

Acórdão: 15.035/02/2^a
Impugnação: 40.010102441-40
Impugnante: Supermercado Bahamas Ltda
Proc. S. Passivo: José de Castro Ferreira/Outros
PTA/AI: 01.000136965-03
Inscrição Estadual: 367.396518.0003 (Autuada)
Origem: AF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - 1) Aproveitamento a maior de crédito dos produtos da cesta básica, com estorno de crédito decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias tributadas pela alíquota de 12% (doze por cento), cujas saídas ocorreram ou devam ocorrer com carga tributária de 7% (sete por cento). Exclusão pelo Fisco das exigências relativas àquelas mercadorias que não se enquadram na redução da carga tributária. Exigências fiscais parcialmente corretas. 2) Aproveitamento indevido de crédito destacado em Notas Fiscais de entradas de açúcar refinado e cristal oriundos de outras unidades da Federação. Neste caso, a apropriação dos créditos se faz nos termos do art. 32 do RICMS/96. Corretas as exigências fiscais. 3) Aproveitamento indevido de crédito destacado em notas fiscais emitidas por contribuintes enquadrados no regime de recolhimento de microempresa ou EPP. Exclusão das exigências relativas às notas fiscais 000375 e 000392, com fulcro no art. 112, II do CTN. Exclusão, ainda, daquelas emitidas por contribuinte industrial. Exigências parcialmente corretas. 4) Aproveitamento indevido de créditos referentes a material de uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento. Reconhecimento pela autuada de parte das exigências fiscais. Exclusão daquelas inerentes aos documentos fiscais 127.576; 070083; 040.066 e 040.067, vez que tais bens do ativo não são alheios à atividade da Autuada. Exigências parcialmente corretas. 5) Aproveitamento indevido de créditos relativos a notas fiscais declaradas inidôneas. Reconhecimento das irregularidades pela Autuada, exceto em relação às Notas Fiscais de n^{os} 001.227 e 001.262, emitidas pela empresa Missicipe Empreendimentos Ltda, que no entanto devem ser excluídas, uma vez que a emitente apresentou regular movimentação no mês de julho de 1999. 6) Aproveitamento indevido de crédito por falta da 1^a via do documento fiscal. Irregularidade reconhecida pela Autuada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - AÇÚCAR - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Comprovada nos autos a falta de recolhimento do ICMS/ST devido nas aquisições de açúcar de contribuintes localizados em outros estados,

sem a retenção do imposto. Exigência fiscal reconhecida no curso do processo, com pedido de parcelamento nos termos da Lei nº 14.062/01.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DIVERSAS MERCADORIAS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS - Lançamento decorrente da utilização de documentos fiscais declarados inidôneos mediante Atos Declaratórios regularmente publicados, exigindo-se o ICMS, MR e MI capitulada no inciso X, do art. 55 da Lei nº 6763/75. Exclusão, pelo Fisco das exigências decorrentes da Nota Fiscal nº 000742, por ter sido incluída em outro Auto de Infração . Reconhecimento da acusação fiscal pela Autuada, com pedido de parcelamento nos termos da Lei nº 14.062/01, exceto em relação à Nota Fiscal nº 000.160, cujo ICMS foi excluído pelo Fisco, bem como a respectiva MR, mantendo-se apenas a penalidade isolada. Exigências fiscais parcialmente corretas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação, compreendendo o período de 01.01.97 a 30.06.2000, exigindo ICMS, MR e MI (40%), versa sobre recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a:

A) Recolhimento a menor do ICMS decorrente de:

A1) aproveitamento a maior de crédito relativo às entradas de produtos da cesta básica;

A2) aproveitamento indevido de crédito destacado em notas fiscais de entradas de açúcar refinado e cristal oriundos de outras unidades da Federação;

A3) aproveitamento indevido de crédito destacado em notas fiscais emitidas por contribuintes enquadrados no regime de recolhimento de microempresa ou EPP;

A4) aproveitamento indevido de crédito, referentes a material de uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento;

A5) aproveitamento indevido de crédito relativo a notas fiscais declaradas inidôneas;

A6) aproveitamento indevido de crédito por falta da 1ª via do documento fiscal.

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

C) Falta de recolhimento do ICMS/ST decorrente da aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através de Notas Fiscais declaradas inidôneas.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.664/1.670, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.681/1.688.

Em seguida, a Autuada encaminha petição complementar (fls. 1.690/1.696) e juntada de documentos de fls. 1.697/1.929, refutada pelo Fisco às fls. 1.930/1.935, com reformulação do crédito tributário nos termos dos documentos de fls. 1.936/1.953.

Devidamente intimada, a Autuada reconheceu parte do crédito tributário, conforme documentos de fls. 1.958/1.962, lavrando-se Auto de Infração para fins de parcelamento conforme documentos de fls. 1.963/1.976.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.978/2.002, opina pela procedência parcial do Lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão de 18.04.2001, exara o despacho interlocutório de fls. 2009, (cumprido pela Autuada às fls. 2.125/2.452) e diligência (cumprida pelo Fisco às fls. 2.011/2.017), com juntada de documentos às fls. 2.018/2.073 e nova alteração do crédito tributário (fls. 2.074/2.119).

O Fisco se manifesta a respeito dos documentos juntados (fls. 2.453/2.456) e a Auditoria Fiscal retifica seu entendimento anterior (fls. 2.458/2.465), mantendo-se, no entanto, a manifestação pela procedência parcial do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, agora em sessão de 19.12.2001, decide converter o julgamento em novo Despacho Interlocutório (fls. 2.467), cumprido pela Autuada às fls. 2.472/2.474, com juntada de documentos às fls. 2.475/2.557.

O Fisco reformula o crédito tributário (fls. 2.559/2.618), sendo reaberto prazo à Impugnante (fls. 2.619/2.620).

A Auditoria Fiscal retorna aos autos (fls. 2.622/2.625), com nova manifestação pela procedência parcial do lançamento.

A Autuada apresenta os documentos de fls. 2.626/2.638, reconhecendo nova parte do crédito tributário, com os benefícios da anistia (Lei nº 14.062/01), com lavratura de outro Auto de Infração para fins de parcelamento.

A Auditoria Fiscal, emite novo parecer (fls. 2.646/2.665) pedindo pela procedência parcial do lançamento, apresentando quadro demonstrativo do saldo remanescente do ICMS (fls. 2.666).

DECISÃO

DA PRELIMINAR

A Impugnante pede a decretação de cerceamento de defesa e quebra do contraditório, sob alegação de que as inúmeras planilhas e quadros demonstrativos impossibilitam o pleno conhecimento do feito fiscal.

De fato, o trabalho não é dos mais simples. Entretanto, os quadros e planilhas têm a finalidade de demonstrar de forma analítica as acusações e exigências fiscais.

É verdade que alguns elementos inicialmente se revelaram obscuros. No entanto, com o desenrolar dos autos, as informações foram sendo trazidas à tona, quer pelo Fisco ou mesmo pela Autuada, como no caso dos créditos destacados em documentos emitidos por empresas inscritas no regime de ME/EPP.

Desta forma, se algum óbice à defesa e ofensa ao princípio do contraditório possa ter sido visto nos autos, a ritualística processual cuidou de extirpá-lo.

Assim, pelo contrário, o que a Impugnante chama de exagero apenas clareia melhor o levantamento fiscal.

Por tudo, rejeita-se a preliminar de cerceamento do direito de defesa e quebra do princípio do contraditório.

DO MÉRITO

A1) aproveitamento a maior de crédito relativo a entradas de produtos da cesta básica

Esta exigência fiscal fundamentou-se no §1º do art. 70 do RICMS/96 que determina:

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

(...)

§ 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.

No quadro 1 do Anexo à autuação fiscal, o Fisco arrola as Notas Fiscais que contêm mercadorias cuja saída do estabelecimento da Autuada é beneficiada com a redução da base de cálculo e, para as quais, entende ser necessário o estorno do excesso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de crédito de forma que a sua parte utilizável seja proporcional à alíquota aplicável na saída.

Os benefícios da redução da base de cálculo aplicáveis 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:

Efeitos de 29/11/97 a 31/08/99- Redação dada pelo art. 7º do Dec. nº 39.277, de 28/11/97 - MG de 29.

Na hipótese de aquisição com carga tributária superior a 7% (sete por cento) de mercadoria referida neste item, estando a operação subsequente com a mesma mercadoria beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar o estorno 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 sua aquisição, exceto com relação à entrada de arroz, feijão, farinha de mandioca, sal e pão.

Efeitos a partir de 01º/09/99:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pode-se observar que o regulamento do ICMS é claro ao determinar 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 quando a carga tributária incidente nesta aquisição tenha sido superior a 7%.

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.

Em relação ao subitem 25.2, nota-se que o mesmo somente se aplica às mercadorias referidas na alínea “a” do item 25 do Anexo IV do RICMS/96 (**macarrão, talharim, espagete, não cozidos, não recheados, classificados na posição 1902.1, da NBM/SH**) e que seus efeitos se deram apenas a partir de 1º/09/99.

O caráter de proibidade do trabalho fiscal pode ser observado, por exemplo, em relação à Nota Fiscal 211.451 (fl. 149), onde o estorno procedido não contemplou a mercadoria BACON DEF VAC 10 KG, justamente por não ser aplicável à dita mercadoria, a redução da base de cálculo nas saídas subsequentes promovidas pela Autuada.

De forma análoga, verifica-se que, na Nota Fiscal 236.897 (fl. 700), apesar de constar várias mercadorias, o estorno somente se efetivou em relação a um item, qual seja o relativo à mercadoria ÓLEO DE GIRASSOL LASABROSA FR. 15x900, único item desta nota atingido pela redução da base de cálculo na saída do estabelecimento da Autuada.

Em várias outras Notas Fiscais percebe-se a imparcialidade na aplicação da legislação tributária no tocante a este tópico da autuação.

As aquisições de mistura para bolo cujo crédito de ICMS é pleiteado na integralidade pelo Sujeito Passivo referem-se a produtos alcançados pela classificação para a Tarifa Externa Comum (NCM) nº **1901.2000** como facilmente se percebe do manuseio das cópias dos documentos de fls. 2475 a 2556.

Assim prevê o item 23, b.2 do Anexo IV do RICMS/96:

23 - Saída, em operação interna:

...

b - dos produtos abaixo relacionados:

...

b.2 . farinha de trigo e mistura pré-preparada de farinha de trigo classificada no código 1901.2000 da NBM/SH;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A questão é irrefragavelmente resolvida pelo disposto expressamente na legislação tributária estadual, motivo porque não merece prosperar este pleito da Impugnante.

Ainda que se cogite afastar o entendimento pelo fato das misturas em questão serem para a preparação de bolo de chocolate, incumbe observar que o Capítulo 19 da Nomenclatura Comum do Mercosul admite as misturas aqui discutidas, conforme fragmento que transcrevemos (fls. 2018):

...

" 1901 - PREPARAÇÕES ALIMENTÍCIAS DE FARINHAS, SÊMOLAS, AMIDOS, FÉCULAS OU DE EXTRATOS DE MALTE, NÃO CONTENDO CACAU **OU CONTENDO-O EM UMA PROPORÇÃO INFERIOR A 40% EM PESO**, CALCULADO SOBRE UMA BASE TOTALMENTE DESENGORDURADA, NÃO ESPECIFICADAS NEM COMPREENDIDAS EM OUTRAS POSIÇÕES..." (o original não está grifado nem sublinhado)

Além disso, a posição especificamente apontada nas notas fiscais em questão descreve:

"1901.20.00 - Misturas e pastas para a preparação de produtos de padaria, pastelaria e da indústria de bolachas e biscoitos da posição 1905..."

E assim prescreve a citada posição:

"1905 - PRODUTOS DE PADARIA, PASTELARIA OU DA INDÚSTRIA DE BOLACHAS E BISCOITOS, **MESMO ADICIONADOS DE CACAU...**" (o original não está em negrito nem sublinhado)

Desta forma, não merecem considerações as alegações da defesa, uma vez que o estorno de crédito efetuado representa, após as reformulações efetuadas pelo Fisco, a regra estampada na legislação de regência.

Impertinente, portanto, a afirmativa da Impugnante de erro na apuração do crédito estornado. Do mesmo modo, as considerações no tocante à regra da não cumulatividade, uma vez que a mesma encontra-se presente nos autos, ou seja, admite-se o crédito em volume compatível com a regra do imposto a debitar.

A2) aproveitamento indevido de crédito destacado em Notas Fiscais de entradas de açúcar refinado e cristal oriundos de outras unidades da Federação

O procedimento adotado pelo Contribuinte em questão foi o de indevidamente apropriar-se do crédito relativo à operação própria do fornecedor e debitar-se pelas suas saídas nos documentos fiscais. É cediço que a obrigação tributária principal em virtude da substituição tributária não é alternativa daquela que ocorre pela sistemática normal do débito *versus* crédito. Assim, ilegítimo o creditamento do ICMS

debitado em operações próprias anteriores e correto o procedimento fiscal de estornar tais valores.

A pretensão da Autuada em ver consignados os valores do imposto destacado nas notas fiscais de saída de açúcares, a título de crédito, não encontra respaldo na legislação tributária mineira, haja vista que a hipótese é de pedido de restituição, nos termos do disposto nos artigos 92 e 95, Parte Geral, do RICMS/96.

Não se trata aqui de impedir a economia processual ou deixar de aplicar o princípio da razoabilidade, pois o eventual deferimento da restituição a ser pleiteada precederá de ampla apuração dos valores envolvidos, haja vista que a Contribuinte adquire açúcar de fora do estado sem retenção, e internamente, com e sem imposto retido.

Por outro lado, necessário se faz verificar se os créditos transferidos aos estabelecimentos filiais foram estornados em todos os estabelecimentos da Autuada, bem como aferir a emissão dos cupons fiscais, no sentido de confirmar se também neles ocorrera a tributação indevida na saída de açúcar.

Por fim, tratando-se de contribuinte com inúmeros processos tributários em andamento, fica a Administração Fazendária impedida de autorizar a repetição do indébito, até que haja um verdadeiro “encontro de contas”.

A3) aproveitamento indevido de crédito destacado em notas fiscais emitidas por contribuinte enquadrados no regime de recolhimento de microempresa ou EPP

Os estornos de crédito em decorrência exclusiva da condição do remetente da mercadoria, referem-se a 18 Notas Fiscais de aquisição de sabão de coco, de emissão da empresa ICM Produtos Químicos Ltda. – EPP, além daquelas emitidas por Belminas - Maciel e Vidigal Ltda e duas outras (000375 e 000392), sem identificação dos emitentes.

As notas fiscais emitidas pela empresa ICM são as seguintes: 000.807; 000902; 000929; 000933; 000934; 000937; 000944; 000967; 001.006; 001029; 001052; 001073; 001105; 001106; 001114; 001115; 001160; 001185 e 001270.

Já as emitidas por BELMINAS são: 001.554; 001.635; 001.643; 001.647; 001.725; 001.741; 001.742; 001.743; 001.744 e 001.745.

Todas elas encontram-se relacionadas no Quadro 3 de fls. 38/43 e 79/84.

Observe-se que no campo “Informações Complementares” dos citados documentos consta a informação “*Não gera direito a crédito*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à empresa ICM - Produtos Químicos Ltda EPP, dita empresa, apenas em 18/08/99, teve alterado seu regime de recolhimento para o código 01 (Débito e Crédito), conforme comprova o “hard-copy” anexado pelo Fisco à fl. 358.

Destarte, a glosa de créditos pelo Fisco refere-se a notas fiscais emitidas em datas pretéritas à acima citada, em períodos em que a empresa remetente era uma Empresa de Pequeno Porte, compreendendo as datas de 30.11.98 a 16.08.99.

Entretanto, a legislação do Micro Geraes, no tocante aos estabelecimentos industriais e atacadistas, permite o destaque do imposto e, conseqüentemente, o aproveitamento do mesmo a título de crédito. Senão vejamos:

Anexo X do RICMS/96

Art. 18 - A empresa de pequeno porte deverá:

.....

§ 1º - Nos documentos fiscais que emitir deverão constar, impressos tipograficamente, a expressão “não gera direito a crédito”, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte, e, após o nome comercial, a abreviatura “EPP”. (Grifos nossos).

§ 2º - O imposto será destacado no documento fiscal de emissão do:

1 - estabelecimento industrial de empresa de pequeno porte, relativo a operações tributadas com produtos destinados a contribuintes do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 43 deste Regulamento sobre o valor da operação;

2 - o estabelecimento distribuidor ou atacadista
...

Desta forma, considerando que a empresa ICM - Produtos Químicos Ltda encontra-se inscrita no CAE 22.2.1.20-9, com atividade de fabricação de sabões e detergentes de uso doméstico, é legítima a apropriação dos créditos destacados.

Já a Nota Fiscal anexada pela Autuada (fl. 1712) com data de emissão 26/08/99, realmente é posterior à alteração do regime de recolhimento da empresa emitente, porém, a referida nota, não se inclui dentre aquelas que ensejaram estorno de crédito pelo Fisco (Quadro 3 – exercício 1999 – fls. 79 a 84).

Ao contrário, no entanto, com relação aos estornos relativos às notas fiscais emitidas por Maciel e Vidigal Ltda, uma vez que esta é inscrita como comércio varejista de bebidas - CAE 41.1.1.4.10-8, devendo-se, assim, manter as exigências lançadas pelo Fisco.

Já quanto às Notas Fiscais de nºs 000375 e 000392, cujas cópias não compõem o Auto de Infração, não se pode precisar o real emitente de tais documentos, razão pela qual aplica-se o disposto no art. 112, II, do CTN, com o cancelamento das exigências fiscais pertinentes.

A4) aproveitamento indevido de créditos, referentes a material de uso e consumo ou alheios a atividade do estabelecimento

Os produtos constantes das Notas Fiscais de fls. 162 a 263, 284 a 474 e 1258 a 1304, considerados pelo Fisco como sendo materiais destinados a uso e consumo, referem-se a peças para veículos (jogo de pastilhas, lanterna, filtro de ar, baterias, painel frontal, jogo reparo, junta homocinética, etc), microcomputadores, cartucho para impressoras, refrigerador, fogão, televisão, cantoneiras, telhas, telefone celular digital, empilhadeira, lavadora de alta pressão, vídeo cassete, peças para carrinhos de supermercado, toca discos laser, calculadoras, materiais de construção, retroprojeto, condicionador de ar, etc., materiais 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.

Mediante documento de fls. 2.626/2.638, a Autuada reconheceu o creditamento indevido em relação à maioria das notas fiscais relacionadas pelo Fisco. Mantém sua discordância, no entanto, em relação às notas fiscais nºs 127.576; 007.083; 040.066 e 040.067.

A legislação pertinente, consubstanciada na Instrução Normativa DLT/SRE 01/98, preceitua:

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

(...)

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

(...)

c - **não** sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

(...) (g.n.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reputam-se, todavia, corretos os créditos estornados sob alegação de serem os bens alheios à atividade do estabelecimento, nos casos descritos nas Notas Fiscais 127576 (fl. 444) e 070083 (fl. 1710), vez que trata-se da aquisição de caminhões Mercedes Benz.

Não se concebe outra utilização dos referidos bens, senão na consecução da atividade econômica da Impugnante, razão por que há de se manter o crédito apropriado, face ao disposto no art. 1º, inciso II, alínea “c” da Instrução Normativa DLT/SRE 01 de 06 de maio de 1998.

Do mesmo modo, no tocante à aquisição de empilhadeira elétrica (NF 040.066).

Já a Nota Fiscal 040.067, refere-se a aquisição de uma bateria para a empilhadeira elétrica. À primeira vista, tratar-se-ia de peça de reposição. Entretanto, as aquisições, tanto da empilhadeira quanto da bateria se deram em uma mesma data e de uma mesma empresa, que emitiu duas notas fiscais apenas para adequação ao CFO, uma vez que a empilhadeira é de produção do estabelecimento, enquanto a bateria refere-se a comercialização de mercadoria adquirida de terceiros. Neste caso, pode-se afirmar que a bateria veio acoplada à empilhadeira, sendo legítimo o crédito do imposto.

A5) aproveitamento indevido de créditos relativos a Notas Fiscais declaradas inidôneas

Nos termos do art. 23, da Lei Complementar 87/96 c/c com o art. 69 do RICMS/96 "o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação".

Em assim sendo, o estorno do crédito do ICMS relativo às notas fiscais declaradas inidôneas ou falsas tem amparo legal e não fere o princípio da não-cumulatividade, mas pelo contrário, ratifica-o, na medida em que estorna créditos de ICMS inexistentes, uma vez comprovado que o imposto não foi pago.

Conforme documento de fls. 1.958/1.961, a Autuada reconhece as exigências fiscais, exceto em relação aos documentos emitidos por Missicipe Empreendimentos Ltda, em face da apresentação do DAPI relativo ao período de julho/99.

Não obstante a publicação do respectivo Ato Declaratório da empresa Missicipe Empreendimentos Ltda em 04/12/99, as provas apresentadas pela Impugnante de que a empresa operou normalmente e apresentou DAPI's até setembro/99 e não até junho/99, invalidam os efeitos do Ato Declaratório, uma vez que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a entrega do demonstrativo (fls. 1.704) ocorreu em 09.11.1999, antes, portanto da publicação do Ato Declaratório (04.12.1999).

Desta forma, dúvidas surgem quanto ao encerramento irregular das atividades, em relação ao mês de julho de 1999, justificando, assim, a exclusão das exigências pertinentes às Notas Fiscais nºs 001.227 e 001.262, emitidas por Missicipe Empreendimentos Ltda.

A6) aproveitamento indevido de crédito por falta da 1ª via do documento fiscal.

Apenas um lançamento ensejou o estorno de crédito por falta da 1ª via do documento fiscal.

Trata-se do lançamento referente à Nota Fiscal nº 180.552 de 10/03/99 conforme se vê no quadro 3 do exercício de 1999, à fl. 80 dos autos.

Considerando que a Impugnante não apresenta a 1ª via da referida Nota Fiscal, único procedimento capaz de fazer ruir esta exigência, verifica-se pertinente o estorno de R\$ 3.226,86, face à perfeita subsunção do fato *in concreto* às disposições contidas no inciso VI do art. 70 do RICMS/96.

Destaca-se, por oportuno, que o crédito tributário foi reconhecido pela Autuada, nos termos do expediente de fls. 2.626/2.638.

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;

Pelos documentos juntados, verifica-se que inexistiu, naqueles casos, a retenção do ICMS pelos fornecedores. Assim, a Autuada não cumpriu a determinação contida no artigo 29 da Parte Geral do RICMS/96, *ipsis litteris*:

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.

§ 1º - Nas hipóteses do **caput**, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, **o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado.** (o original não está grifado)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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” à fl. 37 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.

A Impugnante anexa às fls. 1.758 a 1.929, cópias do Livro Registro de Saídas e de Notas Fiscais de transferência entre estabelecimentos onde a mercadoria açúcar foi tributada à alíquota de 7% e acredita, por isso, que o Fisco não teria razão em exigir-lhe, como feito através do quadro 2, 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.

Entende-se que a Impugnante, ao destacar 7% de imposto relativamente à mercadoria açúcar nas Notas Fiscais de transferência, 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.

Aceitar tal procedimento seria negar a existência do instituto da substituição tributária e suportar as implicações que daí adviriam como, por exemplo, a impossibilidade de se confirmar os índices de agregação aplicados na base de cálculo de entrada para compará-los com aqueles previstos em Regulamento.

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 o estorno a menor referente à coluna 4, como citado anteriormente, mostrou-se correto, não merecendo quaisquer retificações.

Finalmente, cabe ressaltar o reconhecimento do crédito tributário efetuado pela empresa, conforme requerimento de fls. 2.626/2.638.

C) Falta de recolhimento do ICMS/ST decorrente da aquisição de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através de Notas Fiscais declaradas inidôneas.

Primeiramente, entendemos ser de bom alvitre que nos ocupemos com algumas das ponderações da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acerca de sua afirmativa de que o tributo relativo à substituição tributária deve ser cobrado do substituto remetente e não do substituído destinatário, deve-se ressaltar que toda a cobrança neste sentido deve ser feita sob os auspícios dos mandamentos da legislação tributária mineira.

O art. 102 §3º do Anexo IX do RICMS/96, por exemplo, um dos dispositivos balizadores do feito fiscal, impõe ao estabelecimento varejista que recebe mercadoria sem a retenção do imposto, a responsabilidade pelo respectivo pagamento.

Fazendo referência ao óbice presente no feito fiscal a Impugnante afirma ser impossível saber quantas notas da empresa DIBEPA estão inseridas no quadro 5. A Auditoria Fiscal retruca sob a fundamentação de que, constando do referido quadro o nº da Nota Fiscal e a data de sua emissão e considerando que a Impugnante cumpre as obrigações acessórias que lhe são impostas pelo Regulamento do ICMS, especialmente, neste caso, o art. 96, inciso II, alínea “a”, a tarefa de encontrar as referidas notas em seus arquivos estará por demais facilitada.

Ademais, das 14 (quatorze) Notas Fiscais arroladas no quadro de fl. 86 (relativo ao exercício de 1999), 12 são documentos fiscais de emissão da empresa DIBEPA – Distribuidor de Bebidas Paulista Ltda e todas as 03 (três) Notas Fiscais que compõem o quadro de fl. 123 (relativo ao ano de 2000) são da mesma empresa.

Todas estas 15 (quinze) notas de emissão da empresa DIBEPA referem-se a um mesmo produto: Cerveja em lata de 350 ml., de tal sorte que a análise do correto proceder ficará facilitada.

Pode-se observar que em todas elas há o destaque do ICMS/ST, porém, tais Notas Fiscais são FALSAS, a teor do disposto no Ato Declaratório de Falsidade/Inidoneidade nº 05.367.060-02142 – Publicado em 12/07/00, com cópia à fl. 16 dos autos.

Assim, o Fisco recompôs, nota a nota, o valor da base de cálculo do ICMS mediante a agregação dos valores relativos a “outras despesas” ao valor da Nota Fiscal e, sobre este novo quantum, aplicou o percentual de 70% encontrando a base de cálculo do ICMS/ST.

Pela aplicação da alíquota interna de 18% acharam-se os valores devidos a título de ICMS/ST. Estes não sofreram qualquer redução face à inexistência de valores devidos pelas operações próprias da emitente, já que esta revelou-se como sendo uma empresa fictícia.

Ressalta-se, entretanto, que o Fisco excluiu da exigência, a Nota Fiscal 000.742 de 09/06/99, por ter sido o imposto já exigido através do PTA 02.000158112.19 de 10/04/2000, atendendo aos reclames da Impugnante.

Outra Nota Fiscal presente no quadro 5 (fl. 86) é a de nº 001.228 de 16/07/99, de emissão da empresa Missicipe Empreendimentos Ltda, Nota Fiscal esta,

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inidônea, conforme Ato Declaratório de Inidoneidade nº 13.186.110-03278 de 03/11/1999, publicado no “Minas Gerais” de 04/12/1999.

Os produtos desta Nota Fiscal são fraldas descartáveis, o que ensejou a majoração do valor da nota em 42,85% para que se encontrasse a base de cálculo do ICMS/ST, conforme preceitua o art. 239, parágrafo primeiro, item 1 do Anexo IX do RICMS/96.

Pela aplicação da alíquota de 18% sobre esta base de cálculo o Fisco encontrou o valor devido à título de ICMS/ST, no caso, R\$ 547,53.

No entanto, devido à protocolização do Termo de Reconhecimento de Débito Parcial junto à AF-III Juiz de Fora em 26/01/2001 constando esta Nota Fiscal, a mesma foi, de ofício, excluída do rol de Notas Fiscais que compõem o quadro 5 (fl. 86), passando a integrar o AI lavrado para fins de parcelamento.

A outra nota que completa o quadro 5 (fl. 86) é a de nº 000.086 de 12/08/99, de emissão da empresa Distribuidoras Arvellos e Santos Ltda, nota esta cuja cópia encontra-se à fl. 271 dos autos e que foi considerada inidônea face ao Ato Declaratório de Inidoneidade nº 13.186.110-03546 de 10/10/2000, publicado no “Minas Gerais” de 11/10/2000.

Os produtos desta Nota Fiscal submetidos à sistemática da substituição tributária são fraldas descartáveis o que ensejaria a majoração do valor total destes produtos em 42,85% para que se encontrasse a base de cálculo do ICMS/ST, conforme preceitua o art. 239, parágrafo primeiro, item 1 do Anexo IX do RICMS/96.

Entretanto o Fisco acresceu ao valor total dos produtos sujeitos à ST, idêntico valor, o que implica em dizer que a agregação, no caso, foi de 100%, conforme se vê no quadro 5, fl. 86 dos autos.

Pela aplicação da alíquota de 18% sobre esta base de cálculo majorada o Fisco encontrou o valor devido à título de ICMS/ST, no caso, R\$ 3.125,56.

Entendemos que o Fisco equivocou-se na determinação da base de cálculo do imposto devido à título de ST e que esqueceu-se de reduzir em 10% a base 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.

Tais valores, indevidamente cobrados, foram excluídos pelo Fisco após a reformulação do crédito tributário de fls. 2.074/2.119.

A Contribuinte reconheceu o crédito tributário remanescente, lançado no Quadro 5, conforme documento de fls. 2.626/2.638, exceto em relação à Nota Fiscal nº 000.160, emitida pela empresa DIPEPA.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O invocado tratamento igualitário dado pelo CC/MG nos Acórdãos 14.040/00/3ª; 360/00/6ª; 280/00/6ª e 14.129/00/3ª só faz sentido em relação ao primeiro onde houve errônea capitulação legal do dispositivo infringindo.

Neste sentido, a Auditoria Fiscal, a despeito de toda a análise retro, manifesta-se pelo cancelamento do item “c” - antes do reconhecimento parcial do crédito tributário - ao argumento de falta de capitulação no AI dos dispositivos legais ou regulamentares infringidos.

O Fisco, após o reconhecimento parcial, e fazendo coro com a Auditoria, excluiu as exigências de ICMS e MR, por ausência de capitulação, mantendo-se, no entanto a penalidade isolada para a NF remanescente (000.160) equivalente a R\$ 4.904,64 (R\$ 12.261,60 x 40% - fls. 2.117 e 2.119), expediente que se revela correto, uma vez caracterizada a inidoneidade da nota fiscal e a indicação expressa da penalidade aplicada (Art. 55, X, da Lei nº 6763/75).

Finalmente, cabe destacar que as indicações de inconstitucionalidades apresentadas pela defesa esbarram no óbice estampado no artigo 88 da CLTA/MG.

Destaca-se, ainda, que as acusações de confisco e bitributação não se encontram presentes nos autos, e a apreciação de tais elementos também não está afeita a esta Casa, a teor da regra anteriormente citada.

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 a arguição de cerceamento do direito de defesa e quebra do princípio do contraditório. No mérito, por maioria de votos, julgou-se parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 2.564/2.618, bem como para acatar os reconhecimentos de parte do crédito tributário efetuados pela Autuada às fls. 1.961 e 2.627/2.629, conforme demonstrativo do ICMS remanescente de fls. 2.666, e ainda:

a) no tocante ao estorno de crédito destacado em notas fiscais inidôneas, excluir as exigências relativas às Notas Fiscais nºs 001.227 e 001.262, emitidas por Missicipe Empreendimentos Ltda;

b) quanto aos bens alheios, excluir as exigências relativas às Notas Fiscais de nºs 127.576, 070083, 040.066 e 040.067;

c) relativamente às exigências decorrentes de créditos destacados em notas fiscais emitidas por ME/EPP, excluir aquelas inerentes às notas fiscais emitidas por ICM Produtos Químicos Ltda;

d) ainda em relação às exigências decorrentes de créditos destacados em notas fiscais emitidas por ME/EPP, excluir aquelas resultantes das Notas Fiscais 000375 e 000392, com fulcro no inciso II, do art. 112 do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vencido, em parte, o Conselheiro José Eymard Costa que não excluía as exigências fiscais relativas às Notas Fiscais de nºs 001.227 e 001.262, emitidas por Missicipe Empreendimentos LTDA. Participou do julgamento, além dos signatários e já citado, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Enzo Gauzzi e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 07/08/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

Roberto Nogueira Lima
Relator

JLS

CC/IMG