

Acórdão: 15.515/02/1^a
Impugnação: 40.010058807-00
Impugnante: Carvel Indústria e Comércio Ltda.
Proc.do Suj.Passivo: Leonardo Manoel Forte Tunes
PTA/AI: 01.000107855-81
Inscrição Estadual: 186.142281.00-14
Origem: AF/Contagem
Rito: Ordinário

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Apropriação indevida de crédito de ICMS proveniente de: 1.1- aquisição de material de uso, consumo ou para o ativo fixo, bem como do respectivo serviço de transporte; 1.2 - aquisições de mercadorias cujas operações se deram ao abrigo do diferimento; 1.3 - nota fiscal que indica destinatário diverso daquele do contribuinte; 1.4 - transferências de mercadorias pela filial/SP de aquisições de empréstimos mercantil sem comprovação das efetivas entradas das mercadorias no estabelecimento; 1.5 - aquisições interestaduais de mercadorias cujo imposto deveria ser pago antecipadamente pelos remetentes, mas cujos comprovantes de pagamento do imposto não foram apresentados; 1.6 - mercadorias recebidas para industrialização e posterior retorno ao encomendante; 1.7 - aquisições de mercadorias cujas primeiras vias não foram apresentadas; 1.8 - mercadorias recebidas para teste, sem retorno ao Remetente; 1.9 - nota fiscal de simples faturamento de remessas anteriores de mercadorias em consignação mercantil; 1.10 - devoluções de mercadorias, sem a apresentação das primeiras vias das notas fiscais. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para excluir as exigências relativas aos itens 1.2, 1.5, 1.8, 1.9 e, ainda o item 1.4, parcialmente, para excluir as exigências relativas às Notas Fiscais de fls. 1.016 a 1.024 dos autos.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - USO, CONSUMO E ATIVO IMOBILIZADO. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições interestaduais de mercadorias para uso, consumo e ativo imobilizado. Infração caracterizada nos termos do art. 59, § 1º do RICMS/91, vigente à época. Exigências fiscais mantidas.

SUSPENSÃO - DESCARACTERIZAÇÃO. Constatado a remessa de mercadorias para industrialização, ao abrigo da suspensão, sem comprovar o retorno no prazo regulamentar, bem como, transferências de mercadorias para sua filial ao abrigo indevido da suspensão. Infrações caracterizadas. Exigências fiscais mantidas.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatadas saídas de mercadorias sem destacar o ICMS nas notas fiscais sob a alegação de tratar-se de

operação de simples remessa, de operação isenta do imposto e de saídas de mercadorias tributáveis, a título de remessa para teste, bem como, de transferências interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo. Infrações caracterizadas. Exigências fiscais mantidas.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO. Constatado que a Autuada promoveu saídas de mercadorias, em operações internas, interestaduais e de transferência para sua filial, utilizando indevidamente do instituto do diferimento, bem como promoveu saídas de mercadorias a não contribuinte, também ao abrigo indevido do diferimento e, como consequência, deixou de destacar o ICMS devido nos documentos fiscais. Infrações caracterizadas. Exigências fiscais mantidas.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTOS FISCAIS - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS - NOTAS FISCAIS EXTRAVIDO E FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infrações caracterizadas. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - FRETE. Infração caracterizada nos autos. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, referentes ao período de 01/01/91 a 31/12/91:

1 – Relacionadas com entradas de mercadorias:

1.1 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS relativo a mercadorias adquiridas para uso, consumo ou ativo imobilizado, bem como do serviço de transporte com elas relacionado;

1.2 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS de mercadorias adquiridas ao abrigo do diferimento;

1.3 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição n.º 002161, série “U”, de 05/09/91, que indica como destinatário estabelecimento diverso daquele da Contribuinte;

1.4- Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais de transferência de mercadorias pela filial de São Paulo, de aquisição e de empréstimo mercantil sem comprovação das entradas das mercadorias no estabelecimento, mesmo após intimação à Contribuinte, datada de 24/06/96;

1.5 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias em operações interestaduais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cujo imposto foi ou deveria ter sido pago antecipadamente pelos remetentes, mas cujos comprovantes de pagamento do imposto não foram apresentados, mesmo após intimação;

1.6 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais relativos a mercadorias recebidas para industrialização e posterior retorno ao encomendante;

1.7 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS cujas primeiras vias não foram apresentadas, mesmo após intimação;

1.8 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente das notas fiscais série única números 166.374 e 167.822, de 12/09 e 23/10/91, respectivamente, relativos a mercadorias recebidas para teste, sem retorno ao encomendante;

1.9 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente da nota fiscal número 017111, série U-1, de 19/07/91, relativa a simples faturamento de remessas anteriores de mercadorias em consignação mercantil;

1.10 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS provenientes de notas fiscais da série “E”, relativas a devoluções de mercadorias, sem a apresentação das primeiras vias das notas fiscais a que se referem;

1.11 – Falta de recolhimento do diferencial de alíquotas em aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso, consumo/imobilizado.

2 – Relacionadas com saídas de mercadorias:

2.1- Cancelamento irregular de documentos fiscais relativos a saídas de mercadorias tributáveis do estabelecimento da Contribuinte;

2.2 – Promoveu saídas de mercadorias, em operações internas, ao abrigo indevido do diferimento e, conseqüentemente, sem destaque do ICMS devido nos correspondentes documentos fiscais;

2.3 – Promoveu saídas de mercadorias, em operações interestaduais, ao abrigo indevido do instituto do diferimento ou sob a alegação errônea de tratar-se de operação sem incidência do imposto e, como consequência, deixou de destacar o ICMS devido nos documentos fiscais;

2.4 – Promoveu saída de mercadoria sem destacar o ICMS sob a errônea alegação de tratar-se de operação de simples remessa (NF n.º 017492, de 07/08/91) e de operação isenta de imposto (017298, de 13/06/91);

2.5 – Promoveu remessa de mercadoria para industrialização ao abrigo do instituto da suspensão, sem o devido retorno no prazo regulamentar (NF n.º 017715, de 13/08/91);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.6 – Deixou de lançar na coluna própria do LRS e de levar à apuração do imposto o valor do ICMS destacado em documentos fiscais;

2.7 – Efetuou transferências de mercadorias para a sua filial de Contagem ao abrigo indevido do diferimento, deixando de destacar o ICMS devido nas correspondentes notas fiscais;

2.8 – Deixou de apresentar à fiscalização, mesmo após intimada, notas fiscais de saída, não lançadas nos livros fiscais próprios, caracterizando o seu extravio;

2.9 – Promoveu saídas de mercadorias para não contribuintes, ao abrigo indevido do diferimento, deixando, conseqüentemente, de destacar o ICMS devido nos correspondentes documentos fiscais;

2.10 – Promoveu transferência interestadual de mercadorias destinadas ao uso e consumo sem destacar o ICMS devido nas operações;

2.11 – Deixou de recolher o ICMS sobre fretes destacado no documento fiscal de saída de mercadoria;

2.12 – Promoveu transferências de mercadorias para sua filial de Contagem ao abrigo indevido da suspensão do imposto;

2.13 – Promoveu saídas de mercadorias tributáveis, a título de remessa para teste, sem proceder ao destaque do ICMS nos correspondentes documentos fiscais;

2.14 – Deixou de emitir documento fiscal relativo às industrializações realizadas em matérias primas recebidas de empresa do RJ, tendo remetido os produtos acabados diretamente para a empresa compradora acobertadas por notas fiscais de simples remessa, ao abrigo da suspensão e do diferimento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 877 a 911, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 1.711 a 1.715.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1724/1737, opina pela improcedência do Lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

Do Pedido de Perícia

Com relação à perícia solicitada verifica-se não atendido o disposto no inciso III do art. 98 da CLTA/MG por não terem sido formulados os quesitos.

Do Cerceamento do Direito de Defesa

Não procedem as solicitações de nulidade do trabalho fiscal por falta de manifestação da fiscalização com relação aos “Fatos Novos” apresentados pela Impugnante, sob a alegação de ter ocorrido cerceamento do seu direito de defesa.

Observe-se às fls.1.710 do PTA esta questão foi tratada com o devido cuidado pela DRCT-Metropolitana que solicitou ao fiscal autuante que se manifestasse objetivamente a respeito da Impugnação da Autuada para não caracterizar cerceamento de direito de defesa e ressalte-se que todos os argumentos apresentados por ocasião dos “Fatos Novos” foram repetidos na Impugnação e foram analisados pelo Fisco.

Além disso a Autuada teve participação no lapso ocorrido pois identificou incorretamente os dados da empresa autuada o que induziu o fiscal autuante a entender que se referia a manifestação relacionada com outro TO que não o lavrado por ele (fls. 858).

Da decadência e prescrição

As exigências referem-se ao período de 01/01/91 a 31/12/91, tendo sido lavradas as seguintes peças fiscais para sua formalização: TO e AI de nº. 01.000107855.81 emitidos, respectivamente, em 17.09.96 - recebido pelo autuado em 22.11.96 e 26.12.96, com intimação da autuada em 25.01.97, conforme publicação no órgão oficial do Estado.

Aplicam-se ao caso as normas atinentes ao instituto da decadência, previsto no art. 173 do CTN, a fim de se verificar a pertinência ou não das exigências fiscais, ou seja, deve-se analisar se o crédito foi constituído pela Fazenda Pública dentro do prazo previsto para tal.

Assim, começaria a contar o prazo em 01.01.92 e ele se extinguiria em 31.12.96.

O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em consonância com os mandamentos do art. 173, inciso I da Lei 5.172/66 – CTN.

A dúvida posta nos autos, reside em responder se somente o Auto de Infração é capaz de “constituir” o crédito tributário ou se o Termo de Ocorrência – TO, também teria tal capacidade.

No presente caso, o TO foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996 estando, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1991, dentro do prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o Auto de Infração, embora emitido em 1996, teve sua intimação ao autuado em 1997, portanto, após o referido prazo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em se considerando o TO como documento capaz de constituir o crédito tributário, não haveria neste PTA qualquer período alcançado pela decadência do direito da Fazenda Pública.

Opostamente, considerando o TO um documento que não guarda em si a condição de constituir o crédito tributário, característica esta que seria apenas do AI, correta estaria a decisão anterior ao imputar, como decadentes, todos os fatos geradores ocorridos no exercício de 1991.

Para o deslinde da questão posta é importante, de plano, transcrever alguns dos dispositivos legais relacionados à matéria.

CTN:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Art. 174 - A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua **constituição definitiva**.

CLTA/MG:

Efeitos de 11/08/84 a 31/12/98 - Redação original da CLTA:

"Art. 51 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir diligência de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:"

(...)

"II - Termo de Ocorrência (TO) ou Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), em que serão descritas, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas bem como as irregularidades apuradas;"

III - Auto de Infração (AI).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 11.08.84 a 20.09.99 - Redação original da CLTA:

“Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração (AI).”

As questões atinentes ao crédito tributário e ao lançamento são, na doutrina, bastante controversas, sendo que um dos pontos discutidos é se o lançamento é um ato administrativo ou um procedimento.

Embora não haja, na doutrina, consenso sobre ser o lançamento ato ou procedimento, há consenso acerca dos seus requisitos essenciais e sobre o fato de que o CTN, em seu artigo 142, tratou do lançamento enquanto sendo um procedimento, formado pela combinação orgânica de uma série de atos e termos, com objetivo determinado.

De fato, se a legislação prevê série de atos para formar o lançamento não há porque não entendê-lo, como estabelece o CTN, como procedimento administrativo.

Todos os doutrinadores e tributaristas fazem coro ao estabelecer que através do lançamento se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito tributário e estipulando os termos da sua exigibilidade. Some-se a isto a intimação regular do sujeito passivo e a possibilidade de impugnação do lançamento para a revisão pela autoridade que o fez ou pela superior.

Portanto, tendo em vista que o Termo de Ocorrência contém todos os requisitos acima descritos e constantes do artigo 142 do CTN, pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como o lançamento do crédito tributário.

A CLTA/MG estabelece no artigo 51 todos os atos a serem praticados pela autoridade fiscal quando da fiscalização e da cobrança do crédito tributário, ou seja, trata de uma série de atos a serem praticados pelo agente público com o objetivo de constituir o crédito tributável e torná-lo exigível.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, “formalizar o crédito está no sentido de instituir-se o crédito, pois ao declarar o acontecimento do evento constitui-se o fato jurídico tributário que, por sua vez, faz irradiar a relação entre dois sujeitos, dentro da qual aparece o crédito, como o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir a prestação do tributo. Formalizar significa verter na linguagem competente, e desse modo, *constituir* o crédito tributário” (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Editora Saraiva, 1999, p. 270).

E, de acordo com Hugo de Brito Machado, o artigo 173, inciso I do CTN, ao se referir a lançamento, quer dizer o ato pelo qual o Fisco “determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento” (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.146).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste contexto, a decadência é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Portanto, a decadência pressupõe a inércia do titular do direito e o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

Tendo o fisco emitido o Termo de Ocorrência e intimado regularmente o sujeito passivo, não se pode falar em inércia do titular do direito. Alguns poderiam alegar que apesar de conter a descrição do fato gerador, do sujeito passivo, indicar o *quantum debeat*, ainda assim a Fazenda não teria agido de forma completa e acabada, face a ausência da lavratura do Auto de Infração.

Neste ponto discutiríamos novamente o fato de que para alguns tributaristas, o Auto de Infração também não concluiria o lançamento, mas apenas a decisão final na esfera administrativa. Existe, portanto, uma clara distinção entre a “constituição definitiva” do lançamento e o marco final da decadência, sendo que este segundo ocorre quando, através da prática de um determinado ato, legalmente previsto, o agente público constitui o crédito tributário e regularmente intima o sujeito passivo.

Apenas para ilustrar, Hugo de Brito Machado, ao tratar de questões do processo administrativo tributário, define que o lançamento é o procedimento administrativo que somente se completa com a decisão final, vale dizer, com a decisão na qual a administração diz ao sujeito passivo da obrigação tributária, pague tanto, em tal prazo, ou eu promoverei contra você a competente execução fiscal.

Por estas razões, parece lógico entender que o Termo de Ocorrência, previsto no artigo 51, inciso II da CLTA, mesmo não sendo o último ato do lançamento, atende perfeitamente aos mandamentos do artigo 142 do CTN. Mesmo porque, a partir da intimação do TO, o contribuinte está autorizado a se defender e oferecer inclusive os chamados fatos novos (artigo 57, inciso II da CLTA/MG).

Em suma, o CTN trata do lançamento como procedimento e em que pesem as posições contrárias, todos os artigos do mencionado diploma legal seguem nesta trilha.

Portanto, verificados os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, estará constituído o crédito tributário, independentemente da denominação que se dê a peça fiscal lavrada.

Posteriormente, conforme previsto na CLTA/MG, com fulcro no CTN, outros atos administrativos serão praticados para que se conclua definitivamente o lançamento, mas de qualquer forma, a decadência já estaria afastada, frente a manifesta ação do titular do direito.

Logo, na hipótese dos autos, não ocorreu a decadência dos fatos geradores do exercício de 1991, tendo em vista que o Termo de Ocorrência foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996, dentro do prazo de 5 anos previsto no artigo 173 do CTN.

Do Mérito

Refere-se a presente autuação às seguintes irregularidades:

Item 1 – Entradas:

1.1 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS relativo a mercadorias adquiridas para uso, consumo ou ativo imobilizado, bem como do serviço de transporte com elas relacionado;

a - compras de “SAMBAG” e de “BIG BAGS” (sacos grandes para vendas a granel e em grandes quantidades, em tecido laminado e com impressão) e que posteriormente retornam vazios não caracterizando, portanto, compras para comercialização. Notas Fiscais de fls. 916, 960, 981;

b - compras de “PALLETS” de madeira que são estrados para acomodação e transporte de mercadorias até o comprador, com posterior retorno, não caracterizando também comercialização. (NFs de fls. 917,918, 921 a 923, 928 a 933, 937, 940 a 946, 952, 953, 958, 959, 964 a 966 e 977);

c - recebimentos de mercadorias comercializadas somente pela sua filial em transferências de produtos sempre em pequenas quantidades e de acordo com a necessidade de seus funcionários, de devoluções de bombonas, de devoluções de tanques, de devoluções de “container”, de devolução de máquina para engarrafamento, de devoluções de tambores e também não caracterizam compras para comercialização. NFs de fls. 919, 920, 924 a 927;

d - referem-se a aproveitamentos indevidos de créditos de ICMS das notas fiscais de revenda de tambores utilizados para o acondicionamento da escória de alumínio seco adquiridos da indústria FMB Produtos Metalúrgicos Ltda. com o imposto diferido. Informa o Fisco que esses tambores não se destinam a revenda e serviram somente para acondicionar o produto referido e que durante o período fiscalizado não foram realizadas vendas de mercadorias acondicionadas em tambores e nem os revendeu vazios. NF de fls. 934 a 936, 938, 939, 948 a 951, 955 a 957, 961 a 963, 967, 969, 970, 972 a 974, 976, 978 e 979;

e - compra de arame para amarração e vergalhão – NF n.º 954;

f - compra de 07 “bombonas” vazias” – NFs fls. 968;

g- compra de buchas bronze SAE 62 – NF fls. 971;

h- compra de lona plástica preta – NF de fls. 975;

i – compra de tábuas e de peças de pontaletes – NF de fls. 977;

Com efeito todas as mercadorias acima discriminadas apresentam características de materiais de uso e consumo, pois, ou são materiais destinados ao acondicionamento do produto produzido pela Impugnante que retornam ao seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento ou peças/materiais adquiridas em pequenas quantidades que certamente não participam diretamente do seu processo produtivo, dada a sua própria natureza.

Vedados os aproveitamentos de créditos dessa natureza nos termos do inciso II do art. 153 do RICMS/91.

1.2 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS de mercadorias adquiridas ao abrigo do diferimento.

Não há menção a essa irregularidade na manifestação fiscal e não encontra nos autos elementos que a identifiquem e por isso devem ser excluídas as exigências decorrentes deste item por óbvia caracterização de cerceamento de defesa à Contribuinte.

1.3 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição n.º 002161, série “U”, de 05/09/91, que indica como destinatário estabelecimento diverso daquele da Contribuinte.

Nota fiscal acostada às fls. 983 do PTA.

Realmente pode-se constatar que a mercadoria foi adquirida por outro estabelecimento da Contribuinte. Crédito vedado pelo inciso VIII do art. 153 do RICMS/91. Embora os estabelecimentos pertençam a mesma empresa, são autônomos, nos termos do art. 89, também do RICMS/91.

1.4- Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais de transferência de mercadorias pela filial de São Paulo de aquisição e de empréstimo mercantil sem comprovação das entradas das mercadorias no estabelecimento, mesmo após intimação à Contribuinte, datada de 24/06/96.

Notas fiscais discriminadas às fls. 984 e termo de intimação de fls. 53 (item 3).

Com relação à operações de empréstimo mercantil, a Impugnante traz aos autos uma cópia de correspondência à empresa SOLVAY DO BRASIL S.A. (fls. 1.015) solicitando os documentos que comprovariam a licitude de seu procedimento fiscal com a efetuação do débito por ocasião das saídas das mercadorias, porém limita-se a isso, não trazendo aos autos nenhum outro comprovante.

Outrossim, devem ser excluídas das exigências as notas referentes aos documentos apresentados pela Impugnante às fls. 1.016/1024.

A Impugnante, apesar de intimada, apresentou apenas parte das provas para elidir a autuação, portanto devem ser mantidas parcialmente as exigências referentes a este item.

1.5 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias em operações interestaduais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cujo imposto foi ou deveria ter sido pago antecipadamente pelos remetentes, mas cujos comprovantes de pagamento do imposto não foram apresentados, mesmo após intimação.

Não há nenhum comentário do fiscal acerca deste item e nem encontra nos autos os elementos que fundamentem a acusação.

Devem ser excluídas as exigências neste caso.

1.6 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente de documentos fiscais relativos a mercadorias recebidas para industrialização e posterior retorno ao encomendante.

Na sua manifestação o fiscal exemplifica algumas das notas envolvidas nesta acusação e a Impugnante não logra elidi-las, pois, apesar de ter sido intimada a apresentá-las não as apresentou (fls. 53 – item 3 e 73- item 7)

Corretas as exigências neste caso.

1.7 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS cujas primeiras vias não foram apresentadas, mesmo após intimação.

A Impugnante também foi intimada a apresentar as primeiras vias das notas fiscais discriminadas às fls. 20 do Anexo ao TO através de intimação (item 3 –fls. 53) e não as apresentou.

Ela alega que no caso da não apresentação das primeiras vias das notas fiscais as exigências não podem prevalecer porquanto tratar-se de mero descumprimento administrativo já que as demais vias comprovam o destaque do imposto (juntas as notas com os destaques).

Suas alegações não podem ser acatadas em face da vedação prevista no inciso VI do art. 153 do RICMS/91.

1.8 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente das notas fiscais série única números 166.374 e 167.822, de 12/09 e 23/10/91, respectivamente, relativos a mercadorias recebidas para teste, sem retorno ao encomendante;

O Fiscal em sua manifestação não faz menção a esta irregularidade e tampouco há nos autos elementos que a caracterizem.

Deve ser excluída a exigência.

1.9 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS proveniente da nota fiscal número 017111, série U-1, de 19/07/91, relativa a simples faturamento de remessas anteriores de mercadorias em consignação mercantil;

O Fiscal em sua manifestação não faz menção a esta irregularidade e tampouco há nos autos elementos que a caracterizem.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.10 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS provenientes de notas fiscais da série “E”, relativas a devoluções de mercadorias, sem a apresentação das primeiras vias das notas fiscais a que se referem;

Refere-se à notas fiscais série “E” emitidas pela Autuada para, segundo ela, se precaver de possível não devolução das bombonas.

Ela alega que caso as bombonas fossem devolvidas dentro do prazo cancelava-se a suposta venda e creditava-se a empresa do ICMS que havia sido recolhido no destaque da nota fiscal.

Entretanto, a Autuada não apresenta as primeiras vias das notas fiscais emitidas quando as bombonas eram devolvidas, mesmo após intimada (vide intimação de fls. 73 – item 8).

Correta a autuação.

1.11 – Falta de recolhimento do diferencial de alíquotas em aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso, consumo/imobilizado.

Esta exigência está relacionada com o item 1.1 acima mencionada e já que restou comprovada a natureza dos produtos como sendo materiais de uso e consumo corretas as exigências fiscais, nos termos do § 1.º ao art. 59 do RICMS/91.

2 – Relacionadas com saídas de mercadorias:

A Autuada não apresenta nenhuma prova com relação a estas acusações, aliás sequer se manifesta a respeito. Considera-se, então, aplicável ao caso o art. 109 da CLTA/MG

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar totalmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas aos itens 1.2, 1.5, 1.8, 1.9 do Auto de Infração e ainda o item 1.4, parcialmente, para excluir as exigências nas Notas Fiscais de fls. 1016 a 1024 dos autos. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Wagner Dias Rabelo que o julgavam improcedente. Participou, também, do julgamento o Conselheiro Jorge Henrique Schmidt.

Sala das Sessões, 18/02/02.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

JLR/EJ/Rc