

Acórdão: 16.242/03/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110627-89
Impugnante: Itaba Indústria de Tabaco Brasileira Ltda
Proc. S. Passivo: Luiz Roberto Dutra Rodrigues/Outro(s)
PTA/AI: 01.000142247-53
Inscr. Estadual: 252.110733.00-80
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIGARROS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO – Constatado recolhimento a menor do ICMS/ST tendo em vista que a Autuada apurou e destacou “a maior”, em diversas notas fiscais, o ICMS da operação própria, além de ter apurado e destacado “a menor”, em diversas notas fiscais, a base de cálculo/ST e o ICMS/ST devido, lançando valores indevidos/irregulares nas GIA-ST, decorrentes de “erros” na apuração e/ou transcrição dos valores mensais relativos ao imposto, tanto da operação própria quanto referente à substituição tributária. Infração caracterizada nos autos. Mantidas as exigências de ICMS/ST e MR (art. 56 inciso II § 2º da Lei 6763/75).

CRÉDITOS DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – TRANSFERÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Constatou-se que a Autuada recolheu ICMS/ST a menor tendo em vista a apropriação indevida de créditos adquiridos de empresas estabelecidas no Estado, para compensação com débitos relativos a substituição tributária, em desacordo com as disposições contidas no artigo 11 inciso IV do Anexo XXI do RICMS/96 e no artigo 11 inciso III do Anexo VIII do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e MR (art. 56 inciso II § 2º da Lei 6763/75) mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST incidente sobre remessas de cigarros a contribuintes mineiros, tendo em vista as seguintes irregularidades constatadas pelo Fisco:

1. lançamentos indevidos/ ilegítimos nas GIA-ST nos meses de fev, mai, out, nov, dez/02 e jan, fev, mar/03, a título de “pagamentos antecipados” e/ou “créditos de período anterior”, tendo em vista a apropriação de valores de créditos oriundos de transferências/cessões de créditos de ICMS, obtidas junto a contribuintes mineiros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2. apuração e destaque “a maior”, em diversas notas fiscais, do ICMS da operação própria
3. apuração e destaque “a menor”, em diversas notas fiscais, da base de cálculo/ST e do ICMS/ST
4. lançamentos indevidos/irregulares, nas GIA-ST, decorrentes de “erros” na apuração e/ou transcrição dos valores mensais relativos à base de cálculo/ST e ICMS/ST, bem como à base de cálculo e ICMS relativos à operação própria.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 71/86, recolhendo a taxa de expediente conforme DAE de fls. 136.

Afirma que adquiriu créditos junto a empresas mineiras devidamente cadastradas e habilitadas perante a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, mas que tais valores não foram considerados pela fiscalização.

Pede a nulidade do Auto de Infração, alegando haver erro por parte do Fisco na sua elaboração, uma vez que este teria relacionado que os recolhimentos a menor foram apurados em função de lançamentos irregulares efetuados nas GIA-ST nos meses de fev, mai, out, nov, dez/02 e jan, fev, mar/03, no entanto considerou um crédito relativo ao mês de maio/02, deixando de computar um crédito relativo ao mês de março/02.

Destaca que procedeu corretamente lançando o ICMS das operações realizadas junto ao Estado mineiro, mas que o Fisco ignorou créditos a que tem direito, de forma que mesmo havendo equívocos no preenchimento das guias GIA-ST, ainda assim, do confronto com os créditos desprezados pela fiscalização, restariam créditos a seu favor.

Ressalta que o Fisco não especificou os motivos que o levaram a desconsiderar os créditos, dificultando seu exercício de plena defesa, o que também torna inválido o lançamento.

Tece considerações sobre a não cumulatividade do imposto e sobre o direito à compensação, transcrevendo doutrina e dispositivos legais da legislação tributária, afirmando que vem realizando a compensação de valores de créditos adquiridos junto a empresas devidamente registradas e habilitadas a exercer atos comerciais neste Estado.

Prossegue afirmando que é o contribuinte de fato (consumidor final) quem deve ser onerado pelo ICMS, mas que no caso não consegue efetuar este repasse, visto que o preço máximo considerado para fins de substituição tributária não está de acordo com a realidade econômica, sendo que o Fisco não considerou a seu favor os créditos decorrentes da diferença da base de cálculo relativa ao valor presumido e o efetivamente praticado junto ao consumidor final. Transcreve doutrina sobre o tema.

Insurge-se contra a multa aplicada, por considerá-la confiscatória e indevida. Argumenta que estando ausentes o dolo ou a má-fé, a jurisprudência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativa admite a redução ou o cancelamento da penalidade imposta. Mais uma vez busca socorro em doutrina, que transcreve.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação, solicitando perícia e apresentando quesitos. Anexa os documentos de fls. 99/135.

O Fisco, em manifestação de fls. 138/143, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que os questionamentos da Impugnante relativos ao pretenso direito à compensação irrestrita de créditos, bem como aqueles relacionados com a base de cálculo do ICMS/ST e com a inaplicabilidade da multa não estão sujeitos à apreciação no âmbito administrativo, tendo em vista o artigo 88 da CLTA/MG.

Contesta a alegação de nulidade do **AI**, afirmando que o crédito tributário foi apurado detalhadamente, conforme fazem prova os demonstrativos que integram a peça fiscal. Quanto à alegação da Impugnante de que lhe está sendo tolhido o direito de defesa, comenta que a Impugnação apresentada faz prova do contrário, ou seja, de que o contraditório está sendo exercido de forma plena e incontestada pelo contribuinte.

Explica detalhadamente a apuração do crédito tributário constante das planilhas que integram o Auto de Infração, elaborando quadro explicativo.

Quanto aos créditos adquiridos de empresas mineiras, esclarece que independentemente do fato de serem ou não legítimos, não foram considerados pois não há previsão legal para seu aproveitamento em operações sujeitas ao regime de ST.

Especificamente em relação aos meses de março e maio/02, salienta que o crédito considerado em março se refere a pagamento antecipado efetivamente realizado, conforme NF 2.356 e que o valor citado pela Impugnante que teria sido desconsiderado em maio, na verdade é relativo a crédito fictício, decorrente de lançamento irregular efetuado no mês anterior.

Comenta que a Autuada não questionou a existência de erros na apuração e destaque encontrados nas bases de cálculo e no imposto relativos à operação própria e ao ICMS/ST.

Considera o pedido de perícia meramente protelatório, uma vez que os quesitos apresentados estão totalmente esclarecidos e documentados no PTA.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de perícia conforme despacho de fls. 147, do qual a Autuada foi devidamente cientificada (doc. fls. 148/149), abstando-se, no entanto, de agravar a decisão.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 151/158, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Em preliminar, a Autuada pede a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o Fisco mencionou no relatório que teria encontrado irregularidades no mês de maio/02, no entanto considerou crédito lançado neste mês; por outro lado, afirma que o Fisco desconsiderou crédito lançado no mês de março/02, embora não tenha relacionado este mês no relatório.

Ainda em preliminar, a Impugnante argumenta que o Fisco não explicou a razão que o levou a desconsiderar os créditos lançados em sua escrita fiscal, o que caracteriza cerceamento de defesa.

Tais alegações, entretanto, não merecem prosperar. Na planilha de fls. 13, o Fisco demonstrou detalhadamente, mês a mês, tanto os valores de créditos desconsiderados, por serem irregulares/ilegítimos, quanto aqueles admitidos. As notas explicativas acrescentadas na planilha esclarecem a apuração realizada e as razões pelas quais os valores foram glosados – lançamentos irregulares/ilegítimos, obviamente, são lançamentos que não tem previsão na legislação tributária.

A impugnação apresentada demonstra que não se configura, no caso, o alegado cerceamento de defesa, uma vez que foram abordados com precisão todos os aspectos da autuação.

Estando o Auto de Infração de acordo com as exigências previstas no artigo 57 e 58 da CLTA/MG, não devem ser acatadas as preliminares argüidas.

Ainda em preliminar, merece menção o fato da Autuada ter solicitado a realização de perícia, inclusive apresentando quesitos, nos termos do artigo 98 da CLTA/MG.

O pedido foi indeferido pela Auditoria Fiscal, mas a Impugnante não exerceu seu direito de agravar a decisão.

De qualquer forma, destaque-se que a perícia solicitada mostra-se desnecessária para elucidar a questão, tendo em vista que os quesitos apresentados versam sobre matéria expressamente disciplinada na legislação tributária, tem sua resposta demonstrada nos autos, conforme exposto pela Auditoria no despacho de fls. 147, ou ainda dizem respeito ao julgamento de mérito do feito fiscal.

DO MÉRITO

No mérito, não assiste à Impugnante melhor sorte, uma vez que as exigências fiscais de ICMS/ST e MR/ST estão devidamente amparadas na legislação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco constatou que houve recolhimento a menor do ICMS/ST incidente sobre as remessas de cigarros efetuadas pela impugnante a contribuintes mineiros, em função de lançamentos indevidos/ilegítimos nas GIA-ST a título de “pagamentos antecipados” e/ou “créditos de período anterior” (relativos à apropriação de valores de créditos oriundos de transferências/cessões de créditos de ICMS, obtidas junto a contribuintes mineiros); o Fisco verificou, ainda, que a Impugnante apurou e destacou “a maior”, em diversas notas fiscais, o ICMS da operação própria, além de ter apurado e destacado “a menor”, em diversas notas fiscais, a base de cálculo/ST e o ICMS/ST devido, lançando valores indevidos/irregulares nas GIA-ST, decorrentes de “erros” na apuração e/ou transcrição dos valores mensais relativos ao imposto, tanto da operação própria quanto referente à substituição tributária.

Em conformidade com o disposto no artigo 161 do Anexo IX do RICMS/02 em vigência, bem como no artigo 163 do Anexo IX do Decreto Regulamentar 38.104/96 (que esteve em vigor até 14.12.02), a Autuada (fabricante de cigarros), relativamente às operações que pratica destinando seus produtos a estabelecimento localizado no Estado, é responsável, na condição de substituta, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subsequentes.

A defendente não questiona tal responsabilidade, mesmo porque é regularmente inscrita no cadastro de contribuintes deste Estado como contribuinte substituta, entregando as GIA/ST, conforme inclusive atestam as cópias destas anexadas aos autos.

A infração apurada pelo Fisco, contra a qual se insurge a Autuada, refere-se à apuração do ICMS/ST devido e à apropriação indevida de créditos expressamente vedados pela legislação.

O cálculo correto do ICMS/ST devido pela Impugnante está demonstrado na planilha de fls. 14/16, onde o Fisco relacionou as notas fiscais emitidas a cada mês, bem como os valores nelas consignados a título de base de cálculo e ICMS da operação própria praticada pela Autuada, além dos valores do ICMS/ST apurados e a quantidade/tipo dos produtos nelas consignados; em contraposição, na mesma planilha, o Fisco relacionou a correta base de cálculo do ICMS/ST, apurada em conformidade com o disposto no inciso I do artigo 164 do Anexo IX do RICMS/96 e no inciso I do artigo 162 do Anexo IX do RICMS/02 (comprovantes dos preços máximos de venda a consumidor fixados pelo fabricante encontram-se às fls. 53/60).

Os valores de ICMS/ST corretamente apurados em conformidade com a legislação foram então lançados na planilha de fls. 13, onde o Fisco demonstrou, de um lado, a apuração levada a efeito e declarada pelo contribuinte nas GIA-ST, bem como os valores de créditos lançados a título de “pagamentos antecipados” e de “créditos do período anterior”; de outro lado, na mesma planilha, o Fisco demonstrou os valores corretos do ICMS/ST devido e excluiu os valores lançados irregularmente como créditos, apurando a diferença de ICMS/ST recolhida a menor em cada período, que está sendo exigida no **AI** acrescida da correspondente multa de revalidação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante tece considerações sobre o princípio da não-cumulatividade, que segundo entende lhe garante o direito à apropriação irrestrita de créditos e sustenta que o Fisco não pode desconsiderar créditos regularmente adquiridos de empresas estabelecidas no Estado mineiro. Anexa às fls. 101/103 cópia de contrato de *Cessão de Direitos Creditórios e Outras Avenças* firmado com a empresa **Premium Participações Ltda.**, a qual seria detentora de direitos contratuais sobre direitos creditórios oriundos de Ofícios Precatórios Estaduais, que seriam transferidos à Autuada pelo valor equivalente a 70% da face dos direitos.

As transferências de créditos se operaram através de notas fiscais emitidas por empresas mineiras para este fim (cópias às fls. 110, 113, 116, 119, 120, 121, 124, 125, 135), sendo que a Autuada justifica como sendo esta a origem dos lançamentos efetuados a título de “*pagamentos antecipados*” nas GIA-ST.

O Fisco esclarece que a desconsideração destes créditos independe da análise de sua legitimidade, pois ainda que legítimos não poderiam ser apropriados pela Impugnante para compensação com débitos oriundos de substituição tributária, por expressa vedação legal, contida no inciso IV do artigo 11 do Anexo XXI do RICMS/96 e no inciso III do artigo 11 do Anexo VIII do RICMS/02.

Com efeito, esta é a determinação contida nos dispositivos legais mencionados, de forma que tais créditos não poderiam ser apropriados pela Impugnante, estando correto o Fisco em desconsiderá-los. Transcrevemos abaixo a redação constante do RICMS/96, que como mencionado permanece também no RICMS/2002.

RICMS/96 - ANEXO XXI

Art. 11 - Não será autorizada a utilização de crédito acumulado de ICMS:

I - (revogado)

II - para transferência a título de pagamento de fornecimento de energia elétrica ou de prestação de serviço de telecomunicações;

III - para pagamento do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica ou sobre a prestação de serviço de telecomunicações;

**IV - para quitação de débito oriundo de substituição tributária, própria ou de terceiro.
(gn)**

A Autuada também alega que parte dos créditos lançados se deve a recuperação de imposto pago a maior por substituição tributária, afirmando que muitas vezes o real preço de venda dos produtos não alcança o valor utilizado como base de cálculo para a retenção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Embora a Autuada não identifique quais valores de créditos apropriados se referem a esta hipótese, tal argumento igualmente não procede, tendo em vista que a legislação tributária dispõe expressamente sobre a definitividade do imposto corretamente recolhido por substituição tributária, determinando que qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias, o contribuinte e o responsável não ficam sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo, nem o Estado fica sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria (artigos 34 do RICMS/96 e do RICMS/02).

Insta observar que o Fisco manteve os créditos considerados legítimos, cuja origem foi devidamente comprovada pela Impugnante (nos meses de maio/02 e fev/mar/03, conforme documentos de fls. 106, 126/131 e 134). Além disso, conforme demonstrado na planilha de fls. 13, o Fisco excluiu da autuação os valores das diferenças apuradas relativamente às notas fiscais 002764 e 002765, uma vez que os mesmos já teriam sido exigidos no AI 02.000203626.56 de 12.07.02.

As demais alegações apresentadas pela defesa não alcançam ilidir o feito fiscal. A multa aplicada é determinada legalmente (artigo 56 inciso II § 2º da Lei 6763/75), portanto não há que se falar em confisco. Tampouco aplica-se a redução prevista no § 3º do artigo 53 da Lei mencionada, conforme solicitado pelo contribuinte, pois esta possibilidade se restringe à multa por descumprimento de obrigação acessória, que não é o caso presente nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade do Auto de Infração e de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Wagner Dias Rabelo (Revisor).

Sala das Sessões, 18/11/03.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator