

Acórdão: 15.409/03/2^a
Impugnação: 40.010108651-28
Impugnante: Maxima Alimentos Ltda.
Proc. S. Passivo: Carlos Antônio dos Santos/Outro(s)
PTA/AI: 01.000140661-98
Inscrição Estadual: 186.003725.00-54
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas; concernentes a aquisição de mercadoria e prestação de serviço cujas subseqüentes saídas dos produtos estão beneficiadas pela redução da base de cálculo do imposto e, relativos a operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Infrações caracterizadas. Exigências mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - AÇÚCAR - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Nos termos do art. 85, II, a.3, da Parte Geral do RICMS/96, o recolhimento do ICMS/ST deve ser efetuado até o dia 9 do mês subseqüente ao da entrada do produto no estabelecimento. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito fiscal.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas;

2) apropriação parcialmente indevida de créditos de ICMS, referente a notas fiscais de aquisições de mercadorias, cujas posteriores saídas estiveram beneficiadas pela redução da base de cálculo do imposto;

3) apropriação parcialmente indevida de créditos de ICMS, referente a prestação de serviço de transporte, cujas posteriores saídas das mercadorias estiveram beneficiadas pela redução da base de cálculo do imposto;

4) falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5) aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativo a operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. fls. 2733/2759 - volume IX, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 4658/4679 – volume XV).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 4.682/4689, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A **irregularidade 1** do AI refere-se ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas, as quais encontram-se arroladas nos quadros de fls. 08/41 dos autos e abrangem os meses de janeiro, abril, agosto, setembro e novembro de 2.000, bem como janeiro, abril, julho e agosto de 2.001.

Ressalte-se que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução n.º 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do art. 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

“o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espandendo dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc)”.

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo referidos atos declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado visando, tão-somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que os mesmos (tela SICAF), encontram-se anexados às fls. 2682/2683 dos autos e foram devidamente publicados em data anterior ao início da ação fiscal consubstanciada na lavratura do TIAF em 13-08-02 (fls. 07) dispondo, pois, a Contribuinte, de período suficiente para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Insta destacar que consta de cada um dos respectivos atos declaratórios os motivos ensejadores da inidoneidade bem como a data de sua publicação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale salientar que a teor do estatuído no art. 70, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos pela Autuada.

Acrescente-se que o trabalho fiscal encontra-se respaldado também no art. 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua que:

"O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação." (GN)

Quanto ao TERMO DE AUTODENÚNCIA nº 05.00041892-65 formalizado pela Impugnante em 02-07-02 (fls. 2770), vale salientar que os valores denunciados (R\$ 23.893,23 e R\$ 6.543,16 relativos a outubro/01 e dezembro/01) foram devidamente considerados pelo Fisco, conforme se observa do DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO de fls. 66 dos autos.

No que concerne à multa isolada, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a penalidade de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos.

Assim, as exigências de ICMS, MR e MI devem prevalecer.

Nas **Irregularidades 2 e 3** do AI, que também se encontram discriminadas nos quadros de fls. 08/41 dos autos, o Fisco constatou que a Autuada efetuou apropriação parcialmente indevida de créditos de ICMS concernente à aquisição de mercadorias (a exemplo de arroz e óleo de soja) e também prestação de serviço de transporte, cujas subseqüentes saídas estiveram beneficiadas pela redução da base de cálculo do imposto a que se referem os itens 23 e 25 do Anexo IV do RICMS/96.

As operações abrangem os meses de janeiro/00, fevereiro/00, abril/00 a fevereiro/01, abril/01, julho/01 e setembro a dezembro/01, sendo que cópias dos respectivos documentos fiscais encontram-se anexadas às fls. 447/1262 dos autos.

Vale salientar que o estorno do excesso de crédito apropriado encontra amparo na Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/94; nos artigos 70, § 1º e 71, IV, ambos da Parte Geral do RICMS/96; nos subitens 23.4 e 25.2 do Anexo IV do citado Regulamento e ainda no art. 32, inciso IV, da Lei nº 6.763/75, este *in verbis*:

"Art. 32 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - for objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;"

Corretas, pois, as exigências de ICMS e MR devendo-se ressaltar ainda que não houve desrespeito ao princípio da não cumulatividade, haja vista que o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "c", da CF/88, delega à lei complementar a competência para disciplinar o regime de compensação do imposto, sendo que o Convênio ICMS 66/88, em vigor com força da lei complementar, disciplina o regime de compensação do imposto dispondo que, salvo determinação da legislação, quando a operação ou prestação subsequente tiver redução da base de cálculo, o estorno do crédito será proporcional à redução.

A **irregularidade 4** do AI refere-se à falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária relativo às entradas de açúcar.

Importante destacar que a Impugnante é estabelecimento atacadista situado neste Estado, sendo que sua responsabilidade como substituta tributária nas aquisições interestaduais encontra-se prevista no art. 102, § 1º, item 1, do Anexo IX, do RICMS/96, que estabelece:

"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;"

Em relação a essas operações foi exigida a MR/ST em dobro (100%), consoante determina o § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, a exemplo das Notas Fiscais nºs 000733 e 000739 emitidas em abril/00 pela empresa paulista MONTE REI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA que se encontram arroladas no quadro de fls. 43, as quais, inclusive, foram consideradas inidôneas, e cujo "ICMS normal" foi objeto de estorno (conforme quadro de fls. 10, a que se refere o "item 1" do AI), irregularidade esta para a qual foi exigida ainda a MR de 50% "em relação à operação própria". Acrescente-se que as aludidas exigências foram estendidas às demais aquisições acobertadas por notas fiscais inidôneas, procedimento que encontra respaldo no Parecer DOET/SLT nº 073/2000 (cópia anexa - fls. 4.690).

No que se refere às aquisições internas a responsabilidade da Impugnante encontra-se prevista no art. 29 da Parte Geral do RICMS/96, irregularidade para a qual foi exigida a MR/ST de 50%, a exemplo das Notas Fiscais nºs 11.645 e 11.658, anexadas às fls. 1403/1404 (volume IV), emitidas em julho/00 por LAGOINHA AGRO INDUSTRIAL S/A - (Canápolis/MG) arroladas no quadro de fls. 46 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale realçar que a teor da legislação em vigor (art. 85, II, a.3, Parte Geral, RICMS/96) o recolhimento do ICMS/ST deve ser efetuado até o dia 9 do mês subsequente ao da *entrada* do produto no estabelecimento e não com base no valor das *saídas*.

Nesse sentido, infere-se que foi apurado um débito de ICMS a recolher nos meses de janeiro/00, março/00 a agosto/00 e outubro/00 a dezembro/01, conforme demonstrado nos quadros de fls. 42/64, valores esses que foram levados a efeito na recomposição da conta gráfica de fls. 67/68 dos autos, tendo o Fisco deduzido os valores efetivamente recolhidos, conforme coluna RECOLHIMENTO do quadro de fls. 65/66, cujos valores foram extraídos dos "Dados de Recolhimentos e Obrigações a Recolher" consignados na CONSULTA CONTA CORRENTE FISCAL de fls. 2712/2713.

Ressalte-se que estando o açúcar sujeito ao regime de substituição tributária, não é cabível o destaque do ICMS relativo às 'operações próprias' a cada saída do produto. Nesse sentido, tendo em vista que na defesa apresentada a Autuada alega que 'o ICMS/ST foi devidamente recolhido até mesmo em valores superiores aos devidos', a mesma foi intimada pelo Fisco (fls. 4.191) a discriminar o imposto porventura destacado em suas notas fiscais de saídas relativo às 'operações próprias', oportunidade em que a empresa apresentou as listagens de fls. 4.196/4656, mas que não comprovam o aludido débito do imposto.

Não obstante, caso a Impugnante tenha adotado esse procedimento a mesma, a princípio, faz jus à "restituição" do valor recolhido a maior, devendo, para tanto, agir em consonância com o disposto no art. 36 da CLTA/MG, onde se exige que a Contribuinte comprove que suportou o encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido à terceiros, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo (§ 2º).

Quanto à **irregularidade 5** do AI, infere-se que restou evidenciado nos autos que a Impugnante efetuou apropriação indevida de créditos de ICMS consignados em notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias destinadas à comercialização, sujeitas ao regime de substituição tributária, procedimento esse que contraria as disposições contidas no art. 26, inciso II e 27 da Parte Geral do RICMS/96, *in verbis*:

"Art. 26 - O contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária observará o seguinte:

(...)

II - as notas de aquisição e de saída deverão ser escrituradas nos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, na forma prevista na legislação, utilizando:

a - a coluna "Outras", respectivamente, de "Operações sem Crédito do Imposto" e de "Operações sem Débito do Imposto";

(...)

Art. 27 - Observado o disposto nos artigos 66 a 74 deste Regulamento, o estabelecimento que receber mercadoria com imposto retido por substituição tributária, exceto aquela que se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinar à comercialização, poderá aproveitar, sob a forma de crédito, o valor do imposto corretamente informado na nota fiscal de aquisição." (gn)

Cabe realçar que a irregularidade encontra-se discriminada nos quadros de fls. 08/41 e pode ser atestada pela cópia do livro Registro de Entrada de fls. 70/445 relativa aos meses de janeiro/00, março/00 a maio/00, agosto/00, novembro/00, dezembro/00 e fevereiro/01 a dezembro/01.

A título ilustrativo, infere-se que a NF nº 000.342, emitida em 29-05-01 pela empresa paulista GUATRON DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA (fls. 940) concernente à venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (açúcar), consigna o destaque do ICMS da operação própria no valor de R\$ 1.717,20, importância essa que foi indevidamente apropriada pela Autuada, conforme lançamento em seu LRE de fls. 298 dos autos e que ora está sendo objeto de estorno por parte do Fisco, a teor do quadro de fls. 27.

Corretas, pois, as exigências de ICMS e MR sendo que em relação ao TERMO DE AUTODENÚNCIA, vale mais uma vez realçar que os respectivos valores foram devidamente considerados pelo Fisco, conforme quadro de fls. 66 dos autos.

No que concerne às multas aplicadas, as mesmas encontram-se previstas na legislação tributária em vigor, o mesmo ocorrendo em relação à taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, cuja utilização encontra respaldo na Resolução 2.880/97 c/c os artigos 127 e 226 da Lei nº 6.763/75. Não há, pois, que se falar em cerceamento de defesa ou mesmo em confisco, aplicando-se ainda, no que couber, o disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Por fim, quanto a prova pericial requerida, registre-se apenas que a teor do estatuído no art. 98, inciso III, da CLTA/MG, o seu mérito não será objeto de análise, eis que não foram formulados os quesitos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 24/04/03.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator