

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.509/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169286-18
Impugnação: 40.010129907-36, 40.010129908-17 (Coob.), 40.010129909-90 (Coob.)
Impugnante: Abril Construções e Serviços Ltda
IE: 241828158.00-51
Clymene Cristina Filgueiras Tamm (Coob.)
CPF: 916.830.176-68
Ray Barcellos Tamm (Coob.)
CPF: 508.329.996-87
Coobrigados: Glenn Barcellos Tamm
Maria Josefina Barcelos Tamm
Proc. S. Passivo: Flávio de Souza Valentim/Outro(s) (Aut. e Coobs.)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Constatada a inclusão errônea das Sócias Clymene Cristina Filgueiras Tamm e Maria Josefina Barcellos Tamm como Coobrigadas, uma vez que não restou comprovado o poder de gerência de tais sócias.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Constatada a prática de atividades comerciais em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS da Secretaria de Estado de Fazenda/MG. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 96, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso I da citada lei.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias com a utilização de documentos fiscais da empresa localizada no município de Esmeraldas (MG). Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação, art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídos os valores de ICMS que constam nos documentos fiscais cujo imposto foi efetivamente destacado, e a respectiva multa de revalidação.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 11/11/09 a 13/12/10, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais denominados “Vale Transporte”, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, e ainda da constatação de que o referido estabelecimento se encontrava em funcionamento sem a devida inscrição estadual.

Exige-se ICMS, multa de revalidação, Multas Isoladas previstas nos arts. 55, inciso II e 54, inciso I ambos da Lei nº 6763/75.

Insta destacar que a notificação do Auto de Infração foi devolvida pela EBCT sob a justificativa de que a destinatária havia se mudado do endereço mencionado.

Em face disso, promoveu-se a intimação da Autuada mediante publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, em 19/04/11, objetivando dar conhecimento ao Sujeito Passivo da autuação em questão, às fls. 144.

Ato contínuo foi emitido Termo de Rerratificação pela Delegacia Fiscal de Betim às fls. 161/162, incluindo os sócios da empresa no polo passivo do presente Auto de Infração, na qualidade de responsáveis solidários, conforme preceitua o art. 149 do CTN c/c o Parecer Normativo nº 001/03/PGFE.

Inconformada, a Autuada e os Coobrigados Clymene Cristina Filgueiras Tamm e Ray Barcellos Tamm apresentaram, tempestivamente e por intermédio de procurador devidamente constituído, impugnação às fls. 183/194, acompanhada dos documentos de fls. 195/213.

O Fisco se manifesta às fls. 218/228.

Em sua defesa a Autuada e os Coobrigados supracitados argumentam que:

- o objeto social da empresa consiste em atividades de engenharia civil em todas as suas modalidades, especialmente a execução de obras de terraplanagem e pavimentação de estradas rodoviárias e ferroviárias;
- os documentos apreendidos referiam-se à movimentação interna de mercadorias;
- alega a inexistência de transferência de mercadorias de uma pessoa para outra, o que seria essencial para a caracterização do fato gerador do ICMS, citando doutrina nesse sentido (Roque Antônio Carraza e Geraldo Ataliba);
- o fato gerador do ICMS só pode ser configurado se presentes a circulação física, a econômica e a jurídica, simultaneamente, citando doutrina nesse sentido (Sacha Calmon);
- no caso em questão não houve a circulação econômica ou patrimonial, havendo apenas movimentação interna de mercadorias para emprego no local da obra, em razão da prestação de serviços;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- cita a legislação estadual relativa a não incidência do ICMS sobre saída de concreto cimento ou de concreto asfáltico promovida pelo empreiteiro ou subempreiteiro responsável pela aplicação do produto em obra de construção civil, ainda que preparado fora do local da obra;

- entende não ter havido o aspecto tripartido da circulação (física, econômica e patrimonial) e que o produto utilizado pela Autuada na obra não é mercadoria, por ter sido demonstrado que não houve venda de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ);

- a fábrica do CBUQ está inserida no canteiro de obras da Autuada, sendo que o contrato de prestação de serviços apresentado pela mesma prevê o fornecimento do material a ser empregado na obra, que é fornecido exclusivamente para o contratante dos serviços (SAE), sendo inviável economicamente a fabricação em local diverso;

- questiona a base de cálculo adotada pela Fiscalização, afirmando ser o valor considerado superior ao montante real, requerendo, por isso, produção de prova pericial para o caso;

- diante dos elementos presentes no caso concreto, as penalidades impostas pela Fiscalização devem ser canceladas, além de invocar o princípio da eventualidade para a redução dos valores das multas a patamar razoável, entendendo que no valor lançado essas passam a ter natureza confiscatória, inviabilizando a continuidade da empresa;

- requer ao final pela produção de prova pericial, objetivando a apuração da base de cálculo a ser utilizada.

Em resposta o Fisco refuta os argumentos apresentados aduzindo a matéria a seguir:

- que o argumento inicial dos Impugnantes, quanto às atividades desempenhadas pela empresa, não afasta a possibilidade de a mesma ser contribuinte do ICMS, uma vez que pratique o fato gerador do referido tributo, conforme preconiza o art. 55 do RICMS/02 (Decreto nº 43.080/02);

- a Impugnante praticou o fato gerador do ICMS, uma vez que simplesmente produzia e comercializava a massa asfáltica (CBUQ);

- a emissão de notas fiscais por estabelecimento diverso, embora do mesmo Contribuinte, não pode ser aceita pelo Fisco, sob pena de se ferir o princípio da autonomia dos estabelecimentos;

- uma vez que a Impugnante fabrica a massa asfáltica (CBUQ) em local diverso de sua matriz, com o objetivo de venda, praticando o fato gerador do ICMS, de acordo com os ditames legais, o mesmo deveria possuir inscrição estadual para tal fim no local onde a mercadoria é fabricada e comercializada;

- que o contrato firmado com a SAE – Superintendência de Água e Esgoto de Araguari/MG é para o “fornecimento de emulsão asfáltica RL 1C e massa asfáltica (CBUQ)”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o referido contrato dispõe que: “os produtos serão transportados e aplicados pela SAE devido ao investimento realizado por esta autarquia, como, aquisição de veículos, equipamentos e pessoa, para a redução de custos na execução dos serviços”;

- que, portanto, houve a transmissão de propriedade da mercadoria, uma vez que a Impugnante não presta, no caso em análise, o serviço de pavimentação, fornecendo apenas a mercadoria necessária para que o contratante executasse a obra;

- a prova pericial solicitada pelos Impugnantes para o levantamento da base de cálculo é desnecessária, uma vez que a apuração dos valores das vendas realizadas foi feita a partir de documentação fornecida pela própria empresa, emitida pela sua unidade do município de Esmeraldas.

Requer ao final pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 13/10/11, a Segunda Câmara de Julgamentos do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, decidiu pela conversão do julgamento em diligência, determinando que ...“o Fisco apresente os motivos da autuação da empresa com sede em Esmeraldas, considerando que o contrato foi firmado com sua matriz em Belo Horizonte e os argumentos postos no Auto de Infração demonstram saídas realizadas pelo estabelecimento sediado em Araguari”...

O Fisco, em resposta aos questionamentos apresentados, afirma que o contrato em referência foi firmado com a matriz da empresa localizada na cidade de Esmeraldas/MG, sendo este o único estabelecimento da Autuada possuidor de Inscrição Estadual em Minas Gerais.

Aduz ainda que o estabelecimento localizado na cidade de Araguari foi instalado de forma irregular sem a obtenção de CNPJ ou IE, esclarece que empresa estabelecida em Belo Horizonte ou Esmeraldas não poderia de forma alguma fornecer as mercadorias em questão para aplicação na cidade de Araguari, considerada a distância entre as cidades (superior a 500 km) e a necessidade de que as mercadorias sejam entregues ainda aquecidas para possibilitar sua aplicação.

Devidamente cientificados, os Impugnantes não se manifestam.

DECISÃO

Da Preliminar

Do Pedido de Perícia

Os Impugnantes formularam pedido de perícia, apresentando quesitos e indicando assistente técnico.

Analisando os quesitos formulados pelos Impugnantes, conclui-se ser a realização da prova pericial requerida desnecessária ao deslinde da questão.

A base de cálculo utilizada pelo Fisco para apuração das exigências foi obtida dos próprios documentos fiscais apresentados pelos Impugnantes, os quais não

se prestavam a acobertar as operações em tela, todavia os valores ali apresentados presumem-se legítimos.

Deste modo, conclui-se que a resposta, porventura dada, aos quesitos formulados em nada alteraria o resultado da decisão, posto que não são pertinentes à técnica e procedimento fiscais adotados.

Portanto, nos termos da alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 142 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários e Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03/03/08, indefere-se o pedido de perícia formulado, por ser desnecessária à elucidação da questão ora tratada.

Do Mérito

Versa o feito em questão sobre saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de 11/11/09 a 13/12/10, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais denominados “Vale Transporte”, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, e ainda da constatação de que o referido estabelecimento se encontrava em funcionamento sem a devida inscrição estadual.

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão dos documentos denominados de “Vale Transporte”, compreendendo os exercícios de 2009 e 2010.

Com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, o Fisco apurou o montante de saídas reais.

Os argumentos postos pelos Impugnantes de que não se verificaria a circulação de mercadorias e, portanto, ausente ou inexistente o fato gerador do ICMS, não sobressai diante da constatação da real situação.

Analisando o contrato de fls. 128/133 dos autos, verifica-se que à Autuada caberia única e exclusivamente promover o fornecimento de mil toneladas de massa asfáltica e cinco toneladas de emulsão asfáltica.

O mesmo referido instrumento dispõe que ...“Os produtos serão transportados e aplicados pela SAE”...

Com tais argumentos não se sustenta qualquer discussão ou contexto atinente à celebração de contrato de prestação de serviços em detrimento da real operação de simples fornecimento de mercadorias observada no caso concreto, ensejando assim a incidência do ICMS.

Das provas e documentos colacionados aos autos, constata-se ainda que as mercadorias foram produzidas e remetidas pelo estabelecimento localizado na cidade de Araguari/MG, fato este indiscutível, principalmente em se considerando as peculiaridades específicas das mercadorias em referência que precisam ser entregues ainda aquecidas, para que se possibilite sua correta aplicação.

Portanto, os documentos de fls. 14/20 apresentados pelos Impugnantes não se prestam a acobertar as operações em referência, haja vista figurar ali como remetente a unidade estabelecida em Esmeraldas/MG, quando as mercadorias saíram realmente de Araguari/MG. Contudo, naqueles documentos foi efetivamente destacado o imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido, o qual se torna plenamente exigível pelo Fisco, pois devem ser declaradas em DAPI.

Assim, não se demonstra razoável nova exigência do mesmo imposto ali já especificado, nem tampouco a respectiva multa de revalidação, face à regular discriminação e aposição dos valores em documento fiscal.

No que se refere à alegação da Autuada de que a penalidade imposta é ilegal e abusiva, ressalte-se que as penalidades aplicadas atendem ao princípio da reserva legal, uma vez que expressamente previstas na Lei nº 6763/75.

Ademais, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito, dentre outras normas, a do art. 110 do RPTA, nos seguintes termos:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Desta forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir integralmente a exigência fiscal.

Com relação à eventual possibilidade de acionamento do chamado permissivo legal por esta Câmara de Julgamento, para cancelamento ou redução da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto.

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

(...)

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

Tratando a coobrigação dos sócios da empresa, deve-se considerar que conforme se depreende dos atos constitutivos da empresa existentes nos autos, as sócias Clymene Cristina Filgueiras Tamm e Maria Josefina Barcellos Tamm figuram apenas na condição de sócias capitalistas, e, portanto, não concorreram para a consecução de qualquer das condutas consideradas pelo Fisco para lavratura do Auto de Infração em epígrafe, e, portanto, devem ser excluídas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em indeferir requerimento de adiamento do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juízo. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o deferia. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir 1) do polo passivo as Sras. Clymene Cristina Filgueiras Tamm e Maria Josefina Barcellos Tamm; 2) as exigências de ICMS destacado nos documentos fiscais de fls. 14/20 e a respectiva multa de revalidação. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Flávio de Souza Valentim e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Luciana Trindade Fogaça. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso (Revisor) e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 20 de janeiro de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

mlr