

Acórdão : 14.116/01/2^a
Impugnação/R.Agravado: 40.10100178-44/40.30102948.66
Impugnante/Agravante: Tubonal Ferro e Aço Ltda
Advogado : Andréa Silveira Guimarães/Outros
PTA/AI : 01.000135742.46
IE/SEF : 062.003755.0011
Origem : AF/Belo Horizonte
Rito : Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravado - Perícia. Os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da perícia requerida. Recurso de Agravado não provido. Decisão unânime.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Falta de 1^a via da Nota Fiscal. Estorno. Infração caracterizada nos termos da reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco. Exige-se ICMS e MR.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Emissão indevida de notas fiscais de entrada que não correspondiam a uma efetiva devolução. Infração caracterizada. Exige-se ICMS e MR.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Mercadorias destinadas ao uso e consumo. Infração caracterizada. Exige-se ICMS e MR.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Lançamento de valores em duplicidade no LRE. Infração caracterizada. Crédito tributário extinto pelo pagamento.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Importação. Apropriação indevida de créditos de mercadorias importadas sem comprovante do efetivo recolhimento do imposto. Infração caracterizada. Crédito tributário extinto pelo pagamento.

Crédito de ICMS - Aproveitamento de crédito maior que o destacado nas notas fiscais. Estorno da diferença. Infração caracterizada. Crédito tributário extinto pelo pagamento.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre o estorno de crédito aproveitado indevidamente, nos períodos de jan./95 a abr./98, por constatar-se as seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1 - Créditos provenientes de N.F. sem a 1ª via;
- 2 - Créditos provenientes de N.F.E. emitidas para recuperar o imposto relativas às saídas de mercadorias sem o retorno regular das mesmas;
- 3 - Créditos provenientes das aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo;
- 4 - Créditos aproveitados em duplicidade referente as NNFF nº 010.117 e 010.122 de 01/08/96;
- 5 - Créditos provenientes de operações de importação de mercadorias sem comprovação de recolhimento do ICMS;
- 6 - Créditos aproveitados a maior que o destacado nas NNFF nº 001.031/433/1.103/553.

Exigido ICMS e MR.

Inconformada a Autuada apresenta, regular e tempestivamente, por procurador legalmente constituído, Impugnação, fls. 1199/1225, aduzindo o seguinte:

- Quanto ao item 1, requer a juntada das 1ªs vias das notas fiscais e que apesar de haver apropriado os créditos, os mesmos foram estornados no RAICMS. A empresa ajuizou ação de mandado de segurança, objetivando o não destaque do ICMS nas transferências entre matriz e filial, na qual foi concedida a segurança;
- No item 2, justifica a ocorrência de retorno irregular das NNFF descrevendo sua prática mercantil relativa a empresas estabelecidas em SP, nos casos em que o destinatário das mercadorias não aceita total e parcialmente e este a devolve, resolve-se o problema procurando outra empresa na mesma localidade que interesse em compra-las. A primeira empresa emite nota fiscal de devolução e remete pelo correio, a Impugnante a registra o retorno das mercadorias no LRE, emitindo nova nota fiscal para a segunda empresa. Não há na prática prejuízo ao Erário Público, além do que o art. 156 do Regulamento do IPI permite tal operação, aplicado ao ICMS pelo princípio da analogia;
- Relativo ao item 3, há na legislação tributária amparo legal para apropriar-se dos créditos relativos a material de uso e consumo e de ativo imobilizado, baseado na LC nº 87/96 e no princípio da não cumulatividade, sendo a única restrição constitucional que se faz aos creditamento de ICMS e a do inciso II, § 2º, art. 155 da CF/88, ou seja, isenção ou não-incidência. O inciso II, art. 31 do Convênio 66/88 que inibe tal prática é inconstitucional, transcreve decisões judiciais reforçando seu entendimento. O regime de crédito financeiro, é assegura ao contribuinte o crédito do imposto pago em todas as operações de circulação de bens e prestações de serviços que constituam custo do estabelecimento, o direito ao crédito do ICMS nasce do fato de terem sido as mercadorias oneradas pelo ICMS, independente da sua posterior utilização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Quanto aos itens 04 a 06, junta comprovante, DAE de recolhimento do imposto;
- Discorre sobre o caráter confiscatório das multas aplicadas, face a CF/88;
- E requer a produção de prova pericial, formula quesitos e encerra requerendo a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se às fls. 1329/1330 pedindo pela improcedência da Impugnação, aduzindo que:

- O contribuinte não entregou todas as 1^{as} vias das N.F e as apresentadas, após análise, foram excluídas, provocando alteração no lançamento fiscal, sendo o crédito tributário reformulado às fls. 1666/1696. Reabre prazo para a Impugnante, por haver reformulado o crédito tributário e esta não se manifesta.;
- Quanto a pratica mercantil que deu origem ao item 2 das irregularidades, a emissão de notas fiscais de entrada para a recuperação do impostos é irregular sua admissão sem atendimento dos requisitos legais;
- No item 3, é indevido o aproveitamento de crédito de ativo imobilizado alheio a atividade da empresa, bem como outros que destinavam-se a estabelecimento filial da empresa por falta de amparo legal, não havendo também legislação tributária autorizando o aproveitamento de material destinado uso e consumo do estabelecimento;

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de perícia formulado pela Impugnante. Esta interpõe Recurso de Agravo, fls. 1705/1712, fazendo alusão aos mesmos argumentos quando da Impugnação.

A Auditoria opina em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo, analisando os quesitos propostos (no quesito 1, irrelevante o fato de os valores creditados terem origem em operações mercantis, pois não se discute a legitimidade dos valores apropriados, no quesito 2 as mercadorias estão discriminadas no relatório individualmente, após reformulação do crédito, e os quesitos 3 e 4 estão prejudicados por não se tratar de créditos extemporâneos e os quesitos 5, 6, 7 e 8 não alcança a matéria objeto do lançamento por não se discutir os índices para a correção utilizados para os débitos estaduais e para o cálculo de juros moratórios, uma vez estar disciplinados na Lei). Quanto ao mérito, opina pela procedência parcial do lançamento para considerar a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco.

DECISÃO

Em preliminar analisemos o Recurso de Agravo pelo indeferimento do pedido de prova pericial. Somente deverá haver perícia quando o exame do fato

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

probante depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial. Por se tratar de prova especial, a perícia é admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

A respeito do *ônus da prova*, convém analisarmos importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in “DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO”:

“O vocábulo *ônus* provém do latim (**onus**) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o *ônus de provar* (**onus probandi**) consiste na necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de *ônus da prova* não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa.”

“São sujeitos da prova, assim, tanto o contribuinte quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões. Esse direito de prova dos titulares da relação processual convive com o poder atribuído às autoridades (preparadora e julgadora) de complementar a prova.”¹ (g. n.)

Todos os questionamentos feitos, com as peças fiscais e elementos dos autos puderam ser facilmente respondidos, a assim fez a Auditoria fiscal. A Impugnante, dentro do devido processo legal, apresentou suas discordâncias na peça defensiva, carregando provas aos autos.

Em assim sendo, entendemos que não houve a alegada dificuldade de se precisar a imputação dos autos feita a Impugnante que estornaram os créditos do imposto, sendo totalmente dispensável a perícia requerida, motivo que nos leva a manter a decisão de indeferimento do Pedido e julgar não provido o Recurso.

Temos também, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro, o dever de obediência ao princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, determinando não poder haver creditamento do imposto incidente na operação a qual não corresponda um débito de igual valor. Em sendo assim, há que restar provado nos autos, que o ICMS destacado na nota fiscal tenha sido regularmente pago na etapa anterior, por seu emitente, para que seja possível o creditamento, em virtude do auto lançamento que integra a natureza do ICMS.

¹ BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1992, p. 83 e 89.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação item 1, aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a notas fiscais sem a 1ª via, consoante os ditame do art. 63 do RICMS/96, correta a conduta do Fisco em estornar tais créditos. *In verbis*:

Art. 63 - O abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal.

Também, procedeu corretamente a fiscalização ao efetuar o estorno dos créditos relativos a material de uso e consumo, item 2, com base no Art. 29, § 6º, item 1, da Lei 6763/75 e Art. 66, inciso II, alínea "b" do RICMS/96, vez que a permissão para utilização desses créditos, somente se dará a partir de 1º de janeiro de 2.003, por força do disposto no inciso I do Art. 33 da Lei Complementar 87/96, alterada pelo Art. 1º da Lei Complementar 92/99.

Quanto ao item 3, aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos as mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento, prevê a LC nº 87/96 nos artigos 20 e 21. *In verbis*:

§ 2º - Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento **os veículos de transporte pessoal.**

Art. 153 - Não implicarão em crédito para a compensação com o imposto devido nas operações e prestações subsequentes:

VI - O imposto destacado em documento fiscal, quando o contribuinte não possuir a 1ª via respectiva, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia de documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte. (grifamos).

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

III - se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2.002, de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento, excetuada a hipótese prevista no item 3 do § 1º do artigo 66;

VI - O contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e a aprovação da autoridade fazendária de circunscrição do contribuinte. (grifamos)

XIII - o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de bens alheios à atividade do estabelecimento.

§ 3º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados diretamente ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 4º - Salvo prova em contrário, presume-se alheio à atividade do estabelecimento o veículo de transporte pessoal.

Nos termos da IN DLT/SRE nº 01/98, a mercadorias recebidas e que não guardem relação com as atividades da empresa, não poderão ter o crédito do imposto aproveitado. Vejamos o disposto legal:

Art. 1º - Consideram-se **alheios à atividade do estabelecimento:**

I - **os veículos de transporte pessoal;**

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

a - sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

b - sejam utilizada em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que visem a aumentar a produtividade da empresa;

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.

III - as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à **construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.** (grifamos)

As irregularidades dos itens 04, 05 e 06, aproveitamento em duplicidade de créditos do ICMS destacados nas notas fiscais, aproveitamento do crédito de operações de importação de mercadorias sem comprovante do efetivo recolhimento do imposto e o aproveitamento a maior de crédito destacado na nota fiscal, foram acatadas pela Impugnante traduzida pela concordância com o pagamento, comprovante de DAE às fls. 1320, inclusive com o quitação da Multa de Revalidação. Valores excluídos do crédito tributário quando da reformulação do lançamento de fls. 1666/1698.

Pelas demais imputações, reputa-se correta a cobrança do imposto ICMS, resultante do estorno do crédito indevidamente aproveitado, e aplicação da multa de revalidação -MR, visto que houve desrespeito ao dever de pagar o tributo no prazo legal, descrita no artigo 56, inciso II da Lei 6763/75, 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, penalidade corretamente capitulada nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a Terceira Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, julgou-se não provido o Recurso de Agravo. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento para acatar a reformulação de fls. 1666/1698 procedida pelo Fisco e para abater do crédito o valor pago em DAE, documento de fls. 1320. Participaram do julgamento, além dos Conselheiros signatários, os Conselheiros Luciano Alves de Almeida e Edwaldo Pereira Salles.

Sala das Sessões, 20/03/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora**

L

CC/MIG