

Acórdão: 16.361/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109959-86
Impugnante: Promoceres Ltda.
PTA/AI: 01.000141648-58
Inscr. Estadual: 186.901318.0020
Origem: DF/Contagem

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - AÇÚCAR - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na entrada de açúcar, em operação interestadual. Procedimento fiscal em relação ao ICMS-ST encontra-se respaldado pelo artigo 102, § 1º, item 1, do Anexo IX, do RICMS/96, vigente à época dos fatos. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSOS - Imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, vez que provenientes de entrada de mercadorias cujas saídas ocorreram ao abrigo da redução de base de cálculo, aquisição de materiais de uso e consumo, entrada de mercadorias com o imposto retido por substituição tributária, de notas fiscais declaradas inidôneas, de valor a maior do que o efetivamente destacado em documento fiscal, e erro na apuração do imposto. Exigências fiscais mantidas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário elaborado segundo técnica e métodos válidos, tendo-se por legítimo o seu resultado (artigo 194, inciso II, do RICMS/96). A Impugnante não trouxe quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de forma objetiva, no sentido de contraditar o levantamento e demonstrar os pontos porventura conflitantes. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas no período de 01/01/98 a 31/12/2002:

- 1) Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.
- 2) Falta de estorno proporcional de créditos de ICMS pelas entradas de mercadorias cujas saídas se deram com a base de cálculo reduzida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 3) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em decorrência de aquisições de materiais destinados ao uso/consumo, de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, de valores maiores aos destacados em documentos fiscais e de erros de apuração.
- 4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em decorrência de utilização de notas fiscais declaradas inidôneas.
- 5) Saídas de açúcar de cana desacobertadas de documentação fiscal, apuradas através de "Levantamento Quantitativo".

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu sócio gerente, Impugnação às fls. 2.487/2.508, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2.907/2.910.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 2.913, para que o Fisco capitule no Auto de Infração a multa de revalidação. É reaberto o prazo de impugnação para a Autuada que comparece aos autos às fls. 2.920.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.924/2.935, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

O TIAF (fl. 02) foi lavrado posteriormente à contagem física - declaração de estoque (fls. 2.252/2.253), porém tal fato não acarreta a nulidade do AI, vez que o Fisco procedeu, quando da contagem física de estoque, de conformidade com o disposto no art. 194, § 1º, do RICMS/96. Ademais, torna-se inicialmente dispensável a lavratura do TIAF nos casos previstos no inciso II do artigo 54 da CLTA/MG.

Em relação à Contagem Física, a Contribuinte foi devidamente cientificada de seu término, conforme assinatura aposta no documento de fl. 2.252, nos termos do art. 194, § 1º, item 4, do RICMS/96.

DO MÉRITO

Da falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na entrada de açúcar:

Trata-se de operações interestaduais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O **quadro I**, com n°s das notas fiscais, datas de emissão, emitentes, origem, valores, ICMS-operação própria, base de cálculo-ST e valores do ICMS-ST encontra-se às fls. 15/32, 52/54, 66/88 e 105/129.

O procedimento fiscal em relação ao ICMS-ST encontra-se respaldado pelo artigo 102, § 1º, item 1, do Anexo IX, do RICMS/96 (Capítulo IX - Das Operações Relativas a Açúcar de Cana), vigente à época dos fatos:

Efeitos de 01/08/96 a 30/01/2002 - Redação original deste Regulamento:

"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:"

Efeitos de 07/11/96 a 30/01/2002 - Redação dada pelo art. 16 do Dec. nº 38.410, de 06/11/96 - MG de 07 e ret. no de 11/01/97:

"1) estabelecimento, exceto o varejista, que receba a mercadoria de outra unidade da Federação para comercialização em território mineiro;"

Do aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à entrada de mercadorias da cesta básica, cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo:

O **quadro II**, com n°s das notas fiscais, datas de emissão, emitentes, origem, valores de base de cálculo, ICMS (12%), ICMS (07%) e valores do estorno encontra-se às fls. 33/47, 55/61, 89/104 e 130/135.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado pelo item 23.4, do Anexo IV, do RICMS/96, qual seja, na hipótese de aquisição de mercadorias 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 considerada na aquisição da mercadoria.

O artigo 70, § 1º, da Parte Geral do RICMS/96 estabelece ainda que:

"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".

O artigo 71, inciso IV, também determina que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento vier a ser objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução".

Ressalte-se, por fim, que a redução de base de cálculo ou a isenção abrigam, para os efeitos de aplicação do princípio da não-cumulatividade, o mesmo enquadramento jurídico (para efeitos do disposto no art. 155, § 2º, II, CF/88).

Do aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes aquisições de materiais de uso e consumo:

O **Quadro III**, com referências ao LRE, notas fiscais, datas de emissão, valores dos créditos e motivo do estorno ("**Bens uso e consumo**") encontra-se às fls. 48/51 e 136.

Conforme notas fiscais anexadas aos autos, trata-se peças de reposição para veículos (ex: *mancal, anel, disco, rolamento, bucha, retentor, filtro, boia do tanque, engrenagem, parafuso, junta, óleo caixa, vedador, rebite, mola, carcaça, colar de embreagem, eixo, lâmpada, cx bateria, válvula, bico injetor, pino, etc...*).

Nesse sentido, são inequivocamente materiais de uso e consumo, fato esse também não contestado pela Contribuinte.

O procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso III, do RICMS/96:

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

(...)

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2002, de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento, excetuada a hipótese prevista no item 3 do § 1º do artigo 66" (grifos nossos).

Do RICMS/02:

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2006, de bens destinados a uso ou a consumo do estabelecimento, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos VI e VII do *caput* do artigo 66 deste Regulamento;

Do aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à entrada de açúcar com o imposto retido por substituição tributária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O **Quadro III**, com referências ao LRE, notas fiscais, emitentes, datas de emissão, valores dos créditos e motivo do estorno ("ICMS REF. ST) encontram-se às fls. 48/51, 62/65.

Trata-se de açúcar adquirido, em operação interna, com o imposto retido por substituição tributária, conforme notas fiscais anexadas aos autos.

A Contribuinte não procedeu de conformidade com o disposto no artigo 26, inciso II, alínea "a", do RICMS/96:

"Art. 26 - O contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária observará 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" (grifo nosso)

Do aproveitamento de créditos de ICMS a maior do que o imposto efetivamente destacado na nota fiscal:

O **Quadro IV**, com referências ao LRE, notas fiscais, emitentes, datas de emissão, valores de ICMS creditados, valores de ICMS destacados e diferenças a estornar encontra-se às fls. 137 e 141/143.

O art. 62, "caput", do RICMS/96 determina que "*o imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado*".

Correto o procedimento fiscal em estornar os valores de ICMS apropriados a maior do que os efetivamente destacados nas operações anteriores.

Do aproveitamento indevido de créditos de ICMS por erro de apuração em janeiro/99 (a maior em R\$ 873,60) e novembro/99 (a maior em R\$ 67.601,42):

Conforme colocado pelo Fisco em sua manifestação, houve transferência a maior de saldo credor, no valor de R\$ 873,60, do DAPI de dezembro/98 (fl. 164) para o DAPI de janeiro/99 (fl. 893). A Impugnante argumentou que o DAPI fora corrigido, fato esse não comprovado nos autos, de conformidade com os DAPI's de fls. 2.619/2.620 anexados ao "Laudo Pericial Assistencial".

Em relação ao valor aproveitado a maior no mês de novembro/99, de R\$ 67.601,42, os Livros Registro de Entradas (fl. 730) e Registro de Apuração (fls. 930/931) constam como crédito o valor de R\$ 51.461,88, e o DAPI correspondente ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

período consta o valor de R\$ 119.063,30 (fl. 905). A Contribuinte não fez comprovar que o valor lançado no LRE ou no LRAICMS encontrava-se incorreto. Nesse caso, correta ainda a MI capitulada no art. 54, inc. IX, da Lei nº 6763/75, *"por consignar, em documento fiscal destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, valores divergentes de crédito, de débito ou de saldo dos escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS"*.

Do aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas:

O **Quadro V**, com referências ao LRE, notas fiscais, datas de emissão e valores créditos encontra-se às fls. 138/140. Trata-se do ato declaratório nº 13.186.110-03817 (documento anexado à fl. 1.639), da empresa "R.P.F Comercial Ltda", publicado no "MG" de 22/03/2002, anteriormente ao TIAF e à formalização de crédito tributário. As notas fiscais encontram-se anexadas às fls. 1.640/1.679.

O Ato Declaratório de inidoneidade ou falsidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina os seus efeitos "ex tunc", pois não é o Ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões. O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória e não natureza normativa. Nesse sentido, inaplicável o disposto no art. 100, inciso I, c/c o disposto no art. 103, inc. I, do CTN.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado no art. 70, inc. V, RICMS/96. Não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto.

Não se discute ainda a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas ou falsas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações. Mesmo porque, a teor do artigo 88 da CLTA/MG, este Órgão Julgador não poder negar aplicação de Lei, Decreto ou Ato Normativo.

Corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, apuradas após recomposição da conta gráfica, e à MI capitulada no art. 55, inc. X, da Lei nº 6763/75, *"por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou inidôneo"*.

Da saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Imputadas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, no período de 01/01/2002 a 12/06/2002 (*exercício aberto*), apuradas mediante o roteiro “Levantamento Quantitativo Financeiro Diário”.

A contagem física de estoque (“Declaração de Estoque”) datada de 12/06/02 encontra-se à fl. 2.252. Cópia do Livro Registro Inventário às fls. 2.258/2.262 (“*estoques existentes em 31/12/2001*”). Quadros demonstrativos, onde foram registrados os estoques iniciais e finais, entradas e saídas apuradas diariamente, de acordo com as respectivas notas fiscais, valores e quantidades encontram-se às fls. 2.263/2.477.

O procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo artigo 194, inciso II, do RICMS/96, a seguir transcrito:

“Art. 194 - Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias”
(grifo nosso).

No tocante à contagem física, o Fisco procedeu em estrita observância ao disposto no § 1º, do artigo 194, do RICMS/96.

A Impugnante não trouxe aos autos quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de forma objetiva, para contraditar o levantamento, no sentido de se demonstrar os pontos porventura conflitantes.

O fato alegado pela Contribuinte de que “grande parte da mercadoria não se encontrava no estabelecimento e sim em depósito fechado” **não** consiste em elemento capaz de prejudicar o levantamento, uma vez que as operações, independentemente da natureza jurídica, devem ser necessariamente acobertas por documentos fiscais.

Nesse sentido, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75.

Por fim, importante destacar que, nos termos do disposto no art. 88, inc. I, da CLTA/MG, não se incluem na competência do CC/MG a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

A multa de revalidação é prevista no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas. Ademais a teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à ilegalidade da utilização da taxa SELIC, oportuno mencionar que o artigo 226 da Lei n.º 6.763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13-10-97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Leonardo de Lima Naves (Revisor) e Juliana Diniz Quirino, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir, em relação às notas fiscais inidôneas, aquelas que possuem carimbo de postos de fiscalização. Participou do julgamento, além da signatária, o Conselheiro José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 25/03/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora