

Acórdão: 15.748/02/1^a
Impugnação: 40.010106376-81
Impugnante: Minasmix Atacado Distribuidor Ltda
Proc. S. Passivo: Juvenil Alves Ferreira Filho/Outros
PTA/AI: 01.000139234-88
Inscrição Estadual: 338.724294.00-75
Origem: AF/Itaúna
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Aproveitamento indevido de créditos decorrentes de: aquisições interestaduais de mercadorias cujas saídas posteriores ocorreram com redução de base de cálculo; aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e notas fiscais declaradas inidôneas. Infrações caracterizadas. Legítimas as exigências fiscais.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – DIVERSAS MERCADORIAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada não recolheu o ICMS/ST relativo à entrada de açúcar, produtos farmacêuticos e produtos arrolados no capítulo XXXI, Anexo IX, do RICMS/96, recebidos sem a retenção do imposto. Infração caracterizada. Multa de Revalidação adequada ao percentual previsto no art. 56, II, da Lei 6.763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação foi motivada pelas seguintes irregularidades:

- aproveitamento a maior de crédito de ICMS proveniente de aquisições interestaduais de produtos da cesta básica (saída com base de cálculo reduzida), em desacordo com o disposto no 23.4, Anexo IV, do RICMS/96 (Quadro I);

- falta de recolhimento do ICMS/ST referente a aquisição de diversas mercadorias sem a retenção do imposto (Quadro II);

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de ST, recebidas sem a retenção do imposto (Quadro III);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais declaradas inidôneas (Quadro IV).

Exige-se ICMS, MR (50% e 100%), MI (40%) prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 41/62.

O Fisco se manifesta às fls. 122/128, refutando as alegações da defesa, requerendo, ao final, a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 131/139, opina pela procedência parcial do lançamento, para que a MR relativa ao item 2 do Auto de Infração seja adequada ao percentual previsto no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

DECISÃO

Irregularidade nº 1

O aproveitamento integral do crédito de ICMS referente às aquisições de mercadorias da cesta básica, cujas saídas subsequentes ocorrem com redução da base de cálculo, não encontra guarida na legislação tributária mineira. Ao contrário, tal procedimento é vedado, sendo exigido o estorno proporcional à redução, nos termos do art. 70, § 1º, c/c art. 71, IV, ambos do RICMS/96.

No caso em exame, sob os aspectos de fato e de direito, aplica-se o disposto no item 23.4, Anexo IV, do RICMS/96, que tem a seguinte redação:

“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.”

Note-se que a defesa apresentada pela Autuada se resume basicamente na alegação de inconstitucionalidade das normas que vedam o aproveitamento integral do imposto cobrado na operação anterior. Nesse aspecto, vale lembrar que, em face do disposto no art. 88, I, da CLTA/MG, é defeso a este Conselho a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Correto, portanto, o estorno promovido pelo Fisco, cujos valores se encontram devidamente demonstrados às fls. 7/17.

Irregularidade nº 2

Constatou-se que a Autuada deixou de recolher o ICMS/ST relativo à entrada de diversos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, recebidos sem a retenção do imposto.

Como se vê do Quadro II (fls. 18/20), trata-se de aquisições de açúcar, medicamentos, escovas e pastas dentifrícias, absorventes higiênicos, fraldas descartáveis, lâmpadas, lâminas e aparelhos de barbear, isqueiros e pilhas.

A Autuada, ao contrário do que alega, é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST devido pela entrada das referidas mercadorias, à vista do disposto na legislação tributária vigente à época (Anexo IX do RICMS/96):

“Art. 102 - 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 este será cobrado pelo remetente, na condição de responsável, no ato da saída da mercadoria.

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

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

(...)”

“Art. 237 - O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:

(...)

§ 1º - A responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

(...)

4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE." (Efeitos de 01/06/98 a 31/03/2001)

"Art. 278 - A responsabilidade prevista nos artigos anteriores aplica-se ainda:

(...)

§ 1º - O contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, constante deste Capítulo, em Estado não relacionado no *caput* dos artigos 273 a 277 deste Anexo, fica responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE.

(...)

§ 3º - A responsabilidade prevista no § 1º aplica-se, também, ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, sem retenção, de contribuinte substituto estabelecido em Estado relacionado no *caput* dos artigos 273 a 277 deste Anexo."

Merece atenção também o que estatui o RICMS/96, em sua Parte Geral:

"Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto".

Vale observar que, conforme alegado pela Impugnante, o Estado de Minas Gerais, através do Decreto Nº 41.548/2001, denunciou o Convênio ICMS Nº 76/94, que trata do regime de substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos. Este fato, no entanto, mostra-se irrelevante no caso, vez que o referido decreto produziu efeitos somente a partir de 1º de abril de 2001, sendo que as notas fiscais de aquisição de produtos farmacêuticos são todas anteriores a esta data.

Assim, estando demonstrado que a Autuada é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST devido pela aquisição das mercadorias mencionadas, legítima é a exigência fiscal.

Resta, ainda, analisar a cobrança da Multa de Revalidação em dobro (§ 2º do art. 56 da Lei 6.763/65).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É cediço que o recolhimento do ICMS/ST pelo comerciante atacadista (caso dos autos) envolve o pagamento do imposto devido por duas operações subseqüentes: a operação própria do atacadista e a operação a ser praticada pelo varejista.

Desta forma, no que se refere ao imposto relativo à operação própria a ser praticada pelo atacadista (no caso, a Impugnante), não há que se falar na aplicação da penalidade estatuída no § 2º do artigo 56 da Lei 6.763/75, visto que o fato não abarca a hipótese ali delineada, qual seja, a falta de retenção e/ou falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária, uma vez que se trata de imposto devido pela operação própria que ele irá promover.

Entretanto, relativamente ao imposto devido pela operação subseqüente a ser realizada pelo varejista, seria aplicável o dispositivo que prevê a aplicação da penalidade em dobro, por restar configurada a hipótese de falta de retenção prevista na citada norma.

Mas, o que se vê é que não há como estabelecer qual o montante de imposto que se refere a uma e outra operação, sem que conste dos autos o preço a ser praticado pelo atacadista nas suas operações com o comércio varejista, de forma a apurar-se o valor correto da parcela de imposto que caberia ao varejista.

Em sendo assim, tendo em vista a impossibilidade de definir a circunstância material acima explanada, em conformidade com o disposto no artigo 112, inciso II, do CTN, a MR deve ser adequada ao percentual previsto no art. 56, II, da Lei 6.763/75 (50%).

Irregularidade nº 3

Os créditos estornados pelo Fisco se referem às mesmas mercadorias tratadas no item anterior, mercadorias essas sujeitas ao regime de substituição tributária, como já visto.

Com efeito, a sistemática de recolhimento normal (débito e crédito) não se aplica às mercadorias em apreço, que estão sujeitas às disposições legais específicas, contidas nos Capítulos IX, XXIV (efeitos até 31/03/2001) e XXXI, do Anexo X do RICMS/96.

Desse modo, o imposto destacado nas notas de aquisição não poderia ser levado a crédito pela Autuada em sua escrita fiscal. Referidas notas fiscais deveriam ser escrituradas no livro Registro de Entradas, utilizando a coluna “Outras/Operações sem Crédito do Imposto”, para indicar o valor do imposto destacado nos documentos.

Vê-se, pois, que o procedimento da Autuada contraria a legislação, sendo legítimo, portanto, o estorno promovido pelo Fisco, cujos valores se encontram devidamente demonstrados às fls. 21/23.

Vale observar, ainda, que ao efetuar o cálculo do ICMS/ST devido (item 2 do AI), o Fisco concedeu o crédito do imposto destacado nos documentos de aquisição, como se observa às fls. 18/20.

Irregularidade nº 4

Foram estornados os valores de ICMS destacados nas notas fiscais relacionadas no quadro de fls. 24, cujas primeiras vias foram juntadas às fls. 26/29 e 31/33.

Aludidas notas foram declaradas inidôneas através de Atos Declaratórios expedidos por autoridades administrativas da SEF/MG, motivados pelo “encerramento irregular das atividades”, conforme comprovam os documentos de fls. 25 e 30. Observa-se que os referidos atos foram publicados em data anterior à da lavratura do Auto de Infração.

Os efeitos da declaração de inidoneidade são “*ex tunc*”, pois não é o Ato em si que gera a inidoneidade do documento fiscal, ele apenas a constata e declara como fato preexistente que é.

Assim, considerados inidôneos os documentos em questão, nos termos do art. 134, III, do RICMS/96, o imposto neles destacado não pode implicar crédito para compensação, vez que “o direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”, conforme dispõem os artigos 23 da LC 87/96, 30 da Lei 6.763/75 e 69, c/c 70, V, ambos do RICMS/96.

Os fatos alegados pela Impugnante de que as mercadorias ingressaram em seu estabelecimento e de que houve o efetivo pagamento ao fornecedor (fatos esses não comprovados nos autos) não legitimam o creditamento efetuado, já que, em se tratando de documento inidôneo, a única exceção contemplada na legislação está condicionada à prova concludente de que o imposto tenha sido corretamente recolhido (art. 70, inciso V, do RICMS/96), prova essa não produzida nos autos.

Da mesma forma, a alegação da Impugnante de que desconhecia o fato de que as empresas emitentes das notas fiscais em questão se encontravam em situação irregular não a exime da responsabilidade decorrente de inobservância da legislação, em face do disposto no art. 136 do CTN e no § 2º, do art. 2º, da CLTA/MG.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI (art. 55, X, da Lei 6.763/75).

Vale observar que a Multa Isolada foi cobrada a menor, pois foi calculada, indevidamente, sobre o valor do imposto estornado, como se vê às fls. 34, podendo a diferença ser exigida pelo Fisco.

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 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que a Multa de Revalidação relativa ao item 2 do Auto de Infração seja adequada ao percentual previsto no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Mayron Campi Lima Barbosa e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Ronald Magalhães de Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora).

Sala das Sessões, 07/08/02.

José Luiz Ricardo
Presidente

Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relatora

VDP/JLS