

Acórdão: 14.445/00/3^a
Impugnação: 40.10058322-09
Impugnante: Refrigerantes Minas Gerais Ltda
Advogado: Paulo André Rohrmann/Outros
PTA/AI: 01.000117440-71
Inscrição Estadual: 382.009367.1927
Origem: AF/Lavras
Rito: Sumário

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Diversas Irregularidades - “Devolução” Irregular - Falta de 1ª Via do Documento Fiscal - Crédito Lançado a Maior. Constatado aproveitamento indevido de crédito do imposto em operações, de “devolução” de mercadorias, não contempladas pelo art. 149 do RICMS/91, aproveitamento indevido por falta da 1ª via do documento fiscal e em razão de lançamento a maior do crédito do imposto, todos nos termos do art. 153 do RICMS/91. Infração plenamente caracterizada.

Substituição Tributária - Bebidas - Retenção a Menor do ICMS/ST. Constatado que o próprio Fisco excluiu a exigência do Auto de Infração por erros materiais e formais no lançamento. Exigência não mantida.

Lançamento parcialmente procedente para considerar a reformulação do crédito tributário de fls. 2.208 dos autos. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de crédito do imposto em operações, de “devolução” de mercadorias, não contempladas pelo art. 149 do RICMS/91, aproveitamento indevido por falta da 1ª via do documento fiscal e em razão de lançamento a maior do crédito do imposto, todos nos termos do art. 153 do RICMS/91, além retenção a menor do ICMS/ST.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 2035/2045, 2202/2205 e 2214/2221, sob os seguintes fundamentos.

Na Impugnação de 24.08.98, inicia sua peça defensiva sustentando que o período fiscalizado é o ano de 1995 e que a legislação capitulada pelo Fisco foi a do RICMS/96, inaplicável aos fatos ocorridos anteriores à sua vigência.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega não ser necessário a identificação de todos os itens de um mesmo produto, conforme determina o RICMS, devendo ser dado um tratamento diferenciado, considerando-se as características do produto específico.

Relata que o Fisco poderia certificar a adequação do procedimento adotado pelo contribuinte mediante simples conferência dos volumes movimentados pelo estabelecimento.

Aduz que o Fisco não fez referência a eventuais divergências entre a base de cálculo utilizada pelo contribuinte e a que utilizou para o cálculo do ICMS retido por substituição tributária, não levando em consideração descontos, tratamento diferenciado de produtos próprios e de terceiros além de perda de 1% relativa à quebra de vasilhames.

Declara que não foi considerado o aspecto de que alguns produtos fabricados por terceiros já vieram com o ICMS/ST retido pelo fornecedor.

Aponta erro aritmético no valor da autuação.

Na Impugnação de 20.07.99, questiona que na Re-Ratificação do Auto de Infração em 27.05.99 ocorreu uma agravamento do valor original ao invés de uma redução, em razão da inclusão da substituição tributária de cerveja.

Alega que os valores referentes à ST sobre a cerveja já foram recolhidos e encontram-se perfeitamente corretos. Para o cálculo da ST sobre refrigerantes, afirma que utilizou-se alíquota ao invés da pauta para os valores do IPI.

Na Impugnação de 27.04.00, alega que o Fisco equivocou-se ao glosar os créditos referentes às devoluções de mercadorias destinadas a eventos regionais.

Declara que o legislador, através do inciso III do artigo 149 do RICMS/96, não determina, necessariamente, a obrigatoriedade da identificação de todos os itens de um mesmo produto.

Alega que não foi apontado o motivo da distorção entre o cálculo da Impugnante e o cálculo da autuação.

Requer, ao final de cada uma das Impugnações interpostas, o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco, por sua vez, manifesta-se sobre cada uma das Impugnações apresentadas, além de retificar em duas oportunidades o crédito tributário.

Em relação à Impugnação interposta em 24.08.98, o Fisco sustenta que houve equívoco por parte da Impugnante quando a mesma arguiu a utilização, no Auto de Infração, do RICMS/96 embora os períodos autuados estivessem na vigência do RICMS/91. Alega o Fisco que os dispositivos citados foram os do RICMS/91.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Transcreve o inciso II do artigo 149 do RICMS/91 advertindo que todos os itens devem ser satisfeitos para possibilitar o aproveitamento de crédito.

Alega que os valores relativos ao ICMS/ST exigidos no Auto de Infração foram excluídos através do Termo de Re-Ratificação de 22.03.00.

No que concerne à Impugnação interposta em 20.07.99, o Fisco alega que novamente a Impugnante contesta a exigência relativa à substituição tributária sem observar que a mesma já havia sido excluída conforme esclarecido acima.

Com relação à Impugnação de 27.04.00, o Fisco observa que a Autuada novamente comete o equívoco de argüir a utilização do RICMS/91 quando se utilizou o RICMS/96.

Sustenta que após a retificação do crédito tributário de fls. 2208 e de remanescer crédito tributário referente apenas ao aproveitamento indevido de crédito, nenhuma razão assiste à Impugnante.

Propõe a improcedência da última Impugnação interposta em 27.04.00.

DECISÃO

O caso em tela relaciona-se com o crédito tributário remanescente, em razão de alterações realizadas no mesmo no curso do processo, proveniente do aproveitamento indevido de crédito de ICMS em razão de três motivos: aproveitamento indevido de crédito referente a retorno de mercadorias devolvidas por barraqueiros, falta de 1ª via de documento fiscal e lançamento de crédito a maior.

A exigência referente a retenção a menor do ICMS/ST, constante do crédito tributário original, foi excluída pelo Fisco atendendo ponderações apresentadas pela Autuada.

Verifica-se, ao longo do processo, que o crédito tributário foi por três vezes modificado: uma na fase anterior à formalização do mesmo (lavratura do Auto de Infração) e duas após.

Constata-se certa confusão do Fisco relacionada com as exigências fiscais constantes do PTA em questão; *in casu*, tanto confusão relacionada com questões materiais como com questões formais.

Dessa forma, na primeira retificação do crédito tributário alterou-se os percentuais de agregação para efeito de se determinar a base de cálculo a ser utilizada na exigência do item relativo à falta de retenção do ICMS/ST. Alterou-se, também, o crédito tributário relacionado com estorno de créditos por falta da 1ª via do documento fiscal, uma vez que a Autuada apresentou parte das 1ª vias, cujo crédito havia sido estornado pelo Fisco, que estavam arquivadas em outro estabelecimento da empresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nas retificações subsequentes do crédito tributário foi excluída a exigência relacionada com a falta de retenção do ICMS/ST por ela não ter sido incluída originalmente na formalização do crédito tributário, através da emissão do Auto de Infração. Por essa questão formal, em que pese a exigência ter sido então incluída na primeira retificação, após a citada formalização, e, também, por erro material na determinação da base de cálculo, o Fisco, assim, promoveu a exclusão do item do crédito tributário ora sob análise.

As operações que originaram o aproveitamento irregular dos créditos pelas entradas podem assim ser resumidas.

A Autuada, como distribuidora de cervejas e refrigerantes, vendia, também, estas mercadorias para pessoas cadastradas junto a eventos, como exposições agropecuárias, para venda em barracas instaladas na área definida para tal, conforme autorização.

No término do evento, a Autuada comprava de volta, daquelas pessoas físicas, as mercadorias não vendidas. Para isso, emitia documento fiscal na entrada dessas mercadorias em seu estabelecimento.

A regulamentação das citadas operações de compra de volta das mercadorias, proveniente de pessoas físicas, estava devidamente prevista na legislação vigente à época dos fatos, no caso o Regulamento de 1991.

O artigo 231 do citado regulamento previa os casos em que se deveria emitir nota fiscal na entrada de mercadoria no estabelecimento. Note-se que as mercadorias em questão não foram compradas pelos “barraqueiros” para serem expostas mas para serem vendidas para consumo.

Art. 231 - O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem, real ou simbolicamente, bens ou mercadorias:

I - novos ou usados, remetidos a qualquer título por particulares, produtores agropecuários ou pessoas físicas ou jurídicas não obrigados à emissão de documentos fiscais;

II - em retorno, quando remetidos por profissionais autônomos ou avulsos, aos quais tenham sido enviados para industrialização;

III - em retorno de exposições ou feiras, para as quais tenham sido remetidos exclusivamente para fins de exposição ao público;

IV - em retorno de remessas feitas para venda fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículo;

V - importados diretamente do exterior, bem como os arrematados em leilão ou adquiridos em concorrência promovidos pelo Poder Público;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - decorrente de operações com trânsito livre previsto neste Regulamento;

VII - em outras hipóteses previstas na Legislação. (g.n.)

Constata-se, de pronto, que as operações de “devolução” de mercadorias, levadas a efeito pelos “barraqueiros”, se encontra explicitamente prevista no inciso I do dispositivo supra, uma vez que os chamados “barraqueiros” não possuem inscrição estadual.

Não obstante, a apropriação do crédito em operações de devolução de mercadorias estava prevista no Regulamento em questão, no artigo 149, nos seguintes termos:

Art. 149 - O estabelecimento que receber mercadoria devolvida por particular, produtor rural ou qualquer pessoa não considerada contribuinte, ou não obrigada à emissão de documento fiscal, poderá apropriar-se do valor do imposto pago por ocasião da saída da mercadoria, nas seguintes hipóteses:

I - se a devolução ocorrer em virtude de **garantia**, considera-se como tal a que decorrer de obrigação assumida pelo remetente ou fabricante de substituir a mercadoria remetida, caso esta apresentar defeito dentro do prazo de garantia ou outro prazo legal previsto para a hipótese;

II - quando se tratar de devolução, dentro de 90 (noventa) dias, de **mercadoria identificável** pela marca, tipo, modelo, espécie, qualidade, número de série de fabricação e outros elementos que a individualizem;

III - se a devolução se referir a mercadoria recebida por **repartição pública**;

IV - quando se tratar de **troca**, assim considerada a substituição de mercadoria por uma ou mais da mesma espécie ou de espécie diversa, desde que de valor não inferior ao da substituída, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da saída. (g.n.)

Da análise do dispositivo supra, constata-se que a operação, patrocinada pela Autuada, de venda de mercadoria para barraquinhas, não inscritas como contribuintes do ICMS e que participavam de eventos, não lhe confere o direito de, na compra de volta de parte das referidas mercadorias, recuperar o crédito referente a essas mercadorias não vendidas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Note-se que a emissão da nota fiscal na entrada das mercadorias em seu estabelecimento, nos termos do artigo 231, inciso I acima transcrito, está em perfeita consonância com a legislação tributária, uma vez que os remetentes não emitem documentos fiscais.

O que a legislação não admite é a apropriação do crédito nessas operações, um dos motivos pelo qual foi lavrado o presente Auto de Infração.

No que concerne à falta da 1ª via de documento fiscal e no caso de crédito lançado a maior, a infringências à legislação são objetivas, não necessitando maiores considerações do que a transcrição dos dispositivos transgredidos do RICMS/91, vigentes à época da ocorrência dos fatos.

Art. 144 - Para os efeitos do artigo anterior, será abatido do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, sob a forma de crédito:

I - o valor do ICMS correspondente à mercadoria adquirida ou recebida no período, para comercialização ou industrialização;

Art. 153 - Não implicarão crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes:

VI - o imposto destacado em documento fiscal, **quando o contribuinte não possuir a 1ª via respectiva**, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte;

VII - **a operação ou prestação relacionada com devolução de mercadoria feita por produtor rural, pessoa não inscrita como contribuinte, ou não obrigada a emissão de documento fiscal, ressalvado o disposto no artigo 149;**

XI - o excesso de imposto porventura destacado no documento

Portanto, excetuando-se a exigência referente à retenção ICMS/ST, restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para considerar a reformulação do crédito tributário de fls. 2.208 dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 29/11/00.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

L

CC/MG