

Acórdão: 18.272/07/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119192-48
Impugnante: Comércio de Café D' Cristo Ltda.
PTA/AI: 01.000153928-62
Inscr. Estadual: 396339961.00-71
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ – Imputação fiscal de remessa de café ao abrigo indevido do instituto do diferimento, uma vez que as destinatárias da mercadoria não se enquadrariam nos requisitos do artigo 111 do Anexo IX do RICMS/02. Entretanto, diante das provas apresentadas pela Impugnante e dos documentos juntados aos autos com a diligência determinada pela Câmara, devem ser mantidas apenas as exigências relacionadas à empresa tida como preponderantemente exportadora, pois tal condição não restou plenamente demonstrada, justificando-se assim, a exigência do ICMS e da multa de revalidação. Excluída a Multa Isolada capitulada no art. 55, VII, da Lei 6763/75 por ser inaplicável à espécie.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação acerca da descaracterização da utilização do instituto do diferimento nas vendas de mercadorias (café), no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, uma vez que os destinatários não se incluíam nas condições estabelecidas no artigo 111 do Anexo IX do RICMS/02.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e 55, inciso VII ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por meio de seu representante legal, Impugnação às fls. 42/50, em síntese, aos argumentos seguintes:

- no que tange à empresa SEMIM Ind. Com. Ltda., pela sua própria inscrição estadual, vê-se que sua atividade única, desde 28 de julho de 2000, é a torrefação e moagem de café, estando, portanto, as operações realizadas enquadradas no artigo 111, inciso IV, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02;

- a empresa Santa Clara Ind. Com. Alimentos Ltda. é preponderantemente exportadora tendo firmado declaração afirmando que em 2004, 63,61% de suas operações foram para o mercado externo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a empresa Vasconcelos, Ind., Com. Importação e Exportação Ltda., de fato, tem como atividade principal o “beneficiamento de arroz”, mas pelo comprovante de inscrição estadual e de situação cadastral verifica-se que a mesma tem, como atividade secundária a moagem e preparação de produtos de origem vegetal;

- a norma prevista no artigo 111 não exige, para utilização do diferimento, que a torrefação e moagem de café seja a atividade principal da destinatária;

- no que tange à empresa Minasforte Com. Ind. Ltda., trata-se de indústria de torrefação e moagem de café, explorando ainda, atividades de comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiadas;

- são impróprias as multas exigidas face aos princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, e por terem as mesmas, efeito confiscatório e ser sua cobrança inconstitucional, por afrontar o seu direito de propriedade.

Ao final, requer a insubsistência do Auto de Infração ou, se este não for o entendimento, seja a multa reduzida.

O Fisco se manifesta às fls. 82/85, contrariamente ao alegado pela defesa aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- em relação à empresa SEMIN Ind. Com. de Café Ltda., as operações objeto de autuação ocorreram entre 20 de agosto de 2005 e 07 de janeiro de 2006 e, neste período, o CNAE-F da empresa era 1571-7/01, beneficiamento de café, sendo que a documentação trazida aos autos pela própria Autuada (comprovante de inscrição estadual datado de 25/09/06 e alteração de dados cadastrais de 12/09/06) é posterior à autuação, deixando transparecer que o CNAE-F foi alterado em função da autuação;

- no que diz respeito à empresa Santa Clara Ind. Com. de Alimentos Ltda., a Impugnante traz aos autos relatório de vendas da empresa no exercício de 2004, mas este possui várias incorreções se comparado com os demonstrativos das operações com café das fls. 09/20 e 23, pois não considerou em nenhum mês o valor referente a “outras saídas” como sendo saída para o mercado interno e, nos meses de fevereiro, julho e dezembro, os valores das saídas diferidas para o comércio foram considerados como vendas com fim específico para a exportação;

- também no mês de março o valor das devoluções de compras foi considerado como venda com fim específico para a exportação e o valor da remessa com fim específico para exportação não foi incluído no relatório;

- consta à fl. 68 uma solicitação da empresa Santa Clara à Delegacia Fiscal de Manhuaçu pedindo a confirmação da preponderância exportadora da empresa, porém a resposta não foi anexada ao processo, o que leva à conclusão de que a mesma foi contra o interesse da Impugnante;

- no tocante à empresa Vasconcelos Ind. Imp. Exp. Ltda., as alegações da Impugnante são de cunho protelatório, visto que quando se leva em conta sua atividade secundária, cujo CNAE-F é beneficiamento, moagem e preparação de outros produtos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de origem vegetal, esta pode se referir a vários produtos de origem vegetal, exceto à torrefação e moagem de café, que possui CNAE-F específico;

- sobre a empresa Minasforte Com. Ind. Ltda., a Autuada diz ser uma indústria de torrefação e moagem de café, porém, não traz aos autos nenhum documento que comprove o fato, e na declaração prestada pela Minasforte à Receita Estadual, esta se declara como comércio atacadista de café em grãos;

- no que se refere às alegações de inconstitucionalidade da penalidade aplicada não compete a um órgão administrativo julgar tais questões.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 07 de fevereiro de 2007, em preliminar, à unanimidade, converteu o julgamento em diligência para que o Fisco intimasse os destinatários das operações questionadas no presente feito para que comprovassem que, no período autuado, possuíam atividade, ainda que a secundária, de torrefação e moagem de café ou produção de café solúvel.

Em atendimento à intimação, os destinatários apresentam os documentos de fls. 94/140, para demonstrar que, no período objeto da autuação, possuíam atividade, ainda que secundária, de torrefação e moagem de café ou produção de café.

A Impugnante é intimada a ter vista dos documentos apresentados a partir da deliberação da 2ª Câmara de Julgamento, conforme documento de fl. 143, mas não se manifesta.

Novamente retornando o processo à Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 05 de julho de 2007, é concedida vista ao Fisco para manifestação sobre os documentos juntados.

O Fisco se manifesta às fls. 148/149, resumidamente, aos seguintes fundamentos:

- como prova de que possui atividade de torrefação e moagem de café, a empresa Vasconcelos apresentou notas fiscais de compra de maquinário destinado à montagem desse setor e notas fiscais de suas primeiras vendas de café industrializado, que ocorreram a partir de março de 2006;

- como a aquisição das mercadorias objeto da autuação, ocorreu em janeiro de 2006, e de janeiro a março de 2006 a empresa Vasconcelos seguia com sua movimentação normal, não sendo o café perfeitamente identificável, não é possível afirmar que o mesmo foi realmente industrializado e não apenas comercializado;

- a empresa Minas Forte, como prova de que possui atividade de torrefação e moagem de café, apresentou notas fiscais de venda de café torrado e moído das marcas "Patrocínio" e "Demais", mas não apresentou nenhuma comprovação de que tais marcas seriam de sua produção;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a empresa Semim apresentou o seu comprovante de inscrição no CNPJ, no qual consta como atividade econômica principal, a torrefação e moagem de café, bem como seu contrato social que diz em sua Cláusula Terceira que “o objetivo comercial será o beneficiamento, torrefação e moagem de café, e o comércio de café em geral”;

- traz ainda, o seu comprovante de inscrição estadual no qual consta o CNAE- F de torrefação e moagem no café. No entanto, essa alteração cadastral no Estado ocorreu após a presente autuação fiscal.

Diante do exposto, reitera seu pedido de manutenção integral do feito fiscal.

DECISÃO

Cumpra à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe que versa acerca da imputação fiscal de utilização indevida do instituto do diferimento nas vendas de café, no período de agosto de 2005 a janeiro de 2006, uma vez que os destinatários não atenderiam às condições estabelecidas no artigo 111 do Anexo IX do RICMS/02.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas, respectivamente, nos artigos 56, inciso II e 55, inciso VII ambos da Lei nº 6.763/75.

Antes mesmo de se adentrar a discussão do mérito das exigências, cumpre destacar a legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e aplicável ao caso em tela, presente no Regulamento do ICMS mineiro – RICMS/MG, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02.

Pela clareza de tais normas, afastam-se as discussões acerca do instituto do diferimento, como se pode ver a seguir:

“Art. 7º - Ocorre o diferimento quando o lançamento e o recolhimento do imposto incidente na operação com determinada mercadoria ou sobre a prestação de serviço forem transferidos para operação ou prestação posterior.

§ 1º - Observado o disposto no parágrafo seguinte, o diferimento aplica-se somente às operações e prestações internas, e, salvo disposição em contrário, quando previsto para operação com determinada mercadoria, alcança a prestação do serviço de transporte com ela relacionada.

§ 2º - Excepcionalmente, mediante acordo celebrado entre as unidades da Federação envolvidas, o diferimento poderá aplicar-se às operações e prestações interestaduais

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 13 - O recolhimento do imposto diferido será feito pelo contribuinte que promover a operação ou prestação que encerrar a fase do diferimento, ainda que não tributada."

Adentrando na análise das especificidades do caso em tela, cabe destacar as disposições do artigo 111, do Anexo IX, do já citado RICMS/MG, na redação vigente à época da ocorrência das operações questionadas nos presentes autos:

"CAPÍTULO XI

Das Operações Relativas a Café Cru

SEÇÃO I

Do Diferimento

Art. 111 - O pagamento do imposto incidente nas operações com café cru, em coco ou em grão, fica diferido nas seguintes hipóteses:

.....
IV - saída da mercadoria, em operação interna, de estabelecimento atacadista, com destino a:

a - indústria de café solúvel;

b - indústria de torrefação e moagem de café;

c - estabelecimento preponderantemente exportador de café, ressalvado o disposto no § 1º do artigo 5º deste Regulamento;

....."

Arrematando a tese ora desenvolvida, destacam-se as disposições trazidas pelo artigo 87, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar n.º 87/96, *in verbis*:

"Art. 87 - Na hipótese do contribuinte exercer atividades diversas no mesmo estabelecimento e com inscrição única, o imposto será recolhido no prazo previsto para a atividade preponderante, assim considerada aquela que, percentualmente, representar maior parte da receita operacional do exercício anterior.

§ 1º - Na impossibilidade de aplicação da norma, a preponderância será estabelecida mensalmente.

§ 2º - O critério de preponderância não se aplica às operações ou prestações sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, obrigação esta que deve prevalecer, ainda que, em decorrência da atividade preponderante, tenha o contribuinte prazo diferente para o pagamento do imposto."

Uma vez que a imputação fiscal encontra-se atrelada à condição das destinatárias da mercadoria para se verificar precisamente se poderia ser utilizado o instituto do diferimento nas operações, deve-se verificar se as empresas destinatárias podem se inserir no rol daquelas para as quais as operações com café têm o imposto estadual diferido.

Assim, em relação à empresa SEMIN Indústria e Comércio de Café Ltda., as operações das quais está se cobrando perda do diferimento ocorreram entre 20 de agosto de 2005 e 07 de janeiro de 2006.

Neste período o CNAE-F da empresa era 1571-7/01, beneficiamento de café, conforme documentos de fls. 30/31. É possível afirmar que, dentro da atividade de beneficiamento de café, podem ocorrer a moagem e a torrefação, entre outras atividades.

A Impugnante argumenta que a empresa Semim Indústria e Comércio de Café Ltda. teria como única atividade, desde 2000, a torrefação e moagem de café. Já o Fisco alega que o comprovante de inscrição estadual (fl. 52) é datado de 25 de setembro de 2006 e a alteração de dados cadastrais (fl. 54) de 12 de setembro de 2006, sendo ambos, portanto, posteriores à data da autuação, deixando transparecer que o CNAE-F da empresa foi alterado em função da autuação.

Os elementos dos autos não permitem a afirmação de que teria havido a alteração dos dados da empresa destinatária junto à Secretaria de Estado da Fazenda, unicamente em virtude da autuação. O fato é que, mesmo que posteriormente ao início da ação fiscal, houve a alteração.

De toda sorte, só seria possível promover a alteração nos dados cadastrais se efetivamente a empresa destinatária já praticasse as operações de torrefação e moagem de café.

É certo também que a alteração dos dados cadastrais demonstra que anteriormente à mesma já estava ocorrendo a operação de torrefação e moagem de café pela empresa Semim Indústria e Comércio de Café Ltda.

Relativamente à empresa Vasconcelos Indústria, Importação e Exportação Ltda., pode-se perceber que as alegações da Impugnante encontram-se sustentadas nos autos.

A atividade secundária da empresa, cujo CNAE-F é 1559-8-00, é beneficiamento, moagem e preparação de outros produtos de origem vegetal. É bem verdade que esta atividade pode se referir a vários produtos de origem vegetal, mas também pode se referir à torrefação e moagem de café, que possui CNAE-F específico.

Ademais, em cumprimento à determinação da Câmara de Julgamento a Vasconcelos Indústria, Importação e Exportação Ltda. compareceu aos autos às fls. 94

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a 96, afirmando que o produto café foi torrado, moído, industrializado e comercializado por ela.

Apresenta ainda, como prova de que possui atividade de torrefação e moagem de café, notas fiscais de compra de maquinário (adquiridas da empresa Leogap Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.) destinado à montagem desse setor.

Corroborando toda a documentação já apresentada a Vasconcelos Indústria, Importação e Exportação Ltda. Apresentou, também, notas fiscais de suas primeiras vendas de café industrializado, que ocorreram a partir de março/2006.

Durante o período de montagem do setor de torrefação e moagem a empresa Vasconcelos Indústria, Importação e Exportação Ltda. adquiriu o café da empresa Comércio de Café D' Cristo, a partir de 2006, período no qual seguiu com sua movimentação normal, mas tal não significa que a mesma não produziu, torrou e moeu o café objeto da autuação. As provas carreadas aos autos militam a favor do entendimento da Impugnante.

Sobre as operações ocorridas com a empresa Minasforte Comércio e Indústria Ltda., aliadas às provas já apresentadas pela Defendente, desde sua impugnação, encontramos as notas fiscais de fls. 127/140. Este conjunto de provas leva à conclusão de que restou suficientemente demonstrada que é uma indústria de torrefação e moagem de café.

É importante lembrar que o Fisco sustenta que na declaração prestada pela Minasforte à Receita Estadual, esta se declara como empresa de comércio atacadista de café em grãos. Entretanto, os documentos dos autos, comprovam que referida empresa também vende café torrado e moído, ainda que esta não seja sua atividade preponderante.

De crucial importância afirmar que, nas regras que tratam do diferimento acima transcritas não há exigência de que a empresa destinatária seja preponderantemente torrefadora e esta questão da preponderância aparece apenas quanto à empresa exportadora.

Destaque-se ainda o entendimento de que, quanto a estas operações, não seria 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 utilização indevida do diferimento.

Para tal análise deve-se verificar o texto do citado dispositivo legal, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“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;

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

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, por utilização indevida do diferimento.

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.

Nesta linha como aplicar a penalidade disposta no inciso VII acima transcrito se no caso em tela não há divergência de valores consignados?

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.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 utilizar-se indevidamente do instituto do diferimento.

Frisamos 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.

No que tange à empresa Santa Clara Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., a Impugnante traz aos autos (fls. 67) relatório de vendas da empresa no exercício de 2004 no intuito de comprovar a preponderância exportadora.

No entanto, este relatório, se comparado com os demonstrativos das operações com café das fls. 09/20 e 23, apresenta algumas inconsistências.

Para apuração da preponderância exportadora de uma empresa, o critério a ser seguido é o estabelecido pelo artigo 111, § 3º, inciso I do Anexo IX do RICMS/02, *in verbis*:

“Art. 111 -

§ 3º - Considera-se preponderantemente exportador o estabelecimento que tiver destinado, no exercício anterior, mais de 50% (cinquenta por cento) de suas saídas ao exterior, observado o disposto no § 1º do artigo 5º deste Regulamento e o seguinte:

I - na apuração do percentual acima, excluem-se as remessas para armazém-geral e beneficiamento e as devoluções de mercadoria, e incluem-se as transferências a qualquer título;

II - para os contribuintes em início de atividade, a preponderância, no primeiro exercício, será apurada mensalmente, considerando-se o período de atividade.”

Observando-se o relatório de vendas apresentado em confronto com as normas acima transcritas pode-se concluir que o mesmo não considerou em nenhum mês o valor referente a “outras saídas” como sendo saída para o mercado interno.

Acrescente-se que no relatório, nos meses de fevereiro, julho e dezembro, os valores das saídas diferidas para o comércio foram considerados como vendas com fim específico para a exportação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Soma-se a estes fatos acima elencados que, no mês de março, o valor das devoluções de compras foi considerado como venda com fim específico para a exportação e o valor da remessa com fim específico para exportação não foi incluído.

Desta forma, a planilha intitulada “Relatório das vendas no ano de 2004” não é suficiente para demonstrar que a empresa Santa Clara se caracteriza como preponderantemente exportadora para efeitos de adquirir café com diferimento do ICMS.

Ademais, as informações prestadas pela própria empresa Santa Clara Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. à Receita Estadual através dos DAPIs (fls. 09/20), não corroboram as informações constantes do dito relatório.

No mesmo sentido do entendimento ora desenvolvido, destacam-se os seguintes julgados do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais:

"ACÓRDÃO 01.052/99/5ª

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ – SAÍDA PARA EMPRESA NÃO PREPONDERANTEMENTE EXPORTADORA – CONSTATOU-SE ATRAVÉS DE ANÁLISE EM DOCUMENTO FISCAL DE ENTREGA OBRIGATORIA – DAMEF, QUE A EMPRESA DESTINATÁRIA DA MERCADORIA NÃO COMPROVOU TER SE CLASSIFICADO COMO PREPONDERANTEMENTE EXPORTADORA. CORRETA A EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO 14.308/00/1ª

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ – COMPROVADO NOS AUTOS A REMESSA DE CAFÉ AO ABRIGO INDEVIDO DO DIFERIMENTO, UMA VEZ QUE A DESTINATÁRIA (CUSTÓDIO FORZZA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.) DA MERCADORIA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, NÃO SE ENQUADRA NA DEFINIÇÃO DE EMPRESA PREPONDERANTEMENTE EXPORTADORA. ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE INSUFICIENTES PARA ELIDIR O FEITO FISCAL. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – SERVIÇO DE TRANSPORTE – NÃO ESTANDO A OPERAÇÃO COM CAFÉ ABRIGADA PELO BENEFÍCIO DO DIFERIMENTO, O MESMO SE APLICA AO SERVIÇO DE TRANSPORTE COM ELA RELACIONADO. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do artigo 112, inciso II do Código Tributário Nacional, para manter as exigências apenas de ICMS e MR em relação às notas fiscais destinadas à empresa Santa Clara Indústria e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Comércio de Alimentos Ltda. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Paulo Roberto Elias Mansur.

Sala das Sessões, 01/08/07

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

CC/MIG