

Acórdão: 822/99/5^a
Agravo: 2.468
Impugnação: 55.914
Impugnante: Mega Alimentos do Brasil Ltda.
PTA/AI: 01.000106881-51
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravo - Perícia - Há nos autos elementos suficientes para propiciarem a análise e o esclarecimento da matéria, bem como demonstrar com exatidão os valores devidos, razões pelas quais considera-se desnecessária a prova pericial requerida. Ademais, todos os quesitos formulados pela Impugnante podem ser respondidos através da análise das peças e documentos constantes dos autos. Recurso não provido.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Diversas Irregularidades - A autuada aproveitou indevidamente créditos de ICMS destacados a maior em documentos fiscais; créditos de mercadorias sujeitas a substituição tributária; créditos destacados em notas fiscais destinadas a outro estabelecimento e créditos destacados em notas fiscais falsas ou inidôneas. Infrações caracterizadas, devendo porém ser excluída a multa isolada do artigo 55, inciso XXII da Lei 6763/75 relativamente às notas fiscais inidôneas, visto não estar configurado que as mercadorias efetivamente entraram no estabelecimento.

Nota Fiscal - Falta de Destaque do ICMS/Destaque a Menor - Infração caracterizada.

Prestação de Serviço de Transporte Rodoviário de Carga - Falta de Recolhimento do ICMS - Transportador Autônomo - A teor do artigo 53 do RICMS/91, a Autuada, remetente das mercadorias, é responsável pelo pagamento do imposto devido pelo transportador autônomo na prestação de serviço de transporte. Apesar de ter destacado o imposto nas notas fiscais, a Autuada deixou de efetuar o pagamento. Infração caracterizada.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do imposto, no período de outubro/94 a abril/96, em função das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1- aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado a maior em documento fiscal relativo a aquisição de mercadorias, no período de janeiro a junho/95 (Quadro I, fls. 10/11).
- 2- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais relativo a aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária, no período de 01/95 a 04/96 (Quadro I, fls. 10/11).
- 3- aproveitamento indevido de crédito do imposto transportado a maior do LRE para o LRAICMS e DAPI, na 1ª quinzena de fevereiro de 1995 (Quadro II, fl. 12). Exigiu-se também a multa isolada de 40%, artigo 55, inciso XV da Lei 6763/75;
- 4- aproveitamento de créditos destacados em notas fiscais falsas, no período de 02/95 a 10/95 (Quadro III, fls.13/15). Exigiu-se também a multa isolada de 40%, artigo 55, inciso X da Lei 6763/75;
- 5- aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais inidôneas, no período de 01/95 a 04/96 (Quadro V, fl. 17/19). Exigiu-se também a multa isolada de 10%, artigo 55, inciso XXII da Lei 6763/75;
- 6- aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais não destinadas ao contribuinte, no período de 11/94 a 08/95 (Quadro IV, fl.16);
- 7- destaque a menor do ICMS devido em notas fiscais de saída emitidas, no período de 02/95 a 01/96 (Quadro VI, fl. 20 e NFs fls. 296/321);
- 8- falta de destaque do ICMS devido em notas fiscais de saída emitidas no período de março a outubro/95 (Quadro VI, fl. 20 e NFs fls. 296/321);
- 9- falta de recolhimento do ICMS destacado em notas fiscais da saída, a título de substituição tributária relativa ao serviço de transporte realizado por transportador autônomo, conforme artigo 53 do RICMS/91, nos períodos de fevereiro, setembro a dezembro/95 e janeiro de 1996 (Quadro VII, fl. 21).

Mediante Verificação Fiscal Analítica, exigiu-se ICMS e MR decorrente da recolhimento a menor do imposto nos períodos mencionados.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 352 a 391, contestando diversos itens do Auto de Infração. Ao final, requer **perícia** para que se demonstre que não houve recolhimento a menor do ICMS, mas que todo aproveitamento de créditos foi legítimo. Apresenta quesitos (fls. 390/391).

A DRCT/Metropolitana apresenta réplica às fls. 421 a 431 e ressalta que as irregularidades consubstanciadas no itens 3, 7 e 8 do Auto de Infração não foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contestadas, donde se infere que foram consideradas como verídicas. No tocante aos outros itens, refuta os argumentos da Impugnante. Por fim, entende que o pedido de perícia deve ser indeferido, por ser supérfluo pelas provas já produzidas nos autos e ser meramente protelatório.

A Auditoria Fiscal exara Despacho Interlocutório, às fls. 433/434 para que a Impugnante apresente cópia de diversas notas fiscais de entrada (item 6 do AI) e notas de saída do mês de fev., set., out., nov. e dez/95 e jan/96, bem como cópia do LRS e LRAICMS. A determinação não é atendida pela Impugnante.

A Auditoria Fiscal decide indeferir o requerimento de prova pericial, com fundamento no art. 116, inciso I da CLTA/MG (fl. 436).

A Autuada interpõe Recurso de Agravo, às fls. 438/440, alegando que a prova pericial é imprescindível para demonstrar que o crédito tributário exigido é totalmente indevido. Afirma que o despacho hostilizado cerceou seu direito de defesa e feriu o princípio do contraditório.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 442/455, opina pela procedência parcial da Impugnação para prevalecer o crédito tributário que demonstra e dar à Impugnante 30 dias para recolher o ICMS indevidamente aproveitado originário das notas fiscais emitidas por Ceres Atacadistas de Cereais Ltda. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos, entende desnecessária a realização de prova pericial, pelo fato de existirem nos autos elementos suficientes que propiciem a análise e esclarecimento da matéria, bem como a comprovação das irregularidades. Faz análise de cada quesito formulado.

DECISÃO

Inicialmente, quanto ao Recurso de Agravo, cumpre salientar que há nos autos elementos suficientes para propiciarem a análise e o esclarecimento da matéria, bem como demonstrar com exatidão os valores devidos, razões pelas quais considera-se desnecessária a prova pericial requerida.

Ademais, todos os quesitos formulados pela Impugnante podem ser respondidos através da análise das peças e documentos constantes dos autos. E quanto ao cerceamento de defesa sugerido, urge ressaltar que todos os meios de defesa previstos na legislação tributária foram utilizados pela Autuada. Em aproximadamente 40 laudas a Impugnante se defendeu de forma minuciosa e precisa de todas acusações a ela imputadas, o que demonstra que seu direito de defesa foi plenamente exercido.

Quanto à irregularidade 1, salienta-se que a Impugnante aproveitou indevidamente crédito de ICMS destacado a maior em notas fiscais de entrada de arroz e fubá, contrariando o disposto nos artigos 146 e 153, inciso XI, ambos do RICMS/91.

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

.....

XI - o excesso de imposto porventura destacado no documento fiscal.

No que se refere à irregularidade 2, aproveitamento de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias sujeitas a substituição tributária, a legislação tributária prevê, em seu artigo 42, inciso II, alínea a do RICMS/91 que o contribuinte que receber mercadoria com o imposto pago por substituição tributária deverá escriturar as notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas na coluna de "operações sem crédito do imposto".

Ademais, o argumento apresentado pela Impugnante de que é estabelecimento industrial não procede, pois seu código de atividade econômica é 41.1.1.00-5, Comércio Atacadista de Mercadorias em Geral. Portanto, as aquisições de açúcar promovidas pela Autuada estão sujeitas à substituição tributária, conforme artigo 543 do RICMS/91.

O item 3 do Auto de Infração não foi sequer contestado pela Impugnante, no entanto, ressalta-se que a irregularidade encontra-se plenamente caracterizada, ou seja, a Autuada efetivamente promoveu a transferência com valor a maior do crédito de ICMS da primeira quinzena de fev/95 consignado no livro Registro de Entradas para livro Registro de Apuração do ICMS e DAPI correspondente. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI.

Quanto ao aproveitamento de créditos destacados em notas fiscais falsas ou inidôneas (irregularidades 4 e 5), insta salientar inicialmente que os atos declaratórios de inidoneidade/falsidade relativos aos documentos fiscais relacionados às fls. 13/15 e 17/19, foram regularmente publicados no Diário Oficial do Estado, conforme informações de fls. 24/29. Ademais, os mencionados atos, apenas declaram situação preexistente, pois os documentos declarados falsos ou inidôneos, ao serem emitidos, já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.

O artigo 153, inciso V do RICMS/91 prevê que a operação acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações posteriores, salvo prova concludente que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago, porém tal prova não consta dos autos.

Sem esta prova, que efetivamente não se faz presente nos autos, não há qualquer possibilidade de creditamento por parte da Autuada dos valores consignados nas notas fiscais falsas ou inidôneas, sob pena de ferir o princípio constitucional da não cumulatividade. O imposto destacado nas notas fiscais falsas ou inidôneas deveria ter sido regularmente pago na etapa anterior, pelo emitente da nota fiscal, para que fosse possível o seu creditamento pela Impugnante, sem ferir as normas legais e o princípio retro citado.

A efetivação das transações comerciais mencionadas pela Impugnante não torna o imposto ali destacado passível de creditamento, conforme já mencionado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

somente o pagamento do imposto pelos emitentes das notas fiscais teria o condão de alterar a situação.

Apesar de corretas as exigências de ICMS, MR e MI, artigo 55, inciso X da Lei 6763/75, impõe-se a exclusão da multa do artigo 55, inciso XXII da mesma Lei, relativamente ao aproveitamento de crédito destacado em notas fiscais inidôneas, visto não estar caracterizado nos autos que as mercadorias descritas em tais documentos efetivamente deram entrada no estabelecimento da autuada.

No que tange ao aproveitamento de créditos de ICMS destacados em notas fiscais destinadas a outros estabelecimentos, cita-se o artigo 153, inciso VIII do RICMS/91, que proíbe de forma expressa o aproveitamento de crédito destacado em documento fiscal que indique como destinatário estabelecimento diverso daquele que o registrou.

Na verdade, as notas fiscais relacionadas a este item do Auto de Infração não constam dos autos, no entanto a Autuada foi intimada pela fiscalização a apresentar tais documentos (fls. 409) e posteriormente foi intimada pela Auditoria Fiscal (fls. 433/434), mas permaneceu inerte. Menciona-se então o disposto no parágrafo único do artigo 112 da CLTA/MG, "a recusa de exibição de documentos ou coisa faz prova contra quem a deu causa".

Com relação as irregularidades 7 e 8, destaque a menor ou falta de destaque do ICMS devido em notas fiscais de saída emitidas, urge esclarecer que não houve contestação por parte da Impugnante e há nos autos provas suficientes da infração. As notas fiscais emitidas pela Autuada (fls. 296/321) demonstram que nas saídas de diversos produtos, tais como, feijão, leite em pó, farinha de rosca, farinha de milho, etc, o destaque do ICMS não foi feito ou foi insuficiente.

Por fim, quanto ao item 9 do Auto de Infração, falta de recolhimento do ICMS destacado em notas fiscais de saída, a título de substituição tributária relativa ao serviço de transporte realizado por transportador autônomo, vale lembrar o disposto no artigo 53 do RICMS/91:

Art. 53 - Na prestação de serviço de transporte de cargas iniciada neste Estado, contratada e efetuada por transportador autônomo ou empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido é atribuída ao alienante ou remetente da mercadoria, quando contribuinte do ICMS, exceto se produtor rural ou microempresa.

Ora, a Autuada era efetivamente responsável pelo pagamento do imposto devido pela prestação de serviço de transporte efetuada por autônomo, tanto que lançou no corpo das notas fiscais o valor referente ao frete.

No entanto, segundo a Impugnante o imposto foi recolhido juntamente com o ICMS normal do período, ou seja, na apuração periódica do imposto somou-se o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

valor do ICMS normal das operações de saída com o valor de ICMS sobre o frete. Porém tal procedimento não está correto, a teor do artigo 33 e 53 do RICMS/91.

Além disto, a Autuada, após solicitação da Auditoria Fiscal (fls. 409 e 433/434) não apresentou provas do que argumentou, permanecendo no campo das alegações.

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

Diante do exposto, ACORDA a 5ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a Impugnação para excluir a multa isolada do artigo 55, inciso XXII da Lei 6763/75. Vencido em parte o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida que excluía também a multa isolada do artigo 55, inciso XV da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida, Luigi Cesare Iannone e Luiz Guilherme Salles Miers.

Sala das Sessões, 11/11/99.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**