

Acórdão: 15.828/03/3^a
Impugnação: 40.010107342-95
Impugnante: Supermercado Bahamas Ltda
Proc. S. Passivo: José de Castro Ferreira/Outros
PTA/AI: 01.000139696-82
Inscrição Estadual: 367.396518.0267 (Autuada)
Origem: AF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Imputação de recolhimento a menor de ICMS, apurado em Verificação Fiscal Analítica. Infração caracterizada à vista da constatação de que a Autuada apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS provenientes de: 1) mercadorias da cesta básica cuja operação subsequente é beneficiada pela redução da base de cálculo e outras mercadorias adquiridas com destaque a maior; 2) entradas de produtos sujeitos ao recolhimento por substituição tributária (açúcar) e 3) notas fiscais de transferência de açúcar. Infração parcialmente caracterizada em relação à apropriação de créditos destacados em notas fiscais inidôneas; mercadorias destinadas ao uso e consumo e notas fiscais emitidas por ME/EPP e bens alheios.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - AÇÚCAR - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatadas aquisições de açúcar oriundos de outra unidade da Federação, sem a devida retenção do imposto pelo remetente e sem o recolhimento do ICMS/ST pela destinatária. Corretas as exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, compreendendo o período de 01.01.98 a 31.12.2000, onde o Fisco exige ICMS, ICMS/ST e MR, versa sobre:

A) Recolhimento a menor de ICMS por aproveitamento indevido e a maior de crédito em relação a: mercadorias da cesta básica e de outras mercadorias; destacado em Notas Fiscais de entradas de açúcar; créditos destacado em Notas Fiscais inidôneas; relativo a mercadorias destinadas ao uso/consumo e bens do ativo alheios a atividade fim da empresa; destacados em notas fiscais de transferência de açúcar, bem como créditos de ICMS oriundos de ME/EPP;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

B) Falta de recolhimento do ICMS/ST referente às entradas de açúcar oriundos de outros estados da Federação, sem a devida retenção do ICMS/ST pelo remetente.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 626/641, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 656/671.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 674/692, opina pela procedência parcial do Lançamento, para excluir as exigências decorrentes das Notas Fiscais nºs 000156 (fls. 186) e 000171 (fls. 210).

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão de 12.08.2002, decide converter o julgamento em Diligência (fls. 693), para que o Fisco promova a juntada de cópias de documentos que especifica e, ainda, indique o tipo de mercadoria cujos créditos foram estornados sob a rubrica de "uso, consumo e alheios". Pede, também, a Egrégia Câmara, que o Fisco informe a destinação (emprego) das mercadorias relacionadas em notas fiscais que menciona. Na mesma oportunidade, a 2ª Câmara exara Despacho Interlocutório, determinando ao Contribuinte a comprovação da imobilização de bens constantes em documentos fiscais que enumera.

O Fisco, comparece aos autos (fls. 695/696), entendendo que as questões postas na Diligência devam ser cumpridas pela Autuada. Já a Autuada, via expediente de fls. 700, faz juntar os documentos pretendidos pela 2ª Câmara.

A Auditoria Fiscal determina abertura de vistas dos autos ao Fisco (fls. 720), que comparece às fls. 721, ratificando as manifestações anteriores.

Novamente nos autos, a Auditoria Fiscal pronuncia-se pela procedência parcial do lançamento, nos termos do Parecer anterior, pedindo agora pelas exclusões, além das notas fiscais mencionadas, também dos documentos de nºs 004.057, 004.097, 004.099 e 004.100.

DECISÃO

O feito fiscal refere-se a:

a) Recolhimento a menor de ICMS por aproveitamento indevido e a maior de créditos:

a.1 - relativos a mercadorias da cesta básica e de outras mercadorias;

a.2 - destacados em Notas Fiscais de entradas de açúcar;

a.3 - destacados em Notas Fiscais inidôneas;

a.4 - de mercadorias destinadas ao uso/consumo e bens do ativo permanente alheios à atividade fim da empresa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a.5 - destacados em notas fiscais de transferência de açúcar; e

a.6 - oriundos de ME/EPP;

b) Falta de recolhimento do ICMS/ST referente às entradas de açúcar oriundo de outros estados da Federação, sem a devida retenção do ICMS/ST pelo remetente;

Preliminarmente, a Impugnante apresenta suas considerações de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstram que qualquer restrição ao crédito é contrária à Constituição e que, somente nesta, há limitações à aplicação da regra da não cumulatividade.

Acresce que a Multa de Revalidação fixada ao percentual de 50% é inconstitucional e ofende os princípios da Estrita Legalidade, da Capacidade Contributiva e do Não Confisco.

Estas alegações da Impugnante não se incluem na competência do órgão julgador do Contencioso Administrativo Fiscal, conforme preceitua o art. 88, inciso I da CLTA/MG, razão pela qual são liminarmente rejeitadas.

No tocante ao pedido de juntada de cópias de todos os documentos fiscais, trata-se, na verdade, de matéria de mérito, devendo ser abordado em relação a cada item do Auto de Infração.

Quanto ao mérito propriamente dito, a análise do feito fiscal mostrar-se-á mais produtiva se for levada a efeito conforme os itens do Relatório do AI, em virtude das irregularidades apontadas pelo fiscal autuante serem variadas e independentes umas das outras. Desta forma, subdivide-se o tópico constante da letra “a” em subtópicos.

a.1) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento a maior de créditos relativos a entradas de produtos da cesta básica e de outras mercadorias:

Esta irregularidade apontada pelo fisco faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 1” dos exercícios de 1998, 1999 e 2000.

A tabela abaixo objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 1	N.F.	NF`s da Nutril
1998	Fls. 34 a 38	Fls. 84 a 116	Fls. 544 a 576
1999	Fls. 51 a 54	Fls. 227 a 258	Fls. 577 a 613
2000	Fls. 66 a 69	Fls. 375 a 401	Fls. 614 a 623

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Esta exigência fiscal surgiu do entendimento da necessidade de se estornar o excesso de crédito, de forma a torná-lo proporcional à alíquota aplicável na saída e 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.

A exigência da 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% encontra-se disposta 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.

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 186.543 (fls. 85), onde o estorno procedido somente contemplou os itens 3 e 5, justamente por não ser aplicável aos demais produtos a redução da base de cálculo nas saídas subsequentes promovidas pela Autuada.

De forma análoga, verifica-se que, na Nota Fiscal 001.465 (fls. 86), o estorno foi de R\$ 11,70, o que equivale dizer que estornou-se apenas o necessário para que o crédito válido ficasse proporcional à base de cálculo reduzida adotada na saída da mercadoria.

Acerca das glosas de créditos das notas fiscais de emissão da empresa Nutril Nutrimentos Industriais S/A (fls. 544 a 623), o fisco estornou valores de crédito somente em relação às notas fiscais que continham produtos “**modificados**” pela indústria mineira e não apenas “**embalados**”.

O contribuinte autuado traz a lume os conceitos de “produção” e “fabricação” objetivando demonstrar que não produz ou fabrica o leite em pó, entretanto, o proceder fiscal se deu em conformidade com as normas contidas na Instrução Normativa SLT 002, de 17 de agosto de 2001, que trata da tributação relativa ao ICMS incidente na operação interna de saída de leite tipos A e B e de derivados de leite, assim como atendeu as orientações expressas na Consulta de Contribuintes nº 095/2001, consulta esta efetuada pela própria Nutril e, desta forma, os estornos apresentaram-se condizentes com a legislação mineira, não merecendo quaisquer reparos.

Em relação a esta irregularidade, irrelevante se faz a juntada de cópia de todos os documentos fiscais, uma vez que o inconformismo da defesa está centrado em alegações de direito, não se evidenciando nenhuma discordância fática.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a.2) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento indevido de créditos destacados em Notas Fiscais de entrada de açúcar.

A irregularidade apontada no tópico “a.2” faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 3” do exercício de 1998, na coluna 4 - Crédito a Estornar.

A tabela a seguir objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 3	N. F.
1998	Fls. 48	Fls. 223 a 225

Importa salientar que, conforme observação “a” das fls. 48 dos autos, a coluna 4 do quadro 3 (referente aos valores de crédito estornados) representa o crédito efetivamente escriturado pela empresa autuada e não necessariamente aquele objeto de destaque.

Considerando que a mercadoria em questão é tributada pela sistemática da substituição tributária, a autuada não poderia, como fez, creditar-se do imposto destacado nas notas fiscais e também proceder ao destaque de 7% quando da saída das mesmas mercadorias.

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 confirmarem os índices de agregação aplicados na base de cálculo de entrada para compará-los com aqueles previstos em Regulamento.

A obrigação tributária principal em virtude da substituição tributária não é alternativa daquela que ocorre pela sistemática normal do débito *versus* crédito. É por esse motivo o legislador exige que o substituído que recebe a mercadoria sem a retenção recolha **este Imposto**.

Conclui-se que o Contribuinte, de fato, efetuou créditos impróprios nas aquisições de açúcar pelo que o feito fiscal neste item se mostra adequado e oportuno.

Também neste caso, a juntada de cópia dos documentos fiscais não produz nenhuma eficácia, haja vista que a Impugnante reconhece a acusação fiscal. O mesmo acontece na hipótese de estorno de crédito por transferência de açúcar, bem como da hipótese da falta de recolhimento do ICMS/ST, na hipótese de aquisições sem retenção do imposto.

a.3) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento indevido de crédito destacado em Notas Fiscais Inidôneas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A irregularidade apontada no tópico “a.3” faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 2” do exercício de 1999, onde o motivo do estorno é apontado com a letra “c”.

O contribuinte autuado não contesta, de fato, a inidoneidade dos documentos fiscais, apenas argumenta que a publicação dos Atos, posteriormente à realização das operações, permite-o creditar-se dos impostos destacados nos documentos fiscais uma vez que este procedimento encontra-se amparado pelos princípios que resguardam o direito adquirido e o ato jurídico perfeito e que não se pode atribuir efeito retroativo ao ato declaratório.

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.

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.

É sabido e ressabido (art. 62 do RICMS/96) que o imposto, por determinação legal, é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores ou por esta ou por outra Unidade da Federação.

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*”.

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.

Em assim sendo, o estorno do crédito do ICMS relativo às notas fiscais declaradas inidôneas tem amparo legal e não fere o princípio da não-cumulatividade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mas pelo contrário, ratifica-o, na medida em que estorna créditos de ICMS inexistentes, uma vez comprovado que o imposto não foi pago.

A tabela abaixo objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 2	N.F.
1999	Fls. 55 a 63	Fls. 260 a 373

Duas são as empresas emitentes dos documentos fiscais inidôneos cujos créditos foram estornados da destinatária das mercadorias:

Missicipe Empreendimentos Ltda.

Ato de Inidoneidade nº 13.186.110-03278 – Publicado em 04/12/99 (cópia às fls. 16).

As Notas Fiscais desta empresa, consideradas pelo Fisco, inidôneas, são: NF 001.219, de 16/07/1999 (fls. 328) e NF 001.265, de 23/07/1999 (fls. 332).

O motivo determinante da inidoneidade dos documentos fiscais acima foi o de encerramento irregular de atividades e foram declarados inidôneos em 03/11/99 todos os documentos fiscais desta empresa emitidos a partir de 01/07/99.

O referido Ato Declaratório foi publicado no “Minas Gerais” em 04/12/99, de forma que, quando do recebimento do Auto de Infração (27/02/2002), os créditos apropriados que tiveram como fulcro estas Notas Fiscais inidôneas já deveriam ter sido voluntariamente estornados pela empresa ora Impugnante.

Em não o tendo sido, configuram-se corretos os estornos procedidos pelo Fisco.

Marfab Indústria de Condimentos Ltda.

O Ato de Inidoneidade nº 05.367.060-01724, publicado em 06/01/2000, com cópia às fls. 17 dos autos, refere-se aos documentos cujas cópias encontram-se entre as fls. 309 e 367, que são as notas fiscais de nºs 010.789, 010.802, 010.810, 010.827, 010.839, 010.849, 010.861, 011.070, 011.077, 011.097 e 011.165, que indubitavelmente são de emissão da Marfab Indústria de Condimentos Ltda.

Conforme pesquisa no SICAF, a última Autorização para Impressão de Documentos Fiscais concedida à empresa Marfab Indústria de Condimentos Ltda, foi a de nº 00241918/1999 e referiu-se à impressão dos documentos de nº 10.651 a 10.700.

Segundo a Auditoria Fiscal, o número do último documento autorizado pelo fisco (10.700) reforça a inidoneidade de todos aqueles de numeração superior,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

arrolados no Quadro 2, entendendo que tais documentos em razão da sequência numérica àqueles acostados aos autos indica que também foram emitidos pela empresa Marfab.

Entretanto, no tocante a tais notas fiscais (não presentes nos autos) indicadas com a letra “c” no Quadro 2 de fls. 55 a 63, dois pontos devem ser abordados:

a) as Notas Fiscais 010.666 e 010.691, encontram-se dentro da sequência numérica regularmente autorizada, razão pela qual torna-se imprescindível a juntada de cópias de tais documentos, de forma a permitir a esta Câmara a análise de tais documentos, visando a perfeita subsunção do documento ao Ato de Inidoneidade;

b) quanto aos documentos de nºs 010.710, 010.719, 010.736, 010.750, 010.768, 010.869, 010.898, 010.918, 010.929, 010.934, 010.951, 011.002, 011.010, 011.022, 011.030, 011.036, 011.050, 011.103, 011.113, 011.130 e 011.053, todos com numeração superior ao último número autorizado (010.700), em uma análise curta, razão teria a Auditoria Fiscal no tocante à afirmativa de que tais documentos são inidôneos, nos termos dos Atos nºs 05.367.060-01718 ou 05.367.060-01720, ambos de 29/12/1999 e publicados em 06 de janeiro de 2000. Entretanto, em que pese a presunção de veracidade do Auto de Infração, não se vislumbra nos autos, de forma cristalina, que tais documentos foram de fato emitidos pela Marfab. É bem verdade que a sequência numérica indica uma evidência neste sentido. Mas não comprova de forma inequívoca. Assim, a recusa do Fisco em promover a juntada de tais documentos permeia a dúvida, que milita a favor da Impugnante.

Desta forma, considerando que a pretensa inversão do ônus da prova atribuída pelo Fisco à Autuada não deve prevalecer, posto que afronta as regras elementares do contencioso fiscal, aciona-se o disposto no inciso II, do art. 112 do CTN, para cancelar as exigências decorrentes de tais documentos, permanecendo, no entanto a cobrança em relação em relação às Notas Fiscais inidôneas 1219, 1265, 10789, 10802, 10810, 10827, 10839, 10849, 10861, 11070, 11077, 11097, 11165, juntadas respectivamente às fls. 328, 332, 309, 316, 318, 319, 330, 335, 341, 343, 351, 358, 367.

a.4) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento indevido de crédito de mercadorias destinadas a uso, consumo e ativo permanente e de bens alheios à atividade fim da empresa.

A irregularidade apontada no tópico “a.4” faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 2” dos exercícios de 1998, 1999 e 2000, onde o motivo do estorno é apontado com a letra “b”.

A tabela a seguir objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

	Quadro 2	N.F.
1998	Fls. 39 a 47	Fls. 118 a 221
1999	Fls. 55 a 63	Fls. 260 a 373
2000	Fls. 70 a 81	Fls. 403 a 542

Os produtos constantes das referidas Notas Fiscais, considerados pelo Fisco como sendo materiais destinados a uso e consumo, referem-se, no que toca aos documentos acostados aos autos, a placa de circuito impresso para computadores, cabeça de impressão, piso cerâmico, materiais de construção, mesas de escritório, botinas e materiais do ativo.

É notório que parte de tais materiais foram destinados a consumo do estabelecimento o que permite concluir que o estorno procedido pelo Fisco, no que diz respeito a tais notas, revelou-se perfeitamente adequado à legislação tributária mineira, *in verbis*.

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.)

O mesmo não se pode afirmar, no entanto, quanto aos documentos que não compõem o processo, em que pese o clamor da Egrégia 2ª Câmara para que o Fisco juntasse tais elementos aos autos. Assim, em relação aos documentos não acostados pelo Fisco ao processo, deve-se excluir as exigências fiscais, com fulcro no art. 112, II, do CTN, uma vez que esta Câmara encontra-se impossibilitando de verificar a conceituação exata dos produtos.

Já outro conjunto de notas, as de nºs 162837 (fls. 181); 163743 (fls. 209) e 173335 (fls. 272), cujas cópias encontram-se nos autos, mas por se tratar de grandes quantidades de cadeados, cordas e fitas perfuradoras, devem também ter suas exigências excluídas, com fulcro no art. 112, II, do CTN. É que, não obstante a realização de reformas no estabelecimento, persiste a possibilidade de tais mercadorias terem sido adquiridas para comercialização. Carecia, portanto, de que o Fisco

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovasse que elas foram empregadas na reforma do estabelecimento. Como não fez, ilegítimo se torna o estorno dos créditos.

Ainda em relação ao grupo de notas presentes nos autos, outro conjunto delas deve ser expurgado, uma vez que efetivamente se caracterizam como bens do ativo imobilizado, empregados na consecução dos objetivos comerciais da Autuada, ou como no casos das mesas auxiliares, que pelo valor e origem, permite-se aferir que se prestam para uso nas áreas de padaria ou do açougue, estando tais equipamentos registrados no ativo imobilizado, conforme documentos juntados pela defesa em atendimento ao Despacho Interlocutório. Como o Fisco entendeu impertinente a comprovação requerida pela Egrégia 2ª Câmara, mais uma vez a dúvida milita em favor da Autuada. O mesmo ocorre em relação ao fogão à gás, que pode estar sendo utilizado na seção de padaria. São os seguintes documentos fiscais:

Nº NF	Fl. PTA	Mercadorias
000.156	186	Picador de carne; cortador elétrico; serra de fita p/ ossos e moinho para pães.
004.057	189	Mesas auxiliares.
004.097	190	Mesas auxiliares c/ cuba.
005.164	198	Cubas; cestas e carrinhos p/ supermercados.
004.099	205	Fogão à gás.
004.100	206	Partes de gôndolas.
000.171	210	Fatiador de bifes.

Portanto, em relação ao material de uso e consumo/ativo e alheios, há de se manter apenas as exigências decorrentes das Notas Fiscais nºs 919, 26375, 26820, 1779, 1780, 1983, 1984, 6249, 10293, 191982, 192124, 4857, 162420, 1947, 4802, 4812, 4889, 161526, 162248, 163143, 163730, 4915, 172, 37553, 2080, 2081, 7233, 5347, 980, 8986, juntadas respectivamente às fls 118, 125, 136, 175, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 180, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 207, 211, 212, 213, 214, 267, 281, 317, 478.

a.5) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento indevido de crédito destacado em Notas Fiscais de transferências de açúcar.

A irregularidade apontada no tópico “a.5” faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 2” dos exercícios de 1998, 1999 e 2000, onde o motivo do estorno é apontado com a letra “d”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A tabela abaixo objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 2	N.F.
1998	Fls. 39 a 47	Fls. 118 a 221
1999	Fls. 55 a 63	Fls. 260 a 373
2000	F ls. 70 a 81	Fls. 403 a 542

A Impugnante entende não ter contrariado o exposto no RICMS/96 haja vista que ao comando do §1º, do art. 102, do anexo IX, do referido regulamento não se aplica outra interpretação senão aquela advinda da sua literalidade, qual seja: não se atribui ao estabelecimento **varejista** mineiro a substituição tributária quando este adquirir mercadoria de outra unidade da federação.

Tendo adquirido açúcar do fabricante paulista, por força da denúncia do convênio feita pelo Estado de São Paulo, o estabelecimento da Impugnante, encarregado de efetuar as compras, teve em mãos documento fiscal no qual encontrava-se destacado ICMS à alíquota de 12% (interestadual).

Quando da transferência do açúcar desse estabelecimento da Impugnante para a autuada, pelo sistema débito/crédito, foi destacado o ICMS à alíquota de 7% que foi creditado pela ora Impugnante que entende que, ainda que o Estado tenha sofrido prejuízo, o mesmo não há de ser considerado nos valores lançados no AI, já que tendo sido feito o recolhimento pelo sistema débito/crédito, mesmo que erroneamente, o Estado fará jus somente à diferença entre os valores da ST e do recolhimento efetivado anteriormente pois o fisco não pode deixar de considerá-lo.

A Impugnante creditou-se indevidamente de 7% de imposto relativamente ao recebimento em transferência da mercadoria açúcar face ao descumprimento, pelo estabelecimento que anteriormente houvera adquirido a mercadoria em operação interestadual, da 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.

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 o estabelecimento da Impugnante que procedeu 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.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, o procedimento fiscal acerca deste item mostrou-se correto, não merecendo quaisquer retificações.

a.6) Recolhimento a menor de ICMS apurado em VFA, devido a aproveitamento indevido de créditos oriundos de ME/EPP.

A irregularidade apontada no tópico “a.6” faz parte do subitem 7.1.1 (fls. 09) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 2” dos exercícios de 1998, 1999 e 2000, onde o motivo do estorno é apontado com a letra “a”.

A tabela abaixo objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 2	N.F.
1998	Fls. 39 a 47	Fls. 118 a 221
1999	Fls. 55 a 63	Fls. 260 a 373
2000	Fls. 70 a 81	Fls. 403 a 542

Segundo o Fisco e Auditoria Fiscal, os estornos de créditos em decorrência exclusiva da condição do remetente da mercadoria (ME/EPP) são inquestionáveis, dada a anexação, pelo fisco, de cópias da tela do SICAF “Consulta de Regimes de Recolhimento” de todos os contribuintes, dando conta de seus enquadramentos à época da emissão dos documentos fiscais e juntada de cópia de tais documentos por amostragem, entendendo que devam ser mantidos os estornos também em relação às Notas Fiscais cujas cópias não compõem o Auto de Infração.

Verdade seja dita, a posição do Fisco e Auditoria Fiscal vai de encontro às regras do devido processo legal, não estando correta a afirmativa de que “o *onus probandi* de que a situação apontada no Auto de infração não se coaduna com a realidade fática recai, indubitavelmente, sobre a Autuada, vez que o feito se desenvolveu sobre documentos do Contribuinte e merecem fé as assertivas fiscais, com presunção *juris tantum* de veracidade.”

Neste caso, a inversão pretendida pelo Fisco, mais uma vez causa embaraços, não só ao contribuinte, mas também ao Órgão Julgador.

Desta forma, excluem-se as exigências fiscais em relação às notas fiscais cujas cópias não foram carreadas aos autos, com fulcro no art. 112, II, do CTN.

Ainda neste tópico, em relação àquelas presentes nos autos, excluem-se as emitidas no período de 01.01.98 a 31.03.98, por empresas inscritas nos códigos 17;19;21;23;24;25;26; e 27, do Anexo VII do REMIPE, em face da possibilidade de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transferência de créditos, nos termos do inciso I, do art. 7º do Anexo VIII, do RICMS/96, in verbis:

Art. 7º - A empresa de pequeno porte:

I - fica sujeita à emissão regular de documentos fiscais para acobertar todas as operações ou as prestações que realizar, bem como à escrituração normal dos livros e emissão dos demais documentos fiscais;

No período de 01.01.98 a 31.03.98, embora já vigente o Micro Geraes, permaneceram os efeitos do REMIPE, nos termos do art. 45 do então Anexo X, que assim prescreve:

Efeitos de 01.01.98 a 31.03.2000 - Redação dada pelo art. 7º e vigência estabelecida pelo art. 11, ambos do Dec. Nº 39.394, de 19.01.98 - MG de 20.

"Art. 45 - Até 31 de março de 1998 ficam mantidas as microempresas e empresas de pequeno porte que tenham enquadrado na forma da Lei nº 10.992, de 29 de dezembro de 1992."

Os documentos que se enquadram nesta situação são os seguintes:

Nº NF	Fl. PTA	Regime REMIPE
1305	119	26
4654	120	26
8325	121	26
612	122	17
1059	123	19
8341	124	26
165	126	25
4663	128	26
1317	129	26
8358	130	26
8386	132	26
4675	133	26

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

070	134	21
625	135	17
1084	137	19
206	138	25

Assim, em relação ao estorno de créditos decorrentes de aquisições de Microempresa/EPP, há de se manter as exigências decorrentes das notas fiscais de nºs 684, 700, 786, 799, 826, 844, 946, 864, 1052, 1260, 1058, 1081, 1186, 1193, 1215, 1229, 1323, 1349, 1370, 1365, 9833, juntadas respectivamente às fls. 144, 149, 160, 163, 174, 182, 187, 197, 263, 268, 271, 275, 282, 286, 292, 297, 299, 322, 338, 340, 492.

b) Falta de recolhimento do ICMS/ST referente às entradas de açúcar oriundos de outros estados da Federação, sem a devida retenção do ICMS/ST pelo remetente;

Esta irregularidade acima corresponde ao subitem 7.2.1 (fls. 11) do Relatório Fiscal-Contábil e é melhor detalhada no “Quadro 3”, apenas no exercício de 1998.

A tabela abaixo objetiva facilitar o encontro, nos autos, dos documentos a ela relativos:

	Quadro 3	N. F.
1998	Fls. 48	Fls. 223 a 225

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 à não retenção do imposto relativo à substituição tributária nas Notas Fiscais de recebimento de açúcar de cana, já que tratam-se de operações interestaduais e diante do não recolhimento pela Autuada de tais valores 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.

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” às fls. 48 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.

Destarte, o procedimento fiscal acerca deste item mostrou-se correto, não merecendo quaisquer retificações.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para:

1) Em relação ao estorno de créditos decorrentes de aquisições de Microempresa/EPP, manter as exigências fiscais decorrentes das notas fiscais de nº 684, 700, 786, 799, 826, 844, 946, 864, 1052, 1260, 1058, 1081, 1186, 1193, 1215, 1229, 1323, 1349, 1370, 1365, 9833, juntadas respectivamente às fls. 144, 149, 160, 163, 174, 182, 187, 197, 263, 268, 271, 275, 282, 286, 292, 297, 299, 322, 338, 340, 492, excluindo-se as demais pelos seguintes motivos:

a) em relação àquelas presentes nos autos, excluem-se as emitidas no período de 01.01.98 a 31.03.98, por empresas inscritas nos códigos 17; 19; 21; 23; 24; 25; 26; e 27, do Anexo VII do REMIPE, em face da possibilidade de transferência de créditos;

b) no tocante aos documentos não juntados aos autos, a exclusão se dá com fulcro no art. 112-II do CTN.

2) Em relação ao material de uso e consumo/ativo/alheios, manter as exigências fiscais decorrentes das Notas Fiscais nºs 919, 26375, 26820, 1779, 1780, 1983, 1984, 6249, 10293, 191928, 192124, 4857, 162424, 1947, 4802, 4812, 4889, 161526, 162248, 163143, 163730, 4915, 172, 37553, 2080, 2081, 7233, 5347, 980, 8986, juntadas respectivamente às fls. 118, 125, 136, 175, 176, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 180, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 200, 207, 211, 212, 213, 214, 267, 281, 317, 478, excluindo-se em relação às demais em razão de:

a) com fulcro no art. 112-II do CTN, em razão dos documentos não acostados pelo Fisco ao processo, impossibilitando a conceituação exata dos produtos;

b) no tocante às Notas Fiscais nºs 162837; 163743 e 173335, por se tratar de grandes quantidades de cadeados, cordas e fitas perfuradoras, com fulcro no art. 112,II do CTN;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) relativamente às Notas Fiscais 156; 4057; 5164; 4099; 4100 e 171, por se tratar de bens do ativo pertinentes à realização da atividade comercial da Autuada.

3) Em relação às Notas Fiscais inidôneas, manter as exigências decorrentes das Notas Fiscais nºs 1219, 1265, 10789, 10802, 10810, 10827, 10839, 10849, 10861, 11070, 11077, 11097, 11165, juntadas respectivamente às fls. 328, 332, 309, 316, 318, 319, 330, 335, 341, 343, 351, 358, 367, excluindo-se as demais com fulcro no art. 112, II, do CTN, uma vez que não foram juntadas cópias ao processo.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), Glemer Cássia Diniz Viana Lobato e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 20/02/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator