

Acórdão: 15.231/02/2^a
Impugnação/Ag Retido: 40.010108103-40 (Impug.) e 40.030108567-83 (Agravado)
Impugnante/Agravante: DMA Distribuidora S/A
Proc. S. Passivo: Juliana Mendes Guimarães Pinto/Outros
PTA/AI: 01.000140330-10
Inscrição Estadual: 062.678368.1717 (Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, uma vez que as respostas aos quesitos formulados estão nos autos ou ao alcance da própria Impugnante. Recurso de Agravo não provido.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Estorno de crédito de ICMS concernente ao consumo de energia elétrica, prestação de serviço de comunicação bem como destacado em notas fiscais de aquisição de produtos relacionados no item 23 do Anexo IV do RICMS/96. Reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco em face da constatação de que parte das mercadorias não se enquadravam no citado dispositivo legal. Exigências parcialmente mantidas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - TRANSFERÊNCIA SEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL - A saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, constitui fato gerador do imposto e deve ser efetuada mediante a emissão de nota fiscal. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL - O contribuinte que adquirir bem para compor o ativo permanente deve possuir e escriturar o livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), nos termos dos artigos 203 a 205 do Anexo V do RICMS/96. Correta a exigência da MI prevista no art. 54, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

Constatou-se, mediante conferência de documentos e livros fiscais, após recomposição da conta gráfica, que o sujeito passivo, no período de 01.09.97 a 31.12.2001, incorreu nas seguintes irregularidades:

1) recolheu ICMS a menor, visto que apropriou indevidamente, a título de crédito, parte do imposto destacado nas notas fiscais de produtos relacionados no Item 23 do Anexo IV do RICMS/96;

2) recolheu ICMS a menor, em decorrência de apropriação indevida de crédito a que se referem as notas fiscais de energia elétrica;

3) recolheu ICMS a menor, face a apropriação indevida de crédito a que se referem as notas fiscais de serviço de comunicação;

4) recolheu ICMS a menor, eis que promoveu saídas de mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, conforme consta da relação de transferência de imobilizado da Central para as Filiais e dos demais quadros anexos;

5) A Contribuinte não possui o livro Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente.

Exige-se ICMS, MR (50%) e MI (UFIR e 20%)

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 4.708/4.726, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 4.729/4.735, promovendo retificação do crédito tributário e pedindo pelo indeferimento do pedido de prova pericial.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de prova pericial formulado pela Impugnante, conforme despacho de fls. 4.758.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 4.760/4.762).

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

Ainda nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 4.769/4.778, opina pelo não provimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência parcial do Lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

“O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante às fls. 4725/4726, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

Nesse sentido, quanto ao 1º quesito, infere-se que a Contribuinte requer que o perito esclareça *"se no estabelecimento objeto da autuação, existe atividade frigorífica, com utilização e ou emprego de câmaras e equipamentos cuja operacionalidade depende do consumo de energia elétrica"*.

Não obstante, há de se destacar que o próprio Fisco, em sua manifestação de fls. 4732 admite que *"existem câmaras frigoríficas em funcionamento no estabelecimento"* da empresa, motivo pelo qual torna-se desnecessária a realização de prova pericial para constatar tal fato e o conseqüente consumo de *energia elétrica* nas mesmas, sendo que o direito ou não ao aproveitamento destes créditos de ICMS é questão que envolve o mérito das exigências.

Relativamente ao 2º quesito, a Impugnante solicita que seja efetuada uma análise em seus cupons fiscais a fim de se verificar qual a alíquota que foi aplicada nas saídas dos produtos *"arroz carreteiro arisco 140g, arroz tio joão c/funghi 500g e tirinha de frango"*, sendo que uma vez ocorrendo a aplicação da alíquota de 18%, que se faça uma amostragem analítica-mensal dos valores levados a débito na conta-corrente gráfica da empresa.

Entretanto, vale salientar que o Fisco, mediante os quadros de fls. 4730 e 4736/4752, revisou o Auto de Infração, oportunidade em que excluiu do crédito tributário os aludidos produtos, motivo pelo qual torna-se inócua a realização da perícia requerida.

Por fim, no que concerne ao 3º quesito, a Contribuinte solicita que seja efetuada uma análise em suas notas fiscais de aquisição, para que seja esclarecido se além dos citados três produtos, houve aplicação da alíquota de 18% por ocasião das saídas das demais mercadorias por ela comercializadas.

A esse respeito, ressalte-se apenas que por ocasião da mencionada reformulação do crédito tributário promovida pelo Fisco o mesmo também excluiu as exigências referentes ao *"arroz tio joão a grega, arroz rarís int. 7 cereais, arroz tio joão brocolis, arroz tio joão curry, arroz tio joão ervas finas e arroz tio joão aromático"*, por entender que os mesmos não se enquadram no item 23.4 do Anexo IV do RICMS/96, que é o objeto da autuação, tendo providenciado a devida intimação à Autuada a respeito de tal fato, sem que a mesma, entretanto, tivesse se manifestado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, se porventura ainda houver nos autos outros produtos que não se enquadrem no citado dispositivo legal que prevê a redução da base de cálculo do imposto na saída, a própria Autuada que comercializa os mesmos, tem plenas condições bem como a obrigação legal de discriminá-los, conforme previsto no art. 98, II, da CLTA/MG, não havendo necessidade de realização de perícia técnica para tanto.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG, hipótese em que nega-se provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos.

DO MÉRITO

ITEM 1) APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE PARTE DO IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE PRODUTOS RELACIONADOS NO ITEM 23 DO ANEXO IV DO RICMS/96.

Referida irregularidade encontra-se discriminada nos Quadros de fls. 35/119 dos autos e abrange o período de setembro/97 a dezembro/01.

Vale destacar que o aludido dispositivo legal arrola diversos produtos, a exemplo de **arroz, feijão, óleo de soja e carne bovina**, cuja saída, em operação interna, é beneficiada pela redução da base de cálculo, facultada a utilização do multiplicador **0,07**.

Por sua vez, o subitem 23.4 do Anexo IV do RICMS/96, basicamente estabelece que:

"Efeitos de 1º-09-99 a 31-01-02 - (Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. 40.537, de 13-08-99) - Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, exceto aquela de que trata a alínea "c", com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subsequente beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria." (gn)

Assim, coube ao Fisco estornar a parcela do imposto creditado que excedeu ao percentual de 7% ali previsto, procedimento esse que encontra respaldo no que preceitua o art. 70, § 1º, da Parte Geral do RICMS/96, que estabelece que:

"Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada."

Importante destacar que no período de 12-07-97 a 31-08-99 o citado subitem 23.4 do Anexo IV do RICMS/96, excetuava a anulação do crédito em relação à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada de "arroz, feijão, farinha de mandioca, sal e pão", produtos estes que, neste referido interstício, não fazem parte do trabalho fiscal.

Acrescente-se ainda que mediante os demonstrativos de fls. 4736/4752 dos autos, o Fisco excluiu do crédito tributário a glosa de ICMS efetuada no período de setembro/99 a dezembro/01 em relação às aquisições de "arroz carreteiro arisco; arroz tio João a grega; arroz raris int. 7 cereais; arroz tio João brócolis; arroz tio João curry; arroz tio João funghi; arroz tio João ervas finas e arroz tio João aromático", eis que trata-se os mesmos de "arroz preparado", ou seja, mercadorias que possuem em sua composição outros elementos que não o arroz.

Nesse sentido, a título ilustrativo, esclarece o Fisco que o *ARROZ RARIS INT. 7 CEREAIS*, possui em sua composição "aveia integral, cevada, centeio, trigo, etc.". Já o *ARROZ TIO JOÃO A GREGA*, além de conter outros elementos em sua composição, apresenta em sua embalagem as expressões "cozinha fácil" e "8 porções", o que comprova que tais mercadorias não são apenas arroz, mas sim um agrupamento de vários produtos que resulta em um produto novo, uma refeição desidratada.

Quanto à *TIRINHA DE FRANGO*, sua exclusão se deveu ao fato do Fisco ter constatado que em sua composição há elementos que não apenas a carne de frango, a exemplo de "gordura suína, proteína vegetal, sal, açúcar, condimentos naturais, ovo, farinha de rosca e realçador de sabor", ou seja, trata-se de um produto industrializado e não um "produto comestível resultante do abate de aves, em estado natural, resfriado ou congelado", conforme definido no citado item 23 do Anexo IV do RICMS/96.

ITENS 2) APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS CONCERNENTE AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA.

Referida irregularidade encontra-se discriminada no quadro de fls. 120 dos autos que arrola as notas fiscais concernentes ao consumo de "energia elétrica" emitidas no período de junho a dezembro/01.

Em sua peça defensiva a Impugnante basicamente alega que a energia elétrica é diretamente consumida no processo de industrialização, ou seja, nas câmaras frigoríficas.

Não obstante, há de se destacar que o Fisco realizou diligência no estabelecimento da Autuada, oportunidade em que constatou que as atividades desenvolvidas nas câmaras frigoríficas ali em funcionamento se restringem a **resfriar** os produtos armazenados, os quais posteriormente são remetidos para as demais filiais nas mesmas condições em que foram recebidos.

Ressalte-se ainda que a Impugnante atua no ramo de supermercado, ou seja, desenvolve uma atividade comercial e não industrial, sendo que o processo de "resfriamento", *per si*, não se enquadra no conceito de industrialização a que se refere o art. 222, inciso II, da Parte Geral do RICMS/96, definido como "qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo", mesmo porque a mercadoria resfriada não perde o seu estado natural.

Em sendo assim, deve ser observado o disposto no art. 66, § 4º, subitem 1.2, da Parte Geral do RICMS/96, que disciplina que:

§ 4º - Somente dará direito de abatimento do imposto incidente na operação, sob a forma de crédito, a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

1.1) "omissis"

1.2) que for consumida no processo de industrialização; (...)"

No que concerne à sentença judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que estabeleceu que "São industriais as atividades de panificação e de frigorífico nos supermercados", ressalte que a mesma *"faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros"*, conforme art. 472 do CPC.¹

Além do mais, no tocante ao aspecto da produção de pães no estabelecimento comercial, ainda que a legislação permitisse o aproveitamento, necessário seria a apresentação de laudo de consumo dos equipamentos, de forma a separar a energia elétrica consumida em tal atividade do total de energia adquirida no período, prova esta não produzida pela defesa.

ITEM 3) APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS REFERENTE AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO.

“Referida irregularidade encontra-se discriminada nos demonstrativos de fls. 121/130 dos autos onde foram arroladas as notas fiscais de prestação de serviço de comunicação emitidas no período de junho a dezembro/01.

Registre-se apenas que o procedimento fiscal encontra amparo no art. 66, § 2º, subitens 1.1 e 1.2 da Parte Geral do RICMS/96, *in verbis*, dispositivo no qual não se enquadra a Autuada:

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

1) no período entre 1º de agosto de 2000 e 31 de dezembro de 2002:

¹ Parecer da Auditoria Fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.1) por estabelecimento prestador de serviço de comunicação, na execução de serviço desta natureza;

1.2) 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 e prestações totais;"

ITEM 4) RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS EM FACE DA CONSTATAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

Em relação a essa irregularidade vale destacar que após a lavratura do TIAF o Fisco, mediante o TERMO de fls. 09 dos autos, intimou a Autuada a relacionar os bens adquiridos no período de janeiro a dezembro de 2001, *a título de ativo imobilizado*, que porventura tivessem sido objeto de alienação, transferência, perecimento, extravio ou deterioração.

Em junho/02, visando atender à aludida intimação, a Contribuinte elaborou a planilha de fls. 16/20, intitulada *RELAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE IMOBILIZADO - DA CENTRAL PARA AS FILIAIS*, onde, ao final, ela própria após a observação de que *"as transferências relacionadas acima foram feitas sem emissão de nota fiscal"*.

Assim, a partir desse documento, coube ao Fisco, mediante os quadros de fls. 131/136 dos autos, discriminar as referidas operações de saídas efetuadas sem a competente emissão de nota fiscal, e aplicar as exigências de ICMS, MR e MI de 20%, capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75.

Inferre-se que o referido procedimento encontra amparo no que preceitua o art. 2º, inciso VI e art. 222, inciso I, da Parte Geral, c/c art. 1º, inciso I, do Anexo V, todos do RICMS/96.

Vale salientar também que em virtude das saídas terem sido efetuadas "desacobertadas de documentação fiscal" não há como a Autuada comprovar, de maneira inequívoca (mesmo porque não trouxe aos autos qualquer documento nesse sentido), que a imobilização se deu pelo prazo mínimo de 12 meses a que se refere o art. 5º, inciso XII, da Parte Geral do RICMS/96, hipótese em que, a princípio, parte das operações ora notificadas estariam amparadas pela não-incidência do imposto.

Acrescente-se ainda que, conforme cópia do LRE de fls. 3026/4500, quando da aquisição dessas mercadorias (a exemplo das NFs 000586 e 038813 escrituradas às fls. 3054 e 3063 dos autos), a Autuada apropriou-se integralmente do imposto destacado nas respectivas notas fiscais e não proporcionalmente, como deveria ter sido efetuado, caso realmente as mesmas tivessem sido adquiridas com o fito de integrarem o ativo imobilizado da empresa (art. 66, § 3º RICMS/96).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ITEM 5) A CONTRIBUINTE NÃO POSSUI O LIVRO CONTROLE DE CRÉDITO DE ICMS DO ATIVO PERMANENTE (CIAP).

Inferre-se que a exigência fiscal encontra-se respaldada no que disciplinam os artigos 203 a 205 do Anexo V do RICMS/96 que determinam a escrituração do referido livro fiscal em relação aos contribuintes que adquirirem bens para compor o ativo permanente.

Quanto à alegação da Impugnante de que a falta de exemplares do CIAP à venda nas gráficas e papelarias impossibilitou sua aquisição, saliente-se apenas que referida circunstância não elide o feito, haja vista que os §§ 2º e 5º do art. 203 acima referido facultam aos contribuintes substituírem o citado livro fiscal por "folhas ou fichas" ou mesmo efetuar a escrituração por "sistema eletrônico de processamento de dados".

Assim, correta a aplicação da penalidade isolada prevista no art. 54, inciso II, da Lei nº 6.763/75, conforme quadro de fls. 149 dos autos.

No que concerne à Multa de Revalidação, infere-se que a mesma é prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas, face ao disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, o mesmo ocorrendo em relação às questões aduzidas pertinentes à ilegalidade e inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação tributária deste Estado que respaldam o trabalho fiscal.

No mais, vale destacar que o art. 226 da Lei n.º 6.763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais. Visando disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13-10-97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.”²

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação fiscal de fls. 4729/4752. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

² Parecer da Auditoria Fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 20/11/02.

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

**Roberto Nogueira Lima
Relator**

MG

CC/MIG