

Acórdão: 1.043/00/5^a
Impugnação: 52.968
Agravo Retido: 2.507
Impugnante/Agravante: Companhia de Bebidas da Bahia - CIBEB
Advogado: Manoel Mota Fonseca/Outros
PTA/AI: 01.000109562-88
Inscrição Estadual: 062.195071.00-16 (Autuada)
Origem: AF/Montes Claros
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária - Bebidas - Recolhimento a Menor - Recolhimento a Menor do ICMS/ST face à dedução dos valores pagos a esta Unidade da Federação, do imposto correspondente às devoluções de mercadorias que não retornaram efetivamente ao estabelecimento autuado. Infração caracterizada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, face à dedução dos valores pagos a esta Unidade da Federação, do imposto correspondente às devoluções de mercadorias que não retornaram efetivamente ao estabelecimento autuado. Infração caracterizada.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 43/42), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 57/58, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal exara o Despacho Interlocutório de fls. 59/60, o qual não foi cumprido, embora tenha sido a Impugnante regularmente intimada (fls.61).

A Auditoria Fiscal solicita diligências à fl. 85, que resultam nas manifestações de fls. 86/87.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 88/94, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo. Quanto ao mérito, pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que o exame proposto não é de todo objeto de controvérsia entre as partes.

Por seu turno, não se lançam dúvidas acerca da existência material dos documentos fiscais de devolução das mercadorias, razão pela qual despicienda é a análise da escrituração fiscal da Impugnante.

A veracidade das demais questões levantadas na peça defensiva, abrigadas na reposição desonerada dos produtos deficientes as suas revendedoras, com o conseqüente lançamento do ICMS incidente nas operações, e do derramamento da mercadoria imprestável no território deste Estado, tinha sua comprovação a cargo da Impugnante, que deveria tê-la feito juntamente com a apresentação da Impugnação, atendendo a disciplina do art. 98, parágrafo único, da CLTA/MG, que dita:

“Art. 98 - Na Impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento ou pedido, com a indicação precisa:

(...)

Parágrafo único - Os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, sob pena de preclusão.”

Não obstante, exarou a Auditoria Fiscal, despacho interlocutório concedendo à Impugnante prazo regulamentar para que apresentasse os elementos probantes de suas alegações, o que não foi cumprido, embora tenha sido ela devidamente notificada, conforme comprova o aviso de recebimento – AR, de fls. 61 dos autos.

Somente com a interposição do Recurso de Agravo contra o indeferimento da perícia requerida, dignou-se a Defesa trazer à colação amostra dos documentos que deseja fazer valer a seu favor no julgamento da lide em apreço, procedimento este que, embora inoportuno, foi acatado pela Auditoria Fiscal, submetendo-o ao contraditório exercido pelo Fisco (fls. 85), primado na verdade formal que deve sempre emergir dos autos.

Por tudo, fica evidente que a perícia é perfeitamente suprável por outros meios de prova menos onerosas, salientando-se que a materialidade dos fatos alegados pela Defesa, manifestada documentalmente, já de início deveria estar acompanhando a peça vestibular.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso II, da CLTA/MG.

DO MÉRITO

O objeto da lide é o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, face à dedução dos valores pagos a esta Unidade da Federação, do imposto correspondente às devoluções de mercadorias que não retornaram efetivamente ao estabelecimento autuado, no período de janeiro de 1995 à agosto de 1996.

Inicialmente, vale noticiar que o conjunto de atos que declarava revel a Impugnante, de fls. 27/28, dos autos, foram removidos pela DRCT/SRF/Norte, tendo sido reabertos os prazos regulamentares para pagamento com as multas reduzidas, ou o oferecimento de impugnação ao AI (fls. 30), esta última, opção que fez.

O procedimento que adotava a Autuada, segundo esclarece, consistia em abater do montante de ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, a parcela de imposto relativa às mercadorias defeituosas devolvidas por suas distribuidoras, e que não retornaram fisicamente à origem por razões residentes nos custos despendidos com frete e outros, vez que em se tratando de cerveja e chope, produtos que comercializa, não podem ser reaproveitados.

Para tanto, utilizava-se exclusivamente das notas fiscais de devolução fictícia, a ela enviadas pelos destinatários/ adquirentes dos seus produtos para fins de ressarcimento do imposto retido por substituição tributária, fulcrado na regra do art. 43, § 1.º, do RICMS/91c/c as Cláusulas terceira e quarta, do Convênio ICMS 81/93. Que dita:

“Art. 43 - Nas operações interestaduais com as mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido será efetuado mediante emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento que tenha efetuado a retenção, pelo valor do imposto retido em favor da unidade da Federação de destino.

§ 1.º - O estabelecimento que efetuou a primeira retenção poderá deduzir, do próximo recolhimento à unidade da Federação de origem, o valor do imposto anteriormente retido, desde que disponha do documento a que se refere o *caput*.”

(...)

“Cláusula terceira - Nas operações interestaduais com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido será efetuado mediante emissão de nota fiscal em nome do estabelecimento que tenha efetuado a retenção, pelo valor do imposto retido em favor da unidade da Federação de destino.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula quarta - No caso de desfazimento do negócio, se o imposto retido houver sido recolhido, aplica-se o disposto no cláusula anterior, conforme o caso"

Destaque-se que embora o RICMS/91 não reproduza a Cláusula quarta do Convênio ICMS 81/93, fora ele devidamente ratificado neste Estado através do Decreto n.º 34.937/93, que admitiu seu inteiro teor.

Os convênios que entre si celebrem as diversas unidades da Federação e o Distrito Federal, são normas complementares às leis, aos tratados e convenções internacionais, e aos decretos, com supedâneo no art. 100, do CTN, e como tal, se observados pelo sujeito passivo, impedem a imposição de penalidades e a cobrança de quaisquer acréscimos ao tributo por ventura devido.

Ocorre, contudo, que inaplicável é a normatização invocada pela Defendente, porque o RICMS/91 já houvera disciplinado os procedimentos relativos à devolução de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com o conseqüente estorno da parcela de ICMS devida referente a devolução.

Diz o RICMS/91, art. 41, § 2.º:

"Art. 41 - O fabricante e o revendedor atacadista ou distribuidor, considerados contribuintes substitutos, emitirão nota fiscal específica para as operações sujeitas à retenção do imposto, a qual, além dos requisitos exigidos, deverá conter, em seu corpo, as seguintes indicações:

(...)

§ 2.º - Ocorrendo devolução ou retorno de mercadoria que não tenha sido entregue ao destinatário, cuja saída tenha sido escriturada nos termos deste artigo, o contribuinte substituto observará o seguinte:

1) lançará no livro Registro de Entradas:

a - o documento fiscal relativo à devolução, com utilização da coluna Operações com Crédito do Imposto, na forma prevista na legislação;

b - na coluna Observações, na mesma linha do lançamento referido na alínea anterior, o valor da base de cálculo e do imposto retido, relativos à devolução;

2) tratando-se de contribuinte que utilize o sistema eletrônico de processamento de dados, os valores relativos ao imposto retido e a respectiva base de cálculo serão lançados na linha abaixo do lançamento da operação própria, sob o título comum "Substituição Tributária" ou o código "ST";

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) os valores constantes da coluna relativa ao imposto retido serão totalizados no último dia do período de apuração, para lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS."

Para validar a devolução efetuada, fazendo surtir os efeitos da sistemática anteriormente descrita, necessário se faz o cumprimento das obrigações acessórias elencadas nos arts. 151 e 221, do RICMS/91, sem o qual não se tem desfeita a presunção *iuris tantum* de que goza o fato gerador presumido, no arcabouço da substituição tributária.

"Art. 151 - O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente pago, deverá:

I - emitir Nota Fiscal de Entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria;

II - escriturar a Nota Fiscal de Entrada no Registro de Entradas, nas colunas ICMS - Valores Fiscais e Operações com Crédito do Imposto;

III - manter arquivada, pelo prazo legal, a 1ª via da nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, anotando a ocorrência na via presa ao bloco.

Parágrafo único - A recuperação do imposto somente será possível no caso em que:

1) a nota fiscal que acobertou o retorno contenha o "visto" do Posto de Fiscalização, se existente no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador;

2) o contribuinte tenha observado o disposto no artigo 221."

(...)

"Art. 221 - No retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário, o transporte será acobertado com a mesma nota fiscal que acobertou a sua saída, observado o disposto no § 2.º do artigo 304.

Parágrafo único - O transportador e, se possível, também o destinatário, mediante declaração datada e assinada, consignarão no verso da nota fiscal que acobertou a saída da mercadoria o motivo pelo qual esta não foi entregue, e, sendo o destinatário contribuinte, aporá na mesma seu carimbo de CGC."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a observância das obrigações acessórias impostas à Impugnante, tem fulcro na regra da Cláusula oitava, do Convênio ICMS 81/93, que determina:

“Cláusula oitava - O sujeito passivo por substituição tributária observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.”

Porém, deste modo não agiu a Impugnante, conforme se demanda dos autos.

Não obstante a procedência do arrazoadado, fundado em onerações ilógicas, conquanto o produto terá de ser necessariamente destruído, melhor fazendo-o no local de destino, a devolução fictícia de mercadoria é procedimento que não encontra ressonância na legislação tributária do ICMS, devendo ser refutada. É o que se deduz do disposto no art. 111, inciso III, do CTN, que prevê:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

Com efeito, a norma regulamentadora do ICMS nada dispõe acerca da situação enfocada, prevendo mesmo o retorno físico da mercadoria devolvida, observados o conjunto de obrigações acessórias que elenca. Sendo assim, na evidência de procedimentos outros, remeter-se-á a regra do Título II, Capítulo II, Seção II, da CLTA/MG, como bem observa o Autuante em sua manifestação de fls. 86/87, que faculta ao Contribuinte a celebração de termo de acordo com a instituição fazendária afim de respaldar a inovação.

Prejudicados estão, portanto, os documentos que traz a Impugnante, de fls. 74 à 83, porque desconformes com as obrigações acessória impostas pela legislação tributária do ICMS.

À Autuada reservar-se-á, tão somente, o direito à restituição do imposto pago em decorrência do fato gerador presumido que não se realizou, desde que a inoccorrência seja efetivamente comprovada, e obedecido o disciplinamento referente ao pedido de restituição, contido na Seção III, do Capítulo II, do Título II, da CLTA/MG.

Por fim, ressalte-se que com o advento do Decreto n.º 39.184/97, foram instituídos no RICMS/96, Anexo IX, Capítulo XLV, os procedimentos a serem observados para promover-se o ressarcimento do imposto retido, nos casos em que relaciona, entre os quais, a perda ou a deterioração de mercadoria, porém, não retroagindo seus efeitos, *in casu*, consoante o art. 106, inciso II, alínea *b*, do CTN, tendo em vista que as obrigações acessórias que impõe extrapola àquelas cumpridas pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Diante do exposto, ACORDA a 5ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em preliminar, em negar provimento ao Recurso de Agravo, retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Laerte Cândido de Oliveira e Lúcia Maria Martins Périssé (Revisora).

Sala das Sessões, 27/04/00.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

José Mussi Maruch
Relator

MLR