

Acórdão: 17.576/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116054-99
Impugnante: Piroex Ltda.
Proc. S. Passivo: Pedro Cândido Vilela/Outro(s)
PTA/AI: 01.000148846-81
Inscr. Estadual: 062.220975.00-23
Origem: DF/BH-5

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatou-se mediante conferência de livros, documentos fiscais e extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, que esta promoveu saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal. Exigências parcialmente mantidas, conforme reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco e ainda, para excluir: as exigências relativas aos documentos extrafiscais vinculados à empresa Minas Pirotécnica Ltda; as exigências relativas à caracterização de subfaturamento; aos valores inerentes a shows pirotécnicos desvinculados de fornecimento de mercadoria.

MICRO GERAES – DESENQUADRAMENTO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado o recolhimento a menor de ICMS em razão do enquadramento indevido na condição de ME, por apresentar receita bruta anual superior ao limite regulamentar, a partir de setembro daquele ano, superando o limite mínimo para o enquadramento como EPP.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se, mediante a conferência de livros e documentos fiscais e extrafiscais, que o contribuinte:

- promoveu saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, no período de jan./03 a set./04, apuradas através de documentos extrafiscais;

- manteve-se indevidamente enquadrado como microempresa, nos meses de outubro a dezembro/04, visto que sua renda bruta acumulada até o mês de setembro ultrapassou o limite legal, ensejando sua reclassificação como empresa de pequeno porte – EPP faixa 1.

Foi exigido ICMS, MR e MI (art.55, inciso II da Lei 6763/75), pela transgressão dos artigos: 5º §1º item 1; 6º inciso VI; 16 incisos VI, VII, IX e XIII; 25 e 39 §1º, da Lei 6763/75 – 11; 14 inciso VIII; 15 inciso IV e 19 do decreto 13.437 – 1º; 2º inciso VI; 96 incisos X e XVII; e 130 incisos I, II e III do RICMS/02 – 1º inciso I e 12 inciso I do Anexo V – 16; 21 §1º; 22 inciso II; 24; 31; 52 inciso IX; 55 inciso I e 58 do Anexo X do RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Instruíram a peça de acusação os documentos de fls. 02-07 e 11-499.

Não se conformando, a empresa autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 503/510.

Acompanharam a peça de defesa os documentos de fls. 511/937.

O agente fazendário refutou a defesa às fls. 939/961.

O crédito tributário foi reformulado em razão do acatamento de documentos juntados à Impugnação (fls. 962/975 – DCMM às fls. 984/985).

O procurador do contribuinte foi pessoalmente intimado da reformulação, em 20.10.2005 (fl. 986), mas não se manifestou.

Remetido o processo à Auditoria fiscal, foi exarado o Parecer de fls. 990-998 da lavra do auditor Marcial Gomes de Melo, o qual opinou pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do crédito.

É o relatório.

DECISÃO

Preliminar

1. Nulidade do Auto de Infração

A empresa arguiu a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, uma vez não se ter especificado se foi aplicada a penalidade prevista no caput ou nas alíneas “a” ou “b” do inciso II do art. 55 da Lei 6763/75.

Considerando a possibilidade da incidência da referida multa, entende que seria aplicável a redução da alínea “a”, visto que “*a fiscal lançou mãos das notas fiscais e do LRS, para apurar o aspecto quantitativo da hipótese de incidência*”, além do fato do texto legal não mencionar a expressão “*documentos fiscais*” mas “*documentos*”, o que inclui também documentos particulares.

Data vênia, há de ser afastada a preliminar argüida, por estar o lançamento revestido de todos os elementos indispensáveis à sua formalização, nos termos dos artigos 57 e 58 da CLTA.

A descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação, as circunstâncias em que foram praticados, a menção aos dispositivos infringidos e às penalidades, bem como a apuração e demonstração do valor exigido não deixam dúvidas quanto à capitulação da multa isolada.

Não fosse suficiente, no caso de não ser feita qualquer menção às alíneas de um dispositivo, é forçosa a interpretação de que se está a aplicar o seu caput.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à pretendida redução, veiculada pelas não mencionadas alíneas, não é ela aplicável, visto não ter sido apurada a infração com base em documentos e livros comerciais e/ou fiscais.

O lançamento teve por fundamento as informações constantes de documentos extra fiscais apreendidos, os quais não foram – obviamente – registrados nos livros fiscais, comerciais ou contábeis da empresa.

Art. 55 - (...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Efeitos de 28/12/91 a 31/10/2003 - Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 10.562, de 27/12/91 - MG de 28.

"a - quando as infrações a que se refere o inciso forem apuradas pelo Fisco, com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte"

2. Irregularidade do procedimento fiscal

Relativamente ao procedimento fiscal, a Impugnante questionou que:

- a maioria dos documentos foi encontrada na bolsa da vendedora/orçamentista autônoma Marlene – a qual trabalha também para outras empresas do ramo (declarações de fls. 914-917);
- o TAD menciona um Anexo A, ao qual não teve acesso;
- não há referências, no TAD, à existência de relatórios de venda.

O processo de fiscalização, que culminou com o Auto de Infração em discussão, teve início com a apreensão de documentos extra fiscais, formalizada pelo TAD 009726 de 13.10.04 e termos de intimação fiscal.

Não se questiona a propriedade destes documentos, visto terem sido entregues pelo contribuinte ou terem sido apreendidos em seu estabelecimento.

Não se pode também alegar desconhecimento dos documentos apreendidos, uma vez que, como atestado pelo doc. de fl. 913, no dia 14 de outubro de 2005, foi

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deslacrada, na presença do sócio-gerente da empresa, a caixa – mencionada no termo de apreensão – contendo 04 disquetes e diversos documentos.

No momento da conferência, o sócio teve de se ausentar e pediu que esta fosse feita sem sua presença.

A legislação impõe seja o deslacramento e conferência feitos na presença de um representante da empresa, que, no entanto, pode optar por não acompanhá-los, sem máculas ao procedimento fiscal.

Os trabalhos realizados encontram respaldo na legislação tributária do Estado de Minas Gerais. Confira-se:

RICMS/02

Da Fiscalização

Art. 189 - A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas, físicas ou jurídicas, inscritas ou não como contribuintes, que pratiquem operações ou prestações sujeitas ao imposto.

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

(...)

Art. 193 - Os livros, meios eletrônicos e os documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatórias ao Fisco Estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 13.515, de 7 de abril de 2000, observado o seguinte: (...)

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.

Quanto à argumentação de que a vendedora/orçamentista Marlene trabalha também para concorrentes da empresa Impugnante, registra-se que foge à qualquer lógica imaginar que os orçamentos e pedidos (vários dos quais mencionam o estabelecimento da Piroex e/ou Minas Pirotécnica) feitos por consumidores sediados no Estado de Minas Gerais possam se referir a uma empresa localizada no Estado da Bahia.

- contrato firmado entre Marlene de Souza Crespo, corretora de shows pirotécnicos, e A Pirotécnica e Eventos Ltda. (Salvador/BA) (fls. 918/919 – *autenticação cartorial*)

Do Mérito

Versa o presente processo sobre a constatação da ocorrência de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal.

Em razão destas operações, teve-se o indevido enquadramento do contribuinte como microempresa, nos meses de outubro a dezembro/2004, implicando sua reclassificação como empresa de pequeno porte – EPP faixa 1.

- AI lavrado em 17.06.2005 (fls. 08/10) e recebido em 29.07.2005 (fl. 499);
- TAD n. 009726 de 13.10.2004 (fl. 02) - documentos extrafiscais (blocos de pedidos, orçamentos, controles de estoque, caixas com conteúdos diversos etc.) - assinado por advogado com procuração assinada pelo sócio da empresa (fl. 04);
- Termo de intimação fiscal (fl. 03) – intimação para entrega de livros e documentos fiscais;
- relatório fiscal e demonstrativo do crédito (fls. 14/15);
- planilha Anexo I – levantamento das saídas sem NF apuradas através de pedidos em blocos apreendidos (fls. 17/26);
- planilha Anexo II – levantamento das saídas sem NF apuradas através de relatórios de vendas/comissões apreendidos (fl. 28);
- planilha Anexo III – apuração da receita bruta real (fl. 30);
- recomposição da apuração do ICMS (fls. 32/33);
- consolidação dos anexos (fl. 35);

- recomposição da conta gráfica (fl. 37);
- demonstrativo do crédito tributário (fl. 39);
- Anexo VII – documentos extrafiscais “pedidos” (fls. 41/365);
- relatórios de vendas/funcionário e data (fls. 367/381);
- DAPI e consulta Sicaf receita bruta (fls. 382/397);
- cópia do LRS e RAICMS (fls. 399/496);
- Boletim de Ocorrência Criminal (fl. 497/498).

1. Incidência do imposto sobre serviços

Estatuiu a Impugnante que tem por atividade econômica a “industrialização e comercialização de fogos de artifícios e correlato, prestação de serviços e shows pirotécnicos” (cláusula 3ª do contrato social – CNAE-Fiscal 5249-/13).

Complementou que a produção dos shows pirotécnicos está prevista no subitem 12.13 da Lista de serviços anexa à LC n.º 116/2003. Assim, só incidiria o imposto estadual nos casos em que houvesse venda isolada de fogos de artifício, sem a produção do espetáculo.

Parcialmente correta a formulação do contribuinte.

Embora segundo a 1ª alteração do contrato social da empresa (fls. 925-927), o objetivo da matriz (Belo Horizonte) seja “*somente a comercialização de fogos de artifício e correlatos*”, enquanto à filial (Rio Acima) caiba a industrialização, comercialização e prestação de serviços de shows pirotécnicos – o objetivo social não foi modificado na 2ª alteração contratual de 19.01.2005 -, não deve o imposto estadual incidir sobre os serviços listado na lei complementar.

Lei Complementar 116/2003:

Art. 1º - O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Lista de serviços

12 - Serviços de diversões, lazer, entretenimento e congêneres

12.13 - Produção, mediante ou sem encomenda prévia, de eventos, espetáculos, entrevistas, shows, ballet, danças, desfiles, bailes, teatros, óperas, concertos, recitais, festivais e congêneres.

Devem ser excluídas as exigências relativas a pedidos que mencionam apenas a realização de shows; observando-se, entretanto, que os valores relativos a estes shows devem manter uma razoável proporcionalidade aos das mercadorias vendidas.

Isto se faz necessário para que se evite a possibilidade de subfaturamento do produto vendido e superfaturamento do serviço, como forma de evasão de tributos.

2. Questionamento da validade das provas

O sujeito passivo contestou a validade das provas apresentadas pelo Fisco, sob o argumento de que, para um contrato de compra e venda ser válido é necessário o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 481 a 504 do CC.

Claramente protelatório o recurso.

A se exigir a formalização de um contrato a cada operação de venda de mercadoria, no comércio de varejo, para que se tenha a incidência do ICMS, os Estados irão à bancarrota – ou tornar-se-á inviável o mercado brasileiro.

Em suas vendas, a empresa contestante não firma o contrato que ora requer provado. Especialmente, não o fará nas hipóteses em que pretende que a operação ocorra sem conhecimento dos órgãos fiscais.

Especificamente sobre os relatórios de venda (fls. 367/381), apontou a falta de assinaturas, valores mensais e data de saída da mercadoria (ter-se-ia apenas o mês de fechamento do contrato), bem como diz desconhecer várias das pessoas citadas, visto que seus representantes comerciais são autônomos.

Os referidos relatórios arrolavam operações que ocorreram com e sem documentos fiscais. Não é factível que eles sejam verdadeiros nos itens que há menção à nota fiscal e sejam estranhos à empresa nos demais.

Como dito pelo agente autuante, o lançamento foi baseado “*em documentos extra fiscais apreendidos no estabelecimento do contribuinte, documentos esses que demonstraram a ocorrência de operações desacobertas de documentação fiscal*”.

Todos os documentos apreendidos e/ou apresentados pelo contribuinte foram minuciosamente analisados: tipo de mercadoria, data, destino, valor, forma de

pagamento etc.. Desta análise resultou a conclusão de que os documentos realmente se referiam a operações das empresas Piroex e Minas Pirotécnica.

Ainda relativamente aos relatórios, a Impugnante pondera que não representam a sua realidade – por exemplo, nos meses de set., nov. e dez./03 e maio e junho/04, apresentam diferença positiva (a tributar), enquanto, em jan., julho, agosto e set./04, as diferenças são negativas. Pergunta se teria a empresa faturado a mais e, em caso afirmativo, por que não houve compensação.

A resposta é imediata: não se tem caracterizado o faturamento a mais pela empresa. As diferenças negativas (não tributadas) significam apenas que as mercadorias vendidas pelos vendedores listados (que não são os únicos da empresa) foram menores que as vendas declaradas em documento fiscal somadas às saídas apuradas em documentos extra fiscais.

A planilha apresenta dados parciais das vendas do estabelecimento, as demais operações foram realizadas por outros vendedores não arrolados – uma vez que não foram encontrados os documentos referentes a eles.

3. Não ocorrência das operações

A empresa levantou dúvidas quanto à efetiva realização das operações:

- os papéis têm a denominação de ‘orçamento’ ou ‘pedido’, podendo ou não caracterizar um contrato de compra e venda – uma proposta pode se transformar em uma venda efetiva com entrega imediata ou futura, ou, ainda, não se consumir a transação;
- não se sabe se se trata de um pedido sujeito à confirmação e entrega posterior ou se de simples proposta (orçamento);
- não há comprovação de entrega da mercadoria;
- em muitos, não há data de emissão, entrega ou saída, para se determinar o momento da ocorrência do fato gerador.

Elaborou e anexou à defesa uma planilha (fls. 511-520), na qual especificou se o negócio foi finalizado (pedido – *vários “pedidos” mencionam que não houve NF ou “saída”*) ou não (orçamento) – data da saída da mercadoria – valor do pedido – emitente do pedido ou orçamento – destinatário – autorização do DEOSP – emitente da NF (anexa notas da Minas Pirotécnica e da Piroex que não teriam sido consideradas pelo Fisco) – se inclui serviço de instalação e queima de fogos.

A planilha incluiu, em alguns casos, declaração do cliente de que o negócio não se concretizou ou que o fornecedor foi a Minas Pirotécnica. E informou, ainda, se a Impugnante reconhece ou não a efetividade do negócio – acrescenta que, caso a resposta seja não, pode ter havido venda de mercadorias, mas não pelas empresas citadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexou vários documentos que comprovariam o dito:

- declarações de clientes de que solicitaram orçamento mas não adquiriram os produtos (fls. 558, 562, 574, 660, 684, 687, 740, 761, 781, 787, 794, 799, 812, 823, 847, 866, 891);
- declarações de clientes de que não adquiriram os produtos da Piroex, mas da Minas Pirotécnica (fls. 527, 529, 548, 645, 652, 680);
- declaração de que não adquiriu qualquer mercadoria da Piroex neste período (fl. 605);
- nota de empenho da Prefeitura de Caratinga e comprovante de pagamento (fls. 662/663);
- notas fiscais da Minas Pirotécnica (fls. 537, 541, 542, 544, 566, 612, 615);
- contrato com a Piroex (fls. 545 → a autorização é para a Minas Pirotécnica);
- notas fiscais da Piroex (fls. 576, 617, 620-640, 664, 666, 674, 678, 679, 698, 700, 702, 704, 707, 709, 711, 717, 719, 721, 724, 726, 730, 749, 757, 759, 768, 771, 785, 816, 830, 832, 836, 853, 855-856, 864, 875, 878, 880, 882, 887).

Primeiramente, é importante registrar que o crédito tributário foi reformulado, com acatamento dos documentos fiscais apresentados - foram reconhecidas as notas fiscais emitidas por qualquer das empresas, Piroex ou Minas Pirotécnica, referentes às operações alcançadas pelo Auto de Infração.

Entretanto, quanto à efetividade das operações documentadas nos pedidos e orçamentos apreendidos, não cabe razão à defendente.

Não deixam estes documentos quaisquer dúvidas quanto à realização das operações mercantis – contém dados precisos e claros: discriminação das mercadorias, datas, horário, nome do vendedor, local do evento e forma de pagamento (ex.: cartão, cheque, dia do pagamento, pagamento moto boy, n.º de cheques); alguns contém informação de necessidade de assistência técnica ou outros comentários pitorescos (como o de chegar antes da polícia ou o de não emitir nota fiscal).

As declarações de clientes, anexadas à peça Impugnatória, não são suficientes para descaracterizar as operações. Principalmente se se considerar que várias delas se referem a operações para as quais há menção no documento extra fiscal da data do pagamento e/ou assinatura do cliente.

Para alcançar os valores a serem exigidos, o agente fiscal confrontou os documentos extra fiscais, alhures discutidos, e as notas fiscais emitidas pela empresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acompanharam o Auto de Infração as planilhas informativas e os documentos comprobatórios.

- planilha Anexo I – levantamento das saídas sem NF apuradas através de pedidos em blocos apreendidos (fls. 17-26) – data/mercadoria (fogos)/valor total/dados da NF (se existente)/diferença a tributar/ICMS devido/MI;

- planilha Anexo II – levantamento das saídas sem NF apuradas através de relatórios de vendas/comissões apreendidos (fl. 28) – relatório (data, valor e vendedor)/deduções (diferença a tributar/Anexo I e saídas declaradas)/diferença a tributar/ICMS devido/MI.

- Anexo VII – documentos extrafiscais “pedidos” (fls. 41-365) → não contém assinatura do recebedor – alguns detalham a forma de entrega, serviço conexo e/ou pagamento – alguns estão acompanhados de ‘formulário de vistoria e plano de fogo’ (ex. fls. 142, 200 e 206) – os pedidos para os quais foi emitida nota fiscal está acompanhado por cópia deste documento - fl. 134 – “*ficha de acompanhamento de show*” – menciona a não emissão de NF e a inexistência de licença do DEOESP - fls. 147, 151, 156, 158 e 278 – *fichas semelhantes – também mencionam que não foi emitida NF, mas recibo;*

- relatórios de vendas/funcionário e data (fls. 367-381) – cliente/valor/comissão/total

Demonstrada a venda de mercadoria, sem a emissão do documento fiscal, está correta a imposição da multa isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

Art. 55 - (...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos: (...)

Cabível, também, a exigência do Imposto e da Multa de Revalidação, uma vez que, não emitidas as correspondentes notas fiscais, não foram as operações informadas ao Fisco estadual e, conseqüentemente, não foram elas alcançadas pela tributação.

RICMS/02:

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.

4. Inclusão de operações realizadas pela Minas Pirotécnica

Afirmou a defendente, ainda, que os pedidos e/ou orçamentos apreendidos poderiam se transformar em venda efetuada tanto pela Minas Pirotécnica como pela Piroex – empresas do mesmo sócio, com estabelecimentos contíguos.

Destacou que, conforme se verifica no TAD n. 9726, foram apreendidos documentos das empresas Minas Pirotécnica e Piroex.

Expôs a situação das empresas envolvidas no processo:

- a Piroex, em dez./02, transferiu sua matriz para Belo Horizonte (av. Bias Fortes, 1437 – Barro Preto);

- a Minas Pirotécnica, que atuava no imóvel contíguo a este, transferiu-se para o bairro Tirol, mas o Fisco não autorizou a mudança de endereço, razão pela qual continuou a funcionar no endereço antigo (av. Bias Fortes, 1433), junto com a Piroex;

- foram apreendidos documentos de ambas empresas, sem distinção, e dessa apreensão decorreu também o AI n. 01.000148815.33 de 20.06.2005, recebido no endereço citado em 22.07.2005;

- a culpa pelo funcionamento em estabelecimento contíguo é do Fisco, que não autorizou a mudança e, dois dias após a presente fiscalização, bloqueou sua inscrição estadual, provocando a derrocada total de suas atividades (Consulta Sintegra - *não habilitado a partir de 15.10.04* - fl. 931).

Por seu turno, explicou o agente fazendário que os documentos apreendidos foram individualizados de acordo com a empresa emitente, tanto que houve a emissão de dois Autos de Infração.

No entanto, assinalou também que “está perfeitamente identificado o local da apreensão dos documentos extra fiscais, caracterizado o local das operações realizadas para efeito da exigência do imposto devido”, nos termos dos artigos 6º, inciso VI, 23, parágrafo único, e 24 da Lei 6763/75, e artigos 2º, inciso VI, 58, 59 e 61 do RICMS/02.

Novamente há de se dar provimento parcial à pretensão do contribuinte.

Dentre os documentos autuados, há vários que indicam que a venda foi realizada pela empresa Minas Pirotécnica. Exemplos:

- autorizações do DEOESP para a Minas Pirotécnica (fls. 532, 547, 550, 595, 599, 601, 648, 670)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- contratos com a Minas Pirotécnica (fls. 568, 582, 587, 568 – comprovante de pagamento a fl. 570-1, 578 – pagamento a fl. 580, 582, 585, 587 – pagamento a fl. 589, 592, 603, 610)

Os dispositivos citados pelo fiscal mencionam que o estabelecimento responsável é aquele no qual ocorreu a operação. O fato de que os documentos estavam no estabelecimento autuado não altera a responsabilidade se neles consta que o vendedor é outro.

Lei 6763/75:

Art. 6º - 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

(...)

Art. 23 - (...)

Parágrafo único - Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou encontrada a mercadoria, ou o local onde tenha sido prestado o serviço ou constatada a sua prestação.

RICMS/02:

Art. 58 - Considera-se estabelecimento o local, privado ou público, com ou sem edificação, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades, em caráter temporário ou permanente, e:

I - o local, ainda que pertencente a terceiro, onde a mercadoria objeto da atividade do contribuinte é armazenada ou depositada;

(...)

§ 1º - Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou encontrada a mercadoria, ou o local onde tenha sido prestado o serviço ou constatada a sua prestação.

Art. 59 - Considera-se autônomo:

I - cada estabelecimento do mesmo titular situado em área diversa;

(...)

Art. 61 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a - o do estabelecimento onde se encontra, no momento da ocorrência do fato gerador;

Devem ser excluídas as exigências relativas aos documentos que mencionem que a operação foi realizada pela Minas Pirotécnica.

5. Nota Fiscal 882

O pedido a que se refere a NF 882 série D de 24/09/04, registrada na fl. 32 do LRS (planilha fl. 25 e 969), monta a R\$2.000,00. Referida nota fiscal totaliza R\$1.700,00.

Foi exigido o imposto e as multas de revalidação e isolada sobre a diferença de 300,00.

No entanto, a acusação constante do relatório do Auto de Infração é de saída sem emissão de documento fiscal e não de utilização de base de cálculo inferior à real.

A descrição da infração não condiz com a atuação da empresa, relativamente a esta operação. A exigência implicaria cerceamento de defesa, por ausência de acusação/tipicidade.

A tipicidade, relação entre o tipo e a conduta, é desdobramento do Princípio da legalidade e sua observância é imprescindível à correta imputação de pena.

Aníbal Bruno define tipicidade como a “conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal”.

Não há correspondência entre a ação da Impugnante e o fato descrito no Relatório do Auto de Infração, devendo, portanto, serem excluídas as exigências relativas a NF 882 de 24.09.04.

6. Enquadramento indevido como microempresa

Devidamente comprovada a ocorrência de operações de saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, tem-se, conseqüentemente, a alteração no faturamento real da empresa.

O fiscal autuante apurou a receita bruta real da empresa e constatou que, nos meses de outubro a dezembro de 2004, esta se manteve indevidamente enquadrada como microempresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- planilha Anexo III – apuração da receita bruta real (fl. 30) – data/receita declarada DAPI/saídas desacobertadas Anexos I e II/receita bruta real mensal e acumulada/regime de recolhimento;
- em set./04, a receita acumulada ultrapassou o limite para ME, sendo o contribuinte reclassificado para EPP faixa 1 a partir do mês subsequente;
- em dez./04, foi ultrapassado o limite para a faixa 1, gerando reclassificação para faixa 3 a partir de jan./05;

A técnica utilizada foi devidamente informada no Auto de Infração:

- no período de jan./03 a fev./04 (regime de recolhimento d/c), os valores foram lançados na recomposição da conta gráfica (Anexo I);
- de março a set./04 (regime ME), o ICMS foi exigido em separado (Anexo II);
- a diferença existente entre o total do ICMS apurado nos Anexos I e II e o imposto ora exigido decorre de saldo credor apresentado na escrita fiscal de fev./04 – a partir de março/04, o contribuinte enquadrou-se como ME.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 962/975 e ainda, para excluir: a) as exigências relativas aos documentos extrafiscais vinculados à empresa Minas Pirotécnica Ltda; b) as exigências relativas à caracterização de subfaturamento (NF n.º 882); c) aos valores inerentes a shows pirotécnicos desvinculados de fornecimento de mercadoria. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Pedro Cândido Vilela e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 26/04/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/cecs