

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.388/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168711-95
Impugnação: 40.010129017-17
Impugnante: DLD Comércio Varejista Ltda
IE: 062044471.03-01
Proc. S. Passivo: Lucimar de Souza Ril
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se recolhimento a menor de ICMS, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entradas de mercadorias (material de construção; acabamento; bricolagem ou adorno; papelaria; ferramentas e produtos de telefonia móvel) sujeitas ao regime da substituição tributária. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – APURAÇÃO DE ESTOQUE. Constatou-se a falta de recolhimento do ICMS/ST referente a estoque de aparelhos celulares, tendo em vista a entrada em vigor do regime da substituição tributária para tais mercadorias conforme Decreto 44.147/05 que alterou o RICMS/02 c/c art. 46, § 7º inciso I do Anexo XV do mesmo regulamento e, art. 7º da Resolução nº 3.728/05. Exigências do ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a autuação fiscal sobre as seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do ICMS/ST referente ao estoque de telefones celulares existentes em 31/12/05, haja vista o início da vigência da aplicação do regime de substituição tributária para o grupo de mercadorias discriminado no item 25 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02;
2. recolhimento a menor de ICMS, em decorrência do aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (material de construção; acabamento; bricolagem ou adorno; papelaria; ferramentas e produtos de telefonia móvel).
3. Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infringências capituladas no art. 16, incisos VI, IX e XIII da Lei nº 6.763/75; art. 3º e art. 4º, inciso I, do Decreto Estadual nº 44.147/05; art. 20 e art. 26, inciso II, alínea “a” da Parte Geral do RICMS/02; art. 37, inciso I, art. 38, inciso I e art. 46 §7º item I, todos do Anexo XV do RICMS/02 e art. 6º e 7º da Resolução nº 3.728/05.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 113/156, alegando, em síntese:

- em preliminar, a nulidade do Auto de Infração (AI) pela ausência de fundamentação;
- que adimpliu o ICMS no momento das saídas das mercadorias, o que redundaria em duplicidade de exigência do imposto;
- que se aplicou substituição tributária a produtos que não estavam, à época, enquadrados como tal;
- que não houve a ocorrência do fato gerador, tendo em vista a operação de transferência de mercadorias entre filiais;
- a multa aplicada é desproporcional e contraria o princípio da vedação ao confisco;
- requer perícia e que seja julgado improcedente o lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 184/190, defendendo a validade do Auto de Infração (AI) e entendendo desnecessária a perícia solicitada. No mérito, postula a procedência do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento exarou despacho interlocutório (fls. 235) para que a Impugnante no prazo de 30 (trinta) dias apresentasse:

- 1- demonstrativo dos valores efetivamente recolhidos relativamente às mercadorias objeto da autuação, com indicação dos documentos fiscais emitidos por ocasião das respectivas saídas, totalizados por período de apuração, tendo em vista o argumento apresentado na impugnação de que o recolhimento do imposto relativo a tais mercadorias foi efetuado, mensalmente, no regime normal de débito e crédito em 2005;
- 2- relação contendo o(s) produto(s) referidos na autuação fiscal que entende não incluído(s) na sistemática da substituição tributária, identificando-o(s) pela descrição e respectiva codificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado (NBM/SH).

A Contribuinte anexa os documentos de fls. 198/568 dos autos.

O Fisco volta a se manifestar às fls. 571/575, esclarecendo item por item os documentos trazidos pela Impugnante e descrevendo as razões pelas quais entende não ser possível efetuar a compensação de valores pagos indevidamente.

No entanto, reconhece erro no trabalho fiscal quanto à aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento). Assim, altera o Auto de Infração de forma a adequar o crédito tributário, com emissão de novo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 582/583).

Reitera seu pedido de procedência do lançamento.

A Autuada é regularmente intimada da reformulação do crédito tributário, mas não se manifesta.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante alega a nulidade do Auto de Infração em face da falta da motivação do Auto de Infração.

Entretanto, o relatório fiscal explica de forma detalhada sobre o objeto da peça fiscal: trata-se de autuação por não recolhimento do ICMS/ST, referente à existência de estoque de celulares no estabelecimento da Contribuinte no dia 31/12/05, bem como de aproveitamento de crédito de ICMS referente à entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, o que é vedado pela legislação.

Nessa linha, conclui-se que os pressupostos do ato administrativo, em especial, o da motivação, encontram-se plenamente satisfeitos nos termos da legislação aplicável.

Ressalte-se que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. Existe a citação dos dispositivos infringidos e das penalidades. Todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, foram observados.

Quanto ao pedido de perícia, cumpre destacar que a Impugnante requereu prova pericial, sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, indefere-se, de pronto, nos termos do inciso I do § 1º do art. 142 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), que assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária face aos fundamentos e documentos constantes dos autos, permitindo conclusão inequívoca sobre os fatos apontados e seus efeitos tributários.

Portanto, não resta procedente o entendimento da defesa quanto a vícios capazes de ensejar a nulidade do Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do Mérito

Versa a autuação fiscal sobre falta de recolhimento do ICMS/ST referente ao estoque de telefones celulares existentes em 31/12/05 e recolhimento a menor do ICMS apurado em decorrência do aproveitamento de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (material de construção; acabamento; bricolagem ou adorno; papelaria; ferramentas e produtos de telefonia móvel).

No que tange à primeira infração apontada, tem-se que o Decreto nº 44.147/05 incluiu, ao RICMS/02, o Anexo XV, em especial o item 25 da Parte 2. Neste, determinou-se a aplicação da substituição tributária para aparelhos celulares com vigência a partir de 01/01/06.

O item 25 da Parte 2 do RICMS/02 possui o seguinte teor:

25. PRODUTOS ELETRÔNICOS				
Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária				
Interno				
Subitem	Código NBM/SH	Descrição (atual)	MVA(%)	
25.1	8525.20.2	Telefones celulares	23	

Considerando a mudança de regime de tributação, a legislação prevê a obrigação de se recolher o ICMS/ST para o estoque dessas mercadorias, tendo em vista que, nas operações seguintes, tais mercadorias já estarão sujeitas ao instituto da substituição tributária e, portanto, sem o recolhimento de ICMS nas operações de saída, haja vista a condição da Contribuinte de “não industrial”.

A legislação em questão constitui primeiramente o Anexo XV do RICMS/02:

Art. 46. O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

§ 7º Resolução do Secretário de Estado de Fazenda disciplinará a forma e as condições para o pagamento do imposto relativo ao estoque de mercadorias existente no estabelecimento por ocasião:

I - de inclusão de mercadoria no regime de substituição tributária;

Em sequência temos a Resolução nº 3.728/05:

Art. 7º O recolhimento do imposto devido nos termos desta Resolução será efetuado até a data estabelecida para o pagamento do imposto devido pelas operações próprias no quinto mês subsequente ao de início da vigência do novo regime de tributação ou do aumento de carga tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estando devidamente comprovado que houve a falta de recolhimento do ICMS/ST - estoque de mercadorias resta correta a cobrança da multa de revalidação nos termos da Lei nº 6.763/75:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Após retorno dos autos em razão do interlocutório, o Fisco verificou incorreção na apuração do crédito tributário devido, em face da aplicação errônea da alíquota de 18% (dezoito por cento).

Correto o posicionamento fiscal. Em conformidade com o disposto no art. 42, inciso I, alínea 'b.6' do RICMS/02 que remete à Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02, onde se encontravam relacionados, até 24/06/10, os itens 211, 212 e 213, a alíquota adequada para a mercadoria "telefone celular" é 12% (doze por cento).

A segunda imputação fiscal constitui aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (material de construção; acabamento; bricolagem ou adorno; papelaria; ferramentas e produtos de telefonia móvel).

A relação das notas fiscais de aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária que originaram o crédito indevidamente apropriado pela Contribuinte encontra-se no CD anexo aos autos, fls. 111.

O Fisco respalda o lançamento nas seguintes disposições do RICMS/02:

Art. 37 - O contribuinte que receber mercadoria com o imposto retido por substituição tributária observará o seguinte:

(570) I - a nota fiscal de aquisição será escriturada no livro Registro de Entradas, utilizando a coluna Outras, de Operações sem Crédito do Imposto, e a coluna Observações para indicar a expressão "ICMS Retido por ST", seguida do respectivo

valor;

Art. 38 - O contribuinte que tenha recebido mercadoria sujeita à substituição tributária, responsável pela apuração ou pelo recolhimento do imposto a esse título no momento da entrada da mercadoria, neste Estado ou em seu estabelecimento, observará o seguinte:

I - a nota fiscal de aquisição será escriturada no livro Registro de Entradas, utilizando a coluna Outras, **de Operações sem Crédito do Imposto;** (grifou-se).

A vedação ao crédito do imposto tem por escopo a definitividade do imposto devido por substituição tributária. A Lei nº 6.763/75, ao normatizar a ocorrência da substituição tributária prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

1 - conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela "E" anexa a esta Lei e com outras mercadorias, bens e serviços indicados pelo Poder Executivo;

§ 10 - Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

- 1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;
- 2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

Mencione-se, por necessário, que a ressalva contida no § 10 acima transcrito diz respeito a fato gerador presumido que não se efetivou, o que destoa completamente da situação posta na contenda analisada.

No tocante à exigência da multa isolada, verifica-se a perfeita adequação do tipo descrito na norma que determina a aplicação da penalidade isolada e da conduta da Impugnante tida pela Fiscalização como infracional. *In verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

Dessa forma, correto se traduz o feito fiscal também neste item.

Na peça impugnatória, a Contribuinte não aborda especificamente cada item do Auto de Infração, apresentando sua defesa com tópicos de assunto, sobre os quais passaremos a tratar.

A Impugnante transcreve extensas laudas com posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre a inconstitucionalidade da cobrança do ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias entre os estabelecimentos da Impugnante.

Não obstante, não foi tratado nestes autos nenhuma irregularidade que tivesse relação com a cobrança de imposto na transferência de mercadorias e nem de ICMS/ST na operação de transferência interestadual. Pelo contrário, o Fisco descreve claramente que foi feita a fiscalização do recolhimento do ICMS/ST referente ao estoque e entradas no estabelecimento mineiro. Há a atribuição de responsabilidade tributária ao Contribuinte mineiro na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Repise-se: antecipa-se o momento da apuração e recolhimento do imposto para o momento da entrada da mercadoria em território mineiro, visto que tal responsabilidade não é atribuída ao remetente capixaba, já que as mercadorias relacionadas nos autos estavam sujeitas ao regime de substituição tributária apenas no âmbito do Estado de Minas Gerais. Isso, por não haver convênio ou protocolo com o Estado do Espírito Santo e nem regime especial concedido ao contribuinte remetente.

Quanto ao pagamento do ICMS/ST, a Autuada embasa sua defesa na tese de ter recolhido o imposto no momento em que ocorreram as saídas das mercadorias, pelo sistema débito/crédito, apresentando extensa documentação. Dessa forma, entende não ser cabível a cobrança do tributo, entendido como “em duplicidade”. Admite, quando muito, ser responsabilizada pelo descumprimento de obrigação acessória.

Destaca-se, por oportuno, que a Autuada não nega a falta de recolhimento determinada pela legislação. Pelo contrário, ao dizer que o recolhimento do ICMS foi feito pelo regime de débito e crédito, a Autuada admite a falta de recolhimento do ICMS/ST pelo estoque e pelas entradas das mercadorias.

Outrossim, não há qualquer questionamento quanto aos valores constantes da planilha de estoque, base da autuação, eis que a mesma foi apresentada pela própria Contribuinte ao Fisco para fazer frente à solicitação de seu interesse.

Quanto a alegação de dupla incidência, contata-se que a Fiscalização considerou na apuração do ICMS/ST, todos os recolhimentos efetuados pela Contribuinte por meio de GNRE e DAPI, a esse título, e constante da sua conta corrente fiscal.

Não obstante as informações acima, na busca da verdade material quanto a um possível pagamento, mesmo que a outro título, a 2ª Câmara de Julgamento possibilitou à Impugnante uma nova chance de fazer prova de suas alegações.

Verifica-se, entretanto, que a documentação apresentada, mesmo após ter sido concedido prazo dilatado do despacho interlocutório (fls. 194), não permite conclusão definitiva. É o que o Fisco demonstra, conforme explicações postas em sequência.

Pela planilha de folha 200, nota-se que o Contribuinte permaneceu aplicando a legislação anterior à instituição do regime de substituição tributária, ou seja, operou na sistemática do débito/crédito na apuração do imposto. É possível verificar que a Contribuinte, ao apurar o valor a recolher na sistemática débito/crédito, aproveita o crédito para reduzir o débito a recolher. Contudo, quando da demonstração do valor apurado nas operações de venda, nessa planilha, “esquece” que usufruiu desse crédito.

Observe que se for abatido do total de ICMS destacado nas vendas (somando todos os períodos mencionados na planilha, totaliza um valor de R\$57.628,50) o total de crédito aproveitado pelas entradas em transferência (3.736,79 + 2.645,42 + 3.298,68 + 3.307,55 + 3.168,16 + 2.192,79 + 2.964,31 = R\$21.313,70), o contribuinte apresentará um saldo devedor muito superior ao informado, ou seja R\$45.115,51 (R\$82.814,46 - ((57.628,50 + 1.384,15) - 21.313,70)).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As provas da infração cometida foram obtidas com a utilização do aplicativo de cálculo de ICMS/ST presente no programa Auditor Fiscal, tendo como base os arquivos SINTEGRA transmitidos pelo próprio Contribuinte. Toda a apuração encontra-se gravada no CD-R anexo à folha 111 dos autos.

Ao comparar os valores constantes na planilha de folha 200 com os constantes na de folha 279, é possível verificar que os valores presentes nas colunas “Soma de VALOR” e “Soma de ICMS ST” desta planilha (folha 279) são os mesmos constantes nas colunas “BASE DE CALCULO” e “ICMS DESTACADO” das linhas “TRANSF” daquela planilha (folha 200). Contudo, os valores das demais colunas (“Soma de Base ICMS ST” e “Soma de ICMS”) da planilha de folha 279 não coincidem com os presentes nas colunas “MVA 35%” e “ICMS S. TRIB 18%” das linhas “TRANSF” da planilha de folha 200.

A Contribuinte apresenta uma relação de produtos/materiais cadastrados (planilha de fls. 201/249). Contudo não menciona quais produtos que julga não se enquadrar no grupo de materiais de construção, acabamento, bricolagem e adorno.

Veja que os produtos objeto da autuação estavam todos enquadrados no regime de substituição tributária.

Saliente-se o fato de que a Impugnante não apresentou a relação descritiva, codificada pela NBM, para atender o item 2 do despacho interlocutório.

Por fim, na planilha (fls. 251/277), trazida pela Impugnante, constam mercadorias que não foram objeto da autuação, ou seja, foram relacionados produtos que não eram, aquela época, sujeitos ao regime de substituição tributária, mas sim, ao regime de débito/crédito. Como exemplo, cita-se os produtos:

- alicate bico 5” aço carbono
- alicate univ. 8” aço carbono
- esmeri ang. 115MM 9557NBK 840W
- serra tico-tico 2V SH 513 127V;
- furadeira kit imp. 3/8 177/112
- chave seletora 2ent. 75OHMS
- alicate corte 6” aço carbono
- alicate univ. 8” aço carbono
- furadeira 3/8 500W VVR KRS510

Estes só foram incluídos no regime de substituição tributária em 01/12/05, enquadrados no grupo de Ferramentas, conforme consta discriminado no Item 22 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Resumindo, verificado que a Impugnante traz, em atendimento ao despacho interlocutório, documentação sem qualquer vínculo com a autuação, planilhas com dados notoriamente inconsistentes e planilhas com inclusão de notas fiscais cujas mercadorias relacionadas não estavam afetadas ao regime de Substituição Tributária,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imperioso se faz concluir pela não comprovação efetiva de valores pagos sob o regime débito e crédito.

Para fins de se proceder a uma possível compensação no próprio PTA, necessário se faz conclusão inequívoca do pagamento anteriormente efetuado, sob pena de causar um prejuízo irreversível ao erário. Não é, como dito, o caso dos autos.

Para a Contribuinte, havendo o pagamento a título de ICMS/ST, existe a possibilidade, no prazo decadencial, de se requerer a restituição de valores indevidos de ICMS, se for o caso.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 582/583. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Tábata Hollerbach Siqueira.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora