

Acórdão: 17.330/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117611-56
Impugnante: Ricardo Eletro Divinópolis Ltda
Proc. S. Passivo: Leonardo de Lima Naves/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151714-24
Inscr. Estadual: 702.676588.55-29
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DEVOLUÇÃO IRREGULAR. Constatou-se aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a devoluções de mercadorias efetivadas por pessoas físicas, sem a comprovação na forma exigida pelo art. 76, § 2º do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências fiscais de ICMS e MR mantidas.

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Constatou-se a utilização do benefício da Redução da Base de Cálculo sem a devida previsão na legislação tributária deste Estado. Infração caracterizada. Exigências de ICMS e MR mantidas.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA. Constatou-se a utilização indevida da alíquota de 7% (sete por cento) nas saídas de produtos de informática, uma vez não atendidas as condições estabelecidas no artigo 42, “d1” e § 9º do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e MR.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – Constatou-se a apropriação indevida de créditos provenientes de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento. Reformulado o crédito tributário para majorar em 50% (cinquenta por cento) a Multa Isolada aplicada e adequá-la aos limites impostos pelo § 2º do artigo 55 da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada. Legítimas as exigências de ICMS, MR e da MI capitulada no inciso IV do artigo e diploma legal mencionados.

ALÍQUOTA DO ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - REMESSA A CONSUMIDOR FINAL. Constatado recolhimento a menor do ICMS em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessas de mercadorias para não contribuintes do imposto. Infração caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente autuação versa sobre a constatação, através de Verificação Fiscal Analítica – VFA, que o contribuinte recolheu a menor o ICMS devido em razão da prática das seguintes irregularidades:

- 1) – apropriação do ICMS proveniente de devoluções de mercadorias efetuadas por pessoas físicas, sem o atendimento do disposto no art. 76, § 2º, inciso II do RICMS/02;
- 2) – saídas de mercadorias com redução da base de cálculo do ICMS, sem a existência de previsão legal;
- 3) – saídas de mercadorias com aplicação incorreta da alíquota prevista para a operação;
- 4) – apropriação do ICMS proveniente de notas fiscais que não correspondem a real entrada das mercadorias no estabelecimento;
- 5) – saídas de mercadorias para não contribuintes do ICMS localizados em outras unidades da Federação com a aplicação incorreta da alíquota interestadual.

Exige-se ICMS, multa de revalidação, sendo que para a irregularidade do item 4, exigiu-se, também, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso IV da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1526/1540, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1563/1573.

O crédito tributário foi reformulado (fls. 1702/1703) para majorar em 50% (cinquenta por cento) a Multa Isolada aplicada e adequá-la aos limites impostos pelo § 2º do artigo 55 da Lei nº 6763/75.

DECISÃO

Conforme relatado, o presente feito fiscal versa sobre a constatação de recolhimento a menor do ICMS devido em razão do cometimento das irregularidades relacionadas no relatório acima.

Da Preliminar

A Impugnante roga pela produção de prova pericial sem, no entanto, apresentar quesitos nem assistente técnico.

Contudo, assevera ser fundamental a realização do exame pericial para esclarecer certos pontos, tais como: a) se determinadas mercadorias gozam ou não do

benefício da redução da base de cálculo; ou b) se nas devoluções de mercadorias efetuadas por pessoas físicas o imposto foi aproveitado dentro dos limites regulamentares.

Em verdade, pelo que se depreende da motivação apresentada para justificar a necessidade da produção da prova pericial, verifica-se claramente que as respostas para tais indagações podem ser encontradas no cotejamento da documentação juntada aos autos frente à legislação tributária vigente.

Desta forma, desnecessária é a produção da prova requerida, pelo que impõe o seu indeferimento.

Do Mérito

Com o objetivo de facilitar o entendimento, abordaremos separadamente sobre cada uma das imputações efetivadas no Auto de Infração.

1) Apropriação do ICMS proveniente de devoluções de mercadorias efetuadas por pessoas físicas

A Autuada adota como prática corrente a admissão de devoluções de mercadorias efetuadas por seus clientes pessoas físicas, não contribuintes do imposto, apropriando-se, em consequência, do imposto debitado por ocasião da saída destas mercadorias.

Os documentos fiscais objeto das devoluções e aproveitamento do crédito foram relacionados às fls. 17/34 e 45/56 dos autos.

A apropriação do imposto decorrente de devolução de mercadoria efetuada por pessoa física é admitida pela legislação tributária, desde que observados os procedimentos exigidos, como se depreende do disposto nos artigos 70, inciso VII e 76, § 2º do RICMS/02, *in verbis*:

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

(...)

VII - a operação ou a prestação se relacionarem com devolução de mercadoria feita por produtor rural, exceto o referido na alínea "b" do inciso II do artigo 98 deste Regulamento, pessoa não inscrita como contribuinte ou não obrigada à emissão de documento fiscal, **ressalvado o disposto no artigo 76** deste Regulamento;

(...)

Art. 76 - O estabelecimento que receber mercadoria devolvida por particular, produtor rural ou qualquer pessoa não considerada contribuinte, ou não obrigada à emissão de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documento fiscal, poderá apropriar-se do valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, nas seguintes hipóteses:

(...)

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

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

II - **declaração do cliente ou do responsável, no documento referido no inciso anterior, de que devolveu ou trocou as mercadorias, especificando o motivo da devolução ou da troca, com menção do seu documento de identidade, ou, tratando-se de contribuinte ou seu preposto, com a aposição do carimbo relativo à inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);**

III - "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." destacamos

É incontroverso no conjunto probatório dos autos que as devoluções em análise foram efetivadas sem a necessária declaração do cliente autor da devolução no documento, especificando o motivo da devolução e a menção do número do seu documento de identidade.

Ao contrário do alegado pela Impugnante, a observância dos requisitos exigidos pela legislação é fundamental para que o Fisco exerça o controle das operações realizadas pelos contribuintes.

Portanto, o cumprimento do requisito mencionado é imprescindível para que o contribuinte comprove a devolução da mercadoria e, via de consequência, faça jus à apropriação do imposto destacado quando da saída da mesma.

Assim, não tendo a Autuada comprovada a devolução da mercadoria na forma determinada pela legislação que rege a matéria, não possui direito à apropriação do imposto debitado no momento de sua saída.

Correta, pois, as exigências de ICMS e MR, pela irregularidade constatada pelo Fisco.

2) Utilização do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, sem a existência de previsão legal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A acusação versa sobre a saída de mercadoria do estabelecimento da Impugnante acobertada por documento fiscal com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, face à inexistência de previsão legal autorizatória.

Os documentos fiscais objeto da imputação foram relacionados às fls. 38/40 e 62/63 dos autos, tendo sido juntado às fls. 74/78, por amostragem, cópia dos documentos mencionados.

Verifica-se no Campo “Dados Adicionais” dos documentos de fls. 74/78, para respaldar o benefício utilizado, a seguinte expressão: “bc. Red. Conforme Dec. 42.217, de 23.08.00 – DOU de 24.08.00” (sic). Porém, o decreto editado e publicado no Diário Oficial deste Estado nas datas referidas é o de número 41.217 e não 42.217, como afirmado pela Impugnante. Este decreto altera vários dispositivos do Regulamento do ICMS, mas não possui nenhum dispositivo que cria ou modifica benefício de redução de base de cálculo.

A alegação da Impugnante de que se tratam, em alguns casos de equipamentos reconicionados ou usados, também não lhe socorre, uma vez que nenhuma prova foi produzida neste sentido e, como informa o Fisco, em nenhum dos documentos fiscais foi observada a menção de que a mercadoria fosse usada, nem cumprida as condições necessárias para a obtenção do benefício, previstas no item 10, subitens 10.1, 10.2, 10.3, alínea “a”, 10.4 e 10.5 do Anexo IV do RICMS/02.

Desta forma, considerando que a irregularidade encontra-se devidamente comprovada, não se dignando a Impugnante produzir prova capaz de ilidir a imputação, corretas as exigências de ICMS e MR.

3) Aplicação incorreta da alíquota prevista para a operação

A imputação deste item versa sobre a saída de mercadoria do estabelecimento da Impugnante acobertada por documento fiscal com utilização incorreta da alíquota prevista para a operação.

Os documentos fiscais objeto da imputação foram relacionados às fls. 35/37 e 57/58 dos autos.

Trata-se de produto de informática relacionado na parte 4 do Anexo XII do RICMS/02, tendo a Autuada utilizado na operação a alíquota de 7% (sete por cento) quando a alíquota correta seria 12% (doze por cento).

O disposto no artigo 42, inciso I, alínea ‘d’ do RICMS/02, determina a aplicação da alíquota de 7% (sete por cento) nas mercadorias relacionadas na parte 4 do Anexo XII, desde que obedecidas às regras contidas no § 9º e seus incisos, do mesmo artigo 42. O contribuinte, para usufruir o benefício, deve cumprir integralmente as exigências estabelecidas no dispositivo legal retromencionado. Não foi o que ocorreu, pois em nenhum dos documentos por ele emitidos ou recebidos nas entradas de mercadorias existem as informações necessárias.

Além disso, as operações de entrada destas mercadorias também deverão estar gravadas com alíquota de 7% (sete por cento) para que a vantagem financeira chegue ao consumidor final, sendo necessário que o fabricante atenda ao disposto no artigo 4º da Lei Federal nº 8.248/91, alterada pela Lei Federal nº 10.176/91, o que não ocorre no caso dos autos.

Assim sendo, depreende do conjunto probatório dos autos, que a irregularidade abordada neste item, também, encontra-se devidamente comprovada, sendo que a Impugnante, apesar de informar em sua impugnação que estaria juntando documento que comprovaria a regularidade de seu procedimento, não produziu nenhuma prova capaz de ilidir a imputação. Corretas, pois, as exigências de ICMS e MR.

4) Apropriação do ICMS proveniente de notas fiscais que não correspondem à real entrada das mercadorias no estabelecimento

A acusação é de que a Autuada apropriou indevidamente imposto proveniente de notas fiscais de transferência de mercadorias de seu Centro de Distribuição situado no município de Contagem/MG para o seu estabelecimento em Uberlândia/MG, sem que estas mercadorias tivessem efetivamente entrado, real ou simbolicamente, no estabelecimento.

As Notas Fiscais objeto da autuação foram relacionadas às fls. 15 e 44 dos autos, cujas cópias reprográficas estão anexadas às fls. 1574/1582.

A mencionada imputação teve respaldo na verificação pelo Fisco da ocorrência dos seguintes indícios nos documentos que acobertaram as supostas transferências:

- a) – as 1ª vias dos documentos fiscais não possuem os canhotos de entrega destacados;
- b) – as operações, quase sempre, são de valores elevados, com poucos itens e grandes quantidades, diferentemente do habitual;
- c) – não existe carimbo de fiscalização nos documentos, sendo que existem 02 (dois) Postos Fiscais no trajeto;
- d) – constam nos documentos como transportador o próprio remetente, sendo que em todas as demais notas fiscais de transferências efetivas o transportador é terceirizado;
- e) – os emitentes (faturistas) são sempre os mesmos, diferentemente de todas as demais notas fiscais emitidas para as transferências efetivas;
- f) – não existe nenhuma conferência de mercadorias anotadas por sinais como é praxe ocorrer e pode ser verificado nas demais notas fiscais de transferência cujas mercadorias efetivamente deram entrada no estabelecimento.

Note-se que numa análise de cada um destes indícios isoladamente a conclusão seria de que não passariam de meros indícios, insuficientes para se concluir que as referidas operações não ocorreram efetivamente. Entretanto, a ocorrência destes indícios de forma cumulativa e recorrente, constitui forte indicativo de existência de irregularidade na operação realizada, autorizando perfeitamente a suspeição da não ocorrência efetiva da transferência consignada nos documentos fiscais e a conseqüente inversão do ônus da prova.

Intimada para comprovar, de forma inequívoca, que efetuou o transporte das mercadorias constantes dos documentos fiscais em questão, com apresentação de comprovantes de despesas dos motoristas (alimentação e estadia) e dos veículos (combustíveis, etc.), inclusive cópia do livro Diário onde as mesmas foram contabilizadas, a Autuada limitou-se a informar que não contabiliza de forma individual e analítica as despesas pretendidas pelo Fisco e juntou cópia do Razão analítico contendo rubricas genéricas de tais lançamentos sem, no entanto, apresentar cópias dos documentos que pudessem comprovar os lançamentos. Porém, tais lançamentos no mencionado livro não foram suficientes para comprovar a realização das despesas necessárias para a efetivação do transporte, conforme demonstra a conclusão da análise efetuada pelo Fisco (fls. 1714/1717).

Destarte, considerando a existência de indícios robustos da não entrada efetiva das mercadorias no estabelecimento da Autuada e, tendo em vista, que a mesma não carrou para os autos documentos e elementos suficientes para a comprovação da realização das operações questionadas, legítimo o estorno do crédito indevidamente apropriado e a conseqüente exigência de ICMS, MR e da MI prevista no art. 55, inciso IV da Lei 6763/75.

Quanto à majoração em 50% (cinquenta por cento) da multa isolada aplicada, vê-se das telas do Sistema Informatizado de Controle da Arrecadação Fiscal – SICAF, acostadas às fls. 1721/1729, que o Autuado é reincidente em relação a esta irregularidade, tendo em vista ter reconhecido e parcelado crédito tributário oriundo de infração de idêntica penalidade, nos cinco anos que antecederam ao cometimento da presente infração. Portanto, legítima a majoração efetuada.

5) saídas de mercadorias para não contribuintes do ICMS localizados em outros Estados com a aplicação incorreta da alíquota interestadual

Trata-se neste item da acusação de que a Autuada realizou operações destinadas a não contribuintes do imposto localizados em outras Unidades da Federação aplicando incorretamente a alíquota interestadual.

Os documentos fiscais objeto da acusação estão relacionados na fl. 61 dos autos e as cópias reprográficas dos mesmos foram juntadas, por amostragem, às fls. 65/66.

Nas cópias dos documentos fiscais acima mencionadas verifica-se, pela simples nomenclatura dos destinatários (Freed Naves Cortez – CPF 534.072.701-78 e Centro Cultural Rui Barbosa), que os mesmos não são contribuintes do ICMS. Além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disso, não consta no campo próprio dos referidos documentos os respectivos números de inscrição no cadastro de contribuintes de seus Estados.

A Impugnante, em sua defesa, argumenta apenas que o Fisco não realizou com o devido cuidado a análise documental, não apresentou nenhuma prova para respaldar a acusação imputada e que a Nota Fiscal 009.651 (fl. 66) registra uma operação de venda a contribuinte do imposto. Porém, não traz aos autos nenhum elemento que possa comprovar tais alegações.

O disposto na alínea “e”, inciso I, art. 42 do RICMS/02 determina que deve ser aplicada a alíquota de 18% (dezoito por cento) em todas as operações onde não forem cabíveis as outras alíquotas especificadas nas alíneas anteriores. Cabe ressaltar, por oportuno, que as alíquotas de que tratam as alíneas anteriores mencionadas não se aplicam aos produtos objeto desta acusação. Por outro lado, a alínea “a1” do inciso II do mesmo artigo determina que, quando o destinatário da mercadoria localizado em outra Unidade da Federação **for não contribuinte** do imposto devem ser aplicadas as mesmas alíquotas previstas no inciso I, conforme se verifica, *in verbis*:

“Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e - 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

II - nas operações e prestações interestaduais:

a - as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1 - quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

(...)”

Portanto, considerando que os documentos fiscais induzem à conclusão de que os destinatários não são contribuintes do imposto, uma vez que, dentre outros elementos, neles não constam os números da inscrição no cadastro de contribuintes e tendo em vista que a Impugnante não trouxe para os autos elementos suficientes para ilidir a acusação, legítimas as exigências de ICMS e MR.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1702/1703. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Revisor) e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 06/03/07.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Edvaldo Ferreira
Relator**

CC/MIG