

Acórdão: 14.298/01/2^a
Impugnação: 40.010103563-47
Impugnante: Supermercado Bahamas Ltda
Proc. S. Passivo: José de Castro Ferreira/Outros
PTA/AI: 01.000137762-05
Inscrição Estadual: 367.396518.0836
Origem: AF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de: 1) operação subsequente beneficiada pela redução da base de cálculo; 2) entradas de açúcar refinado e cristal oriundos de outra unidade da Federação; 3) notas fiscais inidôneas; 4) mercadorias destinadas ao uso e consumo, ativo permanente e bens alheios à atividade do estabelecimento; 5) transferências; 6) notas fiscais emitidas por microempresas; 7) notas fiscais com imposto destacado a maior. Excluídos os valores relativos ao item anterior, referente ao leite em pó, tendo em vista o disposto no art. 112, inciso II do CTN e os valores referentes às notas fiscais inidôneas, cujo crédito tributário já havia sido formalizado anteriormente. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ACÚCAR - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - Aquisição de açúcar refinado e cristal, oriundos de outra unidade da Federação, sem a devida retenção do imposto pelo remetente. Base de cálculo do ICMS/ST reformulada, excluindo-se o valor do frete, por não ter sido debitado ao destinatário. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre Recolhimento a menor de ICMS, apurado em Verificação Fiscal Analítica (VFA), devido a:

- I) Aproveitamento a maior de crédito relativo a entradas de produtos da cesta básica;
- II) Aproveitamento indevido de crédito destacado em Notas Fiscais de entradas de açúcar refinado e cristal oriundas de outras Unidades da Federação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- III) Aproveitamento indevido de créditos de microempresa ou EPP, créditos referentes a material de uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento ou destinados ao ativo permanente, créditos relativos a Notas Fiscais inidôneas e a transferências de açúcar.

Versa ainda o trabalho fiscal sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST referente às entradas de açúcar refinado e cristal, oriundos de outros Estados da Federação, sem a devida retenção do imposto pelo remetente.

DA IMPUGNAÇÃO:

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 483 a 499), por intermédio de procurador regularmente constituído, alegando, em síntese, os argumentos abaixo expostos.

Preliminarmente devem ser consideradas as falhas técnicas existentes no feito, as quais ferem Princípios do Processo.

A citação das infringências ao art. 9º, inciso II do Anexo IX (afeto às microempresas) e ao art. 17, inciso II (relativo às operações com diferimento), ferem o princípio da legalidade pois a Autuada não é microempresa e tampouco suas operações são amparadas pelo diferimento.

Quaisquer exigências constantes do Auto de Infração impugnado, cuja legislação de infração e penalidade não foi expressamente citada, devem ser canceladas.

Deve ser dado a este o mesmo tratamento dispensado pelo Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais no julgamento dos Acórdãos 12.938/99/2ª e 14676/01/1ª.

O princípio da idoneidade técnica foi frontalmente ferido quando o feito exige estornos de créditos feitos indevidamente sem considerar os débitos respectivos, também feitos indevidamente, ocorridos nos mesmos valores e período de apuração.

Se a empresa comete um erro formal de escriturar créditos e débitos indevidamente, nos mesmos valores e período de apuração, que não redundou em prejuízo ao erário, não é uma atitude ética cobrar, com penalidade e correção, o que se aproveitou de crédito, sem considerar o débito efetuado.

O princípio da eficiência foi ferido ao se exigir estornos de créditos parciais, baseado tão somente em suspeita, por pura suposição, sem alegar ou mostrar provas.

A exigência de estornos de créditos, relativos às operações com a empresa NUTRIL EMPREENDIMENTOS INDUSTRIAIS S.A., parte do pressuposto de que o leite vendido pela Nutril é de produção mineira, mas não há nenhuma prova deste fato, apenas há suspeita, suposição, pelo fato da Nutril estar estabelecida em Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme se verifica nas Notas Fiscais apensadas pelo Fisco aquela firma destacou e recolheu o ICMS pela alíquota de 18% e agora quer o Fisco, por absoluta presunção e sem quaisquer provas, glosar parte daquele crédito legítimo, diminuindo-o para 12%.

A redução da base de cálculo do leite em pó só se efetivará se o mesmo for produzido no Estado de Minas Gerais, conforme item 25, c, do Anexo IV do RICMS/96 e resposta à Consulta 028/2001.

A apropriação de créditos em razão de aquisições de mercadorias de microempresa não é infração cometida pela defendente.

Se a microempresa ou EPP emitente das Notas Fiscais, de quem a defendente adquiriu mercadorias, contrariando a legislação, destacou o ICMS, a infração é da emitente, jamais da adquirente, que não tem como vigiar e controlar. É a emitente que deve ser responsabilizada, desenquadrada, de acordo com a legislação vigente, pois foi quem cometeu a infração.

As Notas Fiscais consideradas pelo Fisco como inidôneas à época da publicação do Ato de Inidoneidade, emitidas pela firma MARFAB – Indústria de Condimentos Ltda, já não o são mais, já que foi lavrado o Auto de Infração nº 01.000135066.82 emitido contra a MARFAB, o que convalidou aquelas Notas Fiscais, até então consideradas inidôneas, ao constituir o correspondente crédito tributário pela infração, com todos os acréscimos e penalidades aplicáveis.

Deve ser dado à Impugnante o mesmo tratamento constante do Acórdão 14.656/01/1ª, cuja ementa é transcrita.

Por uma questão de erro formal a empresa destacou ICMS nas Notas Fiscais de transferência de açúcar, do estabelecimento centralizador para o autuado, entretanto, se está sendo cobrado o estorno do crédito, há que se dar também o estorno de débito no estabelecimento remetente.

A política de se proceder à fiscalização, considerando os estabelecimentos autônomos, sem uma análise em conjunto e a opção de se verificar apenas as entradas, sem fiscalizar também as saídas, leva ao perigo de se cometer injustiças como a presente.

O crédito e o débito ocorreram no mesmo período de apuração, não havendo prejuízo para o Estado.

Os procedimentos da Autuada em relação às operações com açúcar foram os seguintes: por ocasião das entradas era feito o crédito destacado nas Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores e, quando das saídas, era feito o débito do ICMS através do destaque do imposto nos cupons fiscais de saída emitidos sendo que, a base de cálculo do valor das saídas está acrescida no valor agregado a que se refere o art. 103 do RICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há que se falar em estorno de crédito porque este já ocorreu através do débito feito por ocasião das saídas.

O valor do ICMS devido pelas operações próprias da defendente foi recolhido. Pode, como não foi, ter sido recolhido na sistemática prevista no regulamento mas não se pode negar que foi recolhido.

A exigência do crédito tributário como está constituído e espelhado no Auto de Infração e seus anexos, mandando que se estorne o crédito sem considerar o débito efetuado fere o princípio constitucional da não cumulatividade além de estar em desacordo com o art. 195 §2º do RICMS/96.

A exigência de estorno parcial, em virtude da base de cálculo reduzida, se espelha como apropriação indevida pelo Estado do patrimônio da Empresa Autuada.

A regra da não cumulatividade só encontra limitações na própria Constituição, nem por Convênio, nem muito menos, por ato administrativo.

Tanto nas aquisições de mercadorias da cesta básica como nas de materiais de uso/consumo/ativo fixo, tendo o ICMS sido pago na operação anterior, a defendente adquiriu o direito de se creditar pelos mesmos.

Prevalecendo a interpretação do feito, haverá um confisco, vedado pelo art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 88, pois ensejará a diminuição indevida do patrimônio da Empresa Autuada.

Requer, ao final, o cancelamento integral do feito fiscal.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 533 a 546, refuta as alegações da defesa sob os argumentos abaixo explicitados.

A Impugnante questionou a capitulação legal como forma de desacreditar o levantamento realizado pela fiscalização, entretanto, a citação dos artigos atinentes às ME/EPP objetivou esclarecer melhor a irregularidade e, para complementar a infringência, foi indicado o art. 68 do RICMS/96.

Quando da emissão do Auto de Infração faltou mencionar que a infringência ao art. 17, inciso I, referia-se ao Anexo X. Porém, pode-se verificar com bastante clareza que, primeiramente foram mencionados os dispositivos legais relativos à Parte Geral do RICMS/96 e depois os referentes aos anexos. De qualquer maneira, no relatório fiscal-contábil entregue ao contribuinte juntamente com o Auto de Infração, em 23/02/01, a informação está absolutamente correta (fl. 08 do PTA).

A alegação da Impugnante de ausência de indicação de dispositivos legais não especifica a exigência ou exigências que apresentaram este vício, razão pela qual é totalmente improcedente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O estorno parcial de créditos destacados em Notas Fiscais emitidas pela empresa Nutril Suprimentos Industriais S.A. é devido já que os itens vendidos em tais notas são leite em pó, a empresa é uma indústria de laticínios, situa-se em Contagem/MG, o que caracteriza as operações como internas e, dessa forma, o feito baseou-se na perfeita subsunção dos fatos às normas previstas no artigo 71, inciso IV e no item 25, “c”, do Anexo IX do RICMS/96.

Não há inversão da sujeição passiva ao se estornar da Impugnante o crédito aproveitado indevidamente nas aquisições de mercadorias de empresas enquadradas como ME ou EPP, pois não se está cobrando o ICMS do emitente, continuando imaculado o art. 121 do CTN.

Não há *bis in idem* no estorno dos créditos oriundos de Notas Fiscais inidôneas emitidas pela empresa MARFAB Indústria de Condimentos Ltda pois o inciso V do art. 70 do RICMS/96 veda o aproveitamento de crédito quando a operação estiver acobertada por documento fiscal inidôneo.

Não se pode afirmar que o imposto relativo a tais Notas Fiscais tenha sido pago pelo emitente, face à autuação que sofrera através do PTA 01.000135066.82, já que, conforme consulta ao SICAF (fl. 548), o referido PTA encontra-se inscrito em Dívida Ativa desde 30/01/2001, o que não significa liquidez do crédito tributário.

A transferência de açúcar com destaque do imposto, gerando um crédito indevido no seu estabelecimento, é uma infringência admitida por diversas vezes pela Autuada.

Como o imposto ST não foi retido quando da 1ª operação, o destinatário, como responsável pelo recolhimento, deveria proceder ao recolhimento do ICMS/ST e não destacar o imposto nas operações de transferência.

A autonomia dos estabelecimentos foi observada pelo Fisco, conforme determina o inciso I do art. 59 do Decreto 38.104/96 (RICMS/MG), não sendo possível realizar o trabalho de fiscalização considerando-se o conjunto de estabelecimentos, pois teríamos que fiscalizar cerca de uma matriz e 15 filiais.

Se o contribuinte recolheu imposto indevidamente aos cofres públicos, basta que faça um levantamento da importância recolhida, dentro dos preceitos legais, submetendo-o à aprovação da Administração Fazendária, para que a “injustiça” seja sanada.

Não se pode afirmar que as saídas de açúcar se deram dentro do mesmo período de apuração, ou seja, tudo o que se comprou no mês foi vendido, não havendo estoque inicial nem final.

As operações realizadas com açúcar de cana estão disciplinadas no capítulo IX do Anexo X do Decreto 38.104/96, portanto, acessível ao contribuinte.

A Impugnante anexou cópias de Notas Fiscais de entrada de açúcar e de cupom fiscal envolvendo operações com açúcar, comprovando que estas ocorrem com

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o crédito e com o débito do imposto, mas, no entanto, não foi feito nenhum levantamento mensal das operações de entrada e de saída de açúcar, demonstrando a apuração da base de cálculo prevista no art. 103 do Anexo IX do RICMS/96, confrontando com o total de saídas de açúcar no período fiscalizado.

O açúcar é adquirido pela Impugnante a 12% e a saída se dá a 7%. Onde está o estorno do excesso de crédito apropriado indevidamente?

O estorno parcial do ICMS nas mercadorias que têm sua saída beneficiada pela redução da base de cálculo teve como base o estatuído no §1º do art. 70 do RICMS/96, em consonância com item 1 da Instrução Normativa DLT/SRE 02, de 25 de fevereiro de 1994.

A Impugnante apenas manifesta sua discordância com relação à legislação mas não carrega aos autos provas ou elementos capazes de modificar o feito fiscal.

O estorno de crédito proveniente de aquisições de material de uso e consumo e ativo permanente foi efetuado consoante as normas constantes do RICMS/96, especificamente o §3º do art. 70, que veda o aproveitamento de crédito de todos os bens alheios à atividade do estabelecimento, ou seja, aqueles que não sejam direta ou indiretamente utilizados na comercialização.

Tal estorno foi subsidiado também pela Instrução Normativa DLT/SRE 01, de 06 de maio de 1998.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 573/585, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

A Impugnante apresenta considerações de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstram que qualquer restrição ao crédito é contrária à Constituição e que, somente nesta, há limitações à aplicação da regra da não cumulatividade.

Percebe-se que tais alegações da Impugnante, apesar das balizadas opiniões que junta, não se incluem na competência do órgão julgador do Contencioso Administrativo Fiscal, face à existência do art. 88, inciso I da CLTA/MG, razão pela não devem ser apreciadas.

Não houve ofensa a qualquer princípio do processo em virtude dos dispositivos legais citados pelo Fisco. Aqueles afetos à ME/EPP somente foram arrolados para clarear a infração cometida pela Impugnante, infração esta cujo dispositivo também foi citado no campo próprio do Auto de Infração (AI).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao artigo que a Impugnante afirma referir-se a diferimento, entende-se que o Fisco, às fls. 539, bem esclareceu a ocorrência que limitou-se à supressão da citação, no AI, apenas do Anexo ao que o mesmo correspondia.

Considerando-se, entretanto, que o dispositivo infringido foi corretamente capitulado no Relatório Fiscal Contábil (fls. 08 dos autos), não cabe qualquer alusão a um vício insanável do processo.

Não há no PTA qualquer exigência sem a devida capitulação da infringência ou da penalidade.

Por fim, não há no feito fiscal qualquer exigência baseada em suspeita ou suposição, como alega a Impugnante.

Dessa forma, rejeitam-se, de pronto, todas arguições de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

a) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a:

I) Aproveitamento indevido de crédito relativo a entradas de produtos da cesta básica e crédito aproveitado a maior:

Esta exigência fundamentou-se no inciso X e no §1º do art. 70 do RICMS/96 que determinam:

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

X - o valor do imposto estiver destacado a maior no documento fiscal, relativamente ao excesso;

§ 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

O benefício da redução da base de cálculo aplicável às operações subsequentes da Autuada encontram-se dispostos nos itens 23.4 e 25.2 do Anexo IV, do RICMS/96 abaixo reproduzidos:

Item 23.4 do Anexo IV:

Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, exceto aquela de que trata a alínea "c", com carga tributária superior a 7% (sete por

cento), estando a operação subsequente beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria.

Item 25.2 do Anexo IV:

Efeitos a partir de 01º/09/99:

Na hipótese de aquisição de mercadoria referida na alínea "a" com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subsequente beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria.

Importa salientar que a exceção de que trata o subitem 23.4 com efeitos a partir de 1º/09/99 refere-se à mercadoria **alho em estado natural**, mercadoria esta que não se encontra presente nas Notas Fiscais que compuseram o trabalho.

No que concerne aos produtos da cesta básica, conforme previsão dos dispositivos acima transcritos, é claro o entendimento do estorno de créditos do imposto proporcional à tributação na saída para possibilitar que os produtos cheguem a preços menores aos consumidores e, ao mesmo tempo, não haja distorções tributário-fiscais na cadeia de comercialização do produto.

Por outro lado, existem notas fiscais relativas a leite em pó, emitidas pela empresa Nutril Nutrimentos Industriais S.A., com destaque do imposto à alíquota de 18% quando o Fisco entendeu que deveria ter havido destaque de 12%.

Considera o Fisco que o creditamento não poderia ter sido **integral** como efetuado, uma vez que a Nutril S/A deveria ter procedido suas saídas com base de cálculo reduzida, conforme previsto no item 25, alínea "c" do Anexo IV do RICMS/96 e, conseqüentemente, o imposto destacado no documento fiscal deveria ter sido menor, gerando crédito menor do que aquele usufruído pela Autuada.

Com efeito, assim preceitua o item 25 alínea "c" do Anexo IV do RICMS/96, o qual trata de redução de base de cálculo:

"25 - Saída em operação interna, assegurada a manutenção integral do crédito do imposto, observado o disposto no subitem 25.2, de:

...

c - derivados do leite, produzidos no Estado, relacionados no Capítulo 4 da NBM/SH;

Como se observa, a redução da base de cálculo é dirigida aos derivados do leite.

Não se cogita aqui, se o leite foi ou não industrializado, este fato não é, *data venia*, relevante para o deslinde da questão, basta para o caso, que se conclua que o leite em pó não é derivado do leite e sim o próprio leite submetido a um processo de desidratação. Que o leite foi industrializado, não resta a menor dúvida, entretanto, o que restou inequívoco dos autos é que a mercadoria continua sendo leite.

Por outro lado, o capítulo 4 da NBM/SH, trata tanto do leite em pó quanto dos derivados do leite, o que, por si só, demonstra que se tratam de mercadorias distintas, sendo que a redução da base de cálculo outorgada pela norma regulamentar retro transcrita trata única e exclusivamente dos derivados do leite.

Quando a norma regulamentar faz alusão ao capítulo 4 da NBM, o faz, naturalmente, quanto aos derivados do leite, visto que é este o produto objeto da redução da base de cálculo, e não o leite em pó.

O Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal do Ministério da Agricultura e do Abastecimento (aprovado pelo Decreto nº 30.691/52, com suas alterações), que seria a legislação que viria dirimir todas dúvidas referentes à matéria, apresenta conceitos e definições que não esclarecem, inequivocamente, o enquadramento do leite em pó como derivado de leite como pretende o Fisco.

Reproduz-se, abaixo, alguns artigos na tentativa de elucidar a questão.

Art. 505 - São leites de consumo “in natura”: o integral, o padronizado, o magro e o desnatado, que devem ser devidamente identificados.

Art. 642 - Entende-se por “Leite desidratado” o produto resultante da desidratação parcial ou total, em condições adequadas, do leite adicionado ou não de substâncias permitidas pelo D.I.P.O.A.

Art. 665. Entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.

A matéria é tratada de forma extensa no decreto citado, em que pese seu conteúdo não revelar de forma categórica a condição do leite em pó como derivado do leite.

Portanto, argüindo-se o artigo 112, inciso II do CTN, conclui-se pela exclusão dessa exigência do crédito tributário ora analisado.

Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

II) Aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais referente a entradas de açúcar refinado e cristal oriundas de outras Unidades da Federação. Item 7.1.1 (fl. 06) e Quadro 3.

b) Falta de recolhimento do ICMS/ST referente às entradas de açúcar refinado e cristal, oriundos de outros Estados da Federação, sem a devida retenção do imposto pelo remetente. Item 7.2.1 (fl. 08) e Quadro 3.

Face à estreita correlação entre a infringência *aproveitamento indevido de crédito* (constante do tópico II acima) e aquela constante da letra “b” referente a *falta de recolhimento do ICMS/ST*, pois ambas tratam das mesmas operações de aquisição de açúcar oriundo de outra unidade da Federação, analisam-se as duas simultaneamente.

Consoante o §3º do art. 102 do Anexo IX do RICMS/96, o estabelecimento varejista que recebe açúcar de cana sem a retenção do imposto é responsável pelo respectivo pagamento, no mês subsequente ao da entrada da mercadoria, no prazo previsto para o recolhimento do imposto devido por suas operações próprias e em documento de arrecadação distinto.

O Fisco, face à não retenção do imposto relativo à substituição tributária nas notas fiscais de recebimento de açúcar de cana, já que tratam-se de operações interestaduais e diante do não recolhimento pela Autuada de tais valores, nos prazos previstos em regulamento para este fim, apenas e tão somente, reuniu os documentos fiscais pertinentes e, a partir dos mesmos, determinou as bases de cálculo do imposto devido por substituição tributária especificando-as nota a nota e calculando o imposto devido e não recolhido.

A fórmula utilizada pelo Fisco para atingir os valores de ICMS/ST em cada nota fiscal já concede à Autuada o crédito que lhe é de direito, qual seja, o de 7% sobre a base de cálculo do imposto devido pelas operações próprias dos respectivos remetentes (ver letra “c” do campo “observações” às fls. 29 dos autos).

Este percentual revela-se como o devido em virtude das disposições regulamentares insertas na subalínea “b.6”, do item 23, do Anexo IV, do RICMS/96, c/c subitem 23.4 dos mesmos Anexo e Regulamento.

Importa salientar que os valores constantes da coluna 2 do quadro 3 (fl. 29), referentes à base de cálculo do açúcar refinado, refletem os reais valores destas mercadorias nas Notas Fiscais, acrescidos do valor total do frete, também informado em cada nota.

Entende-se que, para incluir o valor do frete na base de cálculo do ICMS/ST, conforme determina o art. 103 do Anexo IX do RICMS/96, o procedimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

correto deveria ser o de ratear tal valor, de forma proporcional àqueles das mercadorias constantes de cada nota, de tal forma a encontrar as bases de cálculos sobre as quais, somente então, aplicar-se-ia a majoração prevista em regulamento.

O Fisco, ao somar a despesa com frete, apenas ao valor da mercadoria açúcar refinado, beneficia o contribuinte na medida em que tal mercadoria tem o menor percentual de agregação para se encontrar a base de cálculo do ICMS/ST.

Contudo, considera-se indevido o somatório do valor do frete aos valores de quaisquer mercadorias das notas arroladas pelo Fisco, já que, a despesa com frete destas operações não foi debitada ao destinatário das mercadorias, conforme se comprova, em cada Nota Fiscal, pela aposição do dígito 1 no campo “Frete por Conta”, caracterizando ser esta uma despesa do emitente dos documentos, ficando, portanto, impedida a sua agregação aos valores das mercadorias.

Desta forma, o quadro 3, de fls. 29, deve apresentar os seguintes valores:

Nº da Nota Fiscal	Valores		Crédito a estornar (4)	B.Cálculo ST (5)	ICMS/ST (6)
	Cristal (1)	Refinado (2)			
013.978	8.200,50	2.039,50	1.289,37	4.540,03	100,41
014.150	2.343,00	8,87	319,79	1.051,67	24,67
014.486		2.669,10	228,48	1.141,81	18,69
Total de Jan/98	10.543,50	4.717,47	1.837,64	6.733,51	143,76
Total de 1998	10.543,50	4.717,47	1.837,64	6.733,51	143,76

O item 7.2.1 (fl. 08), que por sua vez exige a MR sobre o valor do ICMS/ST calculado no quadro 3, em razão da retificação deste, deve ser também, reformulado, passando a representar 50% do valor de R\$ 143,76 e não mais 50% sobre R\$ 157,68.

O demonstrativo constante do item 7.2.2.1 (fl. 08) apresenta, então:

ICMS	MR	TOTAL
143,76	71,88	215,64

Assim, no DCMM, no mês de janeiro de 1998, deverão constar os seguintes valores originais:

ICMS: R\$ 5.964,77

MR: R\$ 2.982,38

A Impugnante afirma que, por ocasião das saídas, era feito o débito do ICMS através do destaque do ICMS nos cupons de saída emitidos e que a base de cálculo do valor das saídas estava acrescida do valor agregado a que se refere o art. 103 do Anexo IX do RICMS/96 e acredita, por isso, que o Fisco não teria razão em exigir-lhe, como feito através do quadro 3, os valores relativos ao ICMS/ST.

Afirma que o recolhimento pode não ter sido, como não foi, na sistemática do Regulamento mas, no entanto, o Fisco não pode deixar de considerá-lo.

Depreende-se que a Impugnante, ao destacar 7% de imposto relativamente às saídas da mercadoria açúcar nos cupons fiscais, equivocou-se, descumprindo a legislação tributária vigente, especificamente o disposto no art. 102 §3º do Anexo IX do RICMS/96 e art. 29 §1º da parte geral do mesmo regulamento, criando para si, sistemática particular de tributação, com a qual não se pode concordar.

Se a Impugnante, frente aos referidos destaques, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébitos, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Destarte, o procedimento fiscal acerca destes dois itens, excetuando a agregação do frete à base de cálculo do açúcar refinado, como citado anteriormente, mostrou-se correto, não merecendo quaisquer retificações.

III) Aproveitamento indevido de créditos de microempresa ou EPP, créditos referentes a material de uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento ou destinados a ativo permanente, créditos relativos a Notas Fiscais inidôneas e a transferências de açúcar.

Créditos de Microempresa ou EPP

A glosa de créditos pelo Fisco realizou-se em consonância com a legislação tributária por terem sido, as Notas Fiscais, emitidas em períodos em que as empresas remetentes estavam impedidas de destacar imposto em seus documentos fiscais.

Entrada de bens destinados a uso e consumo ou bens alheios à atividade do estabelecimento ou destinados a ativo permanente

Na totalidade da amostragem o motivo foi o de serem os bens destinados a uso ou consumo, não sendo detectada nenhuma nota fiscal cujo motivo do estorno tenha sido a destinação a ativo permanente, e nem poderia ter, já que, no período fiscalizado, era assegurado ao Contribuinte direito a esse crédito.

Assim, os créditos estornados referem-se a relés, materiais de escritório, móveis de escritório, lâmpadas, tintas, peças para refrigeração, placa-mãe para computador 486, materiais de construção, etc, materiais que, indubitavelmente, não são, para a empresa Autuada, mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É notório que tais materiais foram destinados a consumo do estabelecimento caracterizando-se, inclusive, como materiais alheios à sua atividade principal, qual seja, o comércio varejista de mercadorias em geral, inclusive produtos alimentícios, conforme se pode comprovar pelo enquadramento do estabelecimento autuado na categoria de **supermercado**, CAE 42.1.1.10-3.

O estorno procedido pelo Fisco, no que diz respeito a tais notas, revela-se, portanto, perfeitamente adequado à legislação tributária mineira.

Créditos relativos a notas fiscais inidôneas

O RICMS/96, em seu art. 70, inciso V, veda o aproveitamento de créditos decorrentes de operações acobertadas por documentos inidôneos, excetuando apenas as situações em que haja prova concludente de que o imposto devido pelo emitente tenha sido integralmente pago, o que não se configura como tendo ocorrido no caso em apreço.

A Resolução 1926/89, que disciplina a matéria, dispõe que o Chefe da Administração Fazendária deve providenciar a declaração de inidoneidade ou falsidade documental.

Tal declaração, em respeito ao princípio da publicidade dos atos administrativos, é publicada no “Minas Gerais”, permitindo, desta forma, o pleno conhecimento por parte dos administrados, *in casu*, os contribuintes.

De acordo com os ensinamentos de Aliomar Baleeiro, “*o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc).*”

É apenas uma a empresa emitente dos documentos fiscais inidôneos, cujos créditos foram estornados da destinatária das mercadorias, a Autuada no presente Auto de Infração.

Trata-se da empresa Marfab Indústria de Condimentos Ltda.

O Ato de Inidoneidade é o de nº 05.367.060.01724, de 29/12/99 e no mesmo consta como motivo determinante da inidoneidade dos documentos fiscais a impressão dos mesmos sem a devida autorização

O referido Ato Declaratório foi publicado no “Minas Gerais” em 06/01/2000 (cópia à fl. 59 dos autos), de forma que, quando do recebimento do Auto de Infração, em 23/02/2001, os créditos apropriados que tiveram como fulcro estas Notas Fiscais inidôneas já deveriam ter sido voluntariamente estornados pela empresa ora Impugnante.

Não obstante todo o procedimento fiscal supra, realizado dentro das normas legais pertinentes, o fato de haver uma autuação anterior, exigindo crédito tributário relativamente aos mesmos documentos fiscais cujos créditos foram estornados no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processo em questão, torna a apropriação de crédito, guerreada pelo Fisco, perfeitamente plausível e fundamentada dentro dos ditames constitucionais, ou seja, de acordo com o princípio ou regra da não-cumulatividade.

"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;

...

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

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;(g.n.)

Ora, se existe crédito tributário formalizado na origem, exigindo o imposto referente aos documentos fiscais considerados inidôneos e sobre os mesmos documentos é formalizado novo crédito tributário no destino, *in casu* o PTA que ora se discute, e considerando-se estar o crédito tributário, referente àquela exigência originária, inscrito em dívida ativa, em fase de execução fiscal, conclui-se, dessa forma, que a operação em questão enquadra-se perfeitamente no princípio constitucional da não-cumulatividade, uma vez que, literalmente, o imposto pertinente foi **cobrado** na operação anterior.

Assim, deve-se excluir a exigência fiscal em questão do crédito tributário ora em discussão.

Transferências de açúcar

A Impugnante alega que por uma questão de erro formal a empresa destacou ICMS nas Notas Fiscais de transferência de açúcar, do estabelecimento centralizador para o autuado. Entretanto, se está sendo cobrado o estorno do crédito, há que se dar também o estorno de débito no estabelecimento remetente.

Afirma que a política de se proceder a fiscalização considerando os estabelecimentos autônomos, sem uma análise em conjunto, e a opção de se verificar apenas as entradas, sem fiscalizar também as saídas, leva ao perigo de se cometer injustiças como a presente, já que o crédito e o débito ocorreram no mesmo período de apuração, não havendo prejuízo para o Estado.

Não obstante a justificativa da Impugnante, entende-se que o estabelecimento centralizador da Impugnante não poderia destacar 7% de imposto, relativamente à mercadoria açúcar, nas Notas Fiscais de transferência e, conseqüentemente, consideram-se impróprios os créditos lançados pela Impugnante em sua escrita fiscal.

Se a empresa, frente aos destaques efetuados pelo estabelecimento centralizador, entende ter recolhido imposto indevido, cabe-lhe proceder ao pedido de restituição de indébito, que será objeto de análise da Fazenda Estadual em outro PTA.

Dessa forma, entende-se correta essa exigência fiscal.

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 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para acatar a reformulação do crédito tributário efetuada pela Auditoria Fiscal, excluir as exigências relacionadas com as Notas Fiscais declaradas inidôneas de Marfab Indústria de Condimentos Ltda. e, ainda, excluir as exigências relativas ao estorno de imposto creditado a maior, referente ao fornecedor Nutril Nutrimentos Industriais S.A. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e João Inácio Magalhães Filho.

Sala das Sessões, 21/06/01.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator