

Acórdão: 17.218/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111968-58
Impugnante: Phelps Dodge Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Stanley Martins Frasão/Outro(s)
PTA/AI: 01.000144017-01
Inscr. Estadual: 518.718532.00-08
Origem: DF/ Poços de Caldas

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO - FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Constatado que a Impugnante recolheu ICMS a menor, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS nas operações com mercadorias que não se destinaram a posterior comercialização ou industrialização pelos destinatários. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para excluir as exigências relativas aos documentos de fls. 61 e 84.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatadas vendas de mercadorias a pessoas físicas e jurídicas, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, utilizando, indevidamente, a alíquota interestadual. Infração caracterizada nos termos do artigo 43, inciso II, alíneas “a” e “a.2”, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO - ZONA FRANCA DE MANAUS. Perda do benefício da isenção por inobservância das disposições contidas no artigo 285, inciso II, parágrafo único, item 4, Anexo IX, e Anexo I, item 57, Alínea "b", todos do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no exercício de 1998, pelas seguintes irregularidades:

- 1- falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas à comercialização/industrialização;
- 2- aplicação indevida de alíquota interestadual nas operações para não contribuinte do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3- remessas de mercadorias para os Estados de Amazonas e Rondônia, ao abrigo indevido da isenção.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 372 a 394, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 414 a 426.

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 04/08/04, deliberou converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco que se manifesta às fls. 442 a 444 e apresenta os documentos de fls. 445 a 469. A Autuada se manifesta a respeito (fls. 473 a 474).

Em sessão realizada em 20/07/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 03/08/05.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator), pela procedência parcial do lançamento, para manter: 1) a exigência 1 quanto às Notas Fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165, 213; 2) a exigência 2 integralmente; a exigência 3 apenas quanto às Notas Fiscais do quadro de fls. 314/315, que constem as infringências "sem destaque" e "município não contemplado". Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Ana Carolina Silva Barbosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

DECISÃO

1 - Falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas a comercialização/industrialização

Conforme estabelece o artigo 50, inciso I, letra "a" do RICMS/96, integram a base de cálculo do imposto, nas operações, todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, acréscimo ou outras despesas.

No caso dos autos, a Autuada deixou de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas à comercialização ou industrialização, no exercício de 1998, gerando uma diferença de ICMS a recolher.

Todavia, deve-se excluir do crédito tributário as exigências relativas às notas fiscais de fls. 61 e 84, efetivamente destinadas à comercialização pela destinatária.

2 - Aplicação indevida da alíquota interestadual nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O feito fiscal refere-se à exigência da diferença de ICMS entre o imposto que o Fisco entende devido nas operações realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 309 a 312 dos autos, de emissão da Autuada, e o imposto por esta destacado.

A Autuada, por considerar os destinatários como contribuintes do ICMS nos Estados de destino, promoveu a venda das mercadorias descritas nas citadas notas fiscais destacando o ICMS com fundamento no artigo 43, inciso II, alíneas “b e c”, da Parte Geral, do RICMS/96, que determinam que as alíquotas serão: de 7%, quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado no Estado do Espírito Santo ou nas regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste e de 12%, quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões sul e sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo.

O Fisco, por entender que os destinatários não são contribuintes do imposto, advoga que a alíquota que deveria ter sido aplicada nas operações seria a alíquota interna (18%), conforme o mandamento do mesmo artigo 43, inciso II, porém, alínea “a”, subalínea “a.2”.

Vê-se, portanto, que o cerne da questão resume-se em se precisar a condição dos destinatários das mercadorias, se contribuintes ou não contribuintes do ICMS, uma vez que a localização dos mesmos nos Estados da Bahia, Rio de Janeiro e Paraná são pontos incontroversos na presente demanda.

Não há, pois, nenhuma dúvida acerca da alíquota que deveria ter sido aplicada nas operações interestaduais com destinatários dos referidos Estados face à caracterização dos destinatários como não contribuintes do ICMS.

A diferenciação de alíquotas, internas e interestaduais, tem como objetivo propiciar ao Estado destinatário o benefício do recolhimento a seu favor, o que só ocorrerá se houver uma operação subsequente. No caso em análise, os destinatários são consumidores finais das mercadorias adquiridas e, portanto, não seria atingido o aspecto finalístico da norma.

3 - Remessas de produtos ao abrigo indevido da isenção para os Estados do Amazonas e de Rondônia

Imputado o recolhimento a menor do ICMS devido, em razão de saídas de mercadorias ao abrigo indevido da isenção, tendo em vista o não atendimento às condições impostas pela legislação mineira.

As notas fiscais, datas de emissão, valores base de cálculo e ICMS devidos encontram-se relacionados conforme Anexo V (fls. 314/315). Notas fiscais anexadas às fls. 316/357 e Consulta Sintegra às fls. 358 a 366 dos autos.

O Estado de Minas Gerais, dada a previsão contida no artigo 176 do CTN e a competência disciplinada no artigo 8º, "caput", da Lei nº 6763/75, e na condição de signatário do Convênio ICM 65/88, que concedeu isenção de ICMS nas remessas de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

produtos industrializados para Zona Franca dos Estados de Amazonas e Rondônia, fixou condicionantes ao gozo de tal benefício - artigo 6º, Parte Geral, c/c item 57, Anexo I, c/c artigos 285 a 298, Anexo IX, todos do RICMS/96.

O disposto no artigo 285, parágrafo único, item 4, dispõe o seguinte:

"Art. 285 - É isenta do imposto a saída de produtos industrializados de origem nacional, com destino a estabelecimento de contribuinte localizado nos seguintes Municípios:

(...)

Parágrafo único - A isenção prevista neste artigo:

(...)

4- somente é aplicável se o remetente abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa na respectiva nota fiscal.

Corretas as exigências fiscais (ICMS e MR), em face do disposto no artigo 8º, § 2º, da Lei nº 6763/75, "quando o reconhecimento da isenção do imposto depender de condição posterior, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorrer a operação".

No tocante à alegação da Impugnante que questiona a constitucionalidade e legalidade da aplicação da taxa SELIC, a mesma têm amparo na legislação mineira e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão.

Quanto à alegação da Impugnante de que o "lapso temporal", entre a realização dos trabalhos fiscais e a lavratura do Auto de Infração, a faz presumir que o próprio Fisco teve dúvidas quanto à emissão da peça fiscal, parece suscitar a discussão acerca da ocorrência da decadência do crédito tributário em epígrafe.

A ação fiscal não violou os preceitos contidos nos artigos 51 e seguintes e o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos ditames dos artigos 58 e seguintes, todos da CLTA/MG.

Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05(cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

No presente caso, o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2003 e seu recebimento pela Impugnante ocorreu em 29/12/2003, sendo que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para o exercício de 1998 foi 01/01/1999 e o marco final 31/12/2003.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, a pretendida decadência para o exercício de 1998 não se afigura nos autos, devendo as exigências fiscais serem mantidas integralmente.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 03/08/05, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para, em relação ao item 1 do Auto de Infração excluir as exigências relativas aos documentos de fls. 61 e 84. Vencidos, em parte, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator) e Juliana Diniz Quirino, que o julgavam parcialmente procedente, para manter: 1) a exigência 1 quanto às Notas Fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165, 213; 2) a exigência 2 integralmente; 3) a exigência 3 apenas quanto às Notas Fiscais de quadro de fls. 314/315, que constem as infringências "sem destaque" e "município não contemplado". Designado Relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor).

Sala das Sessões, 10/08/05.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

Acórdão: 17.218/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111968-58
Impugnante: Phelps Dodge Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Pedro Roberto Tonon/Outros
PTA/AI: 01.000144017-01
Inscr. Estadual: 518.718532.00-08
Origem: DF/ Poços de Caldas

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, 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.

Este voto diverge do voto vencedor quanto: à primeira exigência, pela razão se somente aquele manter o crédito tributário inerente às notas fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165 e 213; à terceira exigência, pela razão de somente manter o crédito tributário perseguido pelo Auto de Infração inerentes às notas fiscais do quadro de fls. 314/315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”.

Exigência 1 do Auto de Infração

A razão da grande exclusão quanto à primeira exigência faz-se pelo fato de o Fiscal Autuante ter se embasado, para acusar, em dados SINTEGRA e no CAE das destinatárias.

Dados SINTEGRA, com todo o respeito, não se prestam a sustentar uma acusação deste porte. É entendimento corrente desta casa que os dados da consulta ao SINTEGRA não geram o resultado suficiente seja para acusar, seja para defender.

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE. O fato de constar na tela do "Sintegra" o contribuinte como "não habilitado" não autoriza o Fisco a considerar as notas fiscais por ele emitidas como inidôneas, nos termos do artigo 134 do RICMS/96 e, também, em face da ausência dos atos declaratórios de inidoneidade. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime. (Acórdão CC/MG, 16.434/04/1^a, em 10/02/04).

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA – Com base em informações

repassadas pelo fisco paulista em consultas ao SINTEGRA, o Fisco mineiro imputara à Contribuinte a utilização de documentos fiscais inidôneos com a conseqüente entrada de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Entretanto, diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justificase o cancelamento das exigências fiscais. Recurso de Revista conhecido pelo voto de qualidade e não provido à unanimidade. (Acórdão CC/MG 2.700/02/CE, em 27/09/02).

“[...] A Impugnante alega que a empresa emitente dos documentos objeto do presente feito estava em situação regular, conforme consulta pública ao cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo (fl. 150).

Contudo, tal consulta não tem o condão de invalidar o ato declaratório de inidoneidade, regularmente publicado com base no Relatório DRTC-II/NF-4 da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo (fl. 12).

Note-se que na tela do Sintegra/ICMS consta a observação de que ‘os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas’. [...]” (Decisão, Acórdão 16.357/05/2ª, em 08/06/05).

Resta, pois, analisar a segunda sustentação da qual se serve o fisco para a acusação constante do Auto de Infração: C.A.E. das destinatárias, através de consultas aos cadastros da Receita Federal. Com todo o respeito, tal dado também é insuficiente para provar a condição de não contribuinte, pois o C.A.E. apenas informa a atividade principal.

O interesse da informação, quanto a ser contribuinte do ICMS ou não, para se ter a sustentação da acusação com segurança necessária deveria ter se dado via consulta à Secretaria da Fazenda dos Estados destinatários. Jamais informações do Fisco Federal na síntese de uma tela do C.N.P.J. gerariam a informação de que necessitava o fisco mineiro para sustentar a sua acusação.

Porém, está escrito no campo “Dados adicionais” das notas fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165 e 213 que as mercadorias delas constantes Destinam-se a obra ou canteiro de obras. Esta destinação expressa no documento fiscal ratifica que não tratava de operações destinadas à comercialização ou à industrialização. Sendo assim, correta a exigência fiscal.

Exigência 3 do Auto de Infração

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à exigência nº 3 do Auto de Infração, conforme constou do voto vencido, apenas devem ser mantidas as exigências quanto às notas fiscais constantes do quadro de fls. 314 e 315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”.

Neste caso apenas uma ressalva, pois constou como sendo as infringências “sem destaque”. No entanto, não consta do citado quadro tais infringências. São elas, por um equívoco citadas “sem destaque”, porém referem-se às “sem desconto”.

A razão da exclusão das demais também se dá pelo de o Fisco ter se embasado, quanto a estas, em dados SINTEGRA, sendo desnecessário repetir a fundamentação já apresentada quanto da apreciação acima, da exigência 1 deste mesmo Auto de Infração.

Estas são, pois, a razões das divergências deste voto com o voto vencedor.

Sala das Sessões, 10/08/05.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Conselheiro