

Acórdão: 2.923/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revista: 40.050109779-65, 40.050109804-27
Recorrente: Fazenda Pública Estadual, Supermercado Bahamas Ltda.
Recorrida: Supermercado Bahamas Ltda., Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Décio Freire/Outros
PTA/AI: 01.000139696-82
Inscr. Estadual: 367.396518.0267
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES – Os elementos constantes dos autos permitem concluir 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); 3) notas fiscais de transferência de açúcar e 4) notas fiscais inidôneas. Contudo, os quadros elaborados pelo Fisco não trazem informações suficientes para manter integralmente as exigências atinentes às notas fiscais emitidas por ME/EPP e às mercadorias destinadas ao uso e consumo e a bens alheios. Em relação a tais irregularidades deve ser mantidas as exigências apenas em relação aos documentos constantes dos autos. Restabelecidas as exigências concernentes às notas fiscais inidôneas e excluídas as exigências relacionadas à nota fiscal nº 4097.

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. Irregularidade não objeto de recurso.

Recurso da Autuada conhecido por maioria de votos e parcialmente provido à unanimidade.

Recurso da FPE conhecido por maioria de votos e parcialmente provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento a maior de créditos relativos a mercadorias da cesta básica e outras mercadorias; aproveitamento indevido de créditos do imposto destacados em notas fiscais inidôneas, notas fiscais de mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinadas ao uso/consumo, de bens alheios à atividade fim da empresa, de transferência de açúcar e de ME/EPP; além da falta de recolhimento do ICMS-ST relativamente ao açúcar adquirido sem a retenção prévia por parte do remetente.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.528/03/3ª por unanimidade de votos excluiu parcialmente as exigências de ICMS e MR.

Inconformada, a 1ª Recorrente (FPE) interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revista de fls. 752 a 756, por intermédio de procurador legalmente habilitado.

A 1ª Recorrida (Autuada), tempestivamente, por intermédio de procuradores regularmente constituídos, contra-arrazoa, às fls. 786 a 789, o recurso da FPE.

Inconformada, a 2ª Recorrente (Autuada) interpõe o Recurso de Revista de fls. 795 a 806, por intermédio de procurador regularmente constituído.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 871/876, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Recurso da FPE e pelo seu provimento parcial. Quanto ao Recurso da Autuada, entende prejudicada sua apreciação em razão da intempestividade.

Em 11.07.2003, a Câmara Especial (fl. 878) decide considerar tempestivo o Recurso da Autuada e remeter os autos à Auditoria Fiscal para manifestação.

Em novo parecer, de fls. 879/886, a Auditoria Fiscal opina pelo conhecimento de ambos os Recursos e também pelo provimento parcial de ambos.

Em 05.09.2003, a Câmara Especial (fl. 888), por maioria de votos, conhece dos Recursos de Revista e também por maioria de votos exara despacho interlocutório para que a Contribuinte traga aos autos as notas fiscais relacionadas nos quadros de fls. 39/46, 55/62 e 70/80, que tenham por “motivo de estorno” a letra “b” e para que, em seguida, o Fisco elabore quadro discriminando as mercadorias e sua função, relativamente às notas fiscais juntadas.

A Autuada junta os documentos de fls. 898/966 e o Fisco, em manifesta de fls. 968, alega que a Contribuinte deve ser intimada a prestar as informações a ele solicitadas, “evitando assim possíveis divergências de interpretação”.

A Auditoria Fiscal se manifesta às fls. 970/972, opinando pelo provimento parcial de ambos os Recursos.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revelam-se cabíveis os Recursos de Revista ora em discussão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a decisão acerca do conhecimento dos Recursos de Revista apresentados ocorreu na sessão de 05.09.2003, quando, por maioria de votos, ambos os Recursos foram conhecidos.

Considerando o disposto no inciso I e no § 1º, artigo 138 da CLTA/MG, temos que o Recurso da FPE abrange parte das exclusões procedidas pela decisão ora recorrida, ou seja, os estornos de créditos do imposto atinentes a notas fiscais não anexadas aos autos pelo Fisco, correspondentes a notas fiscais inidôneas, notas fiscais de ME/EPP e notas fiscais de mercadorias destinadas ao uso e consumo ou alheias à atividade da empresa.

Por sua vez, o recurso da Autuada abrange os estornos de créditos concernentes a notas fiscais de bens do imobilizado e aquelas emitidas pela empresa Marfab, consideradas inidôneas.

Assim, no presente Acórdão, somente os itens objeto dos recursos serão analisados, posto que os demais não sofreram qualquer alteração relativamente ao resultado.

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

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”.

Aduz a Autuada que as notas fiscais tidas como inidôneas foram emitidas pela Marfab Ltda., empresa esta que foi autuada em outro PTA (01.000135066-82), no qual o imposto devido nas mesmas operações foi exigido. Diante deste fato, transcreve trecho do Acórdão 14.298/01/2ª e pede que a decisão seja reformada, no mesmo sentido que no Acórdão citado.

Inicialmente, faz-se necessário mencionar que as notas fiscais inidôneas não foram integralmente juntadas aos autos pelo Fisco, mesmo porque não houve tal solicitação por parte da Câmara de Julgamento.

Contudo, segundo o Fisco, todas as notas fiscais se referem à empresa Marfab Ltda., o que é possível concluir também através do número dos documentos constante do quadro elaborado pelo Fisco e do Recurso da Autuada, no qual reconhece que as notas fiscais inseridas neste item são da empresa Marfab Ltda.

Contrariamente ao entendimento da Auditoria Fiscal, o fato da empresa emitente dos documentos inidôneos ter sido autuada em outro PTA não torna legítimo o aproveitamento do imposto destacado nos documentos inidôneos.

O RICMS/96, em seu art. 70, inciso V, veda o aproveitamento de créditos decorrentes de operações acobertadas por documentos inidôneos, excetuando apenas as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A lavratura do Auto de Infração contra a empresa emitente, Marfab Ltda. não corresponde a “prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago”. Mesmo porque, o crédito tributário decorrente do mencionado PTA (01.000135066-82) está inscrito em dívida ativa desde 2001, sendo que a empresa em questão encerrou suas atividades em 04.02.2002.

Portanto, não há provas de que o imposto devido pelo emitente das notas fiscais tenha sido integralmente pago.

Também não socorre a Autuada o disposto no artigo 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal de 1988, posto que o princípio da não cumulatividade não abarca situações ilegais, realizadas ao arrepio da Lei. Mencionado princípio não se presta a validar operações realizadas com documentação falsa ou inidônea.

Para tais operações, há regra própria e esta, no Regulamento mineiro, está inserida no artigo 70, inciso V.

Assim, efetivamente caracterizada a inidoneidade das notas fiscais emitidas pela empresa Marfab Ltda., em razão dos Atos Declaratórios de Inidoneidade constantes dos autos, integralmente corretas as exigências fiscais, pelo que devem ser restabelecidas as exigências anteriormente excluídas, referentes aos documentos que não constam dos autos.

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. (decisão parcialmente reformada)

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”.

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 impossibilitada de verificar a conceituação exata dos produtos.

Note-se que a Câmara Especial, em 05/09/2003, solicitou que a Autuada juntasse aos autos outras notas fiscais referentes a esta irregularidade e foi parcialmente atendida. Porém, o Fisco, chamado a informar a real utilidade dos produtos permaneceu silente. Assim, a posição adotada pela Câmara a quo deve ser integralmente mantida.

Ressalte-se que a 3ª Câmara já havia promovido algumas exclusões que também se mantém.

“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 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

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 bifés.

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”.

Além das exclusões acima citadas, efetuadas pela 3ª Câmara de Julgamento, devem também ser excluídas as exigências relacionadas à nota fiscal nº 4.097 (fl. 190), atinente a mesas auxiliares, posto que tal bem já foi objeto de exclusão através da nota fiscal nº 4.057 (fl. 189) e mais, apesar de não constar da Súmula de fls. 731/732, a nota fiscal esta relacionada no Acórdão ora recorrido (fl. 743).

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

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”.

Tal como exposto no Acórdão recorrido, as regras do devido processo legal impõem que o Fisco, ao lavrar o Auto de Infração, o instrua com as provas suficientes a sustentar suas acusações. Não é o caso dos autos.

Diante dos elementos constantes dos autos, nem a Autuada, nem o Órgão Julgador têm condições de avaliar a real situação dos emitentes das notas fiscais, mesmo porque é impossível saber quem são eles.

Assim, devem ser mantidas as exclusões efetuadas pela Câmara a quo, relativamente às notas fiscais cujas cópias não foram carreadas aos autos, com fulcro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no art. 112, II, do CTN. Também devem ser mantidas as exclusões referentes às notas fiscais emitidas no período de 01.01.98 a 31.03.98, face à possibilidade de transferência de créditos, nos termos do inciso I, do art. 7º do Anexo VIII, do RICMS/96.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, à unanimidade, em dar provimento parcial ao Recurso da Autuada (nº 40.050109804-27) para excluir as exigências relativas à nota fiscal nº 4097 e, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso da FPE (nº 40.050109779-65), para restabelecer as exigências relativas às notas fiscais inidôneas emitidas pela empresa Marfab. Vencidas, em parte, as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato, que lhe negavam provimento. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora). Pela Autuada compareceu à sessão de julgamento o Dr. Felipe Cavallieri de Gusmão. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente a Dra. Gleide Lara Meirelles Santana. Participaram do julgamento, além dos signatários e das retro citadas, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 05/03/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora/Designada