

Acórdão: 13.476/99/2^a
Impugnação: 55.767
Impugnante: Usina Itaiquara de Açúcar e Alcool S/A
Coobrigado: Joaquim Augusto Bravo Caldeira
Coobrigado: João do Amaral Mesquita
Advogado: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outros
PTA/AI: 01.000116049.71
Origem: AF/III/Belo Horizonte
Rito: Sumário

EMENTA

Substituição Tributária - Açúcar - Falta de Retenção do ICMS/ST - Acusação Fiscal sustentada ao argumento de não obstante o contribuinte estar enquadrado na condição de varejista, de fato sua situação seria de atacadista, estando dessa forma, obrigado ao disposto no parágrafo 1º do artigo 543, do RICMS/91 - Elementos de acusação insuficientes para caracterizar a infração, devendo ser excluída esta exigência.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Devoluções Irregulares - Constatado nos autos o aproveitamento de crédito do ICMS consignado em notas fiscais de entrada emitidas pelo autuado, no suposto retorno de mercadorias recolhidas junto a contribuintes do imposto, sem que estes emitissem a nota fiscal de devolução devida - Infração caracterizada - Exigência mantida.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Crédito sem Fundamento - Aproveitou o contribuinte de créditos de ICMS de mercadorias devolvidas, através de notas fiscais sem o destaque do imposto - Infração caracterizada - Exigência mantida.

Impugnação parcialmente procedente, para excluir a 1ª exigência constante do auto de infração - Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação por parte do Fisco, após recomposição da conta gráfica do ICMS, que o contribuinte autuado efetuou recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro/92 a maio/97, mediante as seguintes irregularidades:

1 - deixou de reter e recolher o ICMS referente a substituição tributária de açúcar proveniente de outra unidade da Federação e comercializado em território mineiro, no período de novembro/95 a maio/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 - Aproveitou indevidamente créditos de ICMS consignados em notas fiscais de entrada emitidas no suposto retorno de mercadorias recolhidas em estabelecimentos de contribuintes, sem que estes efetuassem a devolução com a devida emissão da nota fiscal e o consequente estorno do crédito (exigências relativas aos exercícios de 1992 a 1997);

3 - Aproveitou indevidamente créditos de ICMS em devoluções de mercadorias recebidas com notas fiscais sem o destaque do imposto, nos exercícios de 1996 e 1997.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 855 a 861, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 863/864, manifestação esta ratificada pela DRCT/SRF/Metropolitana às fls. 865.

DECISÃO

Para sustentar a primeira acusação constante do Auto de Infração, o Fisco atribui à autuada a condição de substituta tributária, com base no artigo 543, parágrafo 1º, item 1 do RICMS/91, que preceitua:

Art.543 - Na saída de açúcar de cana de estabelecimento industrial, inclusive empacotador, com destino a estabelecimento comercial atacadista ou varejista, situados no Estado, o imposto devido por estes será cobrado pelo remetente, na condição de responsável, no ato da saída da mercadoria, e recolhido nos prazos fixados pela Secretaria de Estado da Fazenda.

Parágrafo 1º - A substituição tributária será também atribuída ao:

estabelecimento, exceto o varejista, que receba a mercadoria de outra unidade da Federação para comercialização em território mineiro;

...

Conclui-se do dispositivo utilizado pelo Fisco, que o mesmo sustenta que o contribuinte não se enquadrava na condição de varejista, estando portanto obrigado, na condição de substituto tributário, a reter e recolher o ICMS, no recebimento de mercadoria de outra unidade da Federação, para comercialização em território mineiro, sem a devida retenção.

Observamos da impugnação apresentada, que a autuada se vale do mesmo dispositivo, para se eximir da obrigação que lhe imputa o Fisco. Argumenta a mesma, que no período da exigência fiscal a mesma estava enquadrada e atuava no mercado, na condição de varejista, estando portanto, enquadrada na exceção expressa no artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se a partir de consulta de histórico de CAE, junto aos registros da SEF, que no período objeto das exigências, de direito, o contribuinte estava enquadrado como varejista, tendo esta sua condição sido alterada para atacadista, somente em 12.05.97.

Somente através das intervenções feitas pelo Fisco, e não através do Auto de Infração, é que se pode entender os fundamentos tomados para sustentar a referida acusação fiscal. Argumenta o Fisco, que subjacente à situação de direito (comércio varejista), existe uma situação de fato (comércio atacadista), que enquadraria o contribuinte nas exigências do mencionado artigo 543 do RICMS/91.

Pondera o Fisco que o contribuinte somente vende para revendedores, o que descaracteriza a sua condição de varejista.

Em que pese o argumento do Fisco, temos que para dar consistência e validade ao mesmo, algumas condições teriam que ter sido atendidas.

Em relação ao Auto de Infração, esta constatação que motivou a autuação, deveria estar expressa de forma clara e precisa, descrevendo inclusive as circunstâncias que ensejaram a sua caracterização, nos termos do artigo 59, inciso III da CLTA.

O argumento central da tese do Fisco, a venda exclusiva para revendedores, deveria também se fazer acompanhar de elementos de prova, capazes de conduzir e sustentar tal entendimento.

Estas condições são essenciais, de forma a permitir o pleno exercício do contraditório por parte da autuada. Verificando-se no caso, que as mesmas não foram atendidas, não deve prevalecer a primeira exigência constante do Auto de Infração, reservando-se entretanto ao Fisco, o direito de renovar a ação fiscal.

Em relação ao segundo item da acusação fiscal constante do Auto de Infração, temos que a mesma encontra-se devidamente tipificada. Com efeito, os incisos II e IV do artigo 149 do RICMS/91 suscitados pela Impugnante, não a socorrem. As mercadorias comercializadas pela Impugnante, não se enquadram na hipótese prevista no citado inciso II, que trata de devolução de mercadorias, dentro de 90 (noventa dias), identificáveis pela marca, tipo, modelo, espécie, qualidade, número de série de fabricação e outros elementos que a individualizem. Ademais, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo 149, a devolução ou troca serão comprovadas, dentre outros fatores, mediante restituição pelo cliente das vias do documento fiscal a ele destinadas;

Ainda em relação a esta segunda infração, temos que a Impugnante sustenta que se trata de devolução de mercadorias efetuadas por microempresas. No caso, inexistente previsão para que a devolução se concretize, sem a emissão de nota fiscal pelo estabelecimento que devolve a mercadoria. Pelo contrário, o Regulamento da Microempresa (Decreto 34.566/93), estabelecia em seu artigo 4º, parágrafo 2º, que caso a mesma estivesse desobrigada de emitir documento fiscal, no caso de devolução, seria emitida nota fiscal avulsa com destaque do imposto. Por sua vez, o artigo 5º do mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

diploma legal, estabelecia que optando a microempresa pela emissão do documento fiscal, ela deveria fazê-lo para todas as operações.

Dessa forma, não tendo a autuada cumprido com o disposto na legislação, e dessa forma, não se provando de forma inequívoca a ocorrência da devolução das mercadorias, não há que se falar em ofensa ao Princípio Constitucional da não cumulatividade do imposto.

O terceiro item da acusação fiscal constante do Auto de Infração, também não deixa margem a dúvidas quanto à pertinência da exigência fiscal. Com efeito, para se abater valor do imposto sob a forma de crédito, referido valor deverá estar corretamente destacado no documento fiscal respectivo. No caso, em questão, não consignando as notas fiscais de devolução o destaque do ICMS, vedado é o seu aproveitamento como crédito.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, para excluir a 1ª parcela constante do Auto de Infração (falta de retenção e recolhimento do ICMS referente a Substituição Tributária de Açúcar proveniente de outra Unidade da Federação e comercializado em território mineiro), mantendo-se as demais exigências. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Mussi Maruch e Edwaldo Pereira Salles.

Sala das Sessões, 04/11/99.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Mauro Rogério Martins
Relator**