

Acórdão: 15.646/02/3^a
Impugnação: 40.010107355-18
Impugnante: Passaquatro Comércio de Bebidas Ltda.
Proc. S. Passivo: Ana Maria de Souza
PTA/AI: 01.000139700-87
Inscrição Estadual: 473.010977.00-52
Origem: Diretoria de Fiscalização/SRE
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado que a Autuada deixou de recolher o ICMS/ST retido, em virtude de promover cancelamentos irregulares de documentos fiscais e apropriar-se de créditos de ICMS/ST destacados em notas fiscais de devoluções fictas. Infrações caracterizadas. Excluídos os valores relacionados com as penalidades previstas nos incisos II e IV, art. 55, da Lei 6763/75, por inaplicáveis ao caso. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação foi motivada pelas seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do ICMS/ST retido, destacado em documentos fiscais de emissão da Autuada, irregularmente cancelados, tendo em vista o fato das segundas vias estarem em branco, sem preenchimento.

2. falta de recolhimento do ICMS/ST retido, destacado em documentos fiscais de emissão da Autuada, tendo em vista o aproveitamento indevido de ICMS/ST constante de documentos de devolução emitidos pelo destinatário, desclassificados em virtude de não apresentarem carimbos fiscais.

Parcelas exigidas: ICMS, MR (100%), MI (20% e 40%) capitulada no art. 55, incisos II e IV, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 55/60), por intermédio de procurador regularmente constituído, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 71/77.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 81/88, opina pela procedência parcial do lançamento, para que sejam excluídos do crédito tributário os valores relativos às penalidades previstas nos incisos II e IV, art. 55, da Lei nº 6.763/75.

DECISÃO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST, MR/ST e MI (artigo 55, incisos II alínea “a” e IV, da Lei nº 6.763/75), por ter o Fisco constatado que o Contribuinte deixou de recolher o ICMS/ST retido, destacado em notas fiscais de sua emissão, em virtude do cometimento de dois tipos de irregularidades, ou seja, cancelou notas fiscais irregularmente e apropriou-se de créditos destacados em notas fiscais de devolução ficta emitidas pelo destinatário das mercadorias.

O crédito tributário apurado pelo Fisco encontra-se demonstrado na planilha de fls. 12, sendo que cópias dos documentos fiscais objeto da autuação foram anexadas às fls. 14/19 (aquelas relativas a cancelamento irregular) e às fls. 23/35 (aquelas relativas às devoluções fictas).

Em relação às notas fiscais canceladas irregularmente, o Fisco exigiu o ICMS/ST nelas destacado, acrescido da MR em dobro prevista no artigo 56 inciso II § 2º da Lei 6763/75. Exigiu também Multa Isolada, por dar saída a mercadoria sem documento fiscal, capitulando no Auto de Infração a penalidade prevista no artigo 55 inciso II alínea “a”, que dispõe que o valor exigido deve ser reduzido a 20%, no caso em que a infração for apurada pelo Fisco com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal do contribuinte – note-se, no entanto, que o valor efetivamente exigido no **AI** corresponde a 40% do valor das operações (operações próprias da Autuada), sem a mencionada redução capitulada na peça fiscal.

Em relação à segunda irregularidade, o Fisco exigiu o valor creditado no DAPI nos meses de junho e julho – cópia da tela SICAF às fls. 22 – ou seja, respectivamente R\$ 6.074,61 e R\$ 2.024,87, valores estes destacados em notas fiscais de devolução emitidas pelo destinatário (mineiro) de notas fiscais de vendas de cerveja efetuadas pelo Autuado no mês de junho. Acrescentou à exigência do ICMS, a Multa de Revalidação em dobro prevista no artigo 56 inciso II § 2º da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no artigo 55 inciso IV do mesmo diploma legal, calculada sobre o valor das mercadorias mencionado nos documentos fiscais de devolução.

A Autuada é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes com cervejas e outros produtos, ao efetuar vendas a estabelecimento situado neste Estado, a teor do disposto no artigo 151 do Anexo IX do RICMS/96.

Na condição de substituta tributária, é inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado mineiro, sujeitando-se às normas da legislação mineira, conforme dispõe a Cláusula oitava, do Convênio ICMS 81/93, que determina:

"Cláusula oitava – O sujeito passivo por substituição tributária observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a atuação do Fisco mineiro junto aos contribuintes substitutos situados em outras unidades da Federação, é disciplinada pelo **CONVÊNIO ICMS 93/97**, que estabelece atribuições do Grupo de Trabalho encarregado do Sistema de Informações sobre Substituto Tributário – SIST e critérios de fiscalização de contribuintes no regime de substituição tributária, e dá outras providências.

Dispõe o referido convênio em sua Cláusula Segunda:

Cláusula segunda: Na fiscalização de contribuinte que realizar operações interestaduais com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária serão observados os seguintes procedimentos:

I - na abertura dos trabalhos, a autoridade fiscal, devidamente credenciada pelo fisco da unidade federada de localização do estabelecimento, deverá:

a) emitir documento de início de fiscalização, conforme legislação de cada unidade da Federação, nele fixando o prazo para apresentação dos livros, documentos fiscais e outras informações necessárias à execução dos trabalhos fiscais programados;

b) lavrar termo de início de fiscalização no livro Registro de Utilização de Documentos fiscais e Termos de Ocorrências - Modelo 6;

c) verificar a regularidade da situação cadastral do contribuinte junto ao fisco da unidade federada responsável pela fiscalização;

II - em relação aos documentos fiscais de saída e o livro Registro de Saídas será feita a verificação:

a) da escrituração das notas fiscais relativas às operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária cujo imposto seja devido à unidade federada responsável pela fiscalização em confronto com as informações prestadas com base na cláusula décima terceira do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993;

b) do cálculo do imposto retido;

c) da transcrição do imposto retido para a guia de informação do período, quando exigida essa obrigação;

III - verificação, também, da apuração do imposto do período e se o saldo devedor apurado foi recolhido, inclusive com os acréscimos legais, se for o caso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - no curso dos trabalhos fiscais, será emitida a notificação ou documento equivalente, sempre que for necessária a apresentação de livros e/ou documentos fiscais;

V - serão adotadas as medidas saneadoras e punitivas decorrentes das verificações efetuadas, em relação ao descumprimento de obrigações tributárias de natureza principal ou acessória previstas em acordos celebrados entre as unidades federadas, relacionadas com o imposto devido por substituição tributária;

Conforme já visto, duas foram as irregularidades constatadas pelo Fisco, ou seja, o cancelamento irregular de documentos fiscais e o aproveitamento indevido de créditos relativos a devoluções fictas, que culminaram com a falta de recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado mineiro.

O cancelamento irregular de documentos fiscais está devidamente caracterizado pelas cópias da 2ª via fixa deixadas em branco pelo Contribuinte, que foram anexadas aos autos, irregularidades estas devidamente atestadas pelo Fisco paulista, conforme se constata às fls. 15, 17 e 19, o que autoriza o Fisco mineiro a exigir o ICMS/ST destacado nas 1ªs vias, acrescido da correspondente Multa de Revalidação prevista no artigo 56-II § 2º, corretamente capitulada no AI.

No entanto, tendo em vista o disposto no inciso V da Cláusula Segunda do Convênio acima transcrito, no sentido de que as medidas punitivas adotadas pelo agente fiscalizador devem ser aquelas previstas em acordos celebrados entre as unidades federadas, relacionadas com o imposto devido por substituição tributária, entendemos que a aplicação de Multa Isolada por dar saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, que tenha por base de cálculo o valor da operação própria do contribuinte (operação interestadual cujo fato gerador ocorreu no Estado de origem da mercadoria) cabe ao Fisco daquele Estado e não ao Fisco mineiro, devendo tal exigência ser excluída do Auto de Infração.

No que se refere aos créditos relacionados com a devolução de mercadorias que foram objeto de retenção do ICMS/ST, os procedimentos a serem observados pelos contribuintes substitutos são aqueles previstos no § 1º do artigo 25 da Parte Geral do RICMS/96, que preconiza:

Art. 25 - O contribuinte substituto observará o seguinte:

§ 2.º - Ocorrendo devolução ou retorno de mercadoria que não tenha sido entregue ao destinatário, cuja saída tenha sido escriturada nos termos deste artigo, o contribuinte substituto observará o disposto no artigo 78 deste Regulamento e o seguinte:

1) lançará no livro Registro de Entradas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

Ressalta-se que há menção expressa sobre a necessidade de observação, por parte do contribuinte substituto, das disposições contidas no artigo 78, que tratam das exigências relacionadas com as operações de devolução e retorno de mercadorias, sendo que o § 3º do mencionado dispositivo, determina:

"§ 3º - A recuperação do imposto somente será possível no caso em que:

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

Desta forma, para validar a devolução efetuada, fazendo surtir os efeitos da sistemática anteriormente descrita, necessário se faz o cumprimento das obrigações acessórias elencadas no art. 78 do RICMS/96.

A análise dos documentos acostados às fls. 23/35 demonstra que há Posto de Fiscalização no trajeto, uma vez que todas as notas de remessa dos produtos para o destinatário mineiro estão devidamente carimbadas, estando presentes sinais de que a mercadoria efetivamente transitou e foi entregue ao adquirente estabelecido em território mineiro.

No entanto, o mesmo não se pode dizer das notas fiscais de devolução, cujas cópias das 1ªs vias estão anexadas às fls. 23, 26, 29 e 32, nas quais não há um carimbo sequer. Este fato, aliado à repetição da ocorrência, sempre em intervalos regulares, autoriza o Fisco a considerar que tais devoluções são fictas, com o único propósito de fornecer à Autuada crédito de ICMS/ST para anular o débito gerado pela emissão das notas fiscais de venda dos produtos ao destinatário mineiro.

Nota-se que a Autuada absteve-se de trazer aos autos qualquer documentação que comprovasse a efetiva devolução das mercadorias, como por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exemplo a comprovação da realização da prestação de serviço de transporte a elas relacionadas.

Lícito, portanto, o estorno de tais créditos com a correspondente exigência do débito de ICMS/ST declarado nos meses em referência, acrescido da correspondente multa de revalidação capitulada no Auto de Infração.

Entretanto, não se aplica ao caso a Multa Isolada prevista no inciso IV do artigo 55 da Lei Nº 6.763/75, uma vez que se trata de penalidade cuja base de cálculo é o valor das operações próprias (interestaduais) realizadas entre a Autuada e seu cliente, não sendo relativa ao imposto devido por substituição tributária, conforme prevê o inciso V da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 93/97.

Por fim, ressaltamos que o argumento de que o Fisco deveria ter dirigido sua atuação aos destinatários mineiros, a teor do mandamento contido no artigo 29 do RICMS/96, não pode prevalecer, uma vez que como bem colocou o Fisco, tal dispositivo trata da responsabilidade que é supletivamente atribuída ao contribuinte mineiro, não retirando a responsabilidade do contribuinte substituto.

Assim, devem ser excluídos do crédito tributário os valores relativos às penalidades previstas nos incisos II e IV, art. 55, da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as multas isoladas exigidas, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Edwaldo Pereira de Salles (Revisor).

Sala das Sessões, 25/09/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

VDP/ma