

Acórdão: 2.408/01/CE
Recurso de Ofício: 40.110104422-01
Recorrente: 4.^a Câmara de Julgamento
Recorrida: Lubrisilva Ltda.
Proc. Suj. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outros
PTA/AI: 01.000009213-92
Inscrição Estadual: 223.563225.0033
Origem: AF/Divinópolis
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Falta de recolhimento, por contribuinte varejista mineiro, do imposto devido a este Estado, relativamente às aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, recebidas sem a retenção do ICMS/ST. Infração caracterizada, nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Acatada a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, além da retificação proposta pela Auditoria Fiscal. Excluídas as exigências relativas às operações internas. Exigências fiscais parcialmente restabelecidas, reformando-se a decisão recorrida.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido. Aquisição de Material de Uso/Consumo e Ativo Permanente. Restou provado que as mercadorias adquiridas destinavam-se à comercialização, sendo assim, foram excluídos os créditos referentes à tributação normal e mantidas apenas as notas fiscais com imposto retido por substituição tributária, conforme retificação procedida pelo Fisco, ratificando-se a decisão recorrida.

Alíquota de ICMS – Diferencial. Falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas ao Ativo Fixo e para uso e consumo. Comprovado pela Impugnante a comercialização das mercadorias. Exigências canceladas, conforme reformulação procedida pelo Fisco, ratificando-se a decisão recorrida.

Mercadoria - Estoque e Saída Desacobertada - Levantamento Quantitativo. Infração plenamente caracterizada nos autos. Mantidas as exigências fiscais, ratificando-se a decisão recorrida.

Recurso de Ofício parcialmente provido. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a seguintes irregularidades: falta de recolhimento de ICMS relativo a aquisições de mercadorias sujeitas à ST, cujo imposto não foi retido na origem; apropriação indevida de créditos de ICMS, relativos a mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado ou para uso e consumo; falta de recolhimento de ICMS relativo ao diferencial de alíquota de mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado ou para uso ou consumo, procedentes de outra unidade da Federação; estoque de mercadorias desacobertas de documento fiscal e saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal.

A decisão consubstanciada no Acórdão 929/00/4, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o Lançamento, ratificando as exclusões feitas pela DRCT e aquelas propostas pela Auditoria Fiscal, além de cancelar as exigências fiscais remanescentes relativas ao item 2.1 do Auto de Infração, tendo a seguinte ementa:

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. NÃO RESTOU CONFIGURADO NOS AUTOS A RESPONSABILIDADE DA AUTUADA, PREVISTA NO ARTIGO 673 (OU 44) DO RICMS/91. EXIGÊNCIA CANCELADA.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO/CONSUMO E ATIVO PERMANENTE. RESTOU PROVADO QUE AS MERCADORIAS ADQUIRIDAS DESTINAVAM-SE À COMERCIALIZAÇÃO, SENDO ASSIM, FORAM EXCLUÍDOS OS CRÉDITOS REFERENTES À TRIBUTAÇÃO NORMAL E MANTIDAS APENAS AS NOTAS FISCAIS COM IMPOSTO RETIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME RETIFICAÇÃO PROCEDIDA PELA DRCT.

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, DESTINADAS AO ATIVO FIXO E PARA USO E CONSUMO. COMPROVADO PELA IMPUGNANTE A COMERCIALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS. EXIGÊNCIAS CANCELADAS, CONFORME REFORMULAÇÃO PROCEDIDA PELA DRCT/OESTE.

MERCADORIA - ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA NOS AUTOS. EXIGÊNCIAS MANTIDAS.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 139, da CLTA/MG, revela-se cabível o reexame da decisão, de ofício.

Entretanto, o § 2.º, do mesmo dispositivo, assim dispõe:

“§ 2.º - o recurso de ofício devolverá à Câmara Especial o conhecimento de toda a matéria cuja decisão tenha sido contrária à Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade.”

Da leitura da decisão recorrida, depreende-se que a única matéria cuja decisão foi contrária aos interesses da Fazenda Pública, foi aquela relativa à irregularidade de n.º “2.1” do Auto de Infração. As demais exigências canceladas referem-se a erros fáticos cometidos pelo Fisco, por ele próprio acatados ou pela Auditoria indicados.

Assim sendo, analisar-se-á aqui, exclusivamente, a aludida irregularidade, qual seja, “falta de recolhimento de ICMS relativo a aquisições de mercadorias sujeitas à ST, cujo imposto não foi retido na origem”.

A decisão recorrida, fundamentou-se nos seguintes argumentos para excluir as exigências fiscais:

1. “não restou configurado nos autos a responsabilidade atribuída pelo fiscal autuante, visto que o disposto no art. 673 do RICMS/91, em todas as suas versões que abrangeram o período fiscalizado, nunca remete a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS nas subseqüentes saídas ao estabelecimento varejista.
2. A Impugnante não se enquadra nessa hipótese. Portanto, o ônus que o Fisco quer impor à Autuada não está em conformidade com a previsão legal, não estando plenamente configurado nos autos a responsabilidade da Autuada pelo imposto devido por substituição tributária.”

O entendimento desta Câmara, de forma distinta da decisão recorrida, reconhece a legalidade das exigências fiscais relativamente a este tópico específico do Auto de Infração.

Com efeito, assim dispunham os artigos 41 e 44, do RICMS/91, em seus respectivos períodos de vigência:

Efeitos de 01/03/91 a 27/05/94 - Redação original do RICMS:

"Art. 41 - Ocorre a substituição tributária, quando o pagamento do imposto devido pelo:

(...)

Efeitos de 01/09/91 a 27/05/94 - O parágrafo único foi acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 4º do Dec. n.º 32.847, de 23/08/91 - MG de 24. O Decreto n.º 34.967, de 06/10/93 - MG de 07 e ret. em 15, pelo seu art. 3º, transformou o parágrafo único em § 1º e acrescentou o § 2º:

"§ 1º - Em todas as hipóteses previstas neste Regulamento em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - O estabelecimento varejista, nas hipóteses do parágrafo anterior, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, que receber a mercadoria sem a retenção do ICMS, será responsável pelo pagamento da parcela do imposto devido a este Estado."

(g.n.)

.....
Efeitos a partir de 28/05/94 - Redação dada pelo Art. 1.º do Dec. 35.597, de 27/05/94 - MG de 28 (Antigo Art. 41, § 1.º)

Art. 44 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

Efeitos a partir de 28/05/94 - Redação dada pelo Art. 1.º do Dec. 35.597, de 27/05/94 - MG de 28 (Antigo Art. 41, § 2.º)

§ 1º - O estabelecimento varejista, nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, que receber a mercadoria sem a retenção do ICMS, será responsável pelo pagamento da parcela do imposto devido a este Estado. (g.n.)

Portanto, ao contrário do entendimento consubstanciado na decisão recorrida, existia a previsão legal para a responsabilidade do estabelecimento varejista, relativamente às mercadorias sujeitas à substituição tributária recebidas sem a retenção do imposto.

O que houve, foi uma simples modificação do Regulamento. Até 27/05/94, tal responsabilidade estava prevista no § 2.º, do art. 41, do RICMS/91 e, a partir de 28/05/94, passou a constar no § 1.º, do art. 44, do mesmo diploma legal.

Acrescente-se que, conforme planilha de fls. 21/30, as exigências fiscais restringem-se ao período de Janeiro/92 a Julho/94.

Assim, demonstram-se legítimas as exigências fiscais, uma vez que devidamente respaldadas pela legislação então vigente.

Entretanto, há que se fazer uma ressalva: conforme se observa da planilha acima menciona, retificada pela de fls. 631/640, existem operações com produtos sujeitos à ST, cujos remetentes estão localizados em território mineiro.

Para que tais exigências se mostrassem corretas, seriam necessárias provas de que o remetente mineiro estava obrigado a efetuar a retenção do imposto, ou seja, que ele era substituto tributário relativamente à operação praticada com o varejista Autuado, o que não consta dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referida prova é crucial, uma vez que o remetente poderia ter recebido a mercadoria transacionada com o varejista, com o imposto já devidamente retido, hipótese em que bastaria a ele informar tal fato no corpo da nota fiscal. A omissão desta informação não autoriza a presunção de que o imposto não tenha sido retido em operação anterior.

O mesmo não acontece relativamente às operações interestaduais, uma vez que, independentemente das mercadorias terem sido gravadas pela ST no Estado de origem, quando da venda ao varejista mineiro, o imposto devido a este Estado deveria ter sido retido; como não houve a retenção, nos termos dos dispositivos acima transcritos, caberia à Autuada efetuar o recolhimento da quantia devida a Minas Gerais.

Isto posto, decide esta Câmara pela reforma parcial da decisão recorrida, restabelecendo-se as exigências fiscais referentes ao item 2.1 do Auto de Infração, no que tange às operações interestaduais, obedecidas as retificações já efetuadas pelo Fisco, além daquela proposta pela Auditoria Fiscal, no parecer de fls. 660/664.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao Recurso de Ofício, acatadas as reformulações já efetuadas, para restabelecer as exigências fiscais relativas ao item 2.1 do Auto de Infração, no que tange às operações interestaduais, mantendo-se as demais exigências, nos termos da decisão da Câmara “a quo”. Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) que restabeleciam apenas as exigências referentes ao item 2.1 do Auto de Infração, quanto às operações interestaduais promovidas a partir de 28/05/94, data em que entrou em vigor a redação do § 1.º, do art. 44 do RICMS/91, consignado no Auto de Infração, e o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que a ele negava provimento. Participaram também do julgamento a Conselheira Cleusa dos Reis Costa. Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente o Dr. Maurício Bhering Andrade e, pela Recorrida, o Dr. Rogério Andrade Miranda.

Sala das Sessões, 18/07/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

José Eymard Costa
Relator

ES