

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.722/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162317-14
Impugnação: 40.010126332-75
Impugnante: RH Cardoso & Cia Ltda
IE: 062025764.00-79
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/ BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - PRODUTOS DE INFORMÁTICA. Constatou-se recolhimento a menor do ICMS, face à emissão de notas fiscais com destaque a menor do imposto pela utilização de alíquota menor que a devida em operações com produtos de informática e automação e outras mercadorias. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso VI do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75 c/c alínea “f” do inciso VI do art. 215 da Parte Geral do RICMS/02.

SUSPENSÃO – DESCARACTERIZAÇÃO - REMESSA PARA TROCA/GARANTIA – NOTA FISCAL SEM DESTAQUE DO ICMS. Constatou-se emissão de notas fiscais de remessa de mercadorias para troca/garantia sem destaque do ICMS. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso VI do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75 c/c alínea “f” do inciso VI do art. 215 da Parte Geral do RICMS/02. Excluídas as exigências relativas às notas fiscais para as quais se comprovou o retorno da mercadoria após conserto. Infração caracterizada em parte.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO - NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - SIMPLES REMESSA. Constatou-se emissão de notas fiscais de simples remessa sem destaque do imposto e sem declaração do motivo da falta de destaque. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso VI do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75 c/c alínea “f” do inciso VI do art. 215 da Parte Geral do RICMS/02. Excluídas as exigências relativas às notas fiscais para as quais foram apresentadas notas de retorno de conserto. Infração caracterizada em parte.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - DIVERGÊNCIA DE VALOR - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Constatou-se a falta de registro, no livro Registro de Saídas, do ICMS destacado em notas fiscais. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multas Isoladas previstas nas alíneas “a” e “b” do inciso IX do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - DIVERGÊNCIA DE VALOR - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se a falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Saídas, deixando de levar a

débito o valor do ICMS destacado nos documentos. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso I do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01. Constatou-se aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de fornecedores de outras Unidades da Federação, beneficiados com incentivos fiscais em seus Estados de origem, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. Procedimento fiscal respaldado no art. 155, § 2º e inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos do art. 62, § 1º do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - APROVEITAMENTO A MAIOR. Constatou-se aproveitamento de crédito em valor maior que o destacado no documento fiscal. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso X da Parte Geral do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DE ICMS - FALTA DE MULTA E JUROS DE MORA. Constatou-se emissão de nota fiscal fora da sequência numérica, o que teria implicado em recolhimento intempestivo do ICMS sem os encargos da multa e dos juros de mora. Exigências de multa e juros de mora previstos no art. 56, § 1º da Lei nº 6.763/75. Excluídas as exigências porque é permitido o uso simultâneo de blocos de notas fiscais conforme art. 142 da Parte Geral do RICMS/02.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS. Constatou-se a falta de escrituração de notas fiscais nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6763/75. Legítima a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alíneas “a” e “b” da citada lei.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime. Acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, para cancelar a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alíneas “a” e “b” da citada lei. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1- emissão das notas fiscais relacionadas no Anexo I com destaque a menor do ICMS, pela aplicação incorreta de alíquota, nos meses de fevereiro a abril, junho, julho e setembro a dezembro de 2004, fevereiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a junho de 2007, pelo que foi exigido ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (42 UFEMG, por documento),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75;

2 - emissão das notas fiscais relacionadas no Anexo II, relativas à remessa para troca/garantia, sem destaque do ICMS devido, nos meses de janeiro, novembro e dezembro de 2005, janeiro a março, maio, junho e agosto a outubro de 2006, janeiro, março, abril e junho de 2007, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (42 UFEMG, por documento), previstas, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso VI do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75;

3 - emissão das notas fiscais relacionadas no Anexo III, de simples remessa, sem destaque do ICMS e sem declaração do motivo da falta de destaque, nos meses de setembro de 2004, maio, setembro, novembro e dezembro de 2005 e fevereiro de 2006, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do ICMS) e Multa Isolada (42 UFEMG, por documento), previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75;

4 - falta de lançamento no livro Registro de Saídas e nas DAPIs, do ICMS destacado em notas fiscais, relacionadas no Anexo VII, emitidas e escrituradas no livro fiscal, nos meses de setembro de 2004, julho, novembro e dezembro de 2005, janeiro, fevereiro, março e novembro de 2006, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (500 UFEMG, por mês e 50% do ICMS devido), previstas, respectivamente, no inciso II do art. 56 e nas alíneas “a” e “b” do inciso IX do art. 54, ambos da Lei nº 6.763/75;

5 - falta de escrituração no livro Registro de Saídas das notas fiscais relacionadas no Anexo VIII, nos meses de janeiro e março de 2005 e dezembro de 2006, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (10% do valor da operação), previstas, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso I do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75;

6 - aproveitamento indevido de parte dos créditos de ICMS destacados em notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias, correspondente a vantagens econômicas decorrentes de concessão de incentivos ou benefícios fiscais em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a março, maio a outubro e dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a junho de 2007, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (50% do valor do crédito indevidamente apropriado), previstas, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75;

7 - aproveitamento de crédito de ICMS maior que o valor destacado na Nota Fiscal nº 578638, emitida por Aldo Componentes Eletrônicos Ltda., no mês de fevereiro de 2006, conforme demonstrado no Anexo XI, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação (50% do valor do ICMS) e Multa Isolada (50% do valor do crédito indevidamente apropriado), previstas, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

8 – emissão da Nota Fiscal mod. 1 nº 003299 fora da ordem sequencial implicando em falta de recolhimento ou recolhimento a menor da multa de mora e/ou juros de mora, nos meses de abril, maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2004, abril a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e dezembro de 2006 e janeiro, março, abril e junho de 2007, conforme demonstrado nos Anexos IV e V, pelo que se exige Multa de Mora em dobro e juros, conforme previsto no § 1º do art. 56 da Lei nº 6.763/75;

9 - falta de escrituração no livro Registro de Saídas das notas fiscais relacionadas no Anexo IX, nos meses de agosto de 2004, fevereiro e abril a agosto de 2006 e abril de 2007, pelo que se exige Multa Isolada (5% do valor da operação), prevista na alínea “b” do inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, vez que o imposto foi informado nas DAPIs;

10 - falta de escrituração no livro Registro de Entradas das notas fiscais de aquisição de mercadorias e serviços relacionadas no Anexo XII, cujos créditos de ICMS foram lançados nas DAPIs, nos meses de fevereiro, março e maio a setembro de 2006, pelo que se exige Multa Isolada (5% do valor da operação), prevista na alínea “a” do inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

O trabalho fiscal encontra-se instruído, além do Auto de Infração, com o Auto de Início de Ação Fiscal e comunicados de prorrogação (fls. 2/8), DCMM (fls. 12/16), Relatório Fiscal (fls. 17/21), procuração da empresa para José Celso de Azevedo (fl. 22), cópia do Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (fls. 25/26), Relação de Anexos (fl. 27), Anexos I a XXIX com relações dos documentos por irregularidade, recomposição da conta gráfica, demonstrativo do crédito tributário e cópias de documentos, livros fiscais e DAPIs (fls. 28/750). À fl. 751, encontram-se, em envelope, 4 CDs com contrato, DAPIs, livros fiscais e notas fiscais de entrada e saída digitalizados e certificados com o programa MD5Summer, conforme informa o Fisco.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 752/769 e documentos de fls. 771/2068, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2072/2088.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2095/2116, opina pela procedência parcial do lançamento para, quanto aos itens 2 e 3, excluir as exigências relativas às notas fiscais para as quais se comprovou o retorno da mercadoria, quanto ao item 8, excluir todas as exigências, quanto aos itens 9 e 10, excluir a exigência da multa isolada quando foi exigida outra multa sobre o mesmo documento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo quanto à exclusão da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso I, alíneas “a” e “b” da Lei nº 6763/75.

Da Preliminar

A Impugnante alega nulidade da peça fiscal quanto ao item 6 do Auto de Infração por falta de motivação, já que o Fisco não indicou a norma instituidora do

suposto benefício, nem demonstrou que o mesmo efetivamente se aplica à operação interestadual pela qual a Impugnante adquiriu as mercadorias e aproveitou o crédito.

Não tem razão a Impugnante. Além de citar a Constituição Federal, a LC nº 24/75, a Lei nº 6.763/75 e o RICMS/02, o Fisco citou a Resolução nº 3.166/01 que veda a apropriação de crédito do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto. O Anexo Único da referida resolução elenca, por Estado, mercadoria, benefício e o crédito admitido. Na planilha de fls. 64/80, foi informado o item do anexo da citada resolução para cada nota fiscal.

Destarte, inexistem os vícios arguidos, não havendo que se falar em nulidade do lançamento.

Do Mérito

O Fisco constatou, mediante verificação fiscal analítica do período de 01/01/04 a 31/12/07, as irregularidades anteriormente descritas, que serão analisadas na mesma ordem em que aparecem no Auto de Infração.

Inicialmente, a Impugnante alega que o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos até 20/11/04 já se encontrava extinto pela decadência quando da notificação do lançamento em 20/11/09, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, pelo que cita decisão do STJ e o Acórdão 18.529/09/2ª nesse sentido.

O Fisco discorda, argumentando que o § 4º do citado art. 150 somente é aplicável em relação a imposto apurado e declarado pelo contribuinte. Cita os Acórdãos 3.510/10/CE, 18.632/10/2ª, 18.641/10/2ª, 19.393/10/3ª e 19.480/10/1ª também do CC/MG e em sentido contrário ao citado pela Impugnante.

Correto o Fisco, vez se tratar de lançamento de ofício. Aplicam-se, então, as regras dos arts. 149, inciso V e 173, inciso I do mesmo CTN. O prazo para o Fisco constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2004 foi até 31/12/09. Como o Auto de Infração foi recebido pela Impugnante em 20/11/09, não há que se falar em decadência.

Item 1 do AI: Destaque a menor do ICMS

Trata da exigência de ICMS, multa de revalidação (50% sobre o valor do imposto) e Multa Isolada (42 UFEMGs por nota fiscal), prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, VI, “f” do RICMS/02, pela emissão das notas fiscais relacionadas no Anexo I, com destaque a menor do imposto pela aplicação da alíquota incorreta.

No Anexo I de fls. 28/49, está demonstrada, em detalhes, a apuração do imposto ora exigido. O Fisco exige ICMS pela alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre as saídas de produtos de informática não listados na Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02, a exemplo de processador, estabilizador, CD, cartucho toner e gravador de CD e sobre as saídas de outras mercadorias como, por exemplo, mesa TV, câmera digital, armário, televisão, aparelho de ar condicionado e outras, cujas notas fiscais foram emitidas com o ICMS destacado pela alíquota de 12% (doze por cento). Exige,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

também, imposto pela alíquota de 12% (doze por cento) pela saída de um computador cuja nota fiscal – nº. 006959 - teve o ICMS destacado pela alíquota de 7% (sete por cento).

Corretas as exigências do ICMS e da multa de revalidação correspondente, vez que o Fisco, no caso, aplicou as alíquotas previstas no art. 42, I, “b.6” e “e” do RICMS/02 para calcular o imposto.

Correta também a exigência da multa isolada correspondente a 42 (quarenta e duas) UFEMGs por documento, vez que a Autuada emitiu os documentos com indicação incorreta da alíquota.

Cabe acrescentar que a Impugnante não faz menção a este item em sua impugnação.

Item 2 do AI: NF de remessas para troca/garantia sem destaque do ICMS

Exige-se, quanto a este item, ICMS, multa de revalidação (50% sobre o valor do imposto) e Multa Isolada (42 UFEMGs por nota fiscal), prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, VI, “f” do RICMS/02, pela emissão das notas fiscais relacionadas no Anexo II (fls. 50/51), de remessas para troca/garantia, sem destaque do ICMS devido. Cópias das notas fiscais, por amostragem, encontram-se às fls. 309/317.

Pelas notas fiscais, a natureza da operação é “remessa p/ troca” ou “remessa p/troca garantia”, embora conste do campo “Dados Adicionais” a informação “ICMS suspenso conf. art. 19, Anexo III, item 1 do RICMS – Dec. 43080/02”, exceto nas Notas Fiscais nºs 003855, 003871, 004874, 004900 e 004911 das quais não consta motivo nenhum.

Argumenta a Impugnante que as remessas pelas Notas Fiscais nºs 3871, 4892, 5132, 5534, 5654, 5912, 6117, 6335, 6577, 6601, 6683, 6724, 6734 e 6843 foram para conserto, embora delas conste “remessa para troca/garantia”, e que as mercadorias retornaram pelas notas fiscais que enumera. Argumenta, também, que comprovado tratar-se de remessa para conserto, não há que se falar em manutenção da exigência, em respeito ao princípio da verdade material que rege a atividade administrativa tributária, não podendo o direito formal se sobrepor ao direito material.

O Fisco discorda dizendo não ser possível vincular, inequivocamente, as mercadorias constantes das notas fiscais de remessa com as mercadorias constantes das notas fiscais de retorno, porquanto as mercadorias remetidas não são perfeitamente identificáveis e, ainda que em parte dos casos as descrições das mercadorias nos documentos de remessa e de retorno sejam parecidas, não é possível afirmar que se tratam dos mesmos produtos. Analisa cada um dos documentos e mostra que há diferenças de valor.

É certo que a mercadoria não é perfeitamente identificável e a Impugnante não informou corretamente a natureza da operação. No entanto, isso não é suficiente para descaracterizar todas as operações, vez que foram apresentadas notas fiscais de retorno que mencionam as notas fiscais de remessa emitidas pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Especificamente quanto à NF nº 003871 (fl. 801), datada de 31/01/05, no valor de R\$ 5.067,93, a Impugnante apresentou a NF de retorno parcial nº 5439 (fl. 802), datada de 11/08/05, no valor de R\$ 218,45. No caso, há que se considerar as disposições do sub-item 1.1 do Anexo III do RICMS/02, que condiciona a suspensão do imposto ao retorno da mercadoria no prazo de 180 dias. Como o retorno se deu 192 dias após a remessa e não houve prorrogação, devem ser mantidas as exigências.

Para comprovar o retorno das mercadorias remetidas pela Nota fiscal nº 005132 (documento fl. 805), datada de 05/01/06, valor igual a R\$ 1.945,00, foi apresentada a Nota Fiscal nº 021402 (documento fl. 806), emitida em 10/02/06, no valor de R\$ 1.818,00. Pela Nota Fiscal nº 005132 foram remetidas 16 “placas de rede kaiomy chip via” ao valor unitário de R\$ 10,00 e pela Nota Fiscal nº 021402 retornaram 06 unidades pelo valor unitário de R\$ 13,00 e 10 unidades de “rede PCT 10/100 encore plus box” de valor unitário R\$ 13,00. Assim, havendo dúvidas quanto a ser a mesma mercadoria, deve ser excluída a exigência apenas quanto a 06 (seis) “placas de rede kaiomy Chip via” que retornaram, além, obviamente, das outras mercadorias que constam das duas notas fiscais.

Para a Nota fiscal nº 005534 (documento fl. 807), emitida em 09/03/06, valor igual a R\$ 2.761,50, foi apresentada a Nota Fiscal de retorno nº 029580 (fl. 808), de 30/06/06, no valor de R\$ 2.761,50. Pela primeira foram remetidas duas “placas de fax modem” pelo valor unitário de R\$ 24,00 e uma “memória 256 mb-PC 2700” pelo valor unitário de R\$ 44,00, sendo que pela nota fiscal de retorno, foram devolvidos dois “mofax 56k PCI Motorola s/voice box” pelo valor unitário de R\$ 23,00 e um “Hub BP 10/100 kaiomy CSH 9-30 S” pelo valor unitário de R\$ 46,00. Assim, devem ser mantidas as exigências quanto às remessas das duas “placas de fax modem” e da “memória 256 mb-PC 2700”, excluindo as exigências quanto às demais mercadorias que retornaram.

Para a Nota fiscal nº 006335 (documento fl. 313), emitida em 26/10/06, valor de R\$ 1.650,88, foi apresentada a Nota Fiscal nº 3970 (fl. 815), emitida em 10/01/07, valor de R\$ 647,26, de devolução de mercadorias cujos valores e descrições são diferentes das mercadorias discriminadas na nota fiscal de remessa. Assim, devem ser mantidas as exigências quanto à Nota Fiscal nº 006335.

Para comprovar o retorno das mercadorias da Nota Fiscal nº 006683 (documento fl. 820), a Impugnante cita a Nota Fiscal 010083, que não se encontra nos autos. Assim, devem ser mantidas as exigências quanto ao primeiro documento fiscal.

Concluindo, devem ser excluídas as exigências, ou parte delas, quanto às notas fiscais para as quais a Impugnante apresentou notas de retorno da totalidade ou de parte da mercadoria, quais sejam as Notas Fiscais nºs. 004892, 005132, 005534, 005654, 005912, 006117, 006577, 006601, 006724, 006734 e 006843, embora haja pequenas divergências quanto à descrição de algumas mercadorias. Nesses casos não há divergências quanto ao valor unitário.

Item 3 do AI – NF de simples remessa sem destaque do ICMS

Neste item, exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por ter a Autuada emitido as notas fiscais relacionadas no Anexo III (fls. 52) de simples remessa, sem destaque do imposto e sem declaração do motivo da falta de destaque. Cópias das notas fiscais encontram-se às fls. 319/333 dos autos.

Afirma a Impugnante que as Notas Fiscais de simples remessa n.ºs. 004066, 004641, 004643, 004838, 004839, 004848, 004849, 004850, 004852 e 005349 acobertaram entregas de mercadorias ao Poder Público e se referem às Notas Fiscais de venda n.ºs 004102, 004706, 004711, 004867, 004869, 004870, 005396, posteriormente emitidas, nos exatos montantes dos empenhos. Junta cópias às fls. 830/845.

O Fisco argumenta que não é possível vincular, inequivocamente, os documentos de simples remessa com os documentos de venda, tendo em vista que nenhum deles menciona o outro, além de que deles não consta os números de série dos produtos, importante para individualizá-los e que as notas fiscais de venda foram emitidas em datas posteriores às datas de emissão das notas fiscais de simples remessa. Transcreve os arts. 305 e 306 da Parte I do Anexo IX do RICMS/02 que tratam de venda para entrega futura. Analisa, ainda, cada um dos documentos.

É certo que não consta dos documentos fiscais referência a outros e que as notas fiscais de simples remessa foram emitidas anteriormente às notas fiscais de venda, não sendo, portanto, operação de venda para entrega futura, prevista nos arts. 305 e 306 da Parte I do Anexo IX do RICMS/02.

O fato gerador do imposto ocorre na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, conforme previsão do inciso VI do art. 6º da Lei n.º. 6.763/75, não havendo, na legislação do ICMS, previsão de entrega de mercadoria sem incidência do imposto, antes da emissão da nota fiscal de venda. Há, sim, previsão de emissão de nota fiscal, sem destaque do ICMS, para faturamento de mercadoria a ser posteriormente entregue.

Assim, ainda que as mercadorias saídas com as notas fiscais de simples remessa sejam as mesmas das notas fiscais de venda trazidas pela Impugnante, o imposto deveria ter sido destacado nas primeiras.

Cabe ressaltar que a Autuada terá direito à restituição do imposto destacado nas notas fiscais de venda se de fato vier a comprovar, por todos os meios permitidos, que as mercadorias delas constantes são as mesmas das notas fiscais de simples remessa.

Como, apenas pelo que consta dos autos, não restou comprovado serem as mesmas mercadorias, devem ser mantidas as exigências quanto às notas fiscais 004066, 004641, 004643, 004838, 004839, 004848, 004849, 004850, 004852 e 005349.

Especificamente quanto à NF 005093 (fl. 847), informa a Impugnante que ela está vinculada à nota fiscal de venda n.º. 005012 (846), destinada à Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, sendo isenta a operação, conforme consignado na nota fiscal.

Embora da nota fiscal de remessa conste tipo de mercadoria que também consta da nota fiscal de venda, não há vinculação inequívoca entre as duas notas fiscais. Como se pode ver às fls. 847, consta do campo “Dados Adicionais” que a remessa se refere à nota fiscal de venda n.º. 005093, que é a própria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à alegação da Impugnante de que a operação é isenta porque destinada à Administração Pública Estadual, argumenta o Fisco, e não há como discordar, que não foram cumpridos os quesitos constantes do subitem 136.2 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02:

"136 - Saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias.

(...)

136.2 - A isenção prevista neste item fica condicionada a que:

a - o contribuinte abata do preço da mercadoria, do bem ou serviço o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção;

b - o contribuinte indique expressamente no documento fiscal, no campo "Informações Complementares" ou "Observações":

b.1 - o valor da operação ou prestação sem a isenção e o valor do imposto dispensado (desconto), observado o disposto no subitem 136.7 desta Parte.

b.2 - o número e a data da Nota de Empenho e o código da Unidade Executora;"

Assim, devem, também, ser mantidas as exigências quanto à NF nº 005093.

Quanto às Notas Fiscais nºs 004960, 005004 e 005030 (fls. 849/851/853), a Autuada afirma que houve um equívoco em tratá-las como de simples remessa, já que são de remessa para conserto. Para comprovar suas alegações, junta, às fls. 850/852 e 854, cópias das Notas Fiscais nºs 000373, 000392 e 000393 que seriam de retorno das mercadorias.

Argumenta o Fisco que embora existam semelhanças entre as descrições das mercadorias relacionadas nas notas fiscais de simples remessa e de retorno, como não são perfeitamente identificáveis, não é possível afirmar que se tratam dos mesmos produtos. Quanto à Nota Fiscal nº 005030, emitida em 26/12/05, que as mercadorias teriam retornado no dia seguinte, através da Nota Fiscal nº 000393, de 27/12/05, não sendo o tempo suficiente para o conserto das várias mercadorias.

Como se pode ver dos documentos, de fato a Autuada informou como natureza da operação "simples remessa" e não fez constar o dispositivo referente à suspensão do imposto e Arquimedes Automação e Informática Ltda, ao devolver as mercadorias, como "devolução de conserto", não mencionou as notas pelas quais as recebeu.

Há indícios, sim, de irregularidades, mas não há comprovação inequívoca de que as mercadorias não foram remetidas para conserto. Assim, devem ser excluídas das exigências as Notas Fiscais nºs 004960, 005004 e 005030.

Item 4 do AI – Falta de registro no LRS do valor do ICMS destacado em Notas Fiscais

A Autuada deixou de lançar, no livro Registro de Saídas e nas DAPIs, o ICMS destacado nas notas fiscais relacionadas no Anexo VII, pelo que se exige, além do imposto, multa de revalidação (50% sobre o valor do imposto) e Multas Isoladas (50% do valor do ICMS mais 500 UFEMGs por DAPI) previstas no art. 54, inciso IX, alíneas “a” e “b” da Lei nº 6.763/75.

A Autuada destacou o imposto nas notas fiscais mas não o levou a débito no livro Registro de Saídas, como deveria. Corretas as exigências, conforme demonstrado no Anexo VII e no Relatório Fiscal.

A Impugnante também não se manifestou quanto a essa irregularidade.

Item 5 do AI – Falta de registro de NF no livro Registro de Saídas

A Autuada não escriturou no livro Registro de Saídas as notas fiscais relacionadas no Anexo VIII, pelo que se exige, além do imposto, multa de revalidação (50% sobre o valor do imposto) e Multa Isolada (10% sobre o valor da operação), capitulada no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

É obrigação do contribuinte escriturar os livros fiscais lançando o imposto na forma regulamentar. No caso, deixou de registrar no livro Registro de Saídas notas fiscais que emitiu, reduzindo tributo. Corretas as exigências fiscais.

A Impugnante também não se manifestou quanto a esse item do Auto de Infração.

Item 6 do AI – Aproveitamento de crédito em desacordo com Resolução 3.166/01

Pelo aproveitamento indevido de parte dos créditos de ICMS destacado em notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias, correspondente a vantagens econômicas decorrentes de concessão de incentivos ou benefícios fiscais em desacordo com a legislação tributária, exige-se ICMS, multa de revalidação (50% sobre o valor do ICMS) e Multa Isolada (50% sobre o valor do crédito indevidamente apropriado), capitulada no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Os valores foram estornados em recomposição da conta gráfica, conforme demonstrado às fls. 98/99.

Além da nulidade já tratada na preliminar, a Impugnante argui que é contraditória a conduta da Fazenda Pública mineira, já que se o benefício é inconstitucional por falta de convênio, a consequência lógica é a incidência plena com a exigência na origem, cabendo ao adquirente crédito integral, independentemente do imposto ter sido ou não pago na origem; que suportou integralmente o valor do imposto, este compôs o seu custo e se não considerado o crédito implicará em cobrança do imposto sobre base já cobrada; que o imposto deveria ser exigido do remetente e que a exigência do destinatário implica uma casuística incompatível com a dinâmica da circulação de mercadorias, pois o adquirente teria que verificar o pagamento pelo alienante a cada operação; que como as notas fiscais têm o ICMS destacado de acordo com a alíquota constante da Resolução nº 22/89 do Senado Federal, fundado está o seu direito ao crédito, não podendo ser afetado pelo benefício fiscal eventualmente fruído pelo remetente; que entender de forma contrária implica em patente violação ao princípio da segurança jurídica; que o Estado deveria propor ação direta de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inconstitucionalidade ou ação civil originária nos casos de benefícios irregulares, sendo o contribuinte terceiro nessa discussão; que não pode ter seu direito ao crédito vedado ou limitado como meio de defesa do Estado que se julgar prejudicado; que como não tem conhecimento de nenhuma ação proposta pelo Estado de Minas Gerais suspendendo ou afastando os benefícios fiscais, que nem foram citados nos autos, é de se concluir que, ao menos no período objeto da autuação, os mesmos estavam em vigor, sendo pleno o direito ao crédito integral; que a conduta fiscal revela-se absolutamente imprópria e inconstitucional; que por todos os motivos, deve ser anulada a glosa dos créditos e as exigências fiscais referentes. Cita doutrina e julgados.

O Fisco contra argumenta, com propriedade, pelo que se transcreve, que “o estorno das parcelas dos créditos indevidamente aproveitadas foi feito com base na legislação tributária, por originar-se de incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no CONFAZ.

A Constituição Federal, no inciso II de seu art. 155, estabelece que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;"

A alínea “g” do inciso XII do § 2º do mesmo artigo transfere a uma lei complementar a função de regular a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados:

"§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados."

A Lei Complementar nº 24/75, no parágrafo único de seu art. 1º e no inciso I de seu art. 8º, estabelece regras para estas situações:

"Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

(...)

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;"

Amparado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 24/75, o Estado de Minas Gerais, por meio do § 5º do art. 28 da Lei nº 6.763/75, veda o aproveitamento de créditos de ICMS originados de incentivos fiscais concedidos sem obediência dos preceitos fixados por estes dispositivos legais:

"Art. 28 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República."

O RICMS/02, através dos §§ 1º e 2º do art. 62 e do inciso VI do art. 71 de sua Parte Geral, vem aclarar ainda mais a questão:

"Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

(...)

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

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento."

Com o intuito de esclarecer o contribuinte e orientar o fisco quanto às operações realizadas ao abrigo de benefícios fiscais concedidos sem observância da legislação de regência do ICMS, a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais publicou a Resolução nº 3.166/01.

A Impugnante alega ter sido prejudicada em sua defesa, por não ter meios de saber se o benefício fiscal foi instituído ou não por convênio, qual a norma instituidora ou qual a aplicabilidade deste benefício.

As alegações da Impugnante são totalmente infundadas, visto que no Anexo X do Auto de Infração, onde são apurados os valores dos créditos aproveitados em desacordo com a legislação, constam os itens da Resolução nº 3.166/01 onde são fixados os percentuais de aproveitamento de créditos permitidos, para cada mercadoria.

Em cada item da Resolução nº 3.166/01 é citado o dispositivo legal do Estado de origem que instituiu o benefício fiscal indevido, como, por exemplo, os itens 1.20 (Art. 67, XXI do RICMS/ES e Art. 1º do Decreto nº 4.317-N/98 do Estado do Espírito Santo), 3.1 (Dec. 4.316/95 do Estado da Bahia) e 8.8 (art. 7º do Anexo III do RICMS e art. 1º do Dec. n.º 4.8113/03 do Estado de São Paulo).

Igualmente infundado é o argumento da Impugnante de que incidindo o imposto na operação anterior, o montante devido em razão desta incidência se transforma em crédito para o adquirente, sendo irrelevante o fato de o imposto ter sido pago integralmente ou não pelo remetente da mercadoria.

O inciso I do art. 8º da Lei Complementar nº 24/75 deixa claro que o crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria é nulo nos casos em que o benefício fiscal é concedido sem observância de seus dispositivos, que é o caso dos créditos estornados no item 6 do Auto de Infração.

A argumentação da Autuada de que teria direito ao crédito em razão de o valor destacado ter composto o valor da operação sem qualquer redução, além de carecer de comprovação, não tem qualquer fundamento legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Normalmente, estes benefícios fiscais são concedidos com o objetivo de diminuir o preço final das mercadorias, trazendo vantagens competitivas aos vendedores. Caso isto não tenha ocorrido nas operações em que adquiriu mercadorias objetos da autuação do item 6 do Auto de Infração, a Autuada deve reclamar com seus fornecedores. Mesmo que o desconto relativo à redução do ICMS não tenha sido concedido, o direito ao crédito integral não é assegurado.

Outra argumentação sem fundamento legal é que, tendo o ICMS sido destacado de acordo com a Resolução n.º 22/89 do Senado Federal, seu direito ao crédito é incontestável.

Como já esclarecido, o aproveitamento do crédito pelo destinatário fica condicionado ao disposto na legislação tributária acima transcrita, não bastando existir o destaque no documento fiscal.

Em relação à alegação da Autuada de que não se pode exigir que o adquirente investigue, a cada operação e prestação, a existência de benefícios fiscais na origem, lembramos que a Resolução n.º 3.166/01 foi editada justamente com o objetivo de esclarecer o contribuinte quanto aos procedimentos a serem adotados nas aquisições de mercadorias e/ou serviços ao abrigo de benefícios fiscais concedidos sem observância da legislação de regência do ICMS, inclusive quanto ao valor a ser aproveitado como crédito.

Em momento algum o princípio da não cumulatividade foi transgredido, pois a concessão unilateral de benefícios fiscais desobriga o Estado destinatário da mercadoria de reconhecer como crédito a parcela correspondente ao benefício indevidamente previsto na legislação do Estado de origem.

A não cumulatividade acontece através da compensação do imposto devido em cada operação com aquele cobrado na operação anterior. Caso parte do ICMS deixe de ser cobrado pelo Estado de origem da mercadoria, decorrente de benefício fiscal, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Dessa forma, fica claro que a conduta fiscal foi legítima e pautada na legislação tributária que regula a matéria, sendo, portanto, descabida a alegação da Impugnante de impropriedade e inconstitucionalidade.

Este Conselho de Contribuintes, através de inúmeros Acórdãos, como, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 18.226/09/2ª, 18.994/09/3ª, 19.267/09/3ª e 19.536/10/1ª, já se manifestou favoravelmente à glosa dos créditos ao abrigo de benefícios fiscais concedidos indevidamente.

Além do acima transcrito, vale trazer a decisão abaixo do STF:

RE463079/MG-MINASGERAIS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
RELATOR(A): MIN. JOAQUIM BARBOSA
JULGAMENTO: 17/11/2009

PUBLICAÇÃO

DJE-236 DIVULG 16/12/2009 PUBLIC 17/12/2009

PARTES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECTE.(S): SIFUMG - SINDICATO DA INDÚSTRIA DA FUNDAÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES

DECISÃO

DECISÃO : TRATA-SE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (ART. 102, III, A E C DA CONSTITUIÇÃO) INTERPOSTO DE ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS QUE CONSIDEROU VÁLIDA A ANULAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS À NÃO-CUMULATIVIDADE DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS, NA MEDIDA EM QUE O VALOR EFETIVAMENTE RECOLHIDO AO ESTADO DE ORIGEM (ESPÍRITO SANTO) NÃO CORRESPONDERIA À CARGA TRIBUTÁRIA REGISTRADA (RESOLUÇÃO 3.166/2001).

SUSTENTA O RECORRENTE QUE A GLOSA DE CRÉDITOS VIOLA (A) O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE (ART. 155, § 2º I, II, A E B), (B) A DEFINIÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL PELO SENADO FEDERAL (ART. 155, § 2º, VII, A DA CONSTITUIÇÃO), (C) A RESERVA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PARA DISPOR SOBRE AUTORIZAÇÃO À CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS DO ICMS, (D) A RESERVA DE LEI PARA DISPOR SOBRE O TRIBUTO (ART. 150, I DA CONSTITUIÇÃO), (E) A REGRA DA ANTERIORIDADE (ART. 150, III, B DA CONSTITUIÇÃO), A REGRA DA IRRETROATIVIDADE (ART. 150, III, A DA CONSTITUIÇÃO), A PROIBIÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DA PROCEDÊNCIA DA MERCADORIA (ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO) E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ART. 150, II DA CONSTITUIÇÃO).

CONFORME DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ISENÇÃO OU DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO IMPLICA O REESCALONAMENTO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS GERADOS PARA O ADQUIRENTE DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO (RE 174.478-EDCL, REL. MIN. CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 14/04/2008, DJE-097 DIVULG 29-05-2008).

O MESMO MODELO SE APLICA ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS (CF. O RE 596.469, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJE 45 DE 09.03.2009 E O RE 423.658-AGR, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 22/11/2005, DJ 16-12-2005).

ADEMAIS, O VALOR DO CRÉDITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO AO ADQUIRENTE SOFRE A INFLUÊNCIA DE EVENTUAIS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AO CONTRIBUINTE QUE DÁ SAÍDA À MERCADORIA OU QUE PRESTA O SERVIÇO.

CONFIRA-SE, NESSE SENTIDO, O SEGUINTE PRECEDENTE:

“TRIBUTÁRIO. DECISÃO DENEGATORIA DE PRETENDIDO CRÉDITO FISCAL, RELATIVO A ICM SOBRE

MATÉRIA-PRIMA ADQUIRIDA NO ESTADO DO PARANA, QUE, CONQUANTO TENHA TIDO O SEU VALOR DESTACADO EM NOTA FISCAL, FOI OBJETO DE INCENTIVO CONCEDIDO AO VENDEDOR. ALEGADA

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE DO TRIBUTO (ART. 23, II, DA CF/69).

QUESTÃO INSUSCETÍVEL DE SER SOLUCIONADA SOB INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO EM CAUSA, QUE, DIFERENTEMENTE DO QUE ENTENDE A RECORRENTE, VISA TÃO-SOMENTE A ASSEGURAR A COMPENSAÇÃO, EM CADA OPERAÇÃO RELATIVA A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, DO MONTANTE DO TRIBUTO QUE

FOI EXIGIDO NAS OPERAÇÕES ANTERIORES, SEJA PELO PRÓPRIO ESTADO, SEJA POR OUTRO, DE MOLDE A PERMITIR QUE O IMPOSTO INCIDENTE SOBRE A MERCADORIA, AO FINAL DO CICLO PRODUÇÃO-DISTRIBUIÇÃO-CONSUMO, NÃO ULTRAPASSE, EM SUA SOMA, PERCENTUAL SUPERIOR AO CORRESPONDENTE A ALÍQUOTA MÁXIMA PREVISTA EM LEI, RELATIVAMENTE AO CUSTO FINAL DO BEM TRIBUTADO. HAVENDO, NO CASO, SIDO CONVERTIDO EM INCENTIVO O TRIBUTO QUE DEVERIA SER RECOLHIDO PELO VENDEDOR DA MATÉRIA-PRIMA, É FORA DE DUVIDA QUE A INADMISSÃO DO CRÉDITO, NO ESTADO DE DESTINO, NÃO AFETA A EQUAÇÃO ACIMA EVIDENCIADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.” (GRIFEI - RE 109.486, REL. MIN. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 31/03/1992, DJ 24-04-1992).

DESSA ORIENTAÇÃO NÃO DIVERGIU O ACÓRDÃO RECORRIDO.

POR FIM, A MATÉRIA VERSADA NESTES AUTOS NÃO SE REFERE À EFICÁCIA SOCIAL OU À EFETIVIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA (“RECOLHIMENTO OU NÃO DO VALOR, POSTO QUE DEVIDO NO MONTANTE GLOBAL”). COMO SE LÊ NO ACÓRDÃO RECORRIDO, A REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA TERIA OCORRIDO NO CAMPO DA GRANDEZA POTENCIAL TRIBUTADA:

“ASSIM, A PRETENSÃO DA APELANTE, IMPETRANTE, DE DEDUZIR A TÍTULO DE CRÉDITO VALOR NÃO RECOLHIDO E FICTICIAMENTE DESTACADO NA NOTA FISCAL, É DE TODO IMPROCEDENTE, SOBRETUDO PORQUE SOBEJAMENTE CONHECIDO E DECLARADO, POSTO QUE PREVISTO EM NORMA DO ESTADO TRIBUTANTE, REMETENTE, O VALOR DE FATO ALI RECOLHIDO, REFERENTEMENTE A TAL OPERAÇÃO. O CRÉDITO DO ICMS HÁ DE SER NO EXATO VALOR DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA.

SE SE BUSCA, NO ESTADO DE ORIGEM, BURLAR TAL REGRA CONSTITUCIONAL – NÃO-CUMULATIVIDADE – POR EXPEDIENTES INCLUSIVE REPROVÁVEIS DE GUERRA FISCAL, CONFERINDO MECANISMOS NORMATIVOS PARA QUE SE LANCE NA NOTA FISCAL VALOR NÃO REAL AO EFETIVAMENTE COBRADO E PAGO NO ESTADO DO REMETENTE, QUEBRADA ESTÁ A VERACIDADE DO DADO LANÇADO NAQUELE DOCUMENTO, NÃO SERVINDO, O MESMO, COMO LASTRO PARA EFEITO DA CONTABILIDADE ESCRITURAL POR MEIO DO QUAL SE CUMPRE A REGRA DA NÃO-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CUMULATIVIDADE DO ICMS. CERTO É QUE O VALOR DO CRÉDITO DEVERIA, EM RAZÃO DA ALUDIDA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, CORRESPONDER AO ICMS ANTERIORMENTE PAGO E QUE, A RIGOR, DEVERIA SER O MESMO QUE SE DESTACA NA N.F. ACOBERTADORA DA OPERAÇÃO, NO CASO INTERESTADUAL.” (FLS. 277).

ANTE O EXPOSTO, NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

PUBLIQUE-SE.

BRASÍLIA, 17 DE NOVEMBRO DE 2009.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

RELATOR

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Item 7 do AI – Aproveitamento de crédito maior que o destacado em NF

A Autuada, em fevereiro de 2006, aproveitou crédito em valor maior que o destacado na Nota Fiscal nº 578638, emitida por Aldo Componentes Eletrônicos Ltda, conforme demonstrado no Anexo XI, pelo que se exige ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75. O valor aproveitado a maior foi estornado em recomposição da conta gráfica.

Os valores encontram-se demonstrados no Anexo XI (fl. 81) e cópia da nota fiscal está à fl. 546.

Como se pode ver no documento, o imposto destacado corresponde a R\$ 5.286,79 e o crédito aproveitado a R\$ 13.433,66, como está no livro Registro de Entradas reimpresso (fls. 1311), pelo que corretas as exigências. Ressalta-se que o livro Registro de Entradas autenticado não tem o movimento de fevereiro de 2006, o que foi objeto das exigências do item 10 do Auto de Infração.

A Impugnante não trata deste item em sua impugnação.

Item 8 do AI – Emissão de NF fora de ordem – exigência de multa de mora e juros

Segundo consta do AI, a Autuada emitiu a NF modelo 1 nº 003299 fora da ordem sequencial, originando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de multa de mora e/ou juros de mora nos meses de abril, maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2004, abril a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e dezembro de 2006 e janeiro, março, abril e junho de 2007, conforme demonstrado nos Anexos IV e V. Exige-se multa de mora e juros conforme art. 56, incisos I e II, § 1º da Lei nº 6.763/75. Foi feita recomposição da conta gráfica específica para essa irregularidade (fls. 54/55).

Como se pode ver pelas cópias das notas fiscais de fls. 335/348, a Nota Fiscal nº 003299 tem data de 01/04/04, quando as imediatamente anteriores e posteriores têm datas de março de 2004. O Fisco entendeu que a NF nº 003299 foi emitida fora da ordem sequencial e, então, recompôs a conta gráfica levando o débito

da referida nota fiscal para março de 2004. Pela recomposição da conta gráfica, apurou-se recolhimento a menor do imposto quanto a março de 2004 e a maior quanto aos meses de abril, maio, julho, agosto, setembro e outubro de 2004, abril a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e dezembro de 2006 e janeiro, março, abril e junho de 2007. O Fisco considerou os recolhimentos a maior como recolhimentos extemporâneos do débito apurado em março/04 e calculou, e está exigindo neste AI, a multa de mora e os juros que deveriam ter sido recolhidos.

Alega a Impugnante que a obrigação tributária não decorre da emissão da nota fiscal, mas sim do fato gerador; que a nota fiscal foi emitida e escriturada em 01/01/04, data em que a mercadoria saiu do estabelecimento; que a obrigação tributária surge a partir desse momento e não pode ser alterado pela emissão fora de ordem; que caso não acatada a alegação anterior, a multa moratória deve ser excluída porque o imposto foi pago, a nota fiscal foi escriturada e informada à Fazenda por meio de DAPI, configurando-se a denúncia espontânea. Cita julgados do STJ.

Segundo o Fisco, cabe razão à Impugnante quando diz que o fato gerador do ICMS ocorre quando da saída da mercadoria, mas, na situação dos autos, a saída da mercadoria claramente não ocorreu na data aposta na Nota Fiscal nº 003299, ou seja, 01/04/04, já que as notas fiscais anteriores e posteriores foram emitidas no mês de março de 2004, ficando evidente que a saída das mercadorias ocorreu no mês de março de 2004 e que a data de 01/04/04 foi utilizada para que o débito do imposto, no valor de R\$32.918,96, somente fosse lançado em abril de 2004, adiando o pagamento do ICMS devido, como, de fato, ocorreu; que, de forma alguma, a escrituração da Nota Fiscal nº 003299 e o recolhimento do imposto configuram denúncia espontânea, nos termos dos arts. 167 e 168 da CLTA/MG (Decreto nº 23.780/84), vigente à época, vez que não há qualquer documento protocolizado denunciando a irregularidade.

Pela AIDF Nº 000141482004 de 23/01/04, a Impugnante teve autorização para imprimir 05 blocos de notas fiscais com a seguinte numeração por bloco: 003201/003250, 003251/003300, 003301/003350, 003351/003400 e 003401/003450.

Pelas cópias dos documentos, vê-se que a Nota Fiscal nº 003297 foi emitida em 22/03/04, a 003298 em 27/03/04 e a 003299 em 01/04/04 e a 003300 foi cancelada.

Do bloco seguinte, a Nota Fiscal nº 003301 e a 003302 foram emitidas em 23/03/04 e as 003303, 003304 e 003305 em 24/03/04, o que permite a conclusão de que os blocos foram usados simultaneamente.

Embora haja indício de que a data aposta na NF nº 003299 possa ter sido para postergar o pagamento do imposto, não se pode desconsiderar que a legislação permite o uso simultâneo de blocos de notas fiscais. Assim dispõe o art. 142 da Parte Geral do RICMS/02:

"Art. 142 - Os blocos serão usados pela ordem de numeração dos documentos, sendo que nenhum bloco será utilizado sem que o anterior esteja simultaneamente em uso, ou já tenha sido utilizado, ressalvados os casos previstos na legislação."

Assim, devem ser excluídas as exigências quanto a esse item do Auto de Infração.

Itens 9 e 10 do AI – Falta de registro de notas fiscais nos livros Registro de Saídas e Registro de Entradas.

Acusa o Fisco a falta de registro das notas fiscais relacionadas no Anexo IX, no livro Registro de Saídas, nos meses de agosto/04, fevereiro e abril a agosto de 2006 e abril de 2007 e das notas fiscais relacionadas no Anexo XII no livro Registro de Entradas, nos meses de fevereiro, março e maio a setembro de 2006, pelo que se exige a Multa Isolada capitulada no inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, reduzida conforme alínea “a” (nota fiscal de entrada) ou “b” (nota fiscal de saída) do mesmo inciso. Informa o Fisco que o débito e o crédito referentes aos documentos foram lançados nas DAPIs.

Argumenta a Impugnante que sua conduta não implicou em falta de recolhimento do imposto e é atípica, já que o que ocorreu foi falha na impressão dos livros fiscais, com a supressão de sequência de notas fiscais que, no entanto, foram registradas nos arquivos Sintegra. Como não há tipificação para erro ou omissão na impressão dos livros, a multa deve ser cancelada e, se não por atipicidade, pela aplicação do permissivo legal do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, por não haver falta de recolhimento do imposto. Junta, às fls. 1215/1370, os livros Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS de 2006, reimpressos.

Segundo o Fisco, as infrações estão plenamente caracterizadas, não havendo como negar a falta de registro dos documentos fiscais nos livros próprios que foram devidamente autenticados pela repartição fazendária, conforme previsão do art. 37 do Anexo VII do RICMS/02, sendo que o livro Registro de Entradas de 2006, no qual deixaram de ser lançadas as notas fiscais relacionadas no Anexo XII, foi autenticado em 22/02/08, conforme Termo de Abertura (documento fl. 181) e Termo de Encerramento (documento fl. 199). O livro Registro de Saídas do exercício de 2004 foi autenticado em 15/03/07 (Termo de Abertura à fl. 215 e Termo de Encerramento à fl. 228), o de 2006 em 22/02/08 (Termo de Abertura à fl. 244 e Termo de Encerramento à fl. 261) e o de 2007 em 22/02/08 (Termo de Abertura à fl. 262 e Termo de Encerramento à fl. 268), não podendo ser alterados. Os novos livros fiscais apresentados, cujas cópias encontram-se às fls. 1215/1370, não estão autenticados e nem poderiam estar, tendo em vista a autenticação dos primeiros.

Tem-se, então, a alegação da Impugnante de que deixou de imprimir parte dos livros fiscais e a acusação do Fisco de que houve falta de registro de notas fiscais nos livros autenticados.

Analisando os documentos que constam dos autos, vê-se que dos livros autenticados na repartição fazendária não constam os documentos relacionados nos Anexos IX e XII, pelo que certo está o Fisco. Por outro lado, das DAPIs de 2006 transmitidas não constam os valores dos livros autenticados mas, sim, dos livros reimpressos e dos arquivos Sintegra, pelo que tem razão a Impugnante. O Fisco tomou como referência as DAPIs para recompor a conta gráfica como está às folhas 98/99, ou seja, estornou crédito de documentos que não estão registrados nos livros fiscais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

autenticados mas estão nos livros reimpressos. Registra-se que as DAPIs não têm registro de cada documento, apenas totais.

As Notas Fiscais de saída n^{os} 003525, 005459, 005753 e 006815 não estão registradas no LRS autenticado, nem no LRS reimpresso e nem nos arquivos Sintegra, pelo que não cabe, quanto a elas, a alegação da Impugnante de erro de impressão.

Com relação às demais NFs do Anexo IX e às do Anexo XII, estão registradas no livro reimpresso e foram informadas nos arquivos Sintegra, o que não invalida a acusação do Fisco de que não foram registradas nos livros autenticados.

Verifica-se, dessa forma, sem muito esforço, que a infração encontra-se consubstanciada pelos documentos que se apresentam, legitimando a exigência prevista no inciso I, do art. 55 da Lei n^o 6763/75.

Entretanto, uma vez que ficou constatado que a Autuada não é reincidente conforme informação de fls. 2093 e que a infração não resultou em falta de pagamento de imposto, é cabível a aplicação do permissivo legal, conforme disposto no § 3^o do art. 53 da Lei n^o 6.763/75, para cancelar a multa isolada.

Diante do exposto, ACORDA a 3^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para, quanto ao item 2 do AI, excluir as exigências relativas às Notas Fiscais n^{os} 004892, 005132, 05534, 005654, 005912, 006117, 006577, 006601, 006734 e 006843; quanto ao item 3 do AI, excluir as exigências relativas às Notas Fiscais 004960, 005004 e 005030; e quanto ao item 8 do AI, excluir todas as exigências. Em seguida, por maioria de votos, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3^o, da Lei n^o 6763/75, para cancelar as multas isoladas referentes aos itens 9 e 10 do AI. Vencida a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora), que acionava o permissivo para reduzi-las a 5% (cinco por cento). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2010.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente/Revisora**

**André Barros de Moura
Relator**

ABM/EJ