

Acórdão: 17.497/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119867-19
Impugnante: Dolinger Vânia Andrade Alvarenga
Proc. S. Passivo: Antonio Fernando Drummond Brandão/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154687-70
Inscr. Estadual: 536987337.00-65
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO – MONTAGEM DE PAINEL ELÉTRICO – Incide o ICMS sobre a atividade de industrialização e montagem de painéis elétricos executadas no estabelecimento da ora Impugnante e com material por ela fornecido, e não ISS de competência municipal. Entretanto, a exigência da Multa Isolada, capitulada no inciso VII, artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, evidencia-se incorreta em face da inadequação entre o tipo descrito na citada norma e a conduta imputada à ora Impugnante. Mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ESTABELECIMENTO DIVERSO. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS em face do aproveitamento indevido de créditos do referido imposto destacados em notas fiscais cujas entregas teriam sido feitas a outro contribuinte. Entretanto, em face das provas existentes nos autos fica patente que o crédito aproveitado pela ora Impugnante é relativo a produtos por ela adquiridos e utilizados em seu processo produtivo. Infração não caracterizada. Canceladas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, previstas, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e 55 inciso IV, da Lei n.º 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES – FALTA DE COMUNICAÇÃO À REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. Falta de comunicação ao Fisco do encerramento de atividades, ensejando a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso IV, da Lei n.º 6.763/75. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca da imputação fiscal de cometimento das irregularidades a seguir enumeradas feita a partir da conferência dos livros e documentos fiscais do Contribuinte, relativamente ao período compreendido entre janeiro de 2001 e junho de 2006, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) falta de recolhimento de ICMS relativo a montagens de painéis elétricos – exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 55 da mesma Lei;

2) aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente a mercadorias entregues a outro contribuinte – exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso IV c/c o §2º do artigo 55 da mesma Lei;

3) encerramento irregular de atividades, sem a devida comunicação ao Fisco – exigência da Multa Isolada capitulada no inciso IV do artigo 54 da Lei n.º 6.763/75.

As irregularidades descritas nos itens 1 e 2 ensejaram a recomposição da conta gráfica do sujeito passivo no período fiscalizado.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 852/859, em resumo, aos argumentos seguintes:

- tendo recebido o Auto de Infração em 12 de dezembro de 2006, o crédito decorrente de fatos geradores ocorridos anteriormente a 11 de dezembro de 2001, está extinto por configurada a decadência do direito de constituir o crédito tributário;

- após conferências das mercadorias, determinou que fossem as mesmas entregues à empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda. para industrialização, tendo os produtos retornados ao seu estabelecimento, recondicionados, conforme provam notas fiscais e a declaração da remetente informando que não se creditou do ICMS;

- as operações de aquisição foram regularmente registradas em seus livros próprios, bem como o pagamento do preço aos respectivos remetentes ou fornecedores, como atesta, por amostragem, as cópias do diário;

- não vendeu mercadorias para Clarina Instalações Técnicas Ltda., tendo promovido apenas uma saída para industrialização com incidência do ICMS suspensa;

- as notas fiscais relativas à aquisição das mercadorias não têm nenhum vício que autorize a anulação do correspondente crédito fiscal;

- o estorno do crédito fiscal, ora impugnado, é ilegal por contrariar os artigos 28, 31 e 32 da Lei n.º 6.763/75;

- a capitulação da multa isolada no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 não está correta porque a situação fática não corresponde à hipótese de incidência descrita no texto legal;

- o Fisco é incoerente porque anula o crédito, mas ao mesmo tempo exige o ICMS pela saída de painéis elétricos, parte de um projeto elétrico desenvolvido especificamente a pedido de determinado cliente que se constituiu como obra complementar de construção civil, envolvendo aplicação de material e mão-de-obra;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a autoridade lançadora aplicou o percentual máximo da multa sem apresentar fundamento básico, lógico e razoável para uma pena em seu grau máximo;
- tendo o Fisco apurado a pretensa infração com base exclusivamente nos documentos e lançamentos de sua escrita e tendo por suporte o princípio da razoabilidade, e a gravidade do ilícito, a multa de 2,5% deve ser reduzida de 50%;
- a construção dos painéis eletrônicos decorre de um contrato de empreitada de material e mão-de-obra sendo sua obrigação fazer e montar os painéis na obra, de acordo com projeto estrutural elaborado;
- esses painéis só têm utilidade para o contratante e não são feitos em escala, nem colocados individualmente à venda para o público em geral, não se caracterizando como mercadorias;
- esse tipo de atividade, serviço complementar de construção civil, está enquadrado no item 32 da Lista de Serviços, anexada à Lei Complementar nº 56/87;
- ainda que se entenda tributável o valor da mão-de-obra, o trabalho fiscal está incorreto, na medida em que anula o crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de mercadoria aplicável na montagem dos painéis e, concomitantemente, cobra o ICMS sobre o valor da mão-de-obra decorrente da mesma;
- não encerrou sua atividade, apenas suspendeu por determinado tempo o seu exercício, o que é normal, fato, inclusive, do qual cientificado foi o Fisco, conforme cópias das DAPIs em anexo.

Ao final, pede seja julgado improcedente o lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 998/1008, contrariamente ao alegado pela defesa, aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- deve ser aplicada, quanto a constituição do crédito tributário, a regra contida no artigo 173 do Código Tributário Nacional, não estando decaído o direito do Fisco de promover o presente lançamento sobre aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de fatos geradores anteriores a 11 de dezembro de 2001;
- a própria Impugnante admite que as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas no documento acostado às fls. 412 a 417 foram entregues no estabelecimento de outro contribuinte, no caso Clarina Instalações Técnicas Ltda., em evidente afronta ao Regulamento do ICMS;
- a legislação do ICMS proíbe de forma expressa que se mencione no documento fiscal local de entrega diverso do destinatário;
- por falta de provas improcede a afirmação da Impugnante de que as mercadorias foram direcionadas para a empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda. para serem industrializadas e que retornaram recondiçionadas a seu estabelecimento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as cópias de notas fiscais apresentadas, emitidas pela Impugnante, e destinados à Clarina Instalações Técnicas Ltda, bem como as notas fiscais de retorno de industrialização, apenas comprovam que a empresa industrializou matérias-primas remetidas pela Impugnante, mas não guardam qualquer relação com as notas fiscais de entrada cujos créditos foram estornados;

- também não se pode levar em consideração a declaração da empresa destinatária das mercadorias, pois a mesma representa apenas confissão de uma irregularidade (falta de registro de documentos fiscais de entrada);

- destaca a inter-relação entre a empresa Autuada e a empresa Clarina, afirmando que esta invalida como prova os comprovantes de pagamento apresentados;

- com relação à multa, cumpre destacar que a aplicação do limite de 2,5 vezes o valor de ICMS apurado só se deu sobre as entradas tributadas à alíquota de 12% e que tal aplicação, embasada no artigo 55, § 2º da retrocitada Lei, beneficia a Impugnante na medida em que reduz o valor da penalidade prevista no inciso IV do mesmo artigo;

- nem todas as montagens objeto da autuação foram acobertadas por contrato escrito, conforme consta de declaração firmada pela própria Autuada (fl. 392);

- as montagens executadas pela empresa autuada constituem-se em uma atividade de industrialização, nos termos do artigo 222 da Parte Geral do RICMS/2002;

- a montagem dos painéis ocorreu nas instalações da Autuada;

- destaca a Consulta de Contribuintes nº 097/95 formulada pela empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda., onde a SEF, em sua resposta, alerta para a caracterização de uma operação de industrialização;

- resta claro que as montagens de painéis ora autuadas não se encontram compreendidas na competência tributária municipal, pois constituem fatos geradores do ICMS, devendo seus valores integrar a base de cálculo desse imposto;

- está correta a exigência da multa isolada prevista no artigo 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75, sendo que a maioria das notas fiscais em questão, ao contrário do que afirma a Impugnante, possui valor lançado no campo “base de cálculo” e não possui o campo “natureza da operação” preenchido exclusivamente com a expressão “Prestação de Serviço”;

- também falta razão à Impugnante quando contesta a aplicação da penalidade pelo encerramento irregular de atividades sem a devida comunicação ao Fisco, pois a simples entrega da Declaração de Apuração de ICMS-DAPI, sem movimento, não constitui declaração de paralisação temporária de atividades;

- a não observância dessas regras caracteriza o cometimento da irregularidade em questão e justifica a aplicação da penalidade estabelecida no artigo 54, inciso IV da Lei nº 6.763/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade, mas ao contrário.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

Em sessão realizada em 23 de maio de 2005, em preliminar, à unanimidade, foi deferido o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Edvaldo Ferreira, nos termos da Portaria nº 04, de 19 de fevereiro de 2001, ficando, na oportunidade, proferidos os votos dos Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que julgava parcialmente procedente o lançamento, para excluir o item 2 do Auto de Infração e a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75, Sauro Henrique de Almeida, que julgava parcialmente procedente o lançamento, para além das mencionadas exclusões, determinar decaído o direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário relativamente ao exercício de 2001 e Mauro Heleno Galvão (Revisor), que apenas concordava com a exclusão da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75. Na ocasião, pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Maurício Bhering Andrade.

DECISÃO

Compete à Câmara examinar o presente lançamento que versa acerca da imputação fiscal de cometimento das irregularidades a seguir enumeradas feita a partir da conferência dos livros e documentos fiscais do Contribuinte, relativamente ao período compreendido entre janeiro de 2001 e junho de 2006, a saber:

1) falta de recolhimento de ICMS relativo a montagens de painéis elétricos – exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 55 da mesma Lei;

2) aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente a mercadorias entregues a outro contribuinte – exigências de ICMS, Multa de Revalidação, capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso IV c/c o §2º do artigo 55 da mesma Lei;

3) encerramento irregular de atividades, sem a devida comunicação ao Fisco – exigência da Multa Isolada capitulada no inciso IV do artigo 54 da Lei n.º 6.763/75.

As irregularidades descritas nos itens 1 e 2 ensejaram a recomposição da conta gráfica do sujeito passivo no período fiscalizado.

Primeiramente, antes de adentrar-se diretamente às questões de mérito do lançamento ora analisado, cabe verificar a alegação da Impugnante de que teria se operado a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 11 de dezembro de 2001, nos termos do artigo 150, §4º do Código Tributário Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumprе esclarecer que os documentos fiscais relativos ao estorno de crédito de ICMS contestado referem-se a operações de aquisições de mercadorias entregues a outro contribuinte e ocorridas no período de abril a novembro de 2001. Tais documentos fiscais encontram-se relacionados às fls. 412/413 e suas cópias encontram-se acostadas às fls. 418 a 468.

O referido estorno de crédito motivou a recomposição da conta gráfica da ora Impugnante no período em questão conforme demonstrado às fls. 691 e 694. Dessa recomposição resultou valores a recolher relativos a períodos em que o contribuinte declarou apuração a menor do imposto (meses de maio a julho de 2001) ou saldo credor (meses de outubro e novembro de 2001), conforme comprovam a referida recomposição e cópias do livro Registro de Apuração do ICMS-RAICMS acostadas às fls. 708 a 723.

Verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no referido período.

No caso em tela, está-se diante de irregularidades tributárias apuradas pelo Fisco, que ensejaram o lançamento de ofício pela autoridade administrativa, nos termos do artigo 149 do Código Tributário Nacional.

Nos termos do §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte. Em relação ao imposto devido que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173 do mesmo diploma legal.

A partir desta linha interpretativa tem-se que, o tempo para a autoridade fiscal confirmar o lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente. No entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte. O prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

Reiterando, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário (ou seja, efetuar o lançamento de ofício) é regulado pelo artigo 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o artigo 150, §4º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do artigo 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

Na mesma linha deste entendimento caminha a doutrina, e, neste sentido, tem-se os ensinamentos da Prof^a. Misabel Abreu Machado Derzi (Comentários ao Código Tributário Nacional, Editora Forense, 3^a Edição, pág. 405):

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4^o, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código."

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1^o de janeiro de 2007.

No caso em tela, como o Auto de Infração foi lavrado em 1^o de dezembro de 2006, tendo sido a ora Impugnante regularmente intimada no dia 12 de dezembro de 2006, claro está que a constituição do crédito tributário deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Não merece guarida, portanto, a arguição de decadência levantada pela Defendente.

Sobre o tema, cumpre destacar o posicionamento já consolidado por esta Casa em outros julgados, conforme Acórdãos n^{os}. 13.787/99/1^a, 13.507/99/2^a, 15.550/02/1^a e 2.590/02/CE.

Para facilitar o entendimento das questões tratadas na presente decisão, passa-se à análise individualizada de cada uma das imputações fiscais, a saber:

Item 1 – Falta de recolhimento de ICMS relativo a montagens de painéis elétricos

A imputação fiscal constante deste item é a falta de recolhimento de ICMS relativo a montagens de painéis elétricos.

Pelo Auto de Infração, formalizaram-se as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 55 da mesma Lei.

Inicialmente, deve-se esclarecer, em razão das afirmações impugnatórias, que não está sendo afirmado nestes autos que a Impugnante produz painéis em escala para venda individual ao público, tampouco se cobrou ICMS sobre o serviço de instalação desses painéis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O ICMS neste item está sendo exigido pelas montagens de painéis elétricos executadas no estabelecimento da Defendente e com material por ela fornecido.

Ressalte-se que nem todas as montagens objeto de autuação foram acobertadas por contrato escrito, conforme consta de declaração firmada pela própria Impugnante à fl. 392.

As montagens executadas pela Impugnante, conforme comprovam os documentos fiscais acostados aos autos, por exemplo, fls. 311, 313, 314, 316 a 321 e 626 a 635, constituem uma atividade de industrialização, nos termos da alínea “c” do inciso II do artigo 222 da Parte Geral do RICMS/2002.

Neste sentido, comprovam os documentos fiscais carreados no processo, que a Impugnante adquire de terceiros os diversos componentes de um painel elétrico (caixa de montagem, disjuntores, transformadores, etc.) e procede à reunião destes componentes, de forma a obter um novo produto, qual seja, o painel elétrico.

O painel elétrico montado representa uma mercadoria de acordo com o conceito empregado pela legislação tributária em seu artigo 222, inciso I da Parte Geral do RICMS/2002.

Observe-se também, que a montagem dos painéis ocorreu nas instalações da Impugnante, conforme comprova o preenchimento do campo “Descrições dos Serviços Prestados” das notas fiscais relacionadas às fls. 11 e 12, cujas cópias seguem às fls. 26, 28, 29, 32, 33, 35, 40, 44 a 46, 61, 63 a 66, 70, 72, 75, 77, 78, 81, 90, 97, 99, 109, 117, 119, 120, 189, 218, 221, 224, 230, 310, 325, 330, 334 a 336, 343 e 346, bem como os contratos acostados às fls. 393 a 410.

Neste diapasão, o fornecimento desses painéis já montados enquadra-se perfeitamente na ressalva prevista tanto no item 32 da Lista de Serviços anexada à Lei Complementar nº 56/87 (vigente até 31 de julho de 2003) quanto no item 7.02 da Lista de Serviços anexada à Lei Complementar nº 116/03 que a sucedeu.

Deve-se destacar a Consulta de Contribuintes nº 097/95 (fl. 1.019), formulada pela empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda., (à época “Bobinadora Clarina Ltda.”), onde a Secretaria de Estado da Fazenda, em sua resposta, alerta para a caracterização de uma operação de industrialização quando do emprego de mercadoria fornecida pela própria consulente, em decorrência da prestação de serviço de montagem de painéis elétricos.

Portanto, resta claro que a montagem e fornecimento de painéis, operações ora objeto de autuação não se encontram compreendidas na competência tributária municipal, pois constituem fatos geradores do ICMS, nos termos do artigo 5º, § 1º, item 2, alínea “a” e artigo 6º, inciso IX, ambos da Lei nº 6.763/75, devendo seus valores integram a base de cálculo desse imposto, conforme determina o artigo 13, inciso VI, alínea “a”, da mesma Lei.

Cabe, entretanto, neste item, ressalva quanto a penalidade isolada aplicada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, não é possível manter-se a exigência da Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, por incabível à espécie. A partir da penalidade exigida, percebe-se que o Fisco entendeu que foi descumprida a obrigação de emitir documentos fiscais com o destaque do ICMS devido na operação.

Necessária se faz a análise pormenorizada do tipo descrito no citado inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, para verificação da perfeita aplicação da penalidade prevista em face da constatação de falta de consignação do imposto em documento fiscal que acoberta a operação. Assim tem-se o texto do citado dispositivo legal:

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se refere os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são os seguintes:

.....

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

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

"VII - por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;"

....." (grifos não constam do original)

Esclareça-se que dos dispositivos acima transcritos está sendo adotada a redação em vigor na data do presente julgamento, a qual entende-se cabível à luz das disposições contidas no artigo 106 do Código Tributário Nacional.

A conduta descrita na norma sancionatória, vigente na data do julgamento, é a consignação em documento fiscal de “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”. Entretanto, o questionamento dos autos é a falta de destaque do imposto.

Ademais, o mandamento consubstanciado no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 dita que a penalidade a ser cobrada deverá representar 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada entre o valor da base de cálculo constante do documento fiscal objeto da autuação e o valor da base de cálculo prevista na legislação.

Para aplicação das penalidades no campo tributário, por se tratar de norma sancionatória, deve-se ter em mente os mesmos ditames do direito penal e para tanto deve o tipo descrito na norma sancionatória guardar estrita consonância com a conduta tida como faltosa ou delituosa. No caso em tela, a norma determina como conduta a ser

punida “*consignar em documento fiscal que acobertar a operação (...) base de cálculo diversa da prevista pela legislação.*”

Assim se manifesta sobre a matéria o ilustre jurista Rogério Greco em seu Curso de Direito Penal:

“Tipicidade quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador, ou , conforme preceitua Muñoz Conde:

“é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal.”

A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico.”

No caso em tela, a imputação fiscal feita à Impugnante não é deixar de consignar a base de cálculo, mas deixar de destacar o imposto devido.

Frisa-se que o legislador estadual estabeleceu penalidade própria por falta de requisito essencial na nota fiscal, qual seja, aquela determinada pelo inciso VI do artigo 54 da Lei n.º 6.763/75.

Assim quer se analise a norma punitiva por qualquer prisma não se verifica como aplicá-la à matéria tratada nos presentes autos.

Item 2 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente a mercadorias entregues a outro contribuinte

Neste item as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no inciso II do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75 e da Multa Isolada prevista no inciso IV c/c o §2º do artigo 55 da mesma Lei estão adstritas ao aproveitamento indevido de crédito por ter a Fiscalização considerado que as mercadorias das quais o crédito é proveniente foram entregues a outro contribuinte que não a Impugnante.

Alega a Impugnante que na verdade o que ocorria era uma operação de industrialização realizada em outra empresa.

Nesta linha, sustenta que, após conferência das mercadorias, era determinado que fossem as mesmas entregues à empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda. para industrialização, após o que retornaram ao seu estabelecimento os produtos, reconicionados, conforme provam notas fiscais e a declaração da remetente informando que não se creditou do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No presente processo tem-se que as operações de aquisição para cobrança do preço relativo às notas fiscais questionadas foram regularmente registradas nos livros próprios da Impugnante, bem como o pagamento do preço aos respectivos remetentes ou fornecedores, como atesta, por amostragem, as cópias do “Diário”.

Sendo assim, não está configurado nos autos que a Impugnante tenha vendido mercadorias para a empresa Clarina Instalações Técnicas Ltda.

Por outro lado, a operação como descrita pela Defendente encontra respaldo nos documentos existentes no processo, podendo-se concluir que a mesma promoveu uma remessa para industrialização com incidência do imposto suspensa nos termos do RICMS/02.

As notas fiscais questionadas indicam como comprador a Impugnante, e estão registradas em seus livros fiscais, bem como o pagamento das mercadorias objeto do negócio mercantil encontra-se demonstrado nos autos.

Diante destes fatos não se pode convalidar o feito fiscal quanto a este tópico, por ter a Impugnante determinado o descarregamento da mercadoria na empresa Clarina Instalações Elétricas Ltda., nem tampouco, como nesta mesma decisão prevalece o entendimento de ser devido o ICMS nas operações de vendas de painéis por ela praticadas, negar-lhe o direito ao crédito do ICMS pela aquisição de insumos.

As cópias de notas fiscais apresentadas, emitidas pela Impugnante e destinadas à referida empresa industrializadora (fls. 939 a 963), bem como as notas fiscais emitidas por esta em retorno de industrialização (fls. 964 a 975), comprovam a ocorrência de uma operação de remessa de matérias-primas para industrialização pela Impugnante.

A já falada declaração da empresa destinatária das mercadorias (fls. 871), guarda a afirmação de que a mesma não registrou os documentos fiscais de entrada em comento e nem utilizou o ICMS nelas destacado, a título de crédito. Portanto, não se encontra caracterizada uma possível operação apenas para transferência de créditos.

Deixa-se aqui de comentar a afirmação da Fiscalização de que tal declaração representaria uma confissão de irregularidade, qual seja, falta de registro de documentos fiscais de entrada, pois esta decisão considera que efetivamente quem poderia promover a escrituração dos documentos fiscais era mesmo a ora Impugnante.

Da análise dos documentos acostados aos autos, pode-se até mesmo chegar à conclusão, na linha do que foi afirmado pelo Fisco, de uma possível inter-relação entre a empresa Impugnante e a empresa Clarina, pois em páginas do livro Diário apresentado, constam empréstimos efetuados pela segunda à primeira, em valores próximos ou até mesmo idênticos aos valores das notas fiscais de entrada ora discutidas (vide fls. 883, 886, 887 e 888). Entretanto, não se pode concordar com o Fisco que tais fatos, por si só, invalidariam como prova os comprovantes de pagamento apresentados. Outros elementos precisariam estar presentes para que se chegasse a esta conclusão

com segurança de forma a adotá-la como suficiente à manutenção do feito fiscal neste tópico.

Ademais, se matriz e filiais são autônomos, se são autônomos os estabelecimentos pertencentes a um mesmo grupo econômico, principalmente pode-se afirmar a autonomia das duas empresas envolvidas na operação aqui narrada.

Por todo o exposto, pelas razões e fundamentos aqui abordados, não se encontra comprovada a hipótese fática que motivou a autuação dessa irregularidade, aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente às mercadorias entregues a outro contribuinte, sendo ilegítimo o estorno de crédito procedido e, conseqüentemente, a cobrança do ICMS e das multas.

Item 3 – Encerramento irregular de atividades sem a devida comunicação ao Fisco.

Conforme já relatado, versa a presente autuação neste tópico sobre a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso IV da Lei n.º 6.763/75, face à constatação de que a ora Impugnante teria deixado de comunicar à SEF/MG a paralisação de suas atividades.

É o seguinte o inteiro teor da norma sancionatória, *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:

.....

IV – por não comunicar à repartição fazendária as alterações contratuais e estatutárias de interesse do Fisco, a mudança de domicílio fiscal, a mudança de domicílio civil dos sócios, a venda ou transferência de estabelecimento e o encerramento ou a paralisação temporária de atividades, na forma e prazos estabelecidos em regulamento – 1.000 (mil) UFEMGs por infração;

....." (grifos não constam do original)

A Impugnante reconhece a prática da infração ao argumentar que paralisou suas atividades.

Portanto, a infração se mostra caracterizada, uma vez que a Defendente confirma a paralisação de suas atividades e não demonstra que tenha cumprido a obrigação acessória exigida pela legislação, qual seja, a de comunicar ao Fisco o fato ocorrido.

Não assiste razão à Impugnante quando contesta a aplicação da penalidade pelo encerramento irregular de atividades sem a devida comunicação ao Fisco, ao argumento de que a simples entrega da Declaração de Apuração de ICMS-DAPI, sem movimento, constituiria declaração de paralisação temporária de atividades. A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

formalização desta deve obedecer às regras estabelecidas nos artigos 109-A e 109-B da Parte Geral do RICMS/2002.

Assim, a não observância das regras regulamentares caracteriza o cometimento da irregularidade em questão e justifica a aplicação da penalidade estabelecida no artigo 54, inciso IV da Lei n.º 6.763/75, acima transcrita.

Não obstante ser a Impugnante primária na prática da infração e não tendo ocorrido prejuízo ao erário, a análise feita pela Câmara não resultou no acionamento do permissivo legal, nos termos do artigo 53, § 3.º, da Lei 6763/75, em face do impedimento constante do próprio dispositivo que exige quorum qualificado de maioria de votos para a redução ou cancelamento da multa. Tal quorum não foi alcançado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 23/05/07, nos termos da Portaria n.º 04, de 19/02/2001, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o item 2 do Auto de Infração e a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente, para além das mencionadas exclusões, determinar decaído o direito da Fazenda Pública relativo ao exercício de 2001 e Mauro Heleno Galvão (Revisor), que excluía apenas a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75. Participou do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros retro citados, o Conselheiro Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 30/05/07.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.497/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119867-19
Impugnante: Dolinger Vânia Andrade Alvarenga
Proc. S. Passivo: Antonio Fernando Drummond Brandão/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154687-70
Inscr. Estadual: 536987337.00-65
Origem: DF/Sete Lagoas

Voto proferido pelo Conselheiro Mauro Heleno Galvão, 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.

A apropriação de crédito de ICMS está condicionada a requisitos materiais e formais descritos na legislação tributária mineira.

Ora, há vedação expressa de aproveitamento de crédito no RICMS/02, quando o documento fiscal indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele que o registrar, nos seguintes termos:

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

VIII - o documento fiscal indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele que o registrar, salvo se autorizado pela repartição fazendária a que o estabelecimento destinatário estiver circunscrito, mediante anotação no próprio documento e no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO) do contribuinte destinatário indicado no documento;

Assim, diante da norma legal acima descrita, o aproveitamento de crédito poderia ocorrer desde que autorizado pela repartição fazendária (requisito formal).

Conforme se verifica dos autos, não houve autorização da repartição fazendária para que a Autuada pudesse apropriar dos créditos de ICMS das operações objeto do Auto de Infração sob análise.

Os argumentos trazidos na Manifestação Fiscal, fls. 1.001/3, esclarecem de forma lapidar a questão sob análise.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir a multa isolada do art. 55, inciso VII da Lei 6763/75.

Sala das Sessões, 30/05/07.

**Mauro Heleno Galvão
Conselheiro**

CC/MIG