

Acórdão: 16.379/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110108-94
Impugnante: Milênio Indústria e Comércio de Alimentos Ltda
Proc. S. Passivo: Juvenil Alves Ferreira Filho/Outros
PTA/AI: 01.000141977-81
Inscr. Estadual: 112.054592.00-65
Origem: DF/Varginha

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - EMBALAGEM. Apurou-se, mediante levantamento quantitativo de embalagens, a realização de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Legítimas as exigências de ICMS, MR e MI's previstas no artigo 55, incisos II, "a" e XXII, da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - IMPOSTO NÃO DESTACADO. Configurado nos autos o aproveitamento indevido de ICMS não destacado na Nota Fiscal nº 003368, emitida pela empresa Realmag Ltda. A alegação do Sujeito Passivo de se tratar de mero erro formal, sanado por nota fiscal complementar não restou devidamente comprovada. Legítimo o estorno do crédito apropriado indevidamente.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO. Constatada transferência irregular de crédito do imposto, por inobservância à regra inserida no artigo 65 do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - REMESSA POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. Evidenciado, nos autos, que a operação descrita na Nota Fiscal nº 11739 versa sobre retorno de mercadoria remetida para industrialização e não de remessa por conta e ordem de terceiro. Assim, tal operação interestadual está sujeita à incidência do ICMS, não se aplicando à espécie a regra prevista no artigo 321, do Anexo IX do RICMS/96. Correta a cobrança do imposto, acrescido da Multa de Revalidação.

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA - LEITE EM PÓ. Comprovada a utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto, prevista no item 25, alínea "c" do Anexo IV do RICMS/96, por tratar-se de operação com mercadoria produzida fora do Estado, circunstância esta que impede a fruição do benefício. Exigências fiscais mantidas.

SUSPENSÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - RETORNO DE MERCADORIA NÃO INDUSTRIALIZADA. Constatada a utilização indevida do benefício da suspensão da incidência do imposto, prevista no item 5 do Anexo III do RICMS/96, uma vez que a operação de retorno da mercadoria não industrializada foi destinada a estabelecimento diverso daquele que promoveu a remessa para a Autuada. Legítima a cobrança do imposto e da MR.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/01/2000 a 31/12/2000, pelas seguintes irregularidades:

1) saídas de mercadorias (leite UHT longa vida e bebida láctea pêssego tetra pak), desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo de embalagens;

2) entradas de embalagens de leite UHT longa vida e de bebida láctea morango 1000 tetra brik, desacobertas de documento fiscal, apuradas através de levantamento quantitativo;

3) recolhimento a menor de ICMS, apurado através de VFACG, decorrente de: aproveitamento indevido de crédito de imposto não destacado em documento fiscal e de transferência irregular; falta de destaque de imposto em operação normalmente tributada; utilização indevida de redução de base de cálculo na saída de leite em pó, produzido fora do Estado; utilização indevida da suspensão do ICMS em operação de retorno de mercadoria não industrializada, vez que devolvida a estabelecimento diverso daquele que remeteu a mercadoria.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.145 a 1.158, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2.377 a 2.385.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 2.389, que resulta na manifestação de fls. 2.392 a 2.394 e apresentação dos documentos de fls. 2.395 a 2.444.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.446 a 2.455, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir do crédito tributário as parcelas relativas à glosa de crédito oriundo da Nota Fiscal nº 001104.

DECISÃO

Das acusações apuradas via Levantamento Quantitativo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De início, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca do procedimento fiscal empregado na presente autuação, no sentido de dar maior clareza à metodologia utilizada na apuração das irregularidades de que tratam os itens 1 e 2 do AI em apreço.

A primeira acusação versa sobre exigência de ICMS, MR e MI (20%), decorrentes da saída de 4.281.855 litros de leite UHT longa vida integral/desnatado e 8.376 litros de bebida láctea pêssego 1000 - tetra pak desacobertados de documento fiscal.

A mencionada acusação foi apurada com base nas embalagens de leite longa vida, consumidas pela Defendente, durante o exercício de 2000.

Na verificação da quantidade consumida de embalagens adotou-se regra contabilmente aceita, dada pela seguinte equação: estoque inicial de embalagens + compras (de embalagens próprias + embalagens recebidas de terceiros), deduzindo-se o estoque final, conforme se observa do demonstrativo-resumo de fls. 18, quadro este que encerra todo o procedimento fiscal relacionado com as duas primeiras irregularidades do AI.

Vale observar que o estoque inicial de embalagens em 2000 foi considerado "zero", haja vista que o contribuinte não registrou qualquer operação no mês de dezembro/99, muito embora tenha sido deferida a sua inscrição estadual em 13/12/99, conforme informações obtidas no SICAF, ratificadas pelo Autuante à fl. 2.392.

Relativamente às "compras" de embalagens, referem-se às quantidades levantadas às fls. 58/59, acrescidas de outras entradas recebidas de terceiros, que o Fisco intitulou na planilha de fls. 18 de "Entrada/Remessa".

Das entradas de embalagens recebidas de terceiros, consolidadas no demonstrativo de fls. 113, foram deduzidas as devoluções efetuadas aos respectivos encomendantes, referentes a embalagens não utilizadas na industrialização, bem como o percentual de 3,5%, correspondentes às perdas de embalagens, inerentes ao processo produtivo de envasamento do leite longa vida, nos termos da declaração prestada pelo próprio Contribuinte (fl. 16).

Importa destacar que no levantamento do estoque final de embalagens considerou-se as quantidades declaradas pela Autuada no livro de Registro de Inventário, em 31/12/00 (fl. 10), acrescidas do estoque de embalagens que acondicionavam os produtos acabados, também em estoque em 31/12/00 (fl. 11 e 12).

Assim, a título de exemplo, pode-se destacar o procedimento aplicado na apuração da quantidade de embalagem consumida na produção de leite longa vida integral/desnatado (20.181.390 - fl. 18), encontrado mediante a aplicação da fórmula $EI + C - EF$, onde:

$$EI = 0;$$

$$C = \text{compras (15.044.215) + remessas de terceiros (8.078.747) = 23.122.962;}$$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EF= inventário embalagem (1.714.714) + inventário produto acabado (1.226.858) = 2.941.572

Desse modo, chegou-se à conclusão de que, do volume de embalagens consumidas (20.181.390), apenas 15.899.535 {(15.375.535(saídas de leite) + 524.000 (saídas de embalagens))} saíram do estabelecimento autuado devidamente acobertados de documento fiscal, ou seja, 4.281.855 litros de leite UHT longa vida integral/desnatado representam saídas sem notas fiscais e sem o pagamento do imposto devido.

Alega o Sujeito Passivo que a Autoridade Lançadora deixou de considerar o estoque de embalagens de terceiros, trazendo aos autos cópias das páginas de nº 33 e 34 do livro de Registro de Inventário (fls. 2.365/2.366).

Entretanto, como bem assinala o Fisco, tais páginas do LRI não ensejam a modificação do lançamento, dado que não faziam parte do Livro vistado pelo Autuante, pois que divergem daquelas exibidas antes da lavratura do AI, conforme se verifica às fls. 2.428/2.429.

De outra parte, cumpre esclarecer que na apuração das saídas foram consideradas as quantidades declaradas nas notas fiscais de saídas de leite com embalagem própria, extraídas de arquivos magnéticos do Contribuinte, de acordo com o código do produto - Anexo I (fl. 21/28), cujas quantidades foram resumidas no demonstrativo de fls. 19/20.

De notar-se que das saídas regulares incluem-se, também, as quantidades declaradas nas notas fiscais de embalagens em devolução ou mesmo de vendas, apontadas às fls. 60/61, com cópias de documentos às fls. 110/112.

Assim, após conhecer a quantidade de embalagens consumidas e confrontá-la com o volume de saídas declaradas pelo Contribuinte, de produtos acondicionados nestas embalagens, apurou-se as saídas desacobertadas.

A base de cálculo adotada equívale à média aritmética obtida no período investigado, para cada tipo de produto.

Defende-se a Autuada alegando que as quantidades de embalagens constantes das notas fiscais de saída listadas à fl. 1.164, com CFOP 5.13 ou 6.13, não teriam sido consideradas no levantamento quantitativo.

Entretanto, importa evidenciar os esclarecimentos prestados pela Autoridade Autuante, às fls. 2.392/2.393, quando demonstra que as notas fiscais elencadas pelo Sujeito Passivo referem-se apenas ao montante cobrado de seus encomendantes pela industrialização de leite cru resfriado e que as embalagens que acondicionaram tais produtos foram consideradas no levantamento quantitativo, quando do lançamento das notas fiscais de devolução do leite já industrializado, cujas operações de retorno foram identificadas pela Autuada com o CFOP 5.99 ou 6.99, conforme o caso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se, pois, que a pretensão da Autuada é descabida e não lhe é favorável, haja vista que o procedimento pleiteado, além de representar duplicidade de lançamento (vez que as saídas de embalagens referentes à industrialização do leite mencionado nas notas fiscais com CFOP 5.13/6.13 foram consideradas nas operações com CFOP 5.99/6.99), o procedimento requerido implicaria em aumentar o resultado das quantidades de entradas de embalagens desacobertadas.

Assim, afigura-se correta a exigência de ICMS (7%), Multa de Revalidação e Multa Isolada (20%), prevista no artigo 55, inciso II, alínea "a" da Lei 6763/75, sobre as saídas desacobertadas.

Mostra-se correta a conclusão a que chegara o Fisco que, com base no mesmo procedimento fiscal demonstrado à fl. 18 apurou, também, entradas de embalagens desabrigadas de documento fiscal, sobre as quais exige-se a Multa Isolada de 10% (dez por cento), prevista no artigo 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, adotando-se como base de cálculo o valor médio de aquisição.

Do recolhimento a menor de ICMS apurado mediante VFACG

Relativamente à acusação mencionada no item 6.13 do AI, faz-se necessário salientar que o recolhimento a menor deveu-se à imputação de diversas irregularidades relacionadas com as operações descritas nas notas fiscais de fls. 1.030/1.039, relatadas na VFACG de fls. 1.027/1.028, quais sejam: aproveitamento indevido de crédito de imposto não destacado e transferência irregular de crédito, utilização indevida de redução de base de cálculo, falta de destaque de imposto, em operação normalmente tributada e descaracterização do benefício da suspensão do ICMS, conforme detalhamento a seguir:

NF 003368 (fl. 1.036): aproveitamento de imposto não destacado, no valor de R\$3.712,39, conforme aponta a cópia do LRE (fl. 2.307).

A Autuada alega que a empresa emitente, tendo verificado a falta do destaque do ICMS, teria providenciado a emissão de nota fiscal complementar, de forma a sanar a falha ocorrida.

Todavia, o Sujeito Passivo não trouxe aos autos o mencionado documento fiscal, a fim de validar o crédito lançado; ao contrário, ele próprio declara às fls. 2.310, não ter encontrado em seus arquivos a aludida nota fiscal complementar, o que justifica a manutenção da glosa efetuada pelo Fisco.

NF 001104 (fl. 1.034): a acusação mencionada na VFACG de fls. 1.027 e reforçada na Manifestação Fiscal de fls. 2.383 é de que Contribuinte teria se creditado de imposto, mediante transferência irregular, por inobservância ao disposto no artigo 65 do RICMS/96.

A fim de prestar os esclarecimentos necessários à manutenção das exigências, o Autuante é chamado aos autos, via diligência expedida pela Auditoria Fiscal (fls. 2389 - item 3).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Das informações prestadas pelo Fisco, (fls. 2.393/2.394 - item 3), verificou-se que a glosa de crédito estaria sendo justificada por tratar-se de operação triangular, considerada como fictícia, confirmando, portanto, a imputação original do AI, de transferência irregular de crédito, por inobservância à regra inserida no artigo 65 do RICMS/96, uma vez que o negócio anunciado no contrato de fls. 2.311/2.312 não diz respeito a uma efetiva entrada de mercadoria, não podendo tal acordo comercial resultar em crédito de imposto.

Pode-se verificar também, que seria impossível a devolução da mercadoria (leite in natura) no período mencionado, pois em se tratando de mercadoria perecível e considerando o período da suposta negociação, necessariamente já teria ocorrido a industrialização, situação que confirmaria os fatos geradores anteriores e manteria a suspensão para as remessas e retorno do produto, agora já industrializado e embalado em caixas UHT. Como se vê, a triangulação nada mais constituiu do que simulação de operações comerciais, inexistindo a entrada de mercadoria in natura enviada pelo estabelecimento paulista, gerador do crédito do imposto.

NF 011739 (fl. 1.035): falta de destaque do imposto.

A Impugnante justifica a falta de destaque do imposto na Nota Fiscal nº 011739, alegando tratar-se de operação de saída de mercadoria por conta e ordem de terceiros e que o imposto teria sido destacado na Nota Fiscal 011738 (fl. 2.343).

Contudo, segundo observação constante do campo informações complementares da nota fiscal em questão, constata-se que o caso em tela versa sobre operação de retorno de mercadoria remetida para industrialização, pela própria empresa destinatária, e não por conta e ordem de terceiros, como quer fazer crer a Autuada.

Correta, pois, a exigência do imposto acrescido da Multa de Revalidação, vez que não se aplica ao caso a hipótese prevista no artigo 321 do Anexo IX do RICMS/96, invocada pela Defendente.

NFs 014471, 014472 e 014952 (fl. 1.037/1.038 e 2.346): utilização indevida de redução de base de cálculo do imposto, nas saídas internas de leite em pó, que segundo a Autuada, teria alicerce na Consulta nº 028/01, formulada por ela própria, anexa às fls. 2.349/2.350.

O argumento do Fisco é de inaplicabilidade à espécie, da redução da base de cálculo prevista no item 25, alínea "c" do Anexo IV do RICMS/96, vez que as operações envolvem mercadorias produzidas fora do Estado, circunstância esta que, à luz do dispositivo regulamentar citado, obsta a fruição do benefício.

De fato, o levantamento de fls. 1106 e 1107 indica que todo o leite em pó comercializado pela Impugnante fora adquirido em outras unidades da Federação ou obtido através de industrialização por encomenda, realizada em estabelecimento sediado fora do Estado (Goiás/São Paulo), o que legitima a cobrança da diferença do imposto debitado a menor, em função da utilização indevida da redução da base de cálculo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Consulta nº 028/2001, invocada pelo Sujeito Passivo, reforça o acerto do procedimento fiscal, tendo em vista que na própria ementa a SLT/SEF conclui que: " aplica-se na operação interna com leite em pó, desde que produzido no Estado, a redução da base de cálculo, conforme item 25, "c" do Anexo IV do RICMS/96". (destaques nossos)

NF 015008: a exigência fiscal decorre da descaracterização da suspensão da incidência do imposto, vez que conforme consta das fls. 1.030 a 1.033, a nota fiscal em questão foi emitida como devolução de mercadoria não industrializada, endereçada à empresa Ind. e Com. de Laticínios Quata Ltda - São Paulo, sem o destaque do imposto, fazendo referência às remessas da Tetra Pak para a Autuada, por conta e ordem da empresa Goleite Ind. e Com. Ltda de São Gotardo (fl. 1.030 a 1.032), configurando, então, retorno de mercadoria para estabelecimento diverso daquele que a teria remetido, não se aplicando, pois, a suspensão da incidência do imposto, prevista no item 5 do Anexo III, do RICMS/96.

Feitas estas considerações, reputam-se corretas as exigências fiscais de ICMS e MR, apuradas na VFACG (fls. 1.025/1.028).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão(Revisora) e Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir do montante do crédito tributário, as parcelas relativas à glosa de crédito oriundo da Nota Fiscal nº 001104, vez que não configurada a infração apontada na VFACG de fls. 1027. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Benedito Miranda. Participou também do julgamento, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 25/11/03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ/cecs