

Acórdão: 2.952/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050110810-60
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Mercantil Atlanta Ltda
Proc. S. Passivo: Guilherme Teixeira de Souza/Outros
PTA/AI: 01.000140075-23
Inscr. Estadual: 186.066147.0140
Origem: DF/Contagem

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatação, mediante levantamento quantitativo, de entradas, manutenção em estoque e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. A natureza das irregularidades evidenciadas não autoriza a recomposição da conta-gráfica com o fim de contemplar o ICMS proveniente das operações respectivas, em atendimento ao disposto no art. 89, I, do RICMS/96. Restabelecidas as exigências em sua forma original.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Apuradas saídas de mercadorias desacobertas documentação fiscal, mediante análise de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada. A natureza da irregularidade evidenciada não autoriza a recomposição da conta-gráfica com o fim de contemplar o ICMS proveniente das operações respectivas, em atendimento ao disposto no art. 89, I, do RICMS/96. Restabelecidas as exigências em sua forma original.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ESTABELECIMENTO DIVERSO. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais destinadas a outros contribuintes. Vedação ao crédito prevista no art. 70, VIII, do RICMS/96. Matéria não objeto de recurso.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Falta de escrituração de notas fiscais de saída no livro fiscal próprio, gerando recolhimento a menor do ICMS. Matéria não objeto de recurso.

Recurso de Revista conhecido, por maioria de votos, e provido, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre: 1) entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo; 2) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante documentos extrafiscais; 3) creditamento do ICMS destacado em documentos fiscais consignado destinatários diversos da Autuada; 4) falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Saídas.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.394/03/2ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, mantendo as exigências fiscais de ICMS, MR (50%) e MI (10%, 20% e 40%), nos termos dos demonstrativos elaborados pelo Fisco, às fls. 1243/1244.

Inconformada, a Recorrente, Fazenda Pública Estadual, interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 1262/1265, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 14.824/01/1ª e 14.450/00/1ª. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Recorrida, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso interposto (fls. 1277/1278).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1285/1288, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu provimento.

DECISÃO

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, com alterações posteriores, cumpre verificar o atendimento, também, da condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal.

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, constata-se assistir razão à Recorrente, eis que o acórdão n.º 14.450/00/1ª abarca situação similar à relatada no feito, onde se entendeu de maneira diversa.

De fato, o acórdão n.º 14.450/00/1ª aborda exigências fiscais resultantes de movimentações de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de levantamento quantitativo e de documentos extrafiscais mantidos pelo estabelecimento. Admitiu-se a recomposição da conta-gráfica somente nas hipóteses em que há estorno de créditos; não quando a constatação é de saídas desacobertas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diversamente, o acórdão guerreado determinou a sujeição à conta-gráfica dos valores de ICMS apurados em decorrência da movimentação de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Diante disso, reputa-se atendida a condição do inciso I do art. 138 da CLTA/MG, implicando no preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no *caput* do referido artigo. Via de consequência, configuram-se os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revista.

DO MÉRITO

Nos termos do art. 89, I, do RICMS/96, considera-se esgotado o prazo para pagamento do ICMS a evidência de operação promovida sem a competente documentação fiscal. Logo, o *quantum* devido a título de tributo resulta da aplicação da alíquota incidente sobre a base de cálculo apurada, não se cogitando, naquele momento, de abatimento de créditos porventura existentes.

Eis aí a sustentação normativa para não se levar à conta-gráfica o imposto apurado em decorrência das irregularidades indicadas nos itens 5A e 5B do AI.

Vale ressaltar que a manutenção do feito em sua concepção originária impõe-se indispensável, mesmo não havendo variação no valor original do crédito tributário. Tal em homenagem ao princípio da legalidade ao qual deve observância o lançamento; sem embargo de que houve alterações nos valores relativos aos meses de abril, maio e junho de 2001 (fls. 39 c/c 1.244), e no marco de incidência dos acréscimos moratórios.

A recomposição de conta gráfica se impõe nas hipóteses em que há estorno de créditos, implicando o surgimento de débitos nos períodos em que o estorno se verificar ou a redução do saldo credor.

Nas demais situações, o procedimento formal do abatimento incumbe ao contribuinte do imposto, não cabendo ao Fisco substituí-lo. Não se pode impor ao Fisco que exerça direito que pertença a outrem, e cabe a seu titular, com exclusividade, o seu exercício.

Dessa forma, preleciona Geraldo Ataliba:

“O direito de abater é do contribuinte. Dele é o **poder jurídico** emanado da Constituição; a **faculdade** de fazer valer os efeitos típicos do abatimento constitucional. Se quiser, usa o direito de abatimento; se não quiser não o faz. Seu direito é **ex lege**, mas, disponível. A Fazenda fica, diante dele, na situação passiva de ter que aguardar – e aceitar – as consequências de sua decisão, não podendo forçá-lo a tal exercício, nem impedi-lo.”

Nas hipóteses do artigo 89 do RICMS/96, todavia, não fica o Fisco em situação de aguardar, obrigado que está a levantar o crédito tributário, e a ele não se impõe substituir ao contribuinte, em relação ao direito ao abatimento, que poderá ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetivado por seu titular em face das operações e prestações que praticar, excluídas as que foram objeto do ilícito tributário cometido.

Desse modo, não se impondo ao Fisco o abatimento dos valores representativos do saldo credor porventura existente, não há a necessidade do exame de legitimidade dos créditos, com a provável recomposição dele decorrente.

Ante o exposto, conclui-se que, nas hipóteses do artigo 89 do RICMS/96, já encontra-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto e o crédito tributário levantado pelo Fisco é o resultante da aplicação da alíquota impositiva sobre a base de cálculo, não se cogitando da compensação de que trata o inciso I do artigo 24 da Lei Complementar 87/96, posto que a mesma resulta de direito do contribuinte que se efetiva apenas mediante seu exercício, na oportunidade da escrituração referente ao período de apuração.

No caso em tela, o que se apresenta é crédito tributário exigível ao qual não pode, em nenhuma instância, se opor o Contribuinte alegando possíveis saldos credores, dado que os mesmos constituem valores passíveis de compensação com débitos (imposto) levados à escrituração por ocasião do exercício regular do direito de abater.

Sobressai da análise ausência de ofensa ao princípio da não-cumulatividade cuja aplicação exsurge do direito de abater na medida em que é regularmente exercido.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restou plenamente caracterizada a legitimidade das exigências ora em comento, devendo, desta forma, ser provido o Recurso da Fazenda para reformar a decisão recorrida, restabelecendo-se as exigências fiscais, em sua forma original.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revista em relação ao Acórdão N° 14.450/00/1^a. Vencido o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Relator), que dele não conhecia. No mérito, pelo voto de qualidade, deu-se provimento ao Recurso. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Relator), Antônio César Ribeiro e Francisco Maurício Barbosa Simões, que lhe negavam provimento, nos termos do Acórdão recorrido. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Participou do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

Sala das Sessões, 07/05/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator Designado