

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.050/09/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000156702-26
Impugnação: 40.010122821-38, 40.010121841-28 (Coob.)
Impugnante: Mineração Morro Velho Ltda.
IE: 567429825.04-02
Anglogold Ashanti Brasil Mineração Ltda. (Coob.)
IE: 001016546.04-58
Proc. S. Passivo: Paula de Abreu Machado Derzi Botelho/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatadas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal apuradas mediante o confronto entre documentos extrafiscais apresentados pela Contribuinte e as notas fiscais emitidas no período autuado. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II da Lei nº 6763/1975. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO. Constatada a emissão de nota fiscal consignando valor notoriamente inferior ao real mediante confronto com outros documentos fiscais emitidos pela Autuada no período e com os valores declarados pela Autuada ao DNPM para fins de pagamento da CFEM. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei nº 6763/1975. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado o extravio de notas fiscais de saída mediante conferência de documentos e livros fiscais. Legítima a exigência da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XII da Lei nº 6763/1975.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. Constatada a falta de registro do livro Registro de Controle da Produção e Estoque na repartição fazendária. Exigência da Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso II da Lei nº 6763/1975. Infração caracterizada e quitada pela Autuada.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos. Acionado o permissivo legal, art. 53 § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XII, da Lei nº 6763/1975 a 1% (um por cento) do seu valor. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação trata da constatação, no período de janeiro/2002 a maio/2004, de prática das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) Saídas de minério de ouro desacobertas de documento fiscal constatadas mediante confronto entre documentos extrafiscais apresentados pelo contribuinte e as notas fiscais emitidas no período autuado;

2) emissão da Nota Fiscal 002889 de 16/10/2002, consignando o valor de operação notoriamente inferior ao real, constatada mediante comparação com outros documentos fiscais emitidos pela Autuada no período e com os valores declarados por ela ao DNPM para fins de recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM.

3) falta de registro na repartição fazendária do livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque referente aos exercícios de 2002 a 2004;

4) extravio das Notas Fiscais nº. 002091 e 002565 registradas no livro Registro de Saídas, em 08/02/2002 e 16/07/2002, respectivamente.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas nos artigos 54, inciso II e 55, incisos II, VII e XII, todos da Lei nº 6763/1975.

Inconformadas, a Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 299/315, juntam os documentos de fls. 317/471 e alegam em preliminar, a nulidade formal do Auto de Infração (AI), sob o fundamento de que não houve o arbitramento previsto nos dispositivos nele citados, já que a autuação se deu com base nos seus controles internos.

No mérito, alega, em síntese, que todo o minério de ouro extraído de sua mina localizada no Município de Sabará foi transferido para o estabelecimento localizado no Município de Nova Lima, onde foi beneficiado e transformado em barras de ouro que foram destinadas ao mercado externo. Explica o seu processo produtivo e admite que por disfunções e lapso operacionais, no período autuado realmente deixou de emitir documentos fiscais dos produtos que foram transferidos entre os dois estabelecimentos.

Entende, no entanto, que por se tratar de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, não ocorre o fato gerador do ICMS e que nem existem motivos fáticos e jurídicos para encerrar o diferimento.

A seu ver, a manutenção da cobrança do ICMS geraria saldo credor para um estabelecimento que não mais consta em nome da autuada e reafirma que a totalidade dos produtos remetidos de um estabelecimento ao outro se destinou, posteriormente, ao mercado externo, o que demonstraria a ausência de prejuízos ao Fisco.

Menciona doutrina, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a Súmula 166 do mesmo Tribunal para respaldar sua alegação de que não incide o tributo na simples transferência entre estabelecimentos do mesmo titular.

Afirma ser impossível a manutenção das exigências relativas à Nota Fiscal nº. 002889, de 16/10/2002, vez que ela, também, não configura hipótese de incidência do ICMS, por se tratar de operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular. Acrescenta que o valor da nota fiscal não é menor de que o custo da produção.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa que providenciou o pagamento relativo às exigências decorrentes da falta de registro do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque na repartição fazendária, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004 e diz, quanto ao extravio das Notas Fiscais de saída 002091 e 002565, que tais notas fiscais foram devidamente registradas e que o ICMS restou devidamente recolhido no que se refere ao diferencial de alíquota, e quanto ao ICMS normal, informa que o estabelecimento possuía saldo credor. Entende não haver prejuízo ao Erário, justificando-se o cancelamento da multa isolada aplicada.

Alega que a penalidade que lhe é imputada fere o princípio do não-confisco e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer a aplicação da jurisprudência dos tribunais em relação à multa isolada exigida, considerando a ausência de prejuízo ao Erário e de não existir ilícito a ensejar a pena. Pretende, caso não seja este o entendimento, a redução da penalidade isolada capitulada no artigo 55, II, alínea "a" do mesmo artigo, afirmando que as exigências têm como fundamento os documentos e lançamentos de sua escrita comercial ou fiscal. E, ainda, caso mantida a penalidade, pede a aplicação do permissivo legal constante do artigo 53, § 3º da Lei nº 6763/1975, equivocadamente mencionada como CLTA.

Requer a produção da prova pericial, indica assistente técnico e formula quesitos às fls. 314 dos autos.

Diante da juntada de documentos pelo Fisco, o Anexo I do Auto de Infração, reitera às fls. 483/485 os termos da Impugnação, propugnando pela sua procedência.

Na Manifestação Fiscal de fls. 488/496, a fiscalização refuta todas as alegações da defesa.

Diz que não procede a nulidade arguida, esclarecendo que arbitrou o valor das mercadorias exatamente por ter se baseado em controles internos da empresa, onde constam apenas as quantidades transportadas.

Quanto à incidência nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, considera pacífico o entendimento sobre a incidência do ICMS nas operações de transferência, por ser essencial ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Menciona doutrina pátria sobre o assunto, comenta a Súmula 166 e assegura que a não emissão de notas fiscais para as operações em análise resultou em prejuízos para o Município de Sabará, no que se refere ao Valor Adicionado Fiscal (VAF).

Afirma que não há qualquer prova de que as transferências realizadas se destinavam exclusivamente a gerar produtos para o mercado interno e anexa os quadros de fls. 497/501, que contêm dados extraídos dos arquivos do SINTEGRA, referentes ao estabelecimento da Autuada localizado em Nova Lima, para demonstrar que parte do processo de extração do ouro foi vendida no mercado interno,

Quanto às exigências relativas ao item 2 do AI, decorrentes da emissão da Nota Fiscal 002889, em 16/10/2002, consignando valor das mercadorias notoriamente inferior ao real, afirma que as Notas Fiscais nº. 002875, de 11/10/2002 e nº. 002895, de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

17/10/2002, emitidas pela autuada e as guias de recolhimento da CFEM, documentos anexados à fl. 213 dos autos comprovam a irregularidade praticada e que não se aplica como base de cálculo, no caso, o custo da extração, como pretendem as Impugnantes.

Informa que as Notas Fiscais 002091 e 002565 permanecem extraviadas e que os pagamentos de diferencial de alíquota ou saldo credor do ICMS não se relacionam com a irregularidade apontada.

Entende ser a perícia desnecessária, haja vista que os quesitos levantados pela Impugnante podem ser respondidos pelas provas nos autos e alguns deles poderiam ser respondidos pela Impugnação.

Requer, ao final, a procedência do lançamento.

Foi concedida vistas dos autos à Coobrigada em face da juntada de documentos, para os quais não havia sido intimada (intimação de fls. 505/506).

Em nova manifestação, as Impugnantes destacam que os documentos acostados aos autos são os mesmos sobre os quais já se manifestara anteriormente, reiterando os termos da exordial.

A fiscalização, considerando a ausência de novos argumentos, apenas ratifica o seu pedido anterior.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 526/539, discorre sobre cada um dos quesitos formulados no pedido de perícia, concluindo ser a mesma desnecessária ao julgamento do lançamento consubstanciado no AI de fls. 02/03.

Entende insubsistente a alegação de nulidade do AI, uma vez que o arbitramento do valor das operações, feito pelo Fisco, observou a legislação aplicável à matéria.

Quanto ao mérito, após exame minucioso dos documentos acostados aos autos, conclui que restam incontroversos nos autos tanto a falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias do estabelecimento da Autuada, como a veracidade dos documentos extrafiscais utilizados no levantamento feito pelo Fisco.

No que tange a emissão de nota fiscal consignando valor notoriamente inferior ao preço corrente esclarece que o fisco utilizou como base de cálculo, a diferença entre o valor unitário constante da nota fiscal e o valor extraído da guia de recolhimento da CFEM.

Quanto às notas fiscais extraviadas a argumentação de que o ICMS referente ao diferencial de alíquota e de que o ICMS normal do período foi recolhido, afirma que em nada alteram o feito fiscal, posto que os documentos extraviados consistem em notas fiscais de saída, registradas sem débito do imposto, conforme livro Registro de Saídas (fls.449/450).

Ressalta, contudo, que não foi constatada a prática de reincidência desta irregularidade.

Destaca, por fim, que a afirmativa de que a manutenção do crédito tributário geraria um crédito para o estabelecimento já encerrado, além de insuficiente para o cancelamento de quaisquer exigências fiscais, não procede, porque, embora a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mineração Morro Velho, ora Autuada, encontre-se com sua inscrição estadual suspensa, a Anglogold, sua incorporadora continua em atividade, conforme demonstra a consulta efetuada no SICAF.

Pede pela procedência do lançamento.

Em face dos documentos juntados por ocasião da Manifestação Fiscal, fls. 497/501, acordou esta 1ª Câmara em converter os autos em diligência, para que fossem enviadas cópias de tais documentos aos Sujeitos Passivos, reabrindo-lhes o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação.

Em sua manifestação de fls. 557/559, as Impugnantes argumentam que as notas fiscais relacionadas pelo Fisco às 497/501 não são do estabelecimento autuado, cuja atividade principal é a extração do minério.

Ponderam que poucas vendas de ouro são retratadas em algumas notas fiscais, menos de 10 (dez) kg de ouro, que segundo alegam, são realizadas para atender pedidos específicos de clientes e para fomentar o mercado interno, no intuito de divulgar o produto. O volume, que considera ínfimo e a finalidade dessas vendas fazem com que elas, não tenham qualquer relação com o presente lançamento, pois não se prestariam a provar ou confirmar qualquer das alegações do Fisco.

Juntam cópia das notas fiscais às fls. 561/691 e reiteram seus pedidos anteriormente formulados.

Em nova manifestação de fls. 693/694, a Fiscalização reafirma quanto transferências da mina de Sabará que a defesa ao contrário do que alega a defesa, parte do ouro, da prata e do subproduto industrial produzidos pelo estabelecimento de Nova Lima foram vendidos ao mercado interno.

Reitera os demais argumentos e proposições trazidas anteriormente e endossa o parecer da Assessoria do CC/MG.

A Assessoria do CC/MG, às fls. 695/700, esclarece que as notas fiscais trazidas pelas Impugnantes são aquelas relacionadas pelo Fisco no quadro de fls., 497/501 e que, realmente, conforme alega a impugnante não se referem ao estabelecimento da Autuada, localizado em Sabará. Todavia, assegura que o Fisco pretendeu demonstrar foi que nem toda a produção de ouro se destinava ao mercado externo e que parte da produção foi vendida internamente.

Diz ainda que não assistem razões à Impugnante quanto à planilha juntada às fls. 550 no sentido de demonstrar que o valor constante da Nota Fiscal respeitou o custo da produção do minério do ouro, posto que os valores arbitrados pelo fisco se aproximam, em muito, dos valores das notas fiscais por ela mesma emitidas em operações de remessa para um dos seus estabelecimentos.

Conclui pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 10/02/09, presidida pelo Conselheiro Mauro Heleno Galvão, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos termos da Portaria nº 04/01, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Presidente, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 18/02/09.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: as Conselheiras Maria de Lourdes Medeiros (Relatora) e Janaina Oliveira Pimenta (Revisora), pela procedência do lançamento e a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências relativas ao item 1 do Auto de Infração. Pela Impugnante, sustenta oralmente o Dr. Sacha Calmon Navarro Coelho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria.

DECISÃO

Da Manifestação Fiscal de fls. 488/496, 524/525 e 693/694 e do parecer da Assessoria do CC/MG de fls. 526/539 e 695/700, extrai-se os fundamentos para sustentar esta decisão, de modo sintético e com algumas alterações.

Das Preliminares

1) Da nulidade do Auto de Infração

Pugnaram as Impugnantes pela nulidade formal do AI haja vista que o relatório fiscal menciona dispositivos referentes ao arbitramento efetuado e, no entanto, a autuação fiscal se deu no comparativo entre os relatórios internos da empresa com as notas fiscais emitidas. Entendem que, desta forma, o AI teria mencionado fundamento legal equivocado ao se remeter a um arbitramento que, na prática, não teria ocorrido.

Contudo, o que se verifica da análise dos documentos constantes dos autos, é que o procedimento fiscal encontra respaldo nos incisos III e IV do artigo 51 da Lei nº. 6763/1975. Examine-se:

Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto;

(...).

No caso dos autos, a constatação da saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal se deu com base nos controles internos da empresa, documentos não fiscais, que mencionam apenas as quantidades dos produtos. Confrontados estes documentos com as notas fiscais emitidas no período, evidenciaram-se saídas de mercadorias em quantidade superior àquela constante das notas fiscais emitidas no período.

Diante disto, a fiscalização procedeu ao arbitramento do valor das operações com observância dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 54, incisos II, IX e XI, da Lei nº. 6763/1975.

Não restam dúvidas, pois, da correição do procedimento fiscal adotado, com a observância da legislação que rege a matéria, razão pela qual deve-se rejeitar a nulidade arguida.

2) Do pedido de prova pericial

Conforme se verifica, da análise dos documentos que compõem os autos e dos quesitos formulados pelas Impugnantes, evidencia-se ser a prova pericial requerida, desnecessária ao julgamento da matéria que ora se examina. Atente-se:

Os relatórios de controle internos emitidos pela Impugnante, nos quais se baseou a ação do fisco, em relação à exigência do item 1 do AI, se encontram anexados aos autos;

Por outro lado, a prova de que todos os produtos que saíram sem documentação fiscal foram transferidos para o estabelecimento da Autuada em Nova Lima não altera a exigência fiscal, em face da inconteste constatação da irregularidade praticada. No mesmo diapasão se encontra o argumento de que todas as mercadorias transferidas foram destinadas ao exterior. A prova desta alegação não altera a exigência formulada pelo Fisco.

Está claro nos autos que a base de cálculo utilizada pela fiscalização se baseou em guias de recolhimento efetuadas pelo contribuinte a título de CFEM (fls. 56).

A cópia da Nota Fiscal 002889 encontra-se acostada aos autos às fls. 227 e os questionamentos a ela pertinentes podem ser respondidos a partir de seu exame.

Quanto às Notas Fiscais de saída nºs 002091 e 002565, não se trata a exigência a elas relativas da falta de registro, mas do seu extravio, não sendo as mesmas apresentadas ao Fisco, conforme determina a legislação.

Por estas razões, deve o pedido de perícia ser indeferido.

Do Mérito

A constatação de saídas desacobertadas de documentação fiscal, exigência a que se refere o item 1 do AI, se deu com base nas planilhas de controle interno da autuada que foram entregues à fiscalização em substituição ao livro Registro de Controle de Produção e Estoques, que não foi preenchido pela autuada.

Para demonstrar a irregularidade, a fiscalização elaborou o Quadro I (fls. 16/17), onde relaciona as notas fiscais de saída de minério de ouro, cujas cópias também se encontram nos autos.

Às fls. 20/22, no Quadro Ia, estão relacionadas as notas fiscais de saída de minério de ouro, de acordo com as informações do SINTEGRA, para complementar as informações do Quadro I.

No Quadro II, fls. 23/50, estão os dados comparativos entre os controles internos da Autuada e as notas fiscais emitidas no período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 51/55, o Quadro IIa, intitulado “Resumo Controles Internos X Notas Fiscais”, contém a média ponderada dos teores de ouro por tonelada de minério.

No Quadro III, de fls. 56, está demonstrada a base de cálculo das saídas desacobertas de documento fiscal e no Quadro IV, fls. 57, estão os dados do recolhimento da CFEM, no período de janeiro de 2002 a maio de 2004, que serviram de base para o arbitramento do valor das operações.

Às fls. 148/179 foram acostados os controles internos elaborados pela Autuada, os quais foram apresentados à fiscalização. As guias de pagamento da CFEM encontram-se às fls. 181/210 e o Anexo V, fls. 211/297, refere-se às cópias das notas fiscais de saída de minério de ouro emitidas pela Autuada no período.

As Impugnantes informam que o estabelecimento autuado, Mineração Morro Velho Ltda., extraía minério de ouro de sua mina localizada no distrito de Cuiabá - Município de Sabará (I.E 567.429825.04-02) e o transferia, por teleférico e, por vezes, por caminhões, para o estabelecimento localizado no Município de Nova Lima (CNPJ e I.E. próprios), conforme notas fiscais de fls. 212/297 dos autos.

Ressalte-se que as saídas desacobertas a que se referem os autos, são saídas de minério de ouro do estabelecimento localizado no Município de Sabará (Mina Cuiabá).

E é importante destacar, também, que as Impugnantes não contestam a utilização dos controles internos, posto que os apresentaram ao Fisco, e admitem que realizaram saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme se verifica às fls. 305 dos autos: “... por disfunções e lapso operacionais, no período autuado a empresa autuada realmente deixou de emitir documentos fiscais de produtos que foram transferidos entre seus dois estabelecimentos”.

Neste sentido, o argumento da defesa é de que tratavam-se de operações de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, em que não ocorrem a hipótese de incidência do ICMS e em que não haveria o encerramento do diferimento, na qual se amparam as operações, em face da ausência de prejuízo ao fisco, bem como pelo fato das mercadorias se destinarem a posterior exportação.

Neste sentido, cabe destacar que o julgamento da Súmula 166 do STJ, em 14/08/1996 (publicada no DJ de 23-98-1996) é anterior à edição da Lei Complementar 87/1996 (LC nº. 87/96), que contempla a tributação nas operações entre estabelecimentos de mesma empresa. Examine-se:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...).

Conforme destaca a fiscalização, a incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular é requisito indispensável para a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade, além de ser o sustentáculo do princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Com efeito, dispôs a LC/87, *verbis*:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

...

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

...

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

(...).

E a LC 87/96, reforçando a tese da tributação nestas operações, estabelece acerca da base de cálculo nas operações de transferência entre estabelecimentos de mesmo titular. Atente-se:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

...

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

(...).

Vale destacar o entendimento deste Conselho de Contribuintes no sentido de que as operações de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade são fatos geradores do tributo, conforme decisão proferida no Acórdão 17.211/06/2ª, que cita-se exemplificativamente.

Por outro lado, a argumentação de que todos os produtos foram objeto de exportação não se sustenta. A uma porque a tese levantada pela defesa é de que o estabelecimento localizado em Nova Lima é que teria praticado a saída que seria destinada à exportação e a duas, porque o Fisco, demonstra de modo exemplificativo, com a juntada dos documentos de fls. 497/501, dados extraídos do SINTEGRA, que parte da produção foi destinada ao mercado interno.

Deve-se reiterar, porém, que não é esta a discussão sugerida pela irregularidade apurada no AI. O que se tem inquestionável nos autos, inclusive reconhecido pelas impugnantes é a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, promovidas pelo estabelecimento da Autuada localizado em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sabará. Nesta condição, não se pode afirmar que toda a saída desacobertada se destinou ao outro estabelecimento do contribuinte, localizado em Nova Lima.

De igual modo, a argumentação de que toda a produção foi objeto de exportação não pode prevalecer. Mesmo porque a tese levantada pela defesa  de que o estabelecimento localizado em Nova Lima é que teria praticado a saída que seria destinada à exportação, o que não resultou incontestado nos autos.

Ressalte-se, ainda, em face das alegações das Impugnantes, que a não emissão de documentação fiscal, dentre outras hipóteses, constitui caso de encerramento do diferimento, conforme disciplina do artigo 12 do RICMS/2002, *in verbis*:

Art. 12 - Encerra-se o diferimento quando:

(...)

II - a operação for realizada ou o serviço prestado sem documento fiscal;

(...)

Por outro lado, não ha que se falar, no caso, na aplicação da alínea "a" do inciso II, do artigo 55, da Lei n. 6763/1975, para a redução da multa isolada a 20% (vinte por cento) do valor da operação, uma vez que a irregularidade foi apurada com base em controles internos da Autuada, que não são documentos da escrita fiscal ou comercial da empresa.

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

Efeitos de 1/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotara o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:"

(...)

Efeitos de 1/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

"II - por dar saída a mercadoria, entrega-la, transporta-la, t-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; (grifos nossos)

(...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tampouco poderá ser aplicado, no caso, o permissivo do artigo 53, § 3º da Lei nº. 6763/1975, porque da infringência resultou falta de pagamento do imposto devido.

Quanto à irregularidade descrita no item 2 do AI, emissão da Nota Fiscal nº. 002889, em 16/10/2002, consignando como valor da operação valor notoriamente inferior ao preço corrente, deve-se esclarecer que a constatação desta irregularidade teve como parâmetros documentos emitidos pelo contribuinte.

Às fls. 16, no quadro I, verifica-se que o contribuinte emitiu notas fiscais com valores superiores a R\$ 22,17 (vinte e dois reais e dezessete centavos), sendo que, nas notas fiscais anteriores e posteriores, o valor do grama de ouro estava em torno de R\$ 37,00 (trinta e sete reais) e R\$ 38,00 (trinta e oito reais). Todavia o contribuinte consignou na Nota Fiscal nº. 002889 o valor de R\$ 8,89 (oito reais e oitenta e nove centavos).

Às fls. 56, Quadro III, encontra-se o demonstrativo da diferença apurada e das exigências fiscais a elas relativas e de onde se infere que a fiscalização utilizou como base de cálculo, a diferença entre o preço unitário de R\$ 8,89 (oito reais e oitenta e nove centavos) e o valor de R\$ 33,07 (trinta e três reais e sete centavos), que foi extraído da guia de recolhimento CFEM – daquele mês – fls. 191, encontrado pela divisão do valor da operação pela quantidade vendida).

As Impugnantes apresentam a planilha de fls. 550 que, no seu entender, comprova de forma cabal que “o valor constante da nota fiscal respeitou o custo da produção do minério de ouro”. Acrescenta que não poderia admitir que o mesmo viesse a ser confundido com o valor de venda já extraído, como pretende a fiscalização.

Contudo, verifica-se que a elas não assistem razões.

O Fisco utilizou os valores do grama de ouro demonstrados às fls. 57 dos autos, extraídos das informações para o recolhimento da CFEM, prestadas ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), conforme relação entregue pelo próprio contribuinte (fls. 181). As guias consignam o CNPJ da Autuada, qual seja, 22.931299/0006-45. Portanto, dúvidas não restam de que se referem aos valores da sua produção.

Cabe mencionar as disposições do Decreto nº. 1, de 11/01/1991, que regulamento o pagamento da CFEM, a qual foi instituída pela Lei nº. 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Examine-se:

Decreto nº. 1, de 11 de janeiro de 1991.

(...)

Art. 13 - A compensação financeira devida pelos detentores de direitos minerários a qualquer título, em decorrência da exploração de recursos minerais para fins de aproveitamento econômico, será de 3% (três) por cento sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...).

Afora isto, os valores arbitrados pelo Fisco (extraídos das guias da CFEM) se aproximam em muito dos valores consignados nas notas fiscais emitidas pela Mineração Morro Velho Ltda., ora Autuada, nas Remessas para industrialização destinando ouro para a Mineração Morro Velho Ltda., situada em Nova Lima.

Portanto, os valores sugeridos pelo contribuinte na tabela de fls. 550, divergem, em muito, dos valores das notas fiscais por ela mesmo emitidas em operações de remessa para um dos seus estabelecimentos.

Portanto, afigura-se correta a exigência fiscal, pois, sendo o valor da operação notoriamente inferior ao real, o diferimento deve ser encerrado, pela aplicação do disposto no artigo 12 do RICMS/1996, o qual preceitua:

Art. 12 - Encerra-se o diferimento quando:

(...)

VI - a mercadoria ou o serviço prestado estiverem acompanhados de documento fiscal que consigne valor inferior ao real da operação ou da prestação;

(...).

E consoante já demonstrado, não procede a tese de que se tratam de transferências de mesmo contribuinte, todas destinadas à exportação e mais, amparadas pelo benefício do diferimento.

Ora, se ocorreram saídas desacobertas de documentação fiscal, não há como ser comprovada a exportação da mercadoria (que, segundo as Impugnantes, teria ocorrido em etapa posterior), nem tampouco cabe a pretensão de se usufruir do benefício do diferimento.

Quanto ao permissivo, a exemplo da irregularidade constante do item anterior, a sua aplicação encontra-se vedada pela legislação, visto que resultou em falta de pagamento do imposto devido.

No que diz respeito à irregularidade constante do item 3 do AI, qual seja, falta de registro, na Repartição Fazendária competente, do Livro Registro de Controle da Produção e Estoque referente aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, a Autuada recolheu o valor da multa aplicada pelo Fisco, já considerado no DCMM de fls. 474/475.

Sobre a Irregularidade descrita no item 4 do AI, extravio das Notas Fiscais de saída 002091 e 002565 - registradas respectivamente, em 08-02-2002 e 16-07-2002, cabe ressaltar, que tais notas foram reiteradamente solicitadas conforme intimações do Fisco em 21/12/2006 e 11/09/2007.

A fim de proceder à fiscalização do estabelecimento da Autuada, o Fisco, em 21/12/2006 intima, a Contribuinte a apresentar dentre outros documentos fiscais, as notas fiscais de saída do período de janeiro de 2002 a maio de 2004 (intimação de fls. 59).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao lavrar o Termo de Início de Ação Fiscal (fls. 60) o Fisco solicita novamente a entrega das notas fiscais de saída referentes ao período fiscalizado.

Diante da falta de apresentação de algumas notas o Fisco intima, em 10/09/2007 (fls. 92) o Contribuinte a entregar o restante da documentação, incluindo as notas Fiscais nº. 002091 e 002565.

Embora tenham sido registradas, conforme faz prova a própria Impugnante (fls. 449/450), a exibição das notas fiscais, bem como outros documentos pertinentes à escrita comercial ou fiscal é obrigatória por força do disposto no artigo 50, inciso II da Lei nº. 6763/1975.

Pela irregularidade, aplicou o Fisco a multa isolada de 40% do valor da operação, conforme previsão do artigo 55 da Lei nº. 6763/1975, *in verbis*:

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

(...)

XII - por extraviar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;

(...)

A argumentação de que foi recolhido o ICMS referente ao diferencial de alíquota no período e apresentava saldo credor no período, não altera em nada a exigência fiscal visto que os documentos extraviados consistem em notas fiscais de saída, registradas sem débito do imposto, conforme se verifica do livro Registro de Saídas (fls.449/450).

Contudo, no que concerne a esta irregularidade, não foi constatada a prática de reincidência.

Ressalte-se, no que tange a alegação de irrazoabilidade e desproporcionalidade das penalidades aplicadas e de seu caráter confiscatório, que esta matéria não pode ser objeto de apreciação por este Órgão julgador, em face do disposto no artigo 110 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº. 44.747, de 03/03/2008 (RPTA). Outrossim, cumpre salientar, que as multas foram corretamente aplicadas, em total consonância com o que determina a legislação tributária.

Finalmente, a afirmativa de que a manutenção do crédito tributário geraria um crédito para estabelecimento já encerrado, além de insuficiente para o cancelamento das exigências fiscais, não procede, visto que não obstante a Mineração Morro Velho Ltda. encontrar-se com sua inscrição estadual suspensa, a sua incorporadora, Anglogold Ashanti Brasil Mineração Ltda. continua em atividade, conforme informação do SINTEGRA de fls. 540.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento anterior iniciado em 10/02/09, nos termos da Portaria nº.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

04, de 19/02/2001, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que excluía as exigências relativas ao item 1 do Auto de Infração. Em seguida, à unanimidade, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII, da mesma lei, a 1% (um por cento) do seu valor. Participou do julgamento, além dos signatários e da Conselheira supracitada, a Conselheira Janaina Oliveira Pimenta (Revisora).

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.050/09/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000156702-26
Impugnação: 40.010122821-38, 40.010121841-28 (Coob.)
Impugnante: Mineração Morro Velho Ltda
IE: 567429825.04-02
Anglogold Ashanti Brasil Mineração Ltda. (Coob.)
IE: 001016546.04-58
Proc. S. Passivo: Paula de Abreu Machado Derzi Botelho/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 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.

Cumprir-se a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe lavrado para formalizar as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas nos artigos 54, inciso II e 55, incisos II, VII e XII, todos da Lei nº 6.763/75 em virtude das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2002 a maio de 2004:

1) saídas de minério de ouro desacobertas de documento fiscal constatadas mediante confronto entre documentos extrafiscais apresentados pelo contribuinte e as notas fiscais emitidas no período autuado;

2) emissão da Nota Fiscal 002889 de 16/10/2002, consignando o valor de operação notoriamente inferior ao real, constatada mediante comparação com outros documentos fiscais emitidos pela Autuada no período e com os valores declarados por ela ao DNPM para fins de recolhimento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM.

3) falta de registro na repartição fazendária do livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque referente aos exercícios de 2002 a 2004;

4) extravio das Notas Fiscais nº. 002091 e 002565 registradas no livro Registro de Saídas, em 08/02/2002 e 16/07/2002, respectivamente.

Inicialmente, cumpre destacar não haver divergência entre o presente voto e a decisão majoritária no que pertine à questão preliminar de nulidade do Auto de Infração, que não vejo configurada, e a desnecessidade da prova pericial.

Quanto ao mérito propriamente dito a divergência reside no item 1 do Auto de Infração. Neste item a imputação fiscal, como visto acima, é de saídas desacobertas de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A exigência a que se refere o item 1 do Auto de Infração, se deu com base nas planilhas de controle interno da Impugnante que foram entregues à fiscalização em substituição ao livro Registro de Controle de Produção e Estoques.

Portanto, de início já fica bem claro que a pretensa infração foi apurada em documentos da própria empresa que foram por ela entregues ao Fisco. Este procedimento merece destaque pois está diretamente relacionado ao motivo que justifica o cancelamento das exigências do item 1 do Auto de Infração. Isto porque se o documento se presta para apuração de uma questão também deve ser admitido para todas as questões nele descritas. Se o documento não merece fé, também não poderiam ser dele retirados dados utilizados pelo Fisco para autuação.

Para demonstrar a irregularidade, a fiscalização elaborou o Quadro I (fls. 16/17), onde relaciona as notas fiscais de saída de minério de ouro, cujas cópias também se encontram nos autos.

Já às fls. 20/22 estão relacionadas as notas fiscais de saída de minério de ouro, de acordo com as informações do SINTEGRA, para complementar as informações do Quadro I.

No Quadro II (fls. 23/50), estão os dados comparativos entre os controles internos da Defendente e as notas fiscais emitidas no período.

O Quadro II (fls. 51/55), contém a média ponderada dos teores de ouro por tonelada de minério.

No Quadro III (fl. 56), está demonstrada a base de cálculo das saídas desacobertas de documento fiscal e no Quadro IV (fl. 57), estão os dados do recolhimento da CFEM, no período de janeiro de 2002 a maio de 2004, que serviram de base para o arbitramento do valor das operações.

Às fls. 148/179 foram acostados os controles internos elaborados pela Impugnantes, os quais, como já dito e repita-se pela relevância, foram apresentados à Fiscalização.

As Impugnantes informam que o estabelecimento autuado, Mineração Morro Velho Ltda., extraía minério de ouro de sua mina localizada no distrito de Cuiabá - Município de Sabará (I.E 567.429825.04-02) e o transferia, por teleférico e, por vezes, por caminhões, para o estabelecimento localizado no Município de Nova Lima (CNPJ e I.E. próprios), conforme notas fiscais de fls. 212/297 dos autos.

Ressalte-se que as saídas tidas como desacobertas a que se referem os autos, são saídas de minério de ouro do estabelecimento localizado no Município de Sabará (Mina Cuiabá).

As Impugnantes apresentaram os chamados controles internos ao Fisco, afirmando que as operações ali descritas tratavam-se de operações de transferência entre estabelecimentos de mesma titularidade, em que não ocorre a hipótese de incidência do ICMS e em que não haveria o encerramento do diferimento, na qual se amparam as operações, em face da ausência de prejuízo ao Fisco, bem como pelo fato das mercadorias se destinarem a posterior exportação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consta do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02 que o diferimento se encerra com a não emissão do documento fiscal, ou seja, ao não se cumprir o dever instrumental de emitir documento fiscal.

Entretanto, o dever instrumental tem o claro objetivo de controlar a realização da operação, ou seja, verificar se a hipótese estava realmente abrangida pelo instituto do diferimento.

Importante ressaltar que o diferimento não se constitui em um benefício fiscal caracterizando-se com uma técnica de tributação segundo a qual o lançamento e o pagamento do imposto são transferidos para operações ou prestações subsequentes. É o que determina o artigo 9º da Lei nº 6.763/75.

O citado artigo 9º também prevê que o Regulamento do ICMS disporá em quais operações de circulação de mercadorias ocorrerá a aplicação do diferimento.

O diferimento, como técnica de tributação que é, necessita de controle fiscal. Por outro lado, como não é benefício fiscal, não necessita sujeitar-se a interpretação restritiva imposta pelo Código Tributário Nacional.

Ademais, o diferimento não é uma opção do contribuinte. Assim, se uma operação está prevista no Regulamento do ICMS ou mesmo em regime especial como sujeita ao diferimento, não pode o contribuinte optar por tributá-la.

Por estes dois fatores, apesar de haver necessidade de documentos fiscais para acobertar as operações com diferimento como acontece com qualquer operação de circulação de mercadorias, este não está adstrito a obrigações condicionantes como ocorre com os benefícios fiscais.

Assim, verificando-se o Princípio da Razoabilidade e sua aplicação ao caso concreto pode-se concluir que o mesmo é aplicável à espécie tratada nos autos. Isto porque toda a documentação utilizada pelo Fisco dá conta de que as operações tratavam-se de transferências.

Além deste fator tem-se que o diferimento no caso em tela foi concedido tendo em vista que toda a produção do estabelecimento autuado é remetida para outro estabelecimento da mesma empresa, onde é industrializada e exportada.

No caso dos autos, o controle fiscal não foi prejudicado pois, também em virtude do regime especial, as operações do contribuinte eram de pleno conhecimento do Fisco.

Lembre-se que a Impugnante extraiu minério de ouro em sua mina localizada na Estrada Mestre Caetano, Distrito de Cuiabá, no Município de Sabará – Minas Gerais.

Todo o minério de ouro extraído da mina localizada na Estrada Mestre Caetano foi transferido, via teleférico e em algumas poucas ocasiões por rodovia, através de caminhões, para a Planta Metalúrgica do Queiroz da empresa, situada na Fazenda Rapaunha, s/n.º, Bairro do Galo, na cidade de Nova Lima – Minas Gerais, estabelecimento também com CNPJ e inscrição estadual próprios, onde o minério de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ouro foi beneficiado e transformado em barras de ouro, cuja mercadoria foi destinada ao mercado externo – exportação.

Conforme prova dos autos, não é possível o processo produtivo da empresa ser realizado apenas em uma de suas plantas. A mina de Cuiabá, localizada no Município de Sabará – Minas Gerais concentra a parte inicial do tratamento do minério, envolvendo desde a sua extração do subsolo, com a elevação à superfície pelo “*shaft*” ou poço até a diminuição do tamanho das rochas que alimentarão a planta.

O produto desta etapa será um concentrado de sulfetos e minério de ouro, o qual é transportado via teleférico e em algumas ocasiões por rodovia, para a Planta Metalúrgica do Queiroz.

Frise-se, pela importância, que não se trata de extração do ouro puro e acabado, mas de minério de ouro, o qual requer a extração de toneladas de minério para se obter poucos quilos de ouro.

Note-se que o principal valor comercial do produto é justamente da etapa seguinte à questionada nos presentes autos.

A Planta do Queiroz, localizada no Município de Nova Lima – Minas Gerais, beneficiará o concentrado de minérios oriundos da Minas Cuiabá, através das etapas de ustulação (que correspondente à oxidação ou queima do minério na presença de oxigênio e temperatura elevada) e a hidrometurgia (responsável pela extração do ouro contido no minério).

Os produtos finais obtidos são os metais de ouro, prata e ácido sulfúrico.

Posteriormente, o ouro extraído deste processo é, na sua quase totalidade, exportado.

Portanto, tributar a operação como se pretende fazer nestes autos, corresponde a levar a tributação do ICMS à operação de exportação. Assim, não há razão para tributar a operação intermediária uma vez que a Constituição Federal, a lei Complementar n.º 87/96 e a legislação tributária mineira consagram a desoneração das exportações.

Assim, deve ser acolhida a argumentação de que a maior parte dos produtos foram objeto de exportação. A demonstração trazida pelo Fisco com a juntada dos documentos de fls. 497/501, dados extraídos do SINTEGRA, de que parte da produção foi destinada ao mercado interno, não desvirtua toda a exposição anterior uma vez que sempre se está a falar na maior parte da produção e não em sua totalidade. Ademais, a informação trazida pelo Fisco atesta exatamente esta situação.

As operações no mercado no mercado interno são residuais e a Impugnante demonstra que quase a totalidade de suas operações tem como destino o mercado externo.

Registre-se, por derradeiro, que ainda que fosse devido o imposto não poderia ser aplicada a multa isolada ao percentual utilizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A infração foi apurada em documento que continha as características de fichas adotadas em substituição aos livros fiscais. Os documentos foram entregues ao Fisco pela própria Impugnante.

Neste caso, deveria ser aplicada a penalidade, se devida fosse, na forma da alínea "a" do inciso II, do artigo 55, da Lei nº. 6763/75, ao percentual de 20% (vinte por cento) do valor da operação, uma vez que a irregularidade foi apurada com base em controles disponibilizados ao Fisco pela própria Impugnante e que continham elementos próprios da escrita fiscal e comercial. Veja-se a literalidade do dispositivo legal que contém a sanção:

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

Efeitos de 1º/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:"

(...)

Efeitos de 1º/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

"II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-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; (grifos nossos)

(...).

Diante do exposto, julgo procedente em parte o lançamento para excluir as exigências relativas ao item 1 do Auto de Infração, aplicando-se o permissivo legal para reduzir a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso XII, da mesma lei, a 1% (um por cento) do seu valor.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2009.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**