

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.699/02/CE
Recursos de Revisão: 40.060107507-24 (Aut.) e 40.060107508-05 (FPE)
Recorrentes: Viabrasil Comércio e Indústria Ltda e Fazenda Pública Estadual
Recorridas: Fazenda Pública Estadual e Viabrasil Comércio e Indústria Ltda
Proc. S. Passivo: Carlos Roberto Ribeiro (Aut.)
PTA/AI: 01.000137715-81
Inscrição Estadual: 062.727100.0053 (Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – O aproveitamento do imposto em desacordo com as normas regulamentares, torna legítimos os estornos promovidos pela fiscalização. Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara *a quo*.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Mediante a análise de Fitas-Detalhe constatou-se que a Autuada promoveu a aplicação incorreta de alíquota sobre operações de saída ou deixou de tributar as saídas de mercadorias normalmente alcançadas pela tributação do ICMS. Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara antecedente.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS referente às aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelas remetentes. Infração reconhecida e recolhida pela Impugnante. Matéria não objeto de recurso.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Aplicando os índices extraídos da amostragem contida no Anexo II dos autos sobre os valores de saída consignados nos demais cupons fiscais não analisados, o Fisco apurou o imposto suprimido dos cofres públicos. A metodologia utilizada é idônea, viabiliza o lançamento e admite prova em contrário. Corretas as exigências fiscais, cabendo a reforma da decisão da Câmara *a quo*, com o conseqüente provimento do Recurso da Fazenda Pública.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - DESTAQUE A MENOR. Constatado a emissão de notas fiscais sem o destaque ou com destaque a menor do ICMS devido na operação. Infração reconhecida e recolhida pela Impugnante. Matéria não objeto de recurso.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA – A Autuada apropriou créditos de ICMS destacado em notas fiscais declaradas inidôneas. Correto o estorno dos créditos, face o disposto no art. 70, inciso V do RICMS/96. Legítimas as exigências de ICMS, MR e MI. Mantida a decisão da Câmara antecedente.

BASE DE CÁLCULO – VENDAS A PRAZO – NÃO INCLUSÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS. A Impugnante não incluiu na base de cálculo do ICMS os encargos financeiros cobrados sobre vendas a prazo, em desacordo com o artigo 50, inciso I do RICMS/96. Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara *a quo*.

Recursos de Revisão conhecidos à unanimidade.

Recurso de Revisão da FPE provido pelo voto de qualidade.

Recurso de Revisão do Contribuinte não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de março a dezembro de 1.998, pelas seguintes irregularidades:

- 1) Apropriação indevida de crédito de ICMS, conforme demonstrado no Anexo I;
- 2) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante conferência de fitas detalhe, no mês de Maio de 1998;
- 3) Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS ST referente aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelo remetente;
- 4) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante arbitramento;
- 5) Emissão de notas fiscais sem o destaque ou com destaque a menor do ICMS devido na operação;
- 6) Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas, no período de março a agosto e outubro a dezembro de 1998;
- 7) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.215/01/3ª, pelo voto de qualidade, acatou a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.880, e ainda, excluiu as exigências decorrentes do item 4 (quatro) do Auto de Infração.

Inconformada, a FPE interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 1.994/2.000, requerendo, ao final, o seu provimento, no tocante ao restabelecimento das exigências do item 4 do Auto de Infração.

A Recorrida, devidamente intimada, não apresentou contra-razões.

Entretanto, também irresignada, a Autuada interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 2.002/2.008, requerendo, ao final, o seu provimento, no tocante aos itens 1; 2; 6 e 7 do Auto de Infração.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.015/2.023, opina pelo não provimento do Recurso interposto pela Autuada e pelo provimento do Recurso de Revisão da FPE.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis os presentes Recursos de Revisão.

DO RECURSO DE REVISÃO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Cuida o presente Recurso em restabelecer as exigências fiscais do item 4 do AI, que se refere à utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante arbitramento, no período de março a dezembro de 1998.

Ao conferir as fitas detalhes dos meses de março a dezembro de 1998, a fiscalização verificou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do imposto e/ou não tributou saídas promovidas por meio de cupom fiscal, conforme demonstrado no Anexo II, doc. fls. 42/61, com as reformulações de fls. 1.884/1.903.

No Anexo II do trabalho fiscal (item 2) o Fisco analisou, por amostragem, em todos os meses de 1998, cupons fiscais relativos às vendas realizadas e constatou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do ICMS ou deixou de tributar saídas promovidas.

Os valores apurados pelo Fisco e consubstanciados no Anexo II são reais, foram extraídos dos cupons fiscais emitidos pela Autuada através dos ECFs (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal). Não representam a totalidade das operações praticadas no período, posto que o Anexo II decorre da amostragem realizada em fitas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

detalhe que contém dezenas de milhares de cupons fiscais e centenas de milhares de operações de venda.

A planilha contida no Anexo II é o espelho fiel do tratamento tributário dado àqueles produtos vendidos, no que se refere à classificação fiscal para fins de tributação ou não das mercadorias, como também no que se refere à alíquota aplicada a cada produto em confrontação com aquelas previstas na legislação.

Ao conferir as fitas detalhes emitidas pela Autuada, o Fisco constatou inúmeras operações de saídas que ocorreram sem a devida tributação por terem, as respectivas mercadorias, sido cadastradas indevidamente no ECF como isentas, não-tributadas, substituição tributária ou com alíquotas menores que as previstas na legislação para a respectiva operação.

A fiscalização exigiu o valor do ICMS correspondente a diferença não levada a tributação, conforme valor totalizado à fl. 1.904/1.905.

No trabalho fiscal não foram analisadas, devido à grande quantidade de operações, aquelas tributadas com as alíquotas de 18, 25 e 30%.

Ressalte-se que a Impugnante não apontou neste Anexo nenhum erro capaz de desqualificá-lo e, tendo em vista que a aplicação incorreta da alíquota ou a falta de tributação resultou em falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrado no Anexo II, reputam-se legítimas as exigências fiscais.

Com base nos índices apuradas no Anexo II o Fisco elaborou o Anexo IV, ou seja, utilizou os dados reais contidos nas fitas detalhes emitidas pela Autuada, apurou os respectivos índices para aplicação nos montantes mensais das saídas através de ECF e conseqüentemente, apurou o valor da base de cálculo não levada a tributação e o ICMS devido.

Os índices foram obtidos pela confrontação das bases de cálculo apuradas com o valor total do Cupom (vide Anexo II).

Verifica-se que o Fisco apurou o percentual não levado a tributação relativamente à base de cálculo das operações mencionadas nos cupons fiscais analisados.

Tomando-se, como exemplo, o mês de maio/98, verifica-se que 4,58% da base de cálculo do valor dos cupons analisados foram tributados indevidamente com alíquota de 12%, quando o correto seria 18%. Temos, ainda, que 4,43% das operações tributadas a 7% não foram tributadas; 0,02% tributadas a 18%, foram tributadas a 7%; 11,45% das operações tidas como não tributadas, são tributadas a 18%; 0,03 não tributadas, são tributadas a 25% e 0,02 das operações não tributadas são ao percentual de 30% (fls. 1.903/1.904).

Observe-se que os índices apurados são bastante semelhantes relativamente a cada grupo de base de cálculo/alíquota analisado. Por exemplo, a base de cálculo que foi tributada a 12% pelo Contribuinte quando na realidade o correto seria 18%

(diferença 6%) representa, em relação às saídas totais, no decorrer dos dez meses do exercício de 1998, respectivamente: 4.17, 4.38, 4.58, 4.65, 4.60, 2,92, 4.38, 5,56, 5,33 e 2,60.

Portanto, como demonstrado, a amostra utilizada pelo Fisco logrou comprovar a prática da irregularidade em todos os meses do exercício. As irregularidades constatadas em diversos caixas, em diversos dias, evidencia que a Autuada, com o fim de reduzir o débito produzido, promoveu, com habitualidade, a aplicação incorreta de alíquotas ou a não tributação de operações que seriam normalmente tributadas.

Conclui-se então que o trabalho fiscal, relativamente ao item 4 do Auto de Infração, consistiu em apurar índices reais (Anexo II), resultantes da análise, por amostragem, dos próprios números apresentados nos cupons fiscais da Autuada e aplicá-los sobre as demais operações descritas em cupons não manuseados.

A necessidade de adoção desta metodologia por parte do Fisco decorre da conjunção de vários fatores, a seguir analisados.

Primeiramente, deve-se registrar que, apesar de não terem sido desclassificados ou desconsiderados os cupons fiscais emitidos pela Autuada, os valores consignados em seus livros fiscais, no tocante à apuração do imposto, não merecem fé, posto que deliberadamente a Autuada reduziu ou suprimiu alíquotas com o objetivo único de diminuir o débito produzido em cada mês.

O contribuinte conhecia as alíquotas corretas a serem aplicadas para cada um dos produtos, conforme estabelecido na legislação tributária, porém, alterou-as, reduzindo substancialmente o imposto devido.

Conforme afirmado pelo Fisco, em praticamente 100% dos cupons analisados foi constatada a prática retro descrita.

Ademais, a Autoridade fiscal, após verificar a irregularidade, não fica livre para lançar ou não o Contribuinte, ou mesmo para escolher a oportunidade de lançá-lo. O parágrafo único do artigo 143 do CTN imprime expressamente caráter "vinculado e obrigatório" à atividade de lançamento "sob pena de responsabilidade funcional" do agente público.

Segundo Maria Rita Ferragut, em *Presunções no Direito Tributário* (Ed. Dialética, 2001), "*a fiscalização tem o dever-poder de constituir o crédito tributário todas as vezes em que tomar conhecimento de fato jurídico, se o aplicador, constatando a presença de indícios que lhe confirmam certeza da ocorrência do fato, não efetuar o lançamento, aí sim estará agindo de forma não-vinculada, incorrendo em responsabilidade funcional*".

Detectada a prática de atos que resultam em falta de recolhimento do tributo devido, o Fisco tem o dever de apurar o imposto suprimido dos cofres públicos e para tanto precisa utilizar de meio e técnica idôneos para viabilizar a apuração dos valores.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O interesse público não só requer, mas impõe, que diante de atos simulatórios o Fisco, repita-se, utilizando-se de meios idôneos, viabilize o lançamento e apure o imposto devido.

A Autuada, detentora de meios, inclusive informatizados para contestar os valores apurados pelo Fisco, não o fez. Renunciou ao seu direito de apresentar contra-provas, possivelmente porque não está obrigada a apresentar provas contra si.

O Fisco chamou a metodologia utilizada incorretamente de arbitramento. Porém, como se depreende dos elementos constantes dos autos, não houve qualquer tipo de arbitramento.

O artigo 52 e seguintes do RICMS/96 tratam da possibilidade de arbitramento do valor da operação. No caso em tela, os valores das operações não foram arbitrados, mas extraídos dos documentos, cupons fiscais, emitidos pela Autuada.

O fato do Fisco ter mencionado no Auto de Infração os artigos 52, 53 e 54 do RICMS/96 em nada prejudica o feito fiscal. A metodologia utilizada não foi alterada por estas citações, tampouco ficou prejudicado o entendimento da matéria por parte da Impugnante.

Ademais, o artigo 60 da CLTA/MG prevê que *“as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida”*.

O que o Fisco fez, na verdade, foi presumir que em todos os cupons fiscais não analisados as alíquotas foram também reduzidas ou suprimidas e nas mesmas proporções verificadas naqueles cupons analisados (Anexo II).

Presunção, segundo Clóvis Beviláqua é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido.

De acordo com Maria Rita Ferraguti, a presunção hominis ou juris tantum, caracteriza-se como uma proposição individual e concreta reveladora de um raciocínio lógico presuntivo realizado pelo aplicador da norma, que a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece, forma sua convicção, declarando normativamente a existência de fato jurídico indiretamente conhecido.

Segundo a mesma autora, a presunção pode ser aplicada no direito tributário, sem ferir qualquer de seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, ou seja, as relações do fato conhecido com o fato desconhecido sejam tais que a existência de um estabelece, por uma forte indução, a existência do outro; inexista prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-las.

Por fim, haja impossibilidade ou razoável dificuldade para que o Fisco busque com exatidão a verdade real ou a comprovação da simulação promovida pelo contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Presentes tais requisitos, o que é incontroverso, resta concordar com a metodologia empregada pelo Fisco. Metodologia esta calcada em critérios estatísticos aceitáveis, aplicados sobre dados reais.

Resumindo, o Fisco, ao se deparar com procedimentos do Contribuinte que deliberadamente reduzem o imposto devido, tem o dever vinculado de apurar o imposto devido e exigir os valores que foram suprimidos dos cofres públicos. O Fisco elegeu metodologia idônea para apurar tais valores, sem contudo impedir a apresentação de contra provas, o que efetivamente não ocorreu. O Fisco provou, por meio de provas indiciárias, a ocorrência de fato jurídico típico, previsto na regra-matriz de incidência do imposto. O fato típico efetivamente ocorreu e a certeza jurídica encontra-se presente.

Deve-se observar ainda que a fiscalização deduziu do valor apurado no Anexo IV aquele constante do Anexo II, eis que exigido no item 2. Portanto, no presente caso, não ocorreu o “*bis in idem*” como entendeu a Impugnante, posto que no item 2 foram exigidas as diferenças apuradas nas fitas detalhes analisadas, conforme Anexo II e no item 4, exigiu-se os valores recolhidos a menor, porém apurados através da aplicação dos índices apurados no Anexo II. Dos valores constantes do Anexo IV foram excluídos para fins de exigência, aqueles valores apurados no Anexo II, já exigidos no item 2 do Auto de Infração (fls. 1.904).

Com relação à decisão citada pela Impugnante às fls. 1.765/1.767 (Acórdão 14.607/01/3^a), ressalta-se que ela produz seus efeitos somente entre as partes envolvidas, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Destaca-se, por oportuno, que também naquele caso prevaleceu a tese do Fisco, com a manutenção das exigências fiscais.

Desta forma, merece reparos a decisão tomada pela Egrégia 3^a Câmara, de forma a restabelecer as exigências fiscais do item 4 do Auto de Infração.

DO RECURSO DE REVISÃO DA AUTUADA

Neste caso, a pretensão da Contribuinte é pela rejeição dos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração, cujas exigências fiscais foram mantidas pela Câmara antecedente.

Item 1 do AI - Apropriação indevida de crédito de ICMS, conforme demonstrado no Anexo I

Com relação ao estorno de créditos decorrentes de operações cuja saída subsequente seja beneficiada com redução de base de cálculo, isenção ou alíquota diferenciada, a Autuada invoca o art. 155, § 2º, inciso I da CF/88 para dizer que é inconstitucional e ilegal a norma estadual ao vedar o aproveitamento de tais créditos.

A Autuada adquiriu mercadorias (peixe, óleo, carne, leite, fubá, farinha de trigo, manteiga, café, mistura preparada, farinha de trigo e frango), cujas saídas foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme item 23.4 do Anexo IV do RICMS/96.

O § 1º do art. 70 do RICMS/96, que recepcionou o § 1º do art. 31 da Lei n.º 6.763/75, preceitua que “*salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada*”.

Consoante o art. 71, inciso I do RICMS/96 c/c o art. 74 do mesmo Regulamento, o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento vier a ser objeto de operação subsequente não-tributada ou isenta, no mesmo período da saída da mercadoria ou bem, providência não tomada pela Autuada.

A legislação mineira também veda o aproveitamento de imposto quando a operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, deva ocorrer com isenção ou não-incidência (art. 31, inciso II da Lei n.º 6.763/75 e art. 70, inciso II do RICMS/96).

A saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo "C", reconstituído ou não, promovida pela Autuada, estabelecimento varejista, com destino a consumidor final tem o benefício da isenção do ICMS, nos termos do item 16 do Anexo I do RICMS/96.

Dessa forma, então Autuada deveria ter promovido o estorno do crédito, relativo à entrada do Leite C, uma vez que a sua saída está beneficiada com a isenção do imposto, conforme o disposto no art. 222 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 71, inciso I do mesmo diploma legal.

A Autuada recebeu diversas mercadorias acompanhadas por notas fiscais cujo imposto foi calculado com a alíquota de 7%. No entanto, a Autuada apropriou valor correspondente a alíquota de 12%.

Tal procedimento contraria o disposto no parágrafo único do art. 68 do RICMS/96 que assim dispõe: “*se o imposto destacado no documento fiscal for inferior ao devido, o valor a ser abatido corresponderá ao do destaque, ficando assegurado o abatimento da diferença, desde que feito com base em documento fiscal complementar emitido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço*”.

Verifica-se, então, que o estorno dos créditos relativamente às operações cuja saída subsequente seja beneficiada com redução de base de cálculo, isenção ou alíquota diferenciada, conforme procedido pelo Fisco, está em conformidade com a legislação tributária estadual.

No que concerne às questões constitucionais argüidas pela Impugnante, ressaltamos a limitação de competência estatuída no art. 88, I, da CLTA/MG. Por outro lado, a instauração do contencioso administrativo fiscal não veda o acesso do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte ao Poder Judiciário, este sim o foro competente para apreciar questões de ordem constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

A fiscalização constatou também o aproveitamento indevido de créditos decorrentes da aquisição de materiais de uso e consumo e destinados ao ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento, conforme discriminado no Anexo I e no quadro de fls. 40/41.

Com relação à aquisição de materiais de uso e consumo, o procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso III, do RICMS/96:

“Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, 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 artigo 66” (grifos nossos).

A Autuada argumenta que a Lei Complementar 87/96 passou a reconhecer o direito do contribuinte ao aproveitamento de créditos sobre operações anteriores, de que resultem a entrada de bens destinados a seu ativo fixo e ao uso e consumo, no entanto, reclama que a legislação do ICMS, contrariando o disposto na Constituição Federal, não autoriza a apropriação de crédito referente à materiais de uso e consumo, e quanto aos bens do ativo imobilizado, somente a partir de 01.11.96, passou a gerar créditos do ICMS pelas entradas.

Conforme consta da Nota Fiscal 004834, cópia a fls. 215, as mercadorias adquiridas tratam-se, efetivamente, de materiais de uso e consumo.

A legislação tributária estadual veda expressamente a apropriação de crédito de imposto relativo a bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento até 31.12.2001, não competindo ao CC/MG negar a aplicação da legislação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Não é permitido também o aproveitamento de créditos de ICMS relativos a aquisições de bens/mercadorias ou utilização de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

A Autuada adquiriu as mercadorias constantes da Nota Fiscal n.º 000025, doc. fls. 505, destinadas à automação e segurança predial, o que demonstra que não foram adquiridas para emprego na consecução da atividade econômica do estabelecimento da Autuada, eis que não utilizadas na área de comercialização.

Nesse sentido, resta perfeitamente caracterizado que os bens adquiridos se enquadram nos conceitos extraídos da IN DLT/SRE n.º 01/98. Correto o estorno do crédito efetuado pelo Fisco.

A discussão relativa a inconstitucionalidade da norma não é da competência do órgão julgador na fase administrativa, consoante o art. 88, inciso I da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às decisões citadas, ressaltamos que elas produzem seus efeitos somente entre as partes envolvidas. E não poderia ser de outra forma, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Os demais créditos glosados pela fiscalização são relativos a outras irregularidades, quais sejam, nota fiscal emitida após a data-limite prevista para utilização, falta de destaque, notas fiscais com Substituição Tributária, notas fiscais de entrada referente compras efetuadas de pessoa física e nota fiscal de serviço com destaque de ISSQN, conforme consta do Anexo I, e do quadro de fls. 40/41.

A legislação tributária não permite o aproveitamento de crédito do ICMS relativo a tais aquisições, haja vista o disposto no art. 70, inciso V; no art. 68 e nos artigos 21 e 26, inciso II, alínea “a”, todos do RICMS/96.

Tendo em vista que o estorno dos créditos resultou em recolhimento a menor do ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica, doc. fls. 1.882, legítimas as exigências fiscais.

Isto posto, nos termos do artigo 66, inciso II do RICMS/96 correto está o trabalho fiscal no caso específico.

2) Item 2 do AI - Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante conferência de fitas detalhe

No que concerne a esta irregularidade, conforme demonstrado no Anexo II”, reparo não existe ao trabalho fiscal, pois referida infração foi apurada tendo em vista a própria documentação da empresa.

Neste caso, não se trata de arbitramento. Conforme pode ser verificado analisando o Anexo-II, tratam-se de valores apurados na análise dos milhares de produtos listados nas fitas detalhes emitidas pelo equipamento ECF da Impugnante, relativos às vendas de mercadorias à seus clientes.”

O Fisco, neste levantamento, analisou diversas fitas detalhes e obteve ali a prova material do ilícito praticado. Inicialmente, foram relacionadas neste item apenas fitas do mês de maio de 1.998, mas, na reformulação de fls. 1.880, foram demonstradas diferenças apuradas também nos demais meses entre março e dezembro daquele ano conforme consta às fls. 1.884/1.903, no cotejo de parte das fitas detalhes.

Assim, os argumentos de defesa não se mostram suficientes à ilidir a acusação fiscal porque, repita-se, existem nos autos os elementos concretos e provas materiais robustas a referendar o trabalho, legitimando a acusação fiscal.

Item 6 do AI - Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas

As telas do SICAF com as informações relativas aos atos encontram-se às fls. 1.332/1.339.

Os documentos fiscais foram declarados inidôneos nos termos do art. 134, incisos I e III, do RICMS/96, respectivamente.

O crédito tributário foi formalizado em 23.04.01, vide doc. fls. 05, posteriormente às datas de publicação atos declaratórios.

O Ato Declaratório de inidoneidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina os seus efeitos “ex tunc”, pois não é o Ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória.

De conformidade com o disposto no artigo 4º da Resolução nº 1.926/89, é facultado ao contribuinte que tenha efetuado registro de documento fiscal inidôneo ou falso promover o recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, desde que assim o faça antes da ação fiscal.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso V, do RICMS/96, uma vez que não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto.

Não se discute ainda a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações.

Corretos, então, os estornos dos créditos destacados nas notas fiscais inidôneas.

A doutrina citada pela defesa não sobrepõe à legislação tributária.

No que se refere às decisões mencionadas na peça impugnatória, ressalte-se, novamente, que elas surtem seus efeitos somente entre as partes. E não poderia ser de outra forma, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

A alegação da Autuada de que não agiu com dolo ou má-fé, não lhe retira sua responsabilidade pela infração, face o disposto no art. 2º, § 2º da CLTA/MG.

Portanto, legítimas as exigências referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica e respectiva Multa de Revalidação, inclusive a Multa Isolada corretamente capitulada no 55, inciso X, da Lei nº 6763/75.

Item 7 do AI - Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas

No que se refere ao este item, o Fisco constatou que a Autuada não incorporou na base de cálculo do ICMS os juros cobrados de seus clientes nas vendas a prazo com financiamento próprio. Sobre os valores apurados exigiu-se o ICMS e a Multa de Revalidação correspondente.

Os registros procedidos pela Autuada no Razão Analítico comprovam o recebimento de juros pelas vendas a prazo, haja vista os lançamentos “juros recebidos n/ data cheque tartaruga” e “juros sobre vendas a prazo”, conforme fls. 1.526/1.548.

Os juros financeiros recebidos pelo Contribuinte do ICMS, em consequência de financiamentos concedidos a seus clientes, devem ser tributados, como prevê o artigo 50, inciso I do RICMS/96, adiante transcrito, que recepcionou o art. 13, § 2º, item 1, alínea “a” da Lei nº 6.763/75:

“Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:

I - nas operações:

a - todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa”.

A legislação tributária determina, expressamente, que as despesas financeiras auferidas pelo contribuinte integram a base de cálculo do ICMS.

O Fisco arbitrou a alíquota média de cada mês, com base nas operações realizadas em cada período, conforme Anexo VII, fls. 77.

Utilizando as alíquotas arbitradas, o Fisco calculou o ICMS devido relativo aos juros cobrados em cada período, conforme 2º quadro do Anexo VII, fls. 77.

Entende-se correto tal procedimento, tendo em vista a impossibilidade de determinação sobre quais operações incidiram os juros.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco nada exige em relação a valores cobrados por agentes financeiros, mas tão-somente em relação àqueles auferidos pela Autuada.

A Autuada admite que exigiu juros dos seus clientes nas vendas a prazo, no entanto entende que o ICMS só poderia incidir sobre valores que integram a operação de compra e que nas vendas financiadas ou a prazo a diferença acrescida cobre simplesmente o custo do dinheiro, sendo uma operação de crédito completamente desvinculada da operação mercantil.

Diz que deve incidir sobre os juros relativos às vendas a prazo o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e não o ICMS, acrescentando que houve uma invasão de competência por parte do Estado, ferindo, por isso, o princípio da reserva das competências impositivas.

Conforme observado pela fiscalização, a Autuada tenta desqualificar-se da condição de empresa comercial, ramo hipermercado, com atividade única de vendas de mercadorias, e enquadrar-se como instituição financeira envolvida em operações de crédito, o que não encontra amparo legal.

Como advertiu a fiscalização, “a empresa para praticar operações de concessão de créditos, financiamento etc., terá primeiramente que se regularizar perante órgãos como o Banco Central, Receita Federal e afins, na qualidade de instituição financeira.

Somente no caso dos acréscimos cobrados nas vendas a prazo serem financiados por agente financeiro para isso credenciado, mediante contrato firmado entre as partes e, se integralmente auferidos pela instituição financeira, tal quantia deixará de ser tributada pelo ICMS, eis que, como operação de crédito, passa a ser objeto de tributação pelo IOF, hipótese esta não caracterizada nos autos.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, descritas às fl.1776 e 1777, não se aplicam ao presente caso, eis que os juros cobrados pela empresa e que motivaram a exigência não são oriundos de operações de financiamentos concedidos por Instituições Financeiras, nem tão pouco de vendas mediante Cartão de Crédito.

Aliás, conforme Lei 5.474/1.968, vendas com prazo de 30 dias são consideradas vendas a vista.

Portanto, configurada como está a infração, e legalmente enquadrada, as exigências do imposto respectiva Multa de Revalidação devem ser mantidas.

Por tais razões, não merece acolhida o Recurso de Revisão interposto pela Autuada, devendo esta Câmara acolher por inteiro as decisões antecedentes relativamente aos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, deu-se provimento ao Recurso de Revisão da Fazenda Estadual. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), Luciana Mundim de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mattos Paixão e Francisco Maurício Barbosa Simões. À unanimidade, negou-se provimento ao Recurso de Revisão do Contribuinte. Participou do julgamento, além dos signatários e já citados, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 27/09/02.

José Luiz Ricardo
Presidente

Roberto Nogueira Lima
Relator

JLS

CC/MIG