

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.058/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165569-40
Impugnação: 40.010127914-15
Impugnante: Petrobras Distribuidora S.A.
IE: 067059023.30-91
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DEVOLUÇÃO IRREGULAR. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais de entrada emitidas pela Autuada. Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada, capituladas no art. 56, inc. II e art. 55, inc. XXVI, respectivamente, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Lançamento precedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de crédito do ICMS no período de abril de 2006 a novembro de 2008, em razão de devolução irregular de cimento asfáltico e emulsão asfáltica.

Exige-se o estorno do ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 201 a 208, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 219/225.

A 1ª Câmara de Julgamento retirou o processo de pauta nos dias 22/09/10 e 28/09/10, conforme fls. 229/230.

DECISÃO

A Autuada promoveu 20 (vinte) operações de venda de cimento asfáltico e emulsão asfáltica para o DER/MG e uma operação de venda de cimento asfáltico para Tracomal Terraplanagem e Construções Machado Ltda.

As 21 (vinte e uma) notas fiscais objeto da autuação estão relacionadas às fls. 12. As cópias das notas fiscais de venda e de entrada constam às fls. 18/49.

O Fisco apurou a irregularidade de aproveitamento indevido de crédito do ICMS ao constatar que para cada nota fiscal de saída emitida para o DER/MG correspondia à outra nota fiscal de entrada da mesma mercadoria, em valor idêntico. A infração é facilmente compreendida por meio dos exemplos apresentados a seguir, pois

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foram selecionadas algumas notas fiscais para demonstrar como ocorreram as operações da Autuada.

NF de Saída	Data	Destinatário	Base de Cálculo	ICMS	NF de Entrada	Data	Remetente	Base de Cálculo	ICMS
000946	30.03.06	DER/MG	25.948,61	4.677,23	000013	18.04.06	DER/MG	25.948,61	4.677,23
000947	30.03.06	DER/MG	13.789,12	2.482,04	000014	18.04.06	DER/MG	13.789,12	2.482,04
000950	30.03.06	DER/MG	30.489,48	5.488,11	000018	27.04.06	DER/MG	30.489,48	5.488,11
000951	30.03.06	DER/MG	27.078,50	4.874,13	000019	27.04.06	DER/MG	27.078,50	4.874,13
001348	27.04.06	DER/MG	27.321,04	4.917,79	000023	16.05.06	DER/MG	27.321,04	4.917,79
018647	23.07.08	DER/MG	28.100,75	5.058,14	000224	12.08.08	DER/MG	28.100,75	5.058,14

Por meio do quadro acima, observa-se que os valores da base de cálculo e do ICMS destacados são os mesmos nas notas fiscais de saída e de entrada. Portanto, as operações de entrada tiveram por finalidade anular o débito anterior, e proporcionar igual crédito do imposto, como se fossem operações de restituição, com o ajuste na escrita fiscal da Autuada.

Como exemplo, a análise da NF nº 000946 (fls. 19), em confronto com a Nota Fiscal de Entrada nº 000013 (fls. 18), não é possível concluir que a operação foi simbólica, porque inexistente qualquer observação nesse sentido. Por isso, parecem operações distintas, sem nenhum vínculo entre si. A única ligação entre elas está no campo “informações complementares” da Nota Fiscal de Entrada nº 000013, em que consta que o motivo da emissão foi por “Erro das Condições Comerciais”. Porém, não há informação sobre destaque indevido nas operações anteriores.

A Autuada apropriou-se do mesmo valor do crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de saída em outro período de apuração do ICMS, de modo geral, no mês seguinte à saída. No exemplo da NF nº 000946 (fls. 19), a saída ocorreu em 30/03/06 e a apropriação indevida ocorreu em 18/04/06. Tais operações foram feitas ao longo dos exercícios de 2006 e 2008.

Ao emitir notas fiscais de saída com as respectivas notas fiscais de entradas, vinculadas umas às outras, sem a observação de que as operações eram simbólicas, a Autuada efetuou operação fictícia de entrada de mercadorias, pois não houve entrada no seu estoque.

A Autuada alega que emitiu notas fiscais de entrada para cancelar o débito do ICMS indevidamente destacado nas notas fiscais de saída para o DER/MG, cujas operações estão amparadas pela isenção, prevista no item 136 do Anexo I do RICMS/02. Todavia, tais operações de aproveitamento de crédito, da forma como foram feitas, não têm previsão legal. Além disso, as notas fiscais de entrada foram emitidas à revelia do DER/MG, pois não consta dos autos que a Autuada tenha solicitado àquele órgão a emissão de nota fiscal de devolução simbólica.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ICMS destacado nas notas fiscais de venda integrou o preço dos produtos e foi pago à Autuada, que, em princípio, não sofreu prejuízo algum com as operações, porque simplesmente repassou ao erário o valor recebido do DER/MG.

A finalidade da isenção na saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias é baratear o custo dos serviços públicos. Portanto, o DER/MG recebeu da Autuada produtos onerados com o ICMS, não usufruiu do benefício da isenção, e ainda pagou o imposto embutido nas notas fiscais.

Não existe nos autos, reiterando, prova de que o DER/MG autorizou a Autuada a emitir as notas fiscais de entrada para acertar a situação irregular e, assim, anular os débitos nas operações de saída.

Por outro prisma, também não há como considerar que houve de fato o retorno das mercadorias em razão da sua natureza. Os produtos não poderiam ter sido devolvidos nas datas que constam nas notas fiscais com intervalo de tempo superior a quinze dias após sua venda, porque estes produtos perdem suas propriedades, tornando inadequada a utilização. Logo, não foram integrados ao estoque da Autuada.

A legislação mineira tem dispositivos que prescrevem as soluções em caso de destaque indevido de ICMS, as quais não foram observadas. Pelo que se verifica na cópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, anexados aos autos pelo Fisco, às fls. 50/199, nenhuma observação sobre a apropriação do crédito foi feita para justificar as operações.

A própria Autuada reconhece que pretendia a restituição do ICMS com o procedimento adotado. Assim, assumiu o risco ao emitir as notas fiscais de entrada e escriturar as operações nos livros Registro de Entrada e de Apuração do ICMS.

Por isso, em face dos documentos fiscais e da confissão da Autuada, o Fisco agiu corretamente ao emitir o Auto de Infração.

A devolução irregular da mercadoria relativa à operação realizada com a Tracomal Terraplanagem e Construções Machado Ltda., por meio da Nota Fiscal nº 21.987, de 18/11/08, às fls. 46, está caracterizada porque não foram cumpridos os requisitos do art. 78, § 2º e § 3º do RICMS/02:

Art. 78 - O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

(...)

§ 2º - O transportador e, se possível, também o destinatário, mediante declaração datada e assinada, consignarão, no verso da nota fiscal ou do DANFE, o motivo pelo qual a mercadoria não foi entregue e, sendo o destinatário contribuinte, deverá apor no verso do documento o carimbo relativo à sua inscrição no CNPJ.

§ 3º - A recuperação do imposto somente será possível no caso em que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a nota fiscal ou o DANFE que acobertou ou acompanhou o retorno contenha o visto do Posto de Fiscalização, se existente no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador;

II - o contribuinte tenha observado o disposto nos parágrafos anteriores. (Grifou-se)

O procedimento de devolução da mercadoria discriminada na Nota Fiscal nº 21.987 desrespeitou o artigo acima, pelas seguintes razões:

a) a nota fiscal contém o carimbo do Posto Fiscal da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais no trajeto de ida, mas não contém carimbo no retorno da mercadoria;

b) não consta no verso do documento o motivo pelo qual a mercadoria não foi entregue, a data, a assinatura do destinatário e/ou transportador e o carimbo da empresa destinatária com o CNPJ.

Na situação acima a irregularidade está configurada. Corretas, portanto, as exigências fiscais.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, o benefício não pode ser aplicado, em decorrência da vedação prevista no § 5º do mesmo artigo:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

II - o valor das operações ou das prestações realizadas;

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

5) de aproveitamento indevido de crédito;(Grifou-se)

(...)

São improcedentes os argumentos da Autuada de que as multas de revalidação e isolada são confiscatórias, pois elas estão previstas na Lei nº 6763/75, que possui plena vigência e eficácia e não é objeto de ação de inconstitucionalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida, que o julgavam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Danilo Vilela Prado
Relator

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.058/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165569-40
Impugnação: 40.010127914-15
Impugnante: Petrobras Distribuidora S.A.
IE: 067059023.30-91
Proc. S. Passivo: Arethuzza de Souza Totti e Silva/Outro(s)
Origem: DF/Betim

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o presente feito sobre a constatação de que a Autuada se creditou indevidamente de ICMS em razão de devolução irregular de mercadorias.

Em que pese à plausibilidade do feito fiscal, reputo, “data venia”, que a razoabilidade jurídica e economia processual afastam a sanção fiscal em comento, pois, é fato incontroverso nos autos que, na emissão das notas fiscais de entrada para fins de cancelamento da operação, a FASBET, isto é, a fábrica de asfalto da Autuada, não observou o benefício previsto no Anexo I, item, 136, do RICMS/02, que concede isenção de ICMS nas operações internas destinadas a Órgãos da Administração Pública.

Neste compasso, ainda que a Autuada tenha emitido indevidamente documentos fiscais para “zerar” as operações, vejo que é incontroverso que o tributo destacado nos documentos fiscais que precederam as operações canceladas era mesmo indevido.

Enxergo, também, que as notas fiscais canceladas se vinculam, nas observações contidas no seu corpo, com os documentos que continham o destaque indevido do ICMS.

No mínimo, vejo que o tributo é inexigível porque, de fato, insiste-se, houve destaque e recolhimento indevido de imposto nas operações anteriores às autuadas.

Assim, vejo que o Princípio da Economia e Razoabilidade Jurídica agasalham a tese da Contribuinte no sentido de “zerar” as operações e que, de fato, ao caso comportaria uma exigência fiscal “inespecífica” para punir a escolha feita pela Contribuinte para ajustar as operações levadas a cabo no caso vertente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo exposto, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 06/10/10.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

CC/MIG