

Acórdão: 14.765/01/3^a
Impugnação: 40.010057426-09
Impugnante: Produtos Erlan Ltda
Proc. Sujeito Passivo: Luiz Antônio dos Santos Faleiros/Outro
PTA/AI: 01.000134714-47
Inscrição Estadual: 702.053132.0082 (Autuada)
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de aquisições de materiais utilizados na construção de nova fábrica e do respectivo diferencial de alíquota. Corretas as exigências fiscais.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de bens não empregados na produção industrial e na comercialização de produtos da Autuada, bem como do correspondente diferencial de alíquota. Exigências parcialmente corretas, uma vez que devem ser expurgadas aquelas relativas às aquisições de microcomputadores e central telefônica.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Apropriação indevida de créditos de ICMS originários de notas fiscais relativas a devoluções de mercadorias deterioradas ou com prazo de validade vencido. Alegação de reaproveitamento das mercadorias com prazo de validade vencido, como matéria prima, não restou comprovada, justificando o estorno de créditos. Mantidas as exigências fiscais.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS não destacados ou destacados incorretamente em documentos emitidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Não obstante a vedação de destaque do imposto em documentos fiscais emitidos por microempresas e EPP, em se tratando de devolução de mercadorias, não se aplica a regra geral, sob pena de ofensa ao princípio da não cumulatividade. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais inidôneas, emitidas por contribuintes inativos. Inidoneidade devidamente constatada nos autos. Entretanto, a ausência de ato declaratório constitui ofensa ao princípio da

publicidade do ato administrativo e, neste caso, diante da impossibilidade do Fisco em publicar tais atos, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais.

NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - Recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por documentos fiscais que consignaram destinatários inativos – destinatário diverso. A inidoneidade de contribuintes situados no Estado da Bahia, lastreada em telas do sistema “SINTEGRA” não restou devidamente comprovada nos autos, carecendo de publicação de ato de inidoneidade, para justificar a acusação de entrega de mercadoria a destinatário diverso. Exigências fiscais canceladas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 05/97 a 05/99, oriundos de aquisições de materiais utilizados na construção de nova fábrica e do respectivo diferencial de alíquota ;

2 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 11/96 a 05/99, provenientes de bens não empregados na produção industrial e na comercialização de produtos da Autuada, bem como do correspondente diferencial de alíquota;

3 – Apropriação indevida de créditos de ICMS, no período de 01/96 a 12/98, originários de notas fiscais relativas a devoluções de mercadorias deterioradas ou com prazo de validade vencido;

4 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS não destacados ou destacados incorretamente em documentos emitidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no período de 02/97 a 05/99;

5 - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 03/94 a 06/99, destacados em notas fiscais inidôneas, emitidas por contribuintes inativos;

6 – Recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/94 a 06/99, nas saídas de mercadorias acobertadas por documentos fiscais que consignaram destinatários inativos – destinatário diverso.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 143/156, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 178/190.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 194/200, opina pela procedência do Lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Egrégia 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 04/10/2000, deliberou converter o julgamento na Diligência de fl. 206, dirigida ao Fisco, para as seguintes providências:

- 1) anexar, por amostragem, cópias das Notas Fiscais relacionadas no Anexo II - Quadro 1 e Quadro 2;
- 2) juntar cópias de todas as notas fiscais constantes do Quadro 3;
- 3) acostar, por amostragem, as provas relativas aos Quadros 4 e 5;
- 4) anexar cópias de todas as notas fiscais relacionadas à irregularidade descrita no subitem 6.6, verificando se há alguma observação ou carimbo no verso das mesmas. Se positivo, tirar cópia do verso;
- 5) pensar cópias dos atos de inidoneidade atinentes aos documentos lançados no Quadro 7; caso inexistam, trazer aos autos elementos de prova que levaram o Fisco à conclusão de inidoneidade de tais notas fiscais.

O Fisco se manifesta a respeito (fls. 210/211) e a Auditoria Fiscal retifica seu entendimento anterior (fls652/656), opinando pela procedência parcial do lançamento, pedindo pela exclusão das exigências do item 4 do AI.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, estornados pelo Fisco por meio de recomposição da conta gráfica, pelos motivos elencados no Relatório do Auto de Infração e, ainda, por recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias destinadas a contribuintes inativos, sediados em outra unidade da Federação.

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 05/97 a 05/99, oriundos de aquisições de materiais utilizados na construção de nova fábrica e do respectivo diferencial de alíquota

Os Relatórios encontram-se acostados às fls. 31 a 50 e 54 a 57 e os documentos acostados às fls. 212/419, confirmam a acusação fiscal de aproveitamento indevido de crédito de ICMS, originários de aquisições de materiais utilizados na construção de nova fábrica, a exemplo de cimento, armação para cobertura, pisos cerâmicos, etc., acrescido do imposto relacionado ao serviço de transporte correspondente a tais produtos, em inobservância à disposição inserida na IN DLT/SRE/SEF nº 01/98 e à resposta à Consulta 109/98 (fl. 159), formulada pela própria Impugnante..

A acusação fiscal encontra-se amparada na legislação tributária vigente. A Lei Complementar 87/96, devidamente autorizada pela Constituição Federal/88, disciplinando o regime de compensação de ICMS, estabelece:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 20 - (...)

§ 1º - Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.”
(...)

A Lei Complementar supracitada, no entanto, não definiu o que sejam mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Diante disso, a DLT/SRE, no uso de suas atribuições, buscando clarear o sentido da norma, editou a Instrução Normativa 01/98, de 01/06/98, que assim dispõe:

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

(...) II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou serviços recebidos e que:

(...) c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços;

III - as mercadorias ou serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento;” (...)

Ao contrário das afirmações da Autuada, a Instrução Normativa supracitada não fere o princípio da não cumulatividade do imposto nem possui cunho restritivo, mas busca, tão-somente, a correta interpretação da norma superior, de forma a torná-la mais inteligível.

Ressalte-se, ainda, que a Autuada já fora cientificada da resposta à Consulta Fiscal por Ela elaborada, quando questiona sobre a possibilidade de aproveitamento de crédito de ICMS originários de aquisições de materiais utilizados na construção da nova fábrica, ocasião em que a DLT/SRE manifestara entendimento contrário às suas pretensões, conforme se verifica da Consulta 109/98 (fl. 159).

Assim, configuram-se legítimas as exigências fiscais.

2) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 11/96 a 05/99, provenientes de bens não empregados na produção industrial e na comercialização de produtos da Autuada, bem como do correspondente diferencial de alíquota

A planilha de fl. 420/421, seguida das notas fiscais 420/478, comprovam aquisições de bens alheios à atividade da Autuada, cujo ICMS nelas destacado fora indevidamente aproveitado, em desobediência ao disposto no art. 70, XIII e § 3º, do RICMS/96.

Do mesmo modo que na acusação fiscal anterior, os créditos provenientes de aquisições de bens, tais como, armários, bebedouros, fogões, televisores e outros arrolados às fls. 49 e 50, também não são passíveis de apropriação de crédito, dada a sua não utilização na atividade fim da empresa, contratualmente definida como industrialização e comercialização de balas, bombons e ovos de páscoa. Esse é o mandamento do § 3º do art. 70, do RICMS/96, ratificado pelo art. 1º, inciso II, alínea “c”, da Instrução Normativa supracitada.

Entretanto, excepciona-se, no presente caso, as aquisições de microcomputadores e central telefônica, que se constituem em bens estreitamente ligados à comercialização. Desta forma, a apropriação dos créditos relativos a esses dois bens do ativo se revela coerente e não afronta a Instrução Normativa 01/98.

3) Apropriação indevida de créditos de ICMS, no período de 01/96 a 12/98, originários de notas fiscais relativas a devoluções de mercadorias deterioradas ou com prazo de validade vencido

Às fls. 479/555, estão acostadas as notas fiscais lançadas no Anexo II-Quadro 3, relacionadas ao aproveitamento de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de devolução de mercadorias deterioradas.

Ao apropriar-se de créditos oriundos de devoluções de mercadorias deterioradas ou com prazos de validade vencidos, conforme notas fiscais relacionadas às fls. 51 a 53, a Defendente contrariou as determinações do art. 154, II, do RICMS/91 e art. 71, V, do RICMS/96, *in verbis*:

“Art. 71 - o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

(...) V - vier a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante;”
(...)

Pela regra da não cumulatividade, o montante do imposto recolhido em cada operação transforma-se em crédito, devendo ser deduzido do valor a ser recolhido nas operações subsequentes.

Certamente, uma mercadoria deteriorada ou considerada imprópria para o consumo por ter prazo de validade vencido, em regra, não terá saídas subsequentes. Desse modo, não há que se falar em compensação do imposto, pela inocorrência de operação posterior. Em verdade, o dispositivo supracitado reforça o princípio da não-cumulatividade, o qual, veda a apropriação, sob a forma de crédito, nas situações em que não houver, por qualquer motivo, operação posterior com a mesma mercadoria, consoante disposição do art. 70, inciso XI, do ICMS/96.

A possibilidade de reaproveitamento das mercadorias com prazo de validade vencido, como matéria prima, não foi comprovada nos autos, não sendo possível admitir tal alegação, uma vez que tal reaproveitamento vai de encontro à legislação sanitária e, por outro lado, nenhum demonstrativo carregou aos autos a Impugnante, no sentido de demonstrar tal assertiva.

Assim, o procedimento adotado pela Autuada não encontra respaldo na legislação vigente, afigurando-se, pois, legítimo o estorno do crédito procedido pelo Fisco.

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS não destacados ou destacados incorretamente em documentos emitidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no período de 02/97 a 05/99

Às fls. 576/606, a Autoridade Lançadora trouxe cópias de todas as notas fiscais de devolução de mercadorias, emitidas por clientes da Autuada, inscritos junto à SEF como Micro Empresas ou Empresas de Pequeno Porte.

Ressalta o Fisco que, na condição de ME ou EPP, tais contribuintes estão impedidos de destacarem o ICMS nas notas fiscais acobertadoras de suas operações, conforme prevê o art. 47, Anexo X, do RICMS/96, vigente à época dos fatos.

Por outro lado, o art. 68, do RICMS/96 determina que o crédito do imposto a ser aproveitado será o correspondente ao valor cobrado e destacado no documento fiscal e, em razão disso e do que dispõe o art. 47 do Anexo X, do RICMS/96, o Fisco glosou os valores creditados, originários das notas fiscais emitidas pelas ME/EPP, uma vez que nos documentos emitidos por tais contribuintes não podem constar destaque de ICMS e ainda, por que não geram direito a crédito.

Todavia, sobre as operações de "devolução", por não configurar-se saída operacional, promovida pelo estabelecimento, há que se respeitar o princípio da não-cumulatividade do imposto, não devendo prevalecer a regra específica atinente às MEs e EPPs ; se até mesmo as mercadorias devolvidas por particulares ou não contribuintes, geram direito ao crédito para o estabelecimento que tenha debitado o imposto por ocasião da saída da mercadoria, conforme dispõe o art. 76, do RICMS/96, muito mais quando a devolução é promovida por contribuinte do imposto, como se verifica no caso em apreço.

A vedação do destaque do ICMS é regra aplicável às atividades próprias dos estabelecimentos ME/EPP, já que possuem regime de tributação especial, diverso do normal, qual seja o confronto dos débitos com os créditos.

Contudo, a norma específica para as empresas incluídas no MICROGERAIS não poderá ofender o princípio da não-cumulatividade do imposto, eis que, se na nota fiscal de aquisição, pela ME/EPP, houve o destaque e recolhimento do imposto devido na operação, na devolução, que resulta no desfazimento da operação de compra e venda, embora não deva haver o destaque, o valor do imposto correspondente ao

montante destacado na saída do produto deverá ensejar o direito ao crédito para o estabelecimento que receber em devolução a mercadoria.

Diante disso, a irregularidade apontada no subitem 6.6 - Quadro 6, do Auto de Infração deve ser excluída do total do crédito tributário.

5) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 03/94 a 06/99, destacados em notas fiscais inidôneas, emitidas por contribuintes inativos

A alegação de devolução de mercadorias por desfazimento do negócio não se constitui em argumento suficiente para invalidação do procedimento fiscal, uma vez que os casos de devoluções passíveis de creditamento do imposto estão elencados no art. 76, do RICMS/96, sendo que a hipótese constatada pelo Fisco ali não se enquadra.

Com relação aos atos de inidoneidade referentes às notas fiscais inidôneas, o Fisco não os apresenta, informando, entretanto, que os elementos de prova da inidoneidade de tais notas fiscais já se encontram nos autos, às fls. 94 a 130. Verifica-se, ainda, que os contribuintes mineiros, encontravam-se com as inscrições estaduais baixadas ou canceladas, segundo apontam as consultas efetuadas junto ao SICAF, anexas às fls. 646/651.

Muito embora a afirmação do Fisco seja verdadeira, a ausência de tais atos ocasiona cerceamento de defesa, uma vez que impediu a Impugnante de exercer o seu direito de pagamento do imposto sem penalidades. Por outro lado, afronta o princípio da publicidade do ato administrativo, devendo tais exigências fiscais serem canceladas.

6) Recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/94 a 06/99, nas saídas de mercadorias acobertadas por documentos fiscais que consignaram destinatários inativos – destinatário diverso

A autuada, no período de 01/94 a 06/99, promoveu saídas de mercadorias a destinatários com inscrições inativas, conforme consta da documentação anexa às fls. 68 a 129. Por essa razão, na impossibilidade de se conhecer o real destino da mercadoria e a condição de seu destinatário – contribuinte ou não - o Fisco aplicou a essas operações a alíquota interna, ao invés da interestadual, para apurar o imposto recolhido a menor, acrescido da multa Isolada de 20(%), nos termos do art. 55, inciso V, da Lei 6763/75.

Da Conferência de Contribuintes Inativos - Banco de Dados da SEF - Anexo VII, reforçada pela Consulta efetuada junto ao SINTEGRA, verifica-se que, à época da emissão das notas fiscais ali consignadas, os contribuintes remetentes, localizados em outros Estados, já se encontravam em inatividade ou não habilitados ao exercício de suas atividades.

Tais fatos, entretanto, por si só, não justificam a glosa de créditos, promovida pelo Fisco, conforme valores demonstrados no Quadro 7, não obstante os termos do art. 182, inciso III, do RICMS/91 e do art. 134, inciso III, do RICMS/96, em que há de considerar-se inidôneo o documento emitido por contribuinte que tenha

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

encerrado irregularmente suas atividades. É que, também neste caso, a ausência dos atos declaratórios de inidoneidade não legitima as exigências fiscais, pelos mesmos motivos expostos no item anterior, ficando, portanto, canceladas as exigências fiscais.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir integralmente as exigências dos itens "4", "5" e "6" do Auto de Infração. No tocante ao item "2", conceder os créditos relativos às aquisições de microcomputadores e central telefônica. Vencidos parcialmente o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho (Revisor) que também excluía integralmente as exigências dos itens "1" e "2", e o Conselheiro Luciano Alves de Almeida que excluía as exigências do item "3" do Auto de Infração. Participou do julgamento, além do signatário e dos já mencionados, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Luiz Antônio dos Santos Faleiros e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Nilber Andrade.

Sala das Sessões, 19/06/01.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/G