

Acórdão: 16.993/06/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117524-08
Impugnante: Organização Real Ltda
Proc. S. Passivo: Elcio Fonseca Reis/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151954-47
Inscr. Estadual: 112.523152.01-07
Origem: DF/Varginha

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Evidenciada a apropriação indevida de crédito em decorrência de: falta da 1^a (primeira) via do documento fiscal; material de uso e consumo; aquisição de energia elétrica, uma vez que a Impugnante não promove operações que destinem ao exterior mercadoria e não exerce atividade industrial. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso XXVI da Lei n.º 6.763/75. Crédito tributário retificado pelo Fisco. Exigências quitadas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DIVERSAS IRREGULARIDADES - FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL NA REPARTIÇÃO, DE ENCADERNAMENTO DAS VIAS DAS NOTAS FISCAIS E DE REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Descumprimento das obrigações previstas nos artigos 16 da Lei n.º 6.763/75 e 96 do RICMS/MG. Exigências das Multas Isoladas capituladas nos artigos 54, incisos II e XXXIII e 55, inciso I, da Lei n.º 6.763/75. Crédito tributário retificado pelo Fisco. Exigências pela falta de registro dos livros fiscais na Repartição Fazendária e pela falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas quitadas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Constatado que a ora Impugnante entregou os arquivos eletrônicos, relativos ao mês de fevereiro de 2005, em desacordo com a previsão dos artigos 10, §§ 1º, 5º e 7º, 11 e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência de Multa Isolada prevista no inciso XXXIV, artigo 54, da Lei n.º 6.763/75. Exigência quitada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA. Constatada, através de Verificação Fiscal Analítica e a partir de informações dos contribuintes remetentes que a ora Impugnante deu entrada a mercadorias, mas não registrou os documentos fiscais a elas pertinentes, ocasionando saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas capituladas no artigo 55, incisos I e II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75. Crédito tributário retificado pelo Fisco.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - ATIVO IMOBILIZADO. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquota referente a aquisição interestadual de mercadoria para seu uso e consumo. Infração caracterizada nos termos do artigo 42, inciso I, § 1º, do RICMS/02, Parte Geral. Exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 quitadas.

Lançamento parcialmente procedente, conforme Termo de Re-ratificação do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

Exercício de 2004:

01. Entrada no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cujas primeiras vias foram entregues ao Fisco juntamente com as demais notas fiscais e não registradas no livro próprio – Exigência de Multa Isolada;

Exercício de 2005:

01. Recolhimento de ICMS a menor nos meses de maio e julho, em virtude do aproveitamento indevido de créditos por entradas registradas sem apresentação das primeiras vias das notas fiscais, aproveitamento de créditos de produtos de uso e consumo e aproveitamento de créditos relativos a energia elétrica – Exigências de Multa Isolada;

02. Entradas no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cujas primeiras vias foram entregues ao Fisco juntamente com as demais notas fiscais e não registradas em livro próprio – Exigência da Multa Isolada pela falta de registro;

03. Entradas no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cuja operação de aquisição foi informada ao Fisco pelo contribuinte remetente, e não registradas, presumidas as saídas desacobertas – Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada;

04. Falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota de entradas em operações interestaduais de produtos para uso e consumo – Exigência de ICMS e Multa de Revalidação;

05. Falta de registros dos livros: Registo de Entradas, Registro de Saídas, Apuração do ICMS e Inventário do exercício de 2004 – Exigência de Multa Isolada;

06. Falta de encadernamento ou encadernamento em desacordo com o estabelecido na legislação tributária das vias das notas fiscais de entradas e das vias fixas das notas fiscais de saídas – Exigência de Multa Isolada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

07. Entrega dos arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais, relativos ao período de fevereiro/2005, em desacordo com a legislação – Exigência de Multa Isolada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnação às fls. 351/370, aos argumentos que passamos a sintetizar:

- ainda que se considere o lançamento como um procedimento administrativo, é certo que a lavratura do auto de infração consistirá em seu ato final;

- dentre os requisitos de validade dos atos administrativos destaca-se, por sua importância, a motivação e, analisando a descrição contida no relatório fiscal e os dispositivos contidos na Lei nº 6.763/75 e no Decreto nº 43.080/02 invocados como violados percebe-se uma total incongruência entre estes e o suporte fático descrito no relatório do Auto de Infração, o que importa em nulidade do lançamento;

- grande parte das condutas imputadas jamais foram praticadas;

- a grande maioria das notas fiscais apontadas nas planilhas como não escrituradas foi corretamente registrada no Livro de Registro de Entradas, à época das compras de mercadorias efetuadas, sendo que quatro notas fiscais foram canceladas e com o cancelamento devidamente registrado nos livros de saídas dos fornecedores, correspondem à grande maioria da base de cálculo, utilizada para o cálculo da multa aplicada no item 6.2.2 do Auto de Infração;

- em relação às Notas Fiscais de nºs 150415, 110894, 060396, 061267, 749590, 787025, 314623, 008086, 805829, 198171 e 000311, devido a um equívoco por parte da contabilidade, as mesmas não foram registradas, razão pela qual efetuou o desmembramento do Auto de Infração e o pagamento da multa isolada aplicada;

- no que refere ao item 6.2.3 do Auto de Infração, a fiscalização presumiu a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, uma vez não terem sido apresentadas as primeiras vias das notas fiscais relacionadas na planilha, mesmo tendo registrado no Livro de Registro de Entradas, sendo absurda tal presunção;

- o direito tributário utiliza dentro de sua estrutura normativa as presunções em estrita observância ao princípio da capacidade contributiva, e no citado direito formal durante os procedimentos de investigação utilizados pela fiscalização para a constatação de ocorrência do fato gerador, não podendo o instituto ser aplicado fora dos limites constitucionais e infraconstitucionais que restringem o seu uso;

- no presente caso, a presunção cai por terra pela simples apresentação das primeiras vias das notas fiscais relacionadas planilhas, e pela juntada das cópias autenticadas das mesmas, notas fiscais estas registradas no Livro de Registro de Entradas da empresa e com os devidos comprovantes de pagamentos das aquisições, exceto das Notas Fiscais nºs 039575 e 383505, eis que se tratou de operações de bonificação, o que comprova a real existência das operações;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- quanto às Notas Fiscais nºs 861921 e 861931, emitidas pela Cargil Agrícola S.A., estas não foram registradas uma vez que sequer deram entrada no estabelecimento da empresa, porque as mercadorias foram devolvidas;

- é possível o crédito de energia elétrica pois atua no ramo supermercadista, possuindo um setor exclusivo de açougue, no qual existem refrigeradores e freezer para o acondicionamento e congelamento de carnes, sendo esta atividade industrial;

- o Regulamento do IPI afirma que beneficiamento é a atividade que importa em modificação, aperfeiçoamento, alteração de funcionamento, utilização, acabamento ou aparência do produto, da mesma forma, segundo o RIPI, acondicionamento ou reacondicionamento é o ato que importa em alteração da apresentação do produto, pela colocação da embalagem;

- ao desossar, partir, embalar e congelar a matéria-prima *in natura*, a empresa está modificando a aparência do produto, bem como alterando a apresentação do mesmo para o consumo, sendo justamente sobre estas atividades industriais que a empresa efetuou o creditamento do ICMS de energia elétrica, em pleno acordo com as disposições do artigo 66, § 4º, inciso I, alínea “b” do RICMS/02;

- em relação ao aproveitamento da conta de energia elétrica nº 264968, devido a equívoco, foi feito o aproveitamento indevido do ICMS de energia elétrica de sua filial, razão pela qual efetuou o pagamento do ICMS, acrescido de multas e juros;

- em relação ao aproveitamento dos créditos de ICMS de embalagens, também devido a equívocos, foram aproveitados indevidamente os créditos de ICMS referentes às Notas Fiscais n.º 7698 e 8094, razão pela qual requereu o desmembramento do Auto de Infração e o pagamento integral do ICMS devido, além das multas, juros e acréscimos legais;

- em relação ao estorno dos créditos de ICMS referente às notas fiscais de entrada de mercadorias, devidamente registradas no livro fiscal, sob a pecha de suposta ausência na apresentação das 1ªs vias dos documentos fiscais à fiscalização, quando solicitado, verifica-se que, neste ponto, o Auto de Infração é improcedente, pois a documentação foi toda apresentada na época oportuna, mas em virtude do questionamento apontado, junta cópias autenticadas dos referidos documentos;

- no que se refere às multas aplicadas pela suposta ausência de registro dos livros fiscais da empresa do exercício de 2004 na repartição fazendária, verifica-se que a mesma é parcialmente improcedente, uma vez que o Livro Registro de Entradas de Mercadorias foi oportunamente registrado na Administração Fazendária de Lavras, consoante comprovam as cópias dos Termos de Abertura e Encerramento do Livro Fiscal;

- em relação às multas pela ausência de registro dos livros de saída, apuração de ICMS e inventário, efetuou o pagamento das mesmas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em 02 de janeiro de 2006, foi intimada, através do fiscal responsável pela lavratura do Auto de Infração, a proceder a encadernação das vias das notas fiscais, tendo lhe sido concedido um prazo de 30 dias para regularizar a situação. Todavia, em 16 de janeiro de 2006, bem antes de expirado o prazo, foi aplicada a penalidade, em procedimento totalmente contrário ao exteriorizado alhures;

- em relação aos itens 6.2.4 e 6.2.7 do Auto de Infração, reconhece a procedência da autuação fiscal e informa que já efetuou o pagamento dos valores exigidos, após desmembramento do Auto de Infração;

- é princípio de direito que a multa é imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano decorrente da infração, mas que não pode exceder os justos limites, pois, deve ser graduada em função da gravidade da infração, do dolo na consecução do fato defeituoso;

- as multas, ora hostilizadas negam do princípio milenar da gradação da penalidade, tendo natureza nitidamente confiscatória, violando o Princípio do Não-Confisco, eis que gravam sobremaneira seu patrimônio;

- a aplicação das multas, nos patamares em que foram exigidas é ilegítima e inválida, não produzindo seus regulares efeitos, pelo que deve ser anulada face às violações aos Princípios da Proporcionalidade, da Razoabilidade, do Não-Confisco e Moralidade.

Ao final, requer seja julgada procedente a impugnação para se declarar nulo o lançamento, excetuando-se os valores já recolhidos, ou, quando muito, seja excluída a Multa Isolada, aplicando o permissivo legal do § 1º do artigo 53 da Lei nº 6.763/75.

O Fisco se manifesta às fls. 494/498, resumidamente, aos fundamentos seguintes:

- a Autuada faz alegações e apresenta documentos que não tem nada com a infringência relacionada no item 6.2.3, apenas em relação às Notas Fiscais nºs 861921 e 861931, emitidas pela Cargil Agrícola S/A, o que já foi acatado;

- a Autuada se defende alegando de que o item se refere à não apresentação das primeiras vias das notas fiscais registradas no livro fiscal, o que não é o caso, a apresentação destas primeiras vias é somente a confirmação do recebimento das mercadorias delas constantes, o que não foi feito;

- a própria Impugnante cita que a presunção pode ser aplicada nas hipóteses, limites e nos termos previstos em lei, o que foi feito pelo Fisco;

- a Autuada não se manifesta quanto à aquisição e recebimento das mercadorias, o que considera entradas e saídas desacobertadas de documentos fiscais, com aplicação das penalidades cabíveis;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- com relação ao item 6.2.6, para as notas fiscais de entradas a penalidade se fez pelo arquivo em desacordo com a legislação, ou seja, notas fiscais fora de ordem de registro no livro e de outras filiais arquivadas junto com a documentação da Autuada;

- a autuação em questão foi feita pela falta de encadernação das notas fiscais, parte do Auto de Infração que foi lavrado em 27 de dezembro de 2005, a intimação datada de 02 de janeiro de 2006 ocorreu justamente para exigir que o contribuinte regularize a situação, para que o Fisco possa acompanhar a seqüência de formulários autorizados, e detectar a ausência eventual de alguns deles, aplicando as penalidades cabíveis;

- só a autuação pela falta de encadernação das vias fixas dos formulários de saídas não dá, ao Fisco, a certeza de que todos eles foram usados devidamente, e ainda de que a sua falta é muito mais grave;

- a obrigação de arquivar as notas fiscais de entradas na ordem de seus registros e a encadernação das vias fixas dos formulários de saídas está previsto no RICMS/MG e deve ser realizado com normalidade, e seu descumprimento implica na aplicação de penalidades;

- as alegações da Impugnante são totalmente desprovidas de fundamentação legal e fática, claramente demonstradas de que são apenas protelatórias. O trabalho fiscal foi elaborado guardando estritamente os preceitos legais na formulação e estruturação.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Versa o lançamento ora em apreciação sobre as exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isoladas em função das imputações fiscais a seguir listadas. Importante ressaltar que a Impugnante já concordou expressamente com algumas das exigências como se verá adiante:

Exercício de 2004:

01. Entrada no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cujas primeiras vias foram entregues ao Fisco juntamente com as demais notas fiscais e não registradas no livro próprio – Exigência de Multa Isolada. (Item excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

Exercício de 2005:

01. Recolhimento de ICMS a menor nos meses de maio e julho, por aproveitamento indevido de créditos em virtude de entradas registradas sem apresentação das primeiras vias das notas fiscais; aproveitamento de créditos de produtos de uso e consumo e aproveitamento de créditos relativos a energia elétrica –

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigência de Isolada. (Item excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

02. Entradas no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cujas primeiras vias foram entregues ao Fisco juntamente com as demais notas fiscais e não registradas em livro próprio – Exigência da Multa Isolada pela falta de registro. (Item excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

03. Entradas no estabelecimento de mercadorias não declaradas, cuja operação de aquisição foi informada ao Fisco pelo contribuinte remetente, e não registradas, presumidas as saídas desacobertas – Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada. (Item parcialmente excluído – ICMS e Multa de Revalidação, em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

04. Falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota de entradas em operações interestaduais de produtos para uso e consumo – Exigência de ICMS e Multa de Revalidação. (Item excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

05. Falta de registros dos seguintes livros fiscais: Registro de Entradas, Registro de Saída, Registro de Apuração ICMS e Registro de Inventário do exercício de 2004 – Exigência de Multa Isolada. (Item excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

06. Falta de encadernamento ou encadernamento em desacordo com o estabelecido na legislação tributária das vias das notas fiscais de entradas e das vias fixas das notas fiscais de saídas – Exigência de Multa Isolada. (Item parcialmente excluído em face do reconhecimento do débito segundo Termo de Re-ratificação do crédito tributário);

07. Entrega dos arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais, relativos ao período de fevereiro/2005, em desacordo com a legislação – Exigência de Multa Isolada.

Da Preliminar

Preliminarmente, a Impugnante pede a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que não foram preenchidos os pressupostos essenciais para a sua formalização, precipuamente por ter faltado motivação ao ato administrativo do lançamento.

Aduz ainda a Defendente que, analisando a descrição contida no relatório fiscal e os dispositivos contidos na Lei n.º 6.763/75 e no Regulamento do ICMS invocados como violados poderia ser percebida uma total incongruência entre estes e o suporte fático descrito no relatório do Auto de Infração, o que importaria na nulidade desta peça fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, da análise do Auto de Infração recebido pela Impugnante, verifica-se que o mesmo contém todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive as indicações precisas das infringências e penalidades, nos termos do artigo 58, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, *in verbis*:

“Art. 58 - O Auto de Infração deverá conter os mesmos elementos da Notificação de Lançamento.

I - prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida;

II - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do prazo e data de seu início, assim como da repartição competente para recebê-la;

III - anotação de se tratar de crédito tributário não contencioso, quando for o caso;

IV - circunstância de a intimação do sujeito passivo ter sido feita por edital, quando for o caso.

§ 1º - Nos casos de lavratura de TRM ou TAD, uma via do termo lavrado deverá acompanhar o respectivo AI.

§ 2º - Se o depositário for pessoa estranha ao procedimento fiscal, uma cópia do AI e do TAD lhe serão entregues, contra recibo.

§ 3º - Nos casos de crédito tributário não contencioso e de falta de entrega de documento fiscal, o AI poderá ser expedido por processamento eletrônico, ficando dispensada a lavratura do termo previsto no inciso I do artigo 51.

.....”

Diante da análise da legislação acima transcrita verifica-se claramente que o presente lançamento atende aos requisitos de certeza e liquidez do crédito tributário, bem como encontra-se plenamente motivado, sendo que as imputações fiscais têm respaldo nas normas citadas no campo próprio do Auto de Infração denominado “Infringência/Penalidade”.

Ademais, cumpre lembrar que a própria CLTA/MG estabelece ainda que possíveis incorreções ou omissões da peça fiscal, no caso em tela o Auto de Infração, não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

A natureza da infração imputada à Impugnante está precisamente delimitada nos presentes autos, sendo que esta dela se defendeu com os argumentos

expostos na fase de relatório e que serão estudados e averiguados na fase de mérito desta decisão.

Assim, a própria peça impugnatória, aliada aos demais elementos que compõem a autuação em tela, demonstra que não houve qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa que encontra-se resguardado nos presentes autos.

Destaque-se que, na lavratura do Auto de Infração foram observados, além dos requisitos previstos no citado artigo 58 da CLTA/MG, o artigo 142 do Código Tributário Nacional. As infrações foram expressamente descritas pelo Fisco no relatório da peça fiscal, tendo sido devidamente apontados os dispositivos tidos por infringidos, bem como as penalidades impostas.

Verifica-se, por outro lado, que a Impugnante foi regularmente intimada do Auto de Infração, recebendo para análise todos os anexos que o compõem, tendo exercido com plenitude seu direito de defesa.

Por todo o exposto entendemos incabível a prefacial argüida, não devendo, portanto, ser acatada a argüição de nulidade da peça formalizadora do lançamento.

Do Mérito

Face à quantidade de imputações fiscais e, mesmo diante do fato de que a Impugnante já reconheceu parte das exigências tendo efetuado Termo de Reconhecimento Parcial de Débito (fl. 460), bem como diante do Termo de Re ratificação do Auto de Infração (fls. 467 a 474), passaremos a analisar as irregularidades individualmente, para melhor entendimento da matéria.

01) Aproveitamento Indevido de Crédito relativo a Energia Elétrica e Materiais de Uso e Consumo

De início é importante ressaltar que a própria Impugnante afirma, que é pessoa jurídica de direito privado atuando no ramo de supermercado (fl. 362). Esta afirmativa é corroborada pelo Contrato Social (fls. 374 a 375) da Defendente que, em sua Cláusula Terceira estabelece as várias atividades da empresa, dentre as quais não encontramos atividades de industrialização

Relativamente aos créditos estornados, da análise dos autos é possível constatar que a Impugnante não cumpriu fielmente a legislação tributária no que concerne ao crédito lançado em sua escrita.

Os materiais cujos créditos por aquisições foram glosados se referem a energia elétrica se encontrando o feito fiscal demonstrado quantitativamente.

A legislação tributária é clara ao vedar o aproveitamento a título de crédito do imposto incidente nas entradas de energia elétrica, estando tal norma insculpida no dispositivo por vezes citado no presente Processo Tributário Administrativo, qual seja, o artigo 66 do Regulamento do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, dada a sua crucial importância para o deslinde da questão, passamos a transcrever o citado artigo 66 integralmente. Lembramos ainda que este dispositivo regulamentar foi citado no Auto de Infração embasando a autuação fiscal. Assim temos:

"Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

I - ao serviço de transporte ou de comunicação prestado ao tomador, observado o disposto no § 2º deste artigo;

.....
III - à entrada de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, observado o disposto no § 4º deste artigo;

.....
§ 2º - Dará direito de abatimento do imposto incidente na prestação, sob a forma de crédito, a utilização de serviço de comunicação:

I - até 31 de dezembro de 2006, somente:

Efeitos de 15/12/2002 a 16/12/2002 -
Redação original:

"I - até 31 de dezembro de 2002,
somente:"

a - por estabelecimento prestador de serviço de comunicação, na execução de serviço desta natureza;

b - por estabelecimento que promova operação que destine ao exterior mercadoria ou que realize prestação de serviço para o exterior, na proporção destas em relação às operações ou prestações totais;

II - a partir de 1º de janeiro de 2007, por qualquer estabelecimento.

Efeitos de 15/12/2002 a 16/12/2002 -
Redação original:

"II - a partir de 1º de janeiro de 2003,
por qualquer estabelecimento."

.....
§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

I - até 31 de dezembro de 2006:

Efeitos de 15/12/2002 a 16/12/2002 -
Redação original:

"I - até 31 de dezembro de 2002:"

a - que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

b - que for consumida no processo de industrialização;

c - que for consumida por estabelecimento que realize operações ou prestações para o exterior, na proporção destas em relação às operações ou prestações totais;

II - a partir de 1º de janeiro de 2007, em qualquer hipótese.

Efeitos de 15/12/2002 a 16/12/2002 -
Redação original:

"II - a partir de 1º de janeiro de 2003, em qualquer hipótese."

....."

Cumprе observar que as alegações da Impugnante giram em torno do fato de que a mesma considera ter utilizado o crédito na forma estabelecida nas normas acima transcritas pois, embora atue no ramo supermercadista, no período em que os créditos foram gerados haveria a possibilidade de aproveitamento por ter um setor de açougue que realizaria atividades de industrialização.

Em que pesem os argumentos impugnatórios, temos que efetivamente não ficou comprovada nos autos a atividade industrial da ora Impugnante.

Importante lembrar ainda que a arguição da defesa deve ser sempre analisada face a Lei n.º 6.763/75 e ao Regulamento do ICMS e, no caso específico, até mesmo diante dos ditames da própria Lei Complementar n.º 87/96 que trata claramente da matéria. Ademais não é discutido nos autos o fato de ser a energia elétrica utilizada no estabelecimento da Defendente e na sua atividade. A discussão se baseia em qual é esta atividade uma vez que o crédito da energia elétrica somente é permitido se for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica ou se esta for consumida no processo de industrialização, ou ainda se for consumida por estabelecimento que realize operações ou prestações para o exterior, na proporção destas em relação às operações ou prestações totais.

Destaque-se aqui que a saída para o exterior não é comprovada pela Impugnante não fazendo parte de suas alegações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste diapasão voltamos a lembrar que o cerne da autuação está no aproveitamento indevido de crédito de ICMS de energia elétrica, uma vez que, por força do disposto no artigo 66, §§ 2º e 4º dos RICMS/96 e RICMS/02, a apropriação de crédito desta natureza é deferida apenas aos estabelecimentos que exploram atividades de exportação e/ou industriais, relativamente a energia elétrica. Assim também analisaremos a principal argüição de defesa.

Relativamente a este ponto específico lembramos ainda que a Lei Complementar n.º 87/96 tratou do tema estabelecendo vedações e dispondo da seguinte forma:

“Art. 33 - Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007;

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;

.....”

Portanto, à luz das legislações federal e estadual, acima transcritas, a partir de 1º de agosto de 2000, houve uma limitação ao direito de usufruir créditos provenientes de aquisição de energia elétrica. Os créditos apropriados pela Impugnante, conforme a mesma afirma em sua Impugnação, são de período posterior a tal data.

No que tange a penalidade aplicada entendemos correta a imputação da Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 que deve ser cobrada nas hipóteses de ação fiscal.

Uma vez que está demonstrado que a Impugnante não poderia aproveitar os créditos relativos a energia elétrica diante do que dispõem as normas mineiras temos que houve falta de pagamento do imposto de forma tempestiva. Desta forma é possível a exigência da Multa de Revalidação corretamente aplicada.

Relativamente aos materiais de uso e consumo também não é possível o creditamento na forma como estabelecido no Regulamento do ICMS ao qual o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselho de Contribuintes tem seu julgamento adstrito nos termos do artigo 88 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG.

Reputamos corretas, então, as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista na Lei n.º 6.763/75.

Reconhecimento da infração pelo contribuinte conforme documento de fl. 460.

02) Aproveitamento de Crédito sem apresentação das 1^{as} vias das notas fiscais

Da análise dos autos verificamos que a irregularidade apontada como causadora da falta e/ou recolhimento a menor do ICMS diz respeito ao aproveitamento indevido de créditos do ICMS, tendo em vista que os mesmos são originários de documentos fiscais cujas 1^{as} vias não foram apresentadas ao Fisco.

Em relação a esta irregularidade cumpre esclarecer que referidos documentos fiscais foram relacionados na planilha elaborada pela fiscalização, bem como as informações relativas à Intimação feita ao Contribuinte para apresentação de referidos documentos fiscais sem que esta solicitação tivesse sido atendida.

Conforme informado pelo Fisco, a constatação da falta das 1^{as} vias somente foi verificada após a conferência das notas fiscais de entrada com os Livros de Registro de Entradas, tendo sido em seguida relacionadas as notas fiscais sem a 1^a via em uma das intimações recebidas pela Impugnante para que a mesma providenciasse a apresentação destas.

No que tange a apropriação do imposto destacado nas notas fiscais sem apresentação da 1^a via, inicialmente destacamos as normas ditadas pelo artigo 70, inciso VI, do RICMS/96:

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

.....
VI - o contribuinte não possuir a 1^a 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”

Mesmo após esta intimação a Impugnante não alcançou demonstrar a existência dos questionados documentos. Desta forma, diante do que preconiza o inciso VI do artigo 70 do RICMS/96 restou vedada a apropriação dos créditos decorrentes destes documentos fiscais e consequentemente realizado o estorno. Sendo assim, correta a penalidade aplicada.

Assim, como a norma acima é clara e restritiva, na falta de comprovação da autenticidade dos valores creditados, reputa-se correta a exigência de ICMS decorrente dos estornos efetuados.

Vê-se, pois, que a exigência fiscal está respaldada e em consonância com a legislação vigente, sendo que, ao contrário do alegado pela Impugnante, o feito fiscal não se baseou em presunção.

03) Falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas

Consta do Auto de Infração que a ora Impugnante deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias não declaradas:

- cujas primeiras vias foram entregues ao Fisco juntamente com demais notas fiscais e,
- cuja operação de aquisição foi informada ao Fisco pelo remetente.

Como as respectivas notas fiscais não foram registradas no livro Registro de Entradas, exige-se a penalidade prevista no artigo 55, inciso I da Lei n.º 6.763/75.

No caso específico, a legislação é clara. Pelo artigo 96, inciso III do RICMS/02 é obrigação do contribuinte escriturar os livros da escrita fiscal sendo que no Capítulo I do Título VI da Parte 1 do Anexo V do RICMS/02 encontram-se as disposições para a escrituração do livro Registro de Entradas.

A Impugnante reconheceu a infração e recolheu o valor referente à penalidade aplicada, conforme documentos de fls. 460 e 464 e Relatório Fiscal de fls. 471 a 474.

04) Falta de registro, na repartição fazendária competente, de Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas, Livro Registro de Apuração do ICMS e Livro Registro de Inventário

De acordo com a fiscalização e com as informações constantes dos autos, a Impugnante deixou de registrar, na repartição fazendária competente, os Livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário.

Relativamente à irregularidade em questão, lembramos que a legislação tributária estadual é clara quando determina que o contribuinte é obrigado a manter estes livros devidamente registrados na Repartição Fiscal de seu domicílio, observados os prazos na mesma previstos.

Ressalte-se que como contestação desta irregularidade a peça de Defesa apenas questiona a penalidade aplicada por entender que a mesma fere o princípio da razoabilidade.

Inobstante a determinação constante da legislação tributária, a Impugnante não implementou este registro nem tampouco apresentou provas ou argumentos de que o havia feito.

Desta forma, reputa-se legítima a aplicação da multa isolada.

Reconhecimento da infração conforme documento de fl. 460.

05) Entrega de Arquivos Magnéticos em Desacordo com a Legislação

O lançamento ora em exame trata de exigência por entrega em desacordo com a legislação de arquivos eletrônicos, relativos ao período de fevereiro de 2005.

A obrigatoriedade de entregar, mensalmente, os arquivos eletrônicos solicitados pelo Fisco, encontra-se prevista no artigo 11, do Anexo VII do RICMS/2002, *in verbis*:

“Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o artigo anterior, observado o disposto no artigo 39 desta Parte, será realizada, mensalmente, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.”

Temos que, conforme narrativa constante do Auto de Infração, a Impugnante não entregou corretamente seus arquivos magnéticos, tendo sido lavrado o referido Auto de Infração para formalizar o crédito tributário, com a aplicação da penalidade prevista no inciso XXXIV do artigo 54 da Lei n.º 6.763/75, que assim dispõe:

“Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

.....” (grifamos)

Em face da constatação a Fiscalização promoveu a lavratura da intimação pelo Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF, estabelecendo o prazo previsto no artigo 39 do Anexo VII do RICMS/2002, que assim dispõe:

“Art. 39 - O contribuinte fornecerá ao Fisco, quando exigido, os documentos e o arquivo

eletrônico de que trata este Anexo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico.”

É certo que o não atendimento às exigências constantes do Auto de Infração sob exame, dificulta extremamente a realização dos trabalhos fiscais de cruzamento de informações, tanto quanto em relação aos fornecedores quanto na verificação dos valores oferecidos à tributação corresponderem à realidade.

Diante destes elementos temos que, a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos aqui exigidos está normatizada em Minas Gerais e não é dado à Impugnante alegar o desconhecimento de tais normas.

Reconhecimento da infração conforme documento de fl. 460.

06) Saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais

Conforme item 6.2.3 do Auto de Infração e Relatórios Fiscais, apurou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais nos termos do artigo 194, § 5º, inciso I do RICMS/02, tendo em vista que o contribuinte deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias não declaradas pelo mesmo, cujas operações de aquisição foram informadas ao Fisco pelos remetentes:

“Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

.....

§ 5º - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

.....”

Assim, legítimas as exigências fiscais.

07) Falta de recolhimento do diferencial de alíquota.

Exige-se ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Conforme se depreende dos autos, a Impugnante deixou de recolher o diferencial de alíquota devido na aquisição interestadual de mercadoria destinada ao seu uso e consumo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante a esta questão cumpre-nos destacar que a legislação tributária é clara ao determinar o recolhimento da diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo permanente e ao uso e consumo do estabelecimento. Assim temos:

RICMS/02 - Parte Geral

“Art. 42 -

§ 1º- Fica o contribuinte mineiro obrigado a recolher o valor do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observado o disposto no artigo 84 deste Regulamento, na hipótese de:

I - entrada, em estabelecimento de contribuinte no Estado, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente e de utilização do respectivo serviço de transporte;

II - utilização, por contribuinte deste Estado, de serviço de transporte ou de serviço oneroso de comunicação cuja prestação, em ambos os casos, tenha-se iniciado em outra unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subseqüentes.

.....”

Pelos motivos apresentados, correto o procedimento fiscal, devendo ser mantidas as exigências de ICMS e MR (artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75) em razão do não recolhimento do diferencial de alíquota devido na aquisição interestadual de bem destinado ao ativo fixo.

Reconhecimento da infração conforme documento de fl. 460.

08) Falta de Encadernamento das Notas Fiscais

Relativamente a este item a Impugnante argüi uma possível contradição do Fisco, que teria lhe concedido prazo para regularização, mas, desrespeitando tal prazo, a autuou.

Entretanto, a autuação em questão foi feita pela falta de encadernação das notas fiscais, parte do Auto de Infração que foi lavrado em 27 de dezembro de 2005.

A intimação a qual a Impugnante se refere é datada de 02 de janeiro de 2006 e foi formalizada justamente para exigir que a mesma regularizasse a situação, para que o Fisco pudesse acompanhar a seqüência de formulários autorizados, e detectar a ausência eventual de alguns deles.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A obrigação de arquivar as notas fiscais de entradas na ordem de seus registros e a encadernação das vias fixas dos formulários de saídas está prevista no RICMS/MG e deve ser realizada com normalidade, e seu descumprimento implica na aplicação de penalidades.

Ademais não há nos autos provas irrefutáveis em sentido contrário ao que foi exposto acima. O trabalho fiscal foi elaborado guardando estritamente os preceitos legais na formulação e estruturação.

Por derradeiro, lembramos que a Impugnante em sua manifestação, faz referência expressa às Notas Fiscais n^{os} 861921 e 861931, emitidas pela Cargil Agrícola S/A, sendo que seu argumento foi acatado pela Fiscalização.

Também na Impugnação, bem como em sua ratificação às fls. 491, a Defendente alega de que um dos itens do Auto de Infração se refere à não apresentação das primeiras vias das notas fiscais registradas no livro fiscal, o que não é o caso, a apresentação destas primeiras vias é somente a confirmação do recebimento das mercadorias delas constantes.

Argüi ainda a Impugnante a impropriedade da presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Entretanto a presunção no caso em tela foi acionada dentro dos parâmetros impostos pela Lei, respeitados seus limites e nos termos.

Diante do exposto, ACORDA a 2^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. Em seguida, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, de conformidade com o Termo de Re-ratificação do Auto de Infração de fls. 467/487. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 21/07/06.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**

lmpmp/vsf