

Acórdão: 16.829/06/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010053479-39
Impugnante: Araguaia Engenharia Ltda.
Proc. S. Passivo: Paulo Roberto Gomes/Outros
PTA/AI: 01.000113405-40
Inscr. Estadual: 702.233846.03-09
Origem: DF/ Uberlândia

EMENTA

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – MASSA ASFÁLTICA – Acusação fiscal de saídas de massa asfáltica sem recolhimento do ICMS, uma vez que a fabricação de tal produto se deu fora do local da obra, enquadrando-se na ressalva contida no artigo 32 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar n.º 56/87. Exclusão das exigências fiscais, tendo em vista a publicação da Lei n.º 15.956/05, que alterou a redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75 c/c artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional.

BASE DE CÁLCULO – ARBITRAMENTO – EXTRAVIO DE NOTA FISCAL. Constatado o extravio de parte das notas fiscais autorizadas. Arbitramento de valores e quantidades de massa asfáltica nos termos das disposições contidas no artigo 54, inciso IX do RICMS/96. Exclusão das exigências de ICMS e Multa de Revalidação, tendo em vista a publicação da Lei n.º 15.956/05, que alterou a redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75 c/c artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional. Mantida a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XII, da Lei n.º 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO FISCAL. Constatada a falta de apresentação dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso II, da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente para excluir ICMS e Multa de Revalidação. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, §3º, da Lei n.º 6.763/75, para cancelar as Multas Isoladas aplicadas. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de que a Autuada teria cometido as seguintes infrações:

– Saídas de massa asfáltica (CBUQ) sem débito do ICMS incidente nas respectivas operações, nos exercícios de 1.994 e 1.995;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

– Extravio de parte das notas fiscais autorizadas, ensejando o arbitramento das quantidades e valores para as saídas de massa asfáltica, na proporção dos documentos apresentados, nos exercícios de 1.995 a 1.996;

– Inexistência dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS registrados na repartição fiscal.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas, estas últimas previstas nos artigos 54, inciso II e 55, inciso XII, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/55, aos argumentos que se seguem em síntese:

- discorre sobre as características inerentes à massa asfáltica (CBUQ), que é resultante da simples mistura de betume asfáltico, fabricado pela Refinaria da Petrobrás e da Ipiranga, com outros materiais, tais como brita e pó de brita;

- existem semelhanças entre o concreto asfáltico e o concreto a base de cimento “portland”, sendo idêntico o método de mistura entre ambos;

- é impossível tributar a massa asfáltica, tendo em vista as reiteradas decisões dos tribunais referentes à impossibilidade de tributação dos materiais utilizados em obras de construção civil, principalmente no que concerne ao concreto;

- a massa asfáltica não é mercadoria e não consiste em produto de industrialização;

- cita doutrina, jurisprudência de tribunais pátrios e do Conselho de Contribuintes, para sustentar as teses defensivas;

- parte das notas fiscais ditas extraviasadas foram perdidas por fator alheio à sua vontade, qual seja, a ocorrência de incêndio;

- é descabida a imposição de multa, uma vez que não é contribuinte do ICMS, e, sim, empresa prestadora de serviços de construção civil.

Requer a procedência da Impugnação.

A DRCT/Paranaíba, em manifestação de fls. 67/78, refuta as alegações da defesa, alegando o que se segue de forma resumida:

- a atividade econômica a que se dedica a Impugnante, a construção civil, por si só, não é excludente de sua caracterização como contribuinte do ICMS;

- é irrelevante a dedicação da Impugnante à prestação de serviço sujeito à tributação municipal, visto que a ressalva presente no item 32 da Lista de Serviço anexa à Lei Complementar n.º 56/87, faz dela também contribuinte do ICMS toda vez que fornecer mercadoria por ela produzida fora do local da obra que executa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o CBUQ não é resultado de simples mistura de betume asfáltico com outros ingredientes (brita, pó de brita), sendo que tal afirmativo tratar-se de tentativa de desqualificar a usinagem a quente como industrialização;

- a obtenção do CBUQ é efetivada em unidades fixas, permanentes, por conseguinte, não situadas nos locais das obras que a Autuada executa;

- cita a Instrução Normativa n.º 06/77, a qual manifesta o entendimento de que a usinagem é também um tipo de industrialização que tanto pode resultar numa transformação como num beneficiamento, sujeitando-se à incidência do ICMS;

- existe diferença entre o processamento da massa asfáltica e a mistura dos elementos que compõem o concreto fresco de cimento “portland”, sendo que o processo da massa asfáltica implica em ambiente específico, a elevadas temperaturas, demandando insumos energéticos, diversamente do concreto fresco;

- o conceito de mercadoria se vincula à suscetibilidade de sua circulação econômica e não à sua finalidade intrínseca;

- cotejando as notas fiscais encontradas no estabelecimento com as Autorizações de Impressão de Documento Fiscal - AIDF, detectou-se o extravio de 1.450 notas fiscais. Diante disso, foi adotado procedimento idôneo (artigo 53, inciso I c/c artigo 54, inciso IX, ambos do RICMS/96) para apurar o montante das notas fiscais que poderiam referir-se a saídas de massa asfáltica e levantar o valor médio de saídas do produto, de forma a encontrar a base de cálculo tributável;

- não há prova da ocorrência de incêndio, mas, ainda, que se as notas fiscais fossem arquivadas em ordem cronológica, como determina a legislação, não se justificaria o extravio de documentos que intercalam uso desde outubro/95 até fevereiro/96.

- caracterizada a falta de manutenção de livros fiscais, portanto evidencia-se a inobservância das disposições do artigo 16, incisos II, III e VI, da Lei n.º 6.763/75.

Requer a procedência do lançamento.

Em 28 de abril de 1999, a Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado, opinou pela improcedência da Impugnação (fls. 80/84).

Em 1º de junho de 1999, a 2ª Câmara de Julgamento deliberou converter o julgamento em diligência, retornando os autos à origem, para que o Fisco intimasse o Contribuinte a apresentar os contratos porventura existentes vinculados às Notas Fiscais objeto da autuação, informando, ainda, quais os destinatários das mesmas e juntando algumas Notas Fiscais por amostragem.

Em 31 de agosto de 1999, a Auditoria Fiscal informou que a Administração Fazendária de Uberlândia providenciou a intimação solicitada, entretanto, a Impugnante não se manifestou.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em 17 de fevereiro de 2000, a 4ª Câmara de Julgamento, à unanimidade, julgou improcedente a Impugnação (Acórdão 796/00/4ª - fls. 94/98).

Em seguida, a Autuada interpôs Recurso de Revista, argüindo, em preliminar, a existência de defeito insanável na intimação relacionada à decisão da 2ª Câmara, proferida à fl. 85, a qual converteu o julgamento em diligência, dado que fora endereçada diretamente à Impugnante, quando o correto seria ao procurador regularmente constituído, por força da disposição expressa no artigo 143, da CLTA/MG. Em função dessa falha, requereu o conhecimento da preliminar argüida, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa, baixando os autos à 4ª Câmara, a fim de que a mesma conheça dos documentos trazidos, em atendimento à decisão de fl. 85.

Em 02 de outubro de 2000, a Auditoria Fiscal exarou Parecer opinando, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revista interposto, primeiro, por caracterizada a sua intempestividade e, segundo, por não restar configurada a alegada divergência jurisprudencial (fls. 280/285).

Em 16 de dezembro de 2002, a Câmara Especial, à unanimidade, deliberou retornar os autos à DACCT para que fosse submetida à apreciação da presidência do Conselho a preliminar de intimação defeituosa, nos termos do inciso X do artigo 15 do Regimento Interno (fl. 296).

Em 27 de janeiro de 2003, o Presidente do CC/MG determinou o pautamento, como “Incidente Processual”, do presente Processo Tributário Administrativo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal de fls. 299/300. Determinou, também, que o referido Processo fosse distribuído para a 3ª Câmara de Julgamento (o Conselheiro Relator, na sessão do dia 17 de fevereiro de 2000, não foi reconduzido para o atual mandato e apenas o Conselheiro *Edwaldo Pereira de Salles*, presente naquela sessão, permanece nesta Casa).

Em 19 de março de 2003 e 14 de outubro de 2003, a 3ª Câmara de Julgamento deliberou, à unanimidade, a retirada do processo de pauta, a pedido da Diretoria de Controle e Revisão de Crédito Tributário (DCRC/SCT), em razão da matéria, de que trata o Processo, estar sendo estudada para nova regulamentação (fls. 305, 306 e 309).

Em 28 de setembro de 2004, a 2ª Câmara de Julgamento decidiu, à unanimidade, acatar a nulidade argüida pela Requerente, tendo em vista a caracterização de intimação defeituosa, referente à deliberação da 2ª Câmara, acarretando a nulidade de todos os atos praticados após citada deliberação, reiniciando com a intimação do Procurador constituído para cumprimento da diligência (fls. 312).

Em 13 de dezembro de 2004, o Procurador constituído recebeu intimação para apresentar documentos e prestar informações, nos termos da deliberação da 2ª Câmara de Julgamento (fls. 314).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em resposta à referida intimação, a Impugnante ressalta a existência de fatos alheios a sua vontade, um incêndio, no qual teria ocorrido perda de quase a totalidade da documentação relativa ao período fiscalizado. Acrescenta que, apesar disso, quando da interposição do Recurso de Revista, fez juntar, por amostragem, cópias de diversos contratos e notas fiscais, para demonstrar a existência tão somente de emprego da massa asfáltica em obra de construção civil. Ressalta, ainda, a não incidência do tributo nas operações com massa asfáltica, quando preparada por construtor no trajeto até a obra (artigo 7º, inciso XXIV, com redação dada pela Lei n.º 14.062/01).

O Fisco manifesta à fl. 317, enfatizando que a Impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento que provasse o incêndio ocorrido. Aponta a existência de alguns documentos pensados ao processo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 318 a 326, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Trata o Processo Tributário Administrativo sob exame das exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas, estas últimas previstas nos artigos 54, inciso II e 55, inciso XII, ambos da Lei n.º 6.763/75, relativas a imputação fiscal de que a ora Impugnante teria cometido as seguintes infrações à legislação tributária estadual:

- Saídas de massa asfáltica (CBUQ) sem débito do ICMS incidente nas respectivas operações (Período: Exercícios de 1.994 e 1.995);
- Extravio de parte das notas fiscais autorizadas, ensejando o arbitramento das quantidades e valores para as saídas de massa asfáltica, na proporção dos documentos apresentados (Período: Exercícios de 1.995 a 1.996);
- Inexistência dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS registrados na repartição fiscal.

Inicialmente cumpre ressaltar que, à par do entendimento anteriormente já expandido sobre a questão, a publicação da Lei n.º 15.956, em 29 de dezembro de 2005, trouxe um novo quadro em que a matéria deve ser analisada.

Assim, cumpre ressaltar que a Lei n.º 15.956/05, alterou a redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75, estando tal dispositivo vigente com a seguinte redação:

“Art. 7º - O imposto não incide sobre:

.....
XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsável pela aplicação em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra;"

Verifica-se que a redação anterior trazia uma exigência hoje expurgada do texto legal, *in verbis*:

Efeitos de 21/11/2001 a 29/12/2005 - Acrescido pelo artigo 5º da Lei 14.062, de 20/11/2001:

"XXIV - a saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra." (grifamos)

Tal alteração tem significado extremamente importante para a análise da presente contenda, pois, em nosso entendimento, deixa clara que a intenção da Lei era levar a não incidência do ICMS as operações com massa asfáltica.

Assim, diante deste fato de extrema relevância, bem como perante as normas contidas no artigo 106 do Código Tributário Nacional, deixaremos de tecer comentários acerca dos argumentos despendidos pela Impugnante no sentido da não incidência do ICMS por se tratar a massa asfáltica de mercadoria produzida pelo usineiro, ou mesmo quanto a semelhança da massa asfáltica e do concreto para efeitos de tributação perante as decisões judiciais e a doutrina. Adotamos esta linha, pois, neste momento, perante as normas em vigor no Estado de Minas Gerais, entendemos que o próprio ente tributante já consagrou no ordenamento jurídico estadual a não incidência.

Feitas estas considerações iniciais abordaremos as irregularidades levantadas na peça fiscal em tópicos distintos para maior clareza da matéria.

Saídas de massa asfáltica (CBUQ) sem débito do ICMS incidente nas respectivas operações

Relativamente a este tópico temos muito claramente a aplicação da nova redação do inciso XXIV, do artigo 7º, da Lei n.º 6.763/75, que determina encontra-se ao abrigo da não-incidência do ICMS a saída de concreto cimento ou asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação em obra de construção civil, independente do local de preparo.

Cumpramos ressaltar que antes do advento da Lei n.º 14.062, de 20 de novembro de 2001, o Estado de Minas Gerais considerava como tributáveis pelo ICMS as operações com mercadorias a serem empregadas em obra de construção civil, sempre que tais mercadorias tivessem sido produzidas fora do local da obra.

Com a publicação da Lei n.º 14.062/01, conforme redação anteriormente transcrita, houve indicação expressa da não-incidência nos casos de operações de saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra. Portanto, àquela época, repita-se pela importância, sem que entremos nas discussões sobre o conflito de competência entre a incidência do ICMS ou do ISS nas citadas operações, o que importava, em termos tributários, era o local do preparo do concreto cimento ou asfáltico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso vertente, conforme informação da própria Impugnante (fl. 40), “*Os materiais que irão compor o pavimento são previamente misturados em equipamento próprio, estes denominados de “usinas de asfaltos”, mistura esta que se dirige a ser aplicada no piso a ser pavimentado, sendo consecutivamente espalhada e compactada, consoante as especificações de cada obra*”. Transcreve a definição do Instituto Brasileiro do Petróleo para a massa asfáltica (CBUQ) “*produto resultante da **mistura** a quente, em usina apropriada, de agregado mineral graduado, material de enchimento e cimento asfáltico, espalhado e comprimido a quente e satisfazendo a determinadas exigências constantes da especificação.*”

Assim, entendeu o Fisco, que o processo de fabricação da massa asfáltica ocorreria na usina, ou seja, fora do local da obra, enquadrando-se na ressalva contida no artigo 32 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 56/87. Nesse sentido, julgou-se pela incidência do ICMS no presente caso.

Os documentos anexados aos autos à época da interposição do Recurso de Revista referem-se a Contratos firmados entre o estabelecimento Matriz da ora Impugnante (CNPJ 19.465.574/0001-63 – I.E. 702.233846.0066) e a Prefeitura Municipal de Uberlândia, todos executados pelo regime de empreitada, e as notas fiscais de saídas emitidas pela Impugnante e pelo estabelecimento Matriz constando como destinatária a própria emitente, e como natureza da operação “simples remessa”, servindo para acobertar o trânsito de CBUQ (massa asfáltica), brita, trator, tubo de concreto, etc. até os canteiros de obras. Cumpre ressaltar que, analisando as 65 notas fiscais anexadas, pode-se constatar que apenas 4 (quatro) foram emitidas pela ora Impugnante, o restante foi emitido pela Matriz.

Importante, ainda, enfatizar que, analisando os referidos Contratos, verifica-se que os objetos dos mesmos são, em síntese, execuções de obras de pavimentação asfáltica com fornecimento de material (fornecimento e aplicação de CBUQ), à exceção do Contrato de fls. 184/193 referente à Carta Convite 512/94, que consta como objeto “*o fornecimento de 1.300 ton. usinagem e fornecimento de CBUQ – Concreto Betuminoso Usinado a Quente, destinado a manutenção de vias públicas – operação tapa-buracos que será executada pela Secretaria Municipal de Obras*”.

Porém, analisando o restante do Contrato parece ter ocorrido a prestação de serviço, como por exemplo o item 2.2 – Normas de Execução – que menciona que “*A CONTRATADA, executará os serviços de acordo com os projetos e observando as normas técnicas exigidas, material e mão-de-obra e os estabelecidos nos documentos a seguir relacionados...*” e nas Obrigações da Contratada, item 2.2.3.4 “*executar as obras em conformidade com as normas da ABNT, aplicando material de primeira qualidade*” e item 2.2.3.6 “*manter, no local da obra, engenheiro responsável, ferramental, maquinaria, placas indicativas, padrão PMU...*”.

O Parecer DOET/SUTRI n.º 033/2004 sobre os “EFEITOS TRIBUTÁRIOS DECORRENTES DA NORMA DECLARATÓRIA DE NÃO-INCIDÊNCIA, A QUE SE REFERE A LEI N.º 14.062/01” trata especificamente do inciso XXIV do artigo 7º da Lei n.º 6.763/75, acrescentado pela Lei n.º 14.062/01, que desonerou do ICMS a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“saída de concreto cimento ou asfáltico para emprego em obra de construção civil, quando preparado por construtor no trajeto até a obra.”

De acordo com esse parecer, não haveria a necessidade de indicação expressa, na legislação tributária, dos fatos situados fora dos limites alcançados pela norma legal de regência do tributo, *“posto que, sob o conceito de não-incidência, encontram-se albergados todos os fatos inábeis a acarretar o nascimento da obrigação”*. Porém, sem a pretensão de esgotar o rol de tais fatos, houve a previsão legal de algumas destas hipóteses, o que se explica à vista de objetivos meramente didáticos. Acrescenta que *“... por se reportar à Lei instituidora do tributo (Lei n.º 6.763/75) com fito a aclará-lo no tocante ao seu aspecto nuclear (ou material), resta caracterizado o caráter interpretativo da norma veiculada pela citada Lei n.º 14.062/01. Daí decorre que o comando legal de que se cuida, a teor do disposto no artigo 106, inciso I do Código Tributário Nacional, opera efeitos “ex tunc”, retroagindo à data da edição da norma a que se refere.”* Conclui que a norma veiculada pela Lei n.º 14.062/01 cuidou de explicitar uma hipótese de mera não-incidência simples do ICMS, implicando *“... considerar indevido o imposto pago relativamente às mencionadas operações, tanto no que respeita aos recolhimentos realizados pelos contribuintes, quanto no que se refere aos lançamentos efetuados de ofício.”*

Dentro deste contexto, aplica-se, também, o caráter interpretativo à referida alteração trazida pela Lei n.º 15.956/05. Assim, aplicável à espécie o disposto no artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional que impõe a retroatividade das leis ditas interpretativas, desde o momento da entrada em vigor da lei interpretada, *in verbis*:

“Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

quando deixe de defini-lo como infração:

quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Portanto, devem ser excluídas as exigências fiscais referentes a essa irregularidade.

Extravio de parte das Notas Fiscais autorizadas, ensejando o arbitramento das quantidades e valores para as saídas de massa asfáltica, na proporção dos documentos apresentados

Após a constatação de extravio de 1.450 notas fiscais autorizadas pela Administração Fazendária de Uberlândia, o Fisco efetuou o arbitramento de valores e quantidades nos termos das disposições contidas no art. 54, inciso IX, do RICMS/96.

Verifica-se que, na planilha “Demonstrativo do Crédito Tributário” (fl. 11), o Fisco distribuiu o valor arbitrado apurado, na planilha “Demonstrativo do Arbitramento de Base de Cálculo” (fl.10), mês a mês na mesma proporção da Base de Cálculo das notas fiscais de saídas de massa asfáltica apresentadas (Demonstrativo das Saídas de Massa Asfáltica - fls. 13/21). Somando a base de cálculo das notas fiscais de saídas apresentadas com o valor arbitrado distribuído mensalmente, apurou-se a base de cálculo total, sobre a qual aplicou-se a alíquota de 18%, apurando, assim, o ICMS devido.

A Impugnante alega que as notas fiscais tidas como extraviadas teriam se perdido quando da ocorrência de um incêndio. No entanto, não há nos autos provas conclusivas desta assertiva.

Segundo o Fisco houve extravio de notas fiscais intercaladas. A legislação determina que as notas fiscais devem ser arquivadas em ordem cronológica.

Dentro das normas estaduais as quais verificamos a aplicação ao caso dos autos e já reiteradas vezes citadas nesta decisão, para a constatação se as operações realizadas pela ora Impugnante se encontravam ou não ao abrigo da não-incidência, seria essencial a análise das notas fiscais de saídas e dos Contratos firmados. Isto porque se o fornecedor da mercadoria (CBUQ) for diverso do “prestador do serviço”, não haveria que se cogitar em não-incidência.

Ressalte-se que a Impugnante foi intimada a apresentar os contratos porventura existentes vinculados às notas fiscais objeto da autuação, juntar algumas notas por amostragem e informar quais os destinatários das mesmas, porém, argumentou apenas que anexou cópias de diversos contratos e notas fiscais quando da interposição do Recurso de Revista.

Os documentos anexados ao Recurso de Revista referem-se a alguns Contratos, todos com a Prefeitura Municipal de Uberlândia, e algumas notas fiscais de saídas emitidas pela ora Impugnante constando como destinatário ela própria (simples remessa).

Cumprido, ainda, salientar que um dos objetivos sociais da Impugnante (Contrato Social de fls. 58/62) é a “*industrialização e comercialização de materiais para construção*”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Apesar desta situação temos que os elementos de prova trazidos aos autos, combinados com aqueles existentes relativamente à primeira matéria tratada nesta decisão, nos conduzem a acreditar que efetivamente, para as operações objeto de arbitramento, estaria configurada a hipótese de não incidência descrita no inciso XXIV do artigo 7º da Lei n.º 6.763/75. Desta forma, não devem ser mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Outra sorte entretanto tem a Multa Isolada exigida. Tendo em vista a alegação não perfeitamente comprovada de incêndio, não temos elementos nos autos capazes de desconstituir a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XII, da Lei n.º 6.763/75.

Portanto, restou claro que a Impugnante deixou de cumprir com a obrigação tributária acessória que era de sua responsabilidade.

No entanto, uma vez que a Impugnante não é reincidente, a infração não resultou em falta de pagamento de imposto pois este conforme demonstrado acima não incidiria na operação, nem tampouco há qualquer comprovação de que tenha agido com dolo ou má-fé, bem como pelos elementos constantes dos autos entendemos que justifica-se a aplicação do disposto no § 3º do artigo 53 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

“Art. 53- As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

.....

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

- 1) de reincidência;
- 2) de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;
- 3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

.....”

Com base nas normas retro transcritas aliadas ao fato de que o conjunto de provas dos autos, demonstra que a Impugnante tinha uma interpretação distinta da legislação considerando não ser contribuinte do ICMS, entendemos deva ser aplicado o permissivo legal para cancelar a penalidade isolada.

Inexistência dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS registrados na repartição fiscal

Quanto a esta irregularidade, reputamos correta a penalidade aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória de manter livros fiscais registrados na repartição fiscal.

No entanto, na mesma linha acima descrita, estabelece o artigo 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos aliados a inexistência de efetiva lesão ao Erário Público Mineiro e a não comprovação de ter o Contribuinte agido com dolo, fraude ou má-fé, temos por cabível a aplicação do permissivo legal para cancelar a penalidade isolada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências do ICMS e MR. Em seguida, também à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, §3º, da Lei n.º 6763/75, para cancelar as Multas Isoladas. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Paulo Roberto Gomes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 25/04/06.

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

LMMP/EJ