fiscais relativas à balança e prateleira de inox. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) que excluía ainda, as exigências de estorno de crédito de materiais de construção. Designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relator o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor).

Sala das Sessões, 13/06/01.

**José Luiz Ricardo
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**

JEC/EJ/ES

CC/MG