

Acórdão: 14.941/01/3^a
Impugnação: 40.10101673-31
Impugnante: Supermercado Bahamas Ltda.
Proc. Suj. Passivo: Leonardo Bragança de Matos/Outros
PTA/AI: 01.000136484-28
Inscrição Estadual: 367.396518-0674
Origem: AF/III Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – Acusação fiscal de aproveitamento indevido de créditos oriundos de: manutenção integral de créditos do ICMS de mercadorias cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo; aquisição de material de uso e consumo e bens alheios à atividade do estabelecimento. Excluídas as exigências relativas a documento fiscal lançado em duplicidade, bem como aquelas em que as mercadorias não tiveram redução de base de cálculo na saída. Legítimas as exigências fiscais remanescentes.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AÇÚCAR – Constatou-se que a Autuada deixou de recolher o imposto devido pertinente às aquisições de açúcar sem retenção do ICMS/ST, bem como apropriou-se indevidamente do ICMS da operação própria. Correta a glosa dos créditos, bem como a alteração do cálculo do ICMS/ST eliminando as incorreções anteriormente existentes. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FRALDAS – Exigiu-se da Autuada ICMS/ST tendo em vista as aquisições de mercadorias sujeitas a este regime de recolhimento, acobertadas por notas fiscais inidôneas. Entretanto, deve ser concedida a Autuada a redução prevista no art. 239, § 3º, do Anexo IX, do RICMS/96, vigente à época. Exigências parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA – A exigência de multa isolada embasada no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, somente é cabível quando da constatação do ilícito no exato momento de sua ocorrência ou se apurada através de levantamento quantitativo. Não há prova nos autos da utilização dos procedimentos retro elencados, desta forma torna-se pertinente o cancelamento da exigência fiscal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, praticadas pela Autuada, durante o exercício de 1999:

A – Manutenção integral de créditos de ICMS relativos a aquisições de mercadorias cuja saída ocorreu com redução de base de cálculo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

B – Recebimento de açúcar sem a retenção do imposto, não observando a responsabilidade pelo respectivo pagamento, no mês subsequente a sua entrada no estabelecimento.

C – Aproveitamento indevido de créditos do ICMS, originários de entradas: de materiais destinados a uso e consumo ou de bens alheios a atividade do estabelecimento; acobertados por documento fiscais inidôneos ou sem a 1ª via do documento fiscal que originou o crédito.

D – Recebimento de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através de notas fiscais inidôneas, sem providenciar o recolhimento deste imposto.

E – Entrada de mercadorias constantes de documentos fiscais inidôneos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído Impugnação de fls. 318/322.

O Fisco manifesta às fls. 348/352, refutando as alegações da Autuada.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 354, que ocasiona a reformulação do crédito tributário **DCMM de fls. 370.**

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 374/385, opina pela Procedência Parcial do Lançamento.

A Terceira Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 12/02/01 deliberou, pelo voto de qualidade, acatar o pedido de juntada de documentos de documentos feita pelo patrono da Impugnante, fls. 390/433, com abertura de vista ao Fisco, que manifesta às fls. 435/436, ratificando posicionamento anteriormente esposado.

A Auditoria Fiscal, comparece aos autos, fls. 437/442, retificando, em parte, conclusões externadas às fls. 384/385. Opina pela procedência parcial do Lançamento para que se reduza do mês de julho/99 o valor de R\$ 355,64 , correspondente a 10% dos valores de ICMS/ST relativos às NF inidôneas (Quadro 5), aos quais não se aplicou a redução prevista no art. 239, § 3º, do Anexo IX, do RICMS/96; bem como para que seja excluída a MI prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, por indevida.

DECISÃO

Da Preliminar

As questões levantadas pela Impugnante relativamente a conflitos entre dispositivos do RICMS/96 e da Lei Complementar nº 87/96, bem como as considerações a respeito da legislação que estabelece regras para o creditamento, não são objetos de apreciação por este órgão julgador, face as disposições contidas no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Do Mérito

Irregularidade A do AI

Manutenção integral de créditos de ICMS relativos a aquisições de mercadorias com carga tributária superior àquela da saída das mercadorias, que

era de 7% (sete por cento), devido a redução de base de cálculo. (Estorno proporcional - Quadro 1)

Esta exigência fiscal fundamentou-se nos dispositivos regulamentares previstos nos itens 23.4 e 25.2, do Anexo IV do RICMS/96.

Ressalta-se que a legislação é clara ao determinar o creditamento proporcional do imposto. Anulando-se o excesso de crédito das entradas cuja carga tributária foi superior àquela da saída. No presente caso o ICMS a ser creditado seria apenas de 7% (sete por cento).

Dada a nitidez da norma regulamentar e a indubitosa adequação dos fatos aos ditames expostos nos subitens retro citados e considerando, ainda, a retificação procedida pelo Fisco, excluindo os valores pertinentes à NF n.º 283.167 e parcialmente as exigências das NF 284.231 e 157.601, os valores remanescentes não merecem qualquer reparo.

Irregularidade B do AI

Recebimento de açúcar sem a retenção do imposto, não observando a responsabilidade pelo respectivo pagamento, no mês subsequente a sua entrada no estabelecimento - Quadro 2

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 a comprovação de que o imposto relativo à substituição tributária não fora destacado nas Notas Fiscais de recebimento de açúcar de cana e tampouco recolhido pela Autuada 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.

Importante salientar que a fórmula utilizada pelo Fisco para atingir os valores de ICMS/ST em cada Nota Fiscal, 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.

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.

Na fórmula original, sobre os valores totais das operações próprias dos remetentes, o Fisco aplicou a redução de 61,11% (subalínea “b.6”, item 23, Anexo IV, RICMS/96) quando multiplicou tais valores por 0,3889. Em seguida, sobre o produto, aplicou a alíquota de 12%, vindo a encontrar os valores que entendeu devidos a título de crédito.

Entretanto, o que se nota é que, ao se reduzir a base de cálculo em 61,11%, o Fisco não mais detinha a prerrogativa de utilizar-se de multiplicador opcional. Deveria aplicar a alíquota de 18% sobre a base de cálculo então reduzida para se chegar aos valores equivalentes à aplicação do percentual de 7% sobre os totais das operações próprias dos remetentes.

Na retificação do crédito tributário, procedida pelo Fisco às fls. 355/370, foi reparada esta incorreção existente na fórmula originalmente utilizada para cálculo do ICMS/ST e o crédito a que o contribuinte fazia jus na aquisição da cana de açúcar foi-lhe devida e inquestionavelmente concedido.

Destarte, a apropriação, pela Autuada, dos créditos totais destacados nas Notas Fiscais de aquisição de açúcar de cana mostrou-se indevida e o seu estorno, premente e adequado.

Cabe ressaltar que a sistemática adotada pela Impugnante, através de débito em cupons fiscais, quando da saída da mercadoria, conforme se comprova dos documentos de fls. 430/433, posterga o recolhimento do tributo e joga por terra o instituto da Substituição tributária para este produto.

Irregularidade C do AI

Aproveitamento indevido de créditos do ICMS, originários de:

I) entrada de bens destinados a uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento;

Os produtos constantes das Notas Fiscais de fls. 126 a 285 referem-se a materiais utilizados na construção civil. Tratam-se de pisos, azulejos, argamassas, ferragens, calhas, caixas d'água, torneiras, tubulações, perfis estruturais e materiais afins que, indubitavelmente, não são, para a empresa Autuada, mercadorias.

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, após exclusão de lançamento em duplicidade da NF 243.590, revela-se, portanto, perfeitamente adequado à legislação tributária mineira.

II) operação acobertada por documento fiscal inidôneo;

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 foi integralmente pago, o que não se configura como tendo ocorrido no caso em apreço.

Mesmo em relação às Notas Fiscais cujo emitente foi a empresa Marfab Indústria de Condimentos Ltda, não se pode afirmar que o imposto foi pago pelo remetente, face à autuação que tal empresa sofrera através do AI 01.000135066.02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Primeiro porque a Impugnante não comprova nos autos que ambos os AI's fazem referência às mesmas Notas Fiscais e em segundo lugar porque não houve quitação do citado AI.

Não resta dúvida de que as Notas Fiscais acostadas aos autos, às fls. 287 a 295; 297 a 298 e 300 a 314 são realmente inidôneas, face à publicação dos respectivos Atos de Inidoneidade, anexos às fls. 296, 299 e 315. Portanto, o estorno dos créditos, a elas relativo, é inquestionavelmente devido.

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.

Relativamente às Notas Fiscais consideradas inidôneas no presente trabalho fiscal, os atos declaratórios são:

- a) Marfab Indústria de Condimentos Ltda. (Ato 05.367.060-01717 – Publicado em 06/01/00)
- b) Missicipe Empreendimentos Ltda. (Ato 13.186.110-03278 – Publicado em 04/12/99)
- c) Juti Comercial Exportadora Ltda. (Ato 05.367.060-02143 – Publicado em 12/07/00)

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).*”

Conclui-se, portanto, que as Notas Fiscais declaradas inidôneas, desde a sua emissão, já traziam consigo vício insanável, que as tornavam inválidas para efeitos de geração de créditos do imposto.

Em relação aos documentos juntados pela Autuada, fls. 393/429 (da empresa Missicipe Empreendimentos Ltda. , DAPIs dos meses de julho a setembro/99, cópias de cheques e duplicatas, para comprovar que a empresa funcionava regularmente), não se prestam a cancelar ou abrandar as exigências lhe impostas visto que: “ ***O motivo determinante da inidoneidade dos documentos foi ocasionado por encerramento irregular de suas atividades. O fato da referida empresa ter continuado a entregar DAPI até o mês de setembro/99 não tem o condão de contradizer o resultado da diligência fiscal empreendida e que culminou com a constatação do encerramento irregular das suas atividades.***”

Não é a efetiva realização do negócio mercantil que se está a questionar no presente feito e sim a manutenção, na escrita fiscal da Impugnante, de créditos concernentes a notas fiscais inidôneas.

III) falta da 1ª via do documento fiscal que originou o crédito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O estorno de crédito pela falta da 1ª via do documento fiscal que o teria originado, somente foi levado a efeito em relação a uma única Nota Fiscal.

A Impugnante apresenta em sua defesa apenas uma vaga alegação de que não foi encontrada no Auto de Infração nenhuma referência sobre qual documento, fornecedor ou valor o Fisco se refere quando autua por ausência da 1ª via.

Entretanto, os motivos determinantes do estorno estão consignados nas tabelas de fls. 15 a 20 (última coluna) através de letras, cujos significados encontram-se expostos à fl. 21.

Nesta legenda de fls. 21, pode-se observar que a irregularidade *Falta de 1ª via*, recebera a letra “d”, letra esta que foi consignada como o motivo determinante do estorno da Nota Fiscal 000.233, de 16/11/99, relacionada no mês de novembro, às fls. 20.

Assim, considerando que a Impugnante não apresenta a 1ª via da referida Nota Fiscal, único procedimento capaz de fazer ruir esta exigência, o estorno de R\$ 5.280,00 deve ser mantido no feito fiscal, face à perfeita subsunção do fato *in concreto* às disposições contidas no inciso VI do art. 70 do RICMS/96.

Irregularidade D do AI

Recebimento de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através de notas fiscais inidôneas, sem providenciar o recolhimento deste imposto.

Observa-se que as bases de cálculo consideradas pelo Fisco corresponderam apenas aos valores das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de cada Nota Fiscal, agregadas do percentual de 42,85%, conforme estatuído no item 1, do parágrafo primeiro, do art. 239, do Anexo IX, do RICMS/96.

Esqueceu-se o Fisco, porém, de reduzir em 10% tais bases de cálculo, em respeito ao §3º do mesmo artigo 239 acima citado, razão pela qual, a exigência do ICMS/ST acabou por ser feita a maior, devendo, para perfeita adequação aos ditames regulamentares, ser reduzida em 10% de seu valor.

Irregularidade E do AI

Entrada de mercadorias constantes de documentos fiscais inidôneos - Quadro 4

A penalidade exigida está capitulada no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, a seguir transcrito:

“XXII - por dar entrada a mercadoria desacobertada de documentação fiscal, 20% (vinte por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 10% (dez por cento), na hipótese de a saída ter sido acobertada com documento fiscal e o imposto regularmente recolhido.”

A caracterização do descumprimento da referida obrigação acessória somente é possível quando da constatação do ilícito no exato momento da sua ocorrência ou quando da realização de levantamento quantitativo de mercadorias, não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se aplicando, ao caso em tela, visto que nenhum destes procedimentos restou comprovado nos autos.

A posterior declaração de inidoneidade de documentos fiscais e a manutenção dos respectivos créditos na escrita fiscal sujeitaria a Impugnante à penalidade prevista no inciso X, do art. 55, da Lei 6763/75.

Desta forma, deve ser excluído do crédito tributário as exigências relativas a MI, prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a Terceira Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar Parcialmente Procedente o Lançamento, para excluir do crédito tributário, reformulado e demonstrado pelo DCMM de fls. 370, os valores relativos à MI prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, bem como reduzir do montante do imposto referente ao mês de julho/99 o valor de R\$355,64. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Luiz Fernando Castro Trópia (revisor) e Antônio César Ribeiro. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Leonardo Bragança de Matos e pela Fazenda Pública Estadual o Sr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 03/09/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora