

Acórdão: 16.691/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010113361-11
Impugnante: J N Xavier Dias e Cia. Ltda.
Proc. S. Passivo: Reginaldo Ribeiro Nazir
PTA/AI: 01.000145827-14
Inscrição Estadual: 034.848162.0380
Origem: DF/Teófilo Otoni

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ECF. Exigência da multa isolada prevista no art. 54, X, “b”, da Lei 6763/75, em função da Autuada não possuir, em seu estabelecimento, ECF devidamente autorizado. Infração caracterizada. Contudo deve ser alterado o crédito tributário, para adequar a Multa Isolada do art. 54, X, "b" da Lei n.º 6.763/75 aos termos da nova redação dada pela Lei 15.292/04. Exigência fiscal parcialmente mantida.

NOTA FISCAL – FALTA DO DESTAQUE DO ICMS. Emissão de notas fiscais de transferências de mercadorias sem o destaque do ICMS incidente nas operações. Infração caracterizada. Correta a exigência do ICMS, nos termos do art. 6.º, VI, da Lei 6763/75, bem como da multa isolada prevista no art. 54, VI, da mesma Lei, c/c art. 215, VI, “f”, do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- 1) Ausência no estabelecimento autuado, para acobertamento de suas operações, de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, devidamente autorizado pela Repartição Fiscal competente;
- 2) Falta de destaque do ICMS em notas fiscais de saída de mercadorias.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 57/82, contra a qual o Fisco se manifesta às fl. 175/178.

DECISÃO

Irregularidade 1:

Através de diligência fiscal realizada no dia 16/04/2004 (fl. 07), o Fisco constatou que o contribuinte autuado não possuía em seu estabelecimento Equipamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Emissor de Cupom Fiscal – ECF devidamente autorizado pela Repartição Fiscal, para acobertamento das operações que realizasse.

Face a essa constatação, o Fisco está a exigir a multa isolada prevista no art. 54, X, “b”, da Lei 6763/75, *in verbis*:

“**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:

(...)

X – por não possuir ou deixar de manter, no estabelecimento, para acobertamento das operações ou prestações que realizar:

(...)

b) ECF devidamente autorizado, quando obrigatório – 1.000 (mil) UFEMGs por período de apuração;”
(G.N.)

A previsão que fundamenta a exigência fiscal em questão advém do RICMS/02, que prevê a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), nas situações em que especifica, incluindo as saídas do Contribuinte ora autuado.

ANEXO V

“**Art. 28** – É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos artigos 29 e 34 desta Parte e no Anexo VI:

I – na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem, promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares;”

“**Art. 29** – Para os estabelecimentos indicados a seguir, a utilização de ECF será obrigatória:

I – a partir de 1º de janeiro de 2003:

a – estabelecimento no qual o contribuinte exerça a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares, com receita bruta anual igual ou inferior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), observado o disposto no parágrafo único deste artigo;” (G.N.)

Às fls. 64/78, a Impugnante transcreve vários dispositivos regulamentares que disciplinam a matéria, mas em momento algum demonstra que possuía, na data da diligência fiscal, o ECF devidamente autorizado ou que não estava obrigada a utilizá-lo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, a infração se mostra plenamente caracterizada, sendo legítima a exigência da penalidade aplicada.

Não obstante, o crédito tributário ora exigido está a merecer uma retificação.

A redação original do art. 54, X, “b”, da Lei 6763/75, previa a aplicação de penalidade correspondente a 1.000 (mil) UFEMGs por período de apuração para o qual o contribuinte realizasse operações sem possuir o ECF devidamente autorizado.

Assim, conforme demonstrativo de fl. 04, foi exigido o montante de R\$ 8.676,60, que equívale a 1.000 UFEMGs para os períodos de apuração de novembro/2003 a abril/2004 (6 x R\$ 1.446,10 = R\$ 8.676,60)

No entanto, com a edição da Lei n.º 15.292, de 05 de agosto de 2004, a penalidade aplicável passou a ser de 1.000 (mil) UFEMG's por constatação do Fisco, ou seja, para cada diligência fiscal em que ficasse evidenciada a não existência, no estabelecimento fiscalizado, de ECF devidamente autorizado.

LEI Nº 15.292, DE 05 DE AGOSTO DE 2004

(MG de 06/08/2004 e republicada em 07/08/2004)

“Art. 54 - (...)

X - (...)

b) ECF devidamente autorizado, quando obrigatório - 1.000 (mil) UFEMGs por constatação do Fisco;”

Portanto, a penalidade prevista no art. 54, X, “b” da Lei 6763/75, teve a sua redação alterada pela Lei 15.292/04, de 05/08/04, tornando-se menos gravosa, quando passou a estabelecer “*1.000 UFEMGs por constatação do Fisco*”. Dessa forma, cumpre adequar o feito fiscal, para exigir a referida penalidade nos termos da nova redação, obedecendo o preceito contido no art. 106, II, “c”, do CTN.

Irregularidade 2:

A Autuada emitiu as notas fiscais acostadas às fls. 08/53, relativas a transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos, sem, contudo, destacar o ICMS incidente nas referidas operações.

Conforme previsão contida no art. 6.º, VI, da Lei 6763/75, c/c art. 2.º, VI, do RICMS/02, é fato gerador do ICMS a saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (G.N.)

.....
Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (G.N.)

Assim, correta se mostra a exigência do ICMS relativo às operações em apreço, bem como da multa de revalidação, uma vez que respaldada na legislação vigente.

Em sua impugnação, a Autuada sustenta a tese da não ocorrência do fato gerador do ICMS em operações de transferências de mercadorias, baseando-se, principalmente, na Súmula 166, do STJ.

Entretanto, conforme determinação contida no art. 88, I, da CLTA/MG, não se incluem na competência deste órgão julgador, *a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.*

Além do ICMS e da respectiva multa de revalidação, o Fisco está a exigir a multa isolada prevista no 54, VI, da Lei 6763/75, c/c art. 215, VI, "f", do RICMS/02 (*dispositivo expressamente mencionados no relatório do Auto de Infração*), em função da falta de destaque do ICMS nas notas fiscais objeto da autuação.

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:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;" (G.N.)

.....
Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - por emitir documento fiscal com falta das seguintes indicações, exigidas neste Regulamento, ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas - por documento:

(...)

f - natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 4,90 (quatro inteiros e noventa centésimos) UFEMG;"

Assim, a exigência da referida multa isolada, também se mostra correta, uma vez que prevista na Lei 6763/75 e no RICMS/02.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a MI do art. 54, inciso X, alínea b, da Lei 6.763/75 aos termos da Lei 15.292/04. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino que ainda excluía a MI do art. 215, do RICMS/02. Designado Relator o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 26/10/04.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**

Acórdão: 16.691/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010113361-11
Impugnante: J N Xavier Dias e Cia. Ltda.
Proc. S. Passivo: Reginaldo Ribeiro Nazir
PTA/AI: 01.000145827-14
Inscrição Estadual: 034.848162.0380
Origem: DF/Teófilo Otoni

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Relata o Auto de Infração impugnado que o contribuinte:

1. não utilizava, em seu estabelecimento, o ECF devidamente autorizado, conforme previsto no art. 28 do Anexo V do Decreto 43080/02;
2. não destacou ICMS nas notas fiscais n.º 096, 101, 103, 106, 172, 176, 179, 182, 185, 203, 211, 215, 221, 222, 230, 237, 239, 242, 253, 273, 275, 288, 296, 306, 308, 338, 340, 346, 349, 352, 355, 357, 365, 379, 380, 397, 398, 400, 401, 405, 411, 416, 420, 422, 427 e 432, passível, portanto, da exigência regulamentar constante do art. 89, IV, e art. 215, VI – f.

Considerou-se violados os artigos 16, VI, e 39, §1º, da lei 6763; capitulando-se as penalidades previstas nos artigos 54, X-b, e 56, II, desta lei.

** Cópia das notas fiscais relacionadas – emissão da Autuada (IE n. 034.848162.03.80 - Araçuaí) – destinatário: outro estabelecimento do mesmo titular, em Salinas/MG (IE n.º 560.848162.00.45) – natureza: transferência de loja (CFOP 5152) – sem destaque do imposto – emissão entre março/03 e março/04 (fls. 08-53).

A Impugnante defende a correção das notas fiscais arroladas no item 02 da autuação, sob o argumento de que não incide o imposto sobre as operações por elas acobertadas, uma vez que tratam de transferências de mercadorias entre filial e matriz – explica que “matriz e filial, em cidades diferentes, regularizam seus estoques, em razão da demanda mercadológica”.

Equívoca-se o contribuinte. É irrelevante a natureza da operação, havendo a incidência do imposto no momento da saída de mercadoria do estabelecimento, exceto nos casos expressamente previstos em lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, tem-se que o art. 12, I, da lei complementar n.º 87/96, prevê a tributação, pelo ICMS, na saída da mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular. *Ipsis litteris*:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular

As exceções a esta regra estão expressamente discriminadas no art. 3º da mesma norma complementar, a qual não contempla a hipótese dos autos.

A legislação mineira não é discrepante. Dispõe o Regulamento de 2002 que:

Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

E, ainda, que:

Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido na operação própria ou do imposto retido por substituição tributária devido a este Estado.

No entanto, além do imposto e da multa de revalidação, relativas à infração n.º 02, foi imposta a multa prevista no art. 215, VI-f, do RICMS.

O referido art. 215, VI-f, só foi mencionado no corpo do Relatório do Auto de Infração, sem qualquer referência ao texto legal no qual está inserido (RICMS/02). Também não foi capitulado o dispositivo que o autoriza (lei 6763, art. 57).

Efeitos de 15/12/2002 a 31/10/2003 – Redação original:

Art. 215 -

(...)

VI - por emitir documento fiscal com falta das seguintes indicações, exigidas neste Regulamento, ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas - por documento:

(...)

f - natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 4,90 (quatro inteiros e noventa centésimos) UFEMG

Efeitos de 01/01/76 a 31/10/2003 - Redação original:

Art. 57- As infrações para as quais não haja penalidade específica serão punidas com multa de 1/10 (um décimo) até 10 (dez) vezes o valor da UPFMG, a critério da autoridade competente e nos termos do Regulamento.

A lavratura do Auto de Infração, consistindo em um lançamento tributário - ato administrativo vinculado -, está adstrito ao disposto no ordenamento jurídico, sob pena de violação dos princípios da justiça e da segurança jurídica.

Neste ponto, faz-se um aparte, para discorrer brevemente sobre o princípio da legalidade, informador deste - como de todos os demais - atos administrativos.

O Princípio da Legalidade está preceituado no art. 5º II da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Percebe-se, pois, que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devida e regularmente elaboradas.

A ocorrência, no mundo fenomênico, da situação hipoteticamente descrita na regra jurídica como apta a gerar o crédito tributário (tributo e/ou multas), faz surgir uma relação jurídica de caráter obrigacional, onde a pretensão é exercida pela pessoa jurídica de direito público, cabendo o dever de prestá-la ao sujeito passivo, aquele que praticou a conduta ou se encontrava na situação jurídica descrita como hipótese de incidência tributária.

A estrutura da norma jurídico-tributária não é diferente da das demais normas - é exatamente a subsunção do fato concreto (fato gerador in concreto) à situação hipoteticamente prevista/descrita que faz nascer a obrigação tributária. É condição necessária e suficiente à formação da relação Fisco-contribuinte, como se depreende do disposto no art. 113, § 1º, do Código Tributário Nacional:

Em matéria tributária, o princípio da legalidade assume feições ainda mais fortes, pois a lei instituidora do crédito deve definir, em abstrato, todas as nuances relevantes para que, no caso concreto, se possa precisar a efetiva ocorrência do fato hipoteticamente previsto.

Voltando ao tema deste Auto, já foi dito que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tornou-se cediço afirmar que é o ato administrativo que atesta a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identifica o sujeito passivo, determina a matéria tributável e calcula, ou define por outra forma, o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível.

Hely Lopes MEIRELLES sempre preciso em seus conceitos, ensina, por seu turno, que

"ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria." (*Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, p. 132)

No que se refere à invalidade destes atos administrativos, é preciso Celso Antonio BANDEIRA DE MELO ao afirmar que *"os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à de conformidade com o Direito (validade)".* (*Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Malheiros, p. 333-5)

Decorre das citações acima que o Auto de Infração, formalizador do lançamento, não pode prevalecer, em sua totalidade, se lavrado sem a necessária base legal que justifique o crédito tributário – ato administrativo desconforme com o Direito.

No caso concreto ora analisado, falta a capitulação legal para lançamento da multa por falta de destaque de ICMS – importante mencionar, na oportunidade, que a menção ao artigo, no ‘Relatório’, não se presta como fundamento do feito, pois, além do mesmo não ser mencionado no campo próprio das penalidades aplicadas, não foi expresso o diploma legal ao qual se referia ou a lei que o autorizava.

Apenas para arrematar, transcreve-se pensamento do ilustre jurista Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, que já se tornou célebre na doutrina jurídica nacional,

"Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo."

Mais adiante, conclui:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra". (*ob. cit.*)

Quanto à acusação de não utilização do equipamento ECF, não houve divergência de voto.

Pelo acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir a multa isolada do art. 215, VI-f, do RICMS, e para adequar a multa isolada do art. 54, X-b, da lei 6763/75, às alterações promovidas pela lei 15.292/04.

Sala das Sessões, 26/10/04.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira