

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.581/12/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000169169-97
Impugnação: 40.010129601-28
Impugnante: Beck Aços Manufaturados Ltda
IE: 712393940.00-16
Proc. S. Passivo: Flávia Renata Vilela Caravelli/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DEVOLUÇÃO IRREGULAR - NÃO COMPROVAÇÃO DO RETORNO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a devoluções de mercadorias sem a efetiva comprovação de seu retorno ao estabelecimento autuado. Infração caracterizada nos termos do art. 76, §§ 2º, 4º e 5º da Parte Geral do RICMS/02. Correto o estorno do crédito de ICMS e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – TAXA SELIC. Constada a apropriação de crédito de ICMS com atualização pela Taxa Selic do imposto destacado em documento fiscal. Correto o estorno do crédito e a imposição da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SALDO CREDOR - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – TAXA SELIC. Constatada a apropriação indevida de crédito de ICMS originário de atualização monetária pela Taxa Selic de saldos credores apontados em DAPIs. Aplicação da Súmula 01 do Conselho de Contribuintes. Correto o estorno do crédito e a imposição da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM ALHEIO À ATIVIDADE DO ESTABELECEMENTO - ATIVO PERMANENTE. Imputação fiscal de aproveitamento indevido de crédito de ICMS, uma vez que trata-se de crédito proveniente da aquisição de bem alheio à atividade do estabelecimento, nos termos do art. 1º, inciso IV da IN DLT nº 01/98. O Fisco realizou o estorno do crédito cumulado com a incidência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Para a classificação dos bens do Ativo Imobilizado, no entanto, o Fisco não deve aplicar as regras da Instrução Normativa nº 01/86. Não obstante a apropriação integral do crédito, não houve recolhimento a menor do imposto, em decorrência dos saldos credores apurados na Recomposição da Conta Gráfica. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CRÉDITO SEM ORIGEM – OUTROS CRÉDITOS. Constatada apropriação indevida de créditos de ICMS lançados nas DAPIs a título de “Outros Créditos” (campo 71) sem lastro

documental. Infração caracterizada nos termos do art. 68 da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – ARBITRAMENTO – FORNECIMENTO DE MERCADORIA COM MONTAGEM NO LOCAL DA OBRA. Constatada a saída de mercadorias sem emissão de documento fiscal autorizado pelo Estado, apurada mediante a análise do contrato firmado entre a Autuada e o Município de Belo Horizonte e as notas fiscais emitidas no período. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mencionada lei. Arbitramento do valor da operação, tendo como parâmetro o valor da avença contratual. As provas juntadas pelo Fisco demonstram que o contrato se refere ao fornecimento de mercadorias com a prestação de serviço de montagem. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas ao valor correspondente à prestação de serviço de montagem, equivalente a 30% (trinta por cento) da base de cálculo arbitrada pelo Fisco.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – RETORNO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. Constatada a saída desacobertada de documentação fiscal das mercadorias que deram entrada no seu estabelecimento para industrialização, acobertadas pelas notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda. Em decorrência da descaracterização da “suspensão” do imposto, por ter ultrapassado o prazo limite para devolução da mercadoria, obriga-se o estabelecimento industrializador a promover a devolução do produto resultante da industrialização devidamente acobertado por documento fiscal e com a regular incidência do imposto estadual. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75.

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. Constatada a saída de mercadorias ao abrigo indevido da isenção, em face do descumprimento das condições estabelecidas na alínea “a” e subalínea “b.1” do subitem 136.2 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, nas remessas para órgãos públicos estaduais. Lançamento do ICMS devido na Recomposição da Conta Gráfica, sem resultar em saldo devedor nos respectivos períodos. As informações trazidas pela defesa não foram suficientes para comprovar a prática do desconto do imposto dispensado no valor das mercadorias. Correto o acréscimo do valor do imposto ao débito de cada período, reduzindo o saldo credor. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 215, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/06 a 30/06/10, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência das irregularidades seguintes:

1) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no mês de janeiro de 2008, destacado em notas fiscais de entrada emitidas a título de devolução de mercadorias sem a efetiva comprovação de seu retorno ao estabelecimento autuado, por não ter sido observado o disposto no art. 78, inciso III e §§ 1º, 2º e 3º, todos da Parte Geral do RICMS/02.

A Autuada emitiu em 17/01/08 as Notas Fiscais de entrada de nºs 000.501 a 000.504, para recuperar o imposto destacado nas Notas Fiscais de saída nºs 000.475, 000.476, 000.481 e 000.479, emitidas em 22/12/07, a título de devolução de mercadorias. Todavia, descumprindo a determinação contida no inciso III do art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, a Autuada não manteve arquivada a primeira via das notas fiscais originais que acompanhou o transporte das mercadorias;

2) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no mês de janeiro de 2009, originário de atualização pela Taxa Selic de crédito de ICMS destacado na Nota Fiscal nº 004.902, emitida, em 30/01/09, pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda – IE 062.806046.0128;

3) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no mês de junho de 2010, originário de correção/atualização monetária pela Taxa Selic de saldos credores apontados nas DAPIs dos períodos de abril de 2006 a abril de 2010;

4) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no mês de fevereiro de 2010, decorrente de aquisição de bem do Ativo Permanente alheio à atividade da empresa;

5) aproveitamento indevido de crédito de ICMS, nos meses de janeiro e fevereiro de 2007, escriturados no campo 71 (Outros Créditos) das DAPIs, sem a comprovação da origem;

6) saída desacobertada de documentação fiscal, no período de janeiro a março de 2007, dos materiais constantes na Cláusula Segunda do Contrato SC – 09/07, firmado entre a Autuada e o Município de Belo Horizonte. Irregularidade apurada por meio do confronto entre documentos fiscais emitidos pela Autuada e documento extrafiscal (contrato retromencionado);

7) saída desacobertada de documentação fiscal, no período de abril a junho de 2006, de mercadorias recebidas para industrialização, por meio de notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda.

Irregularidade apurada por meio do confronto entre documentos fiscais emitidos pela Autuada, Termo de Autodenúncia nº 05.000187734.44 apresentado pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda e Declaração prestada em 14/12/10 pela Autuada, em atendimento ao “Termo de Intimação nº AGS-04/2010”;

8) descaracterização de isenção na saída de mercadorias, no período compreendido entre março de 2009 a março de 2010, em face do descumprimento das

condições estabelecidas na alínea “a” e subalínea “b.1” do subitem 136.2 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02.

Exigência de ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica, multa de revalidação sobre o imposto apurado, e das Multas Isoladas previstas nos art. 55, inciso XXVI (itens 1 a 5), inciso II (itens 6 e 7) e art. 54, inciso VI (item 8), todas da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 248/272, juntando os documentos de fls. 273/643 e requerendo, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

Tendo em vista alguns argumentos trazidos na peça de defesa, a Impugnante foi intimada a apresentar os livros fiscais e documentos relacionados no Termo de Intimação nº AGS – 001/11, cuja cópia encontra-se acostada às fls. 691/692.

Em cumprimento ao Termo de Intimação supracitado a Impugnante apresentou ao Fisco em 10/06/11 a documentação que lhe fora solicitada.

Naquela oportunidade (10/06/11), foram extraídas cópias dos documentos e livros fiscais de interesse do Fisco, que passaram a integrar a Manifestação Fiscal, bem como foi devolvida ao Contador da empresa toda a documentação apresentada, conforme se extrai do “Recibo” de fls. 694.

Em seguida, a Fiscalização, em bem fundamentada manifestação fiscal de fls. 652/688, refuta as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento.

Na oportunidade, promove a juntada dos documentos de fls. 689/744, esclarecendo que não se faz necessária a abertura de vista dos autos à Impugnante, haja vista que os documentos anexados são de pleno conhecimento da Impugnante ou foram obtidos pelo Fisco mediante pesquisa na *internet*, em *site* de acesso público.

Da Instrução Processual

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 09/02/12, deliberou converter o julgamento na diligência de fls. 788, dirigida ao Fisco, tendo por objeto conceder vistas à Impugnante em relação aos documentos juntados a partir de fls. 689.

A decisão foi cumprida às fls. 790/791, resultando no aditamento da impugnação pela Autuada às fls. 793/805 e juntada de documentos (fls. 806/897), enquanto o Fisco se manifesta às fls. 899/911.

Dos Pareceres da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, às fls. 750/784 e 912/925, apresenta parecer de mérito, opinando, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento do pedido de perícia. No mérito, pela procedência parcial do lançamento para: a) cancelamento do item 4 do Auto de Infração; b) no item 6 do AI, excluir as exigências relativas ao valor correspondente à prestação de serviço de montagem, equivalente a 30% (trinta por cento) da base de cálculo arbitrada pelo Fisco e adequar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Multa Isolada em relação ao valor remanescente ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75; c) adequar a Multa Isolada relativa ao item 7 do AI ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75; d) excluir a multa isolada do item 8 do Auto de Infração.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, parcialmente, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

Da Nulidade do Auto de Infração

Em sede de preliminar, a Impugnante pede o cancelamento parcial do Auto de Infração pela sua insubsistência, firmando-se no art. 95 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Mais tarde, ao se defender da irregularidade do item 6 do Auto de Infração, a Impugnante argui ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que, diante das particularidades das informações obtidas pela Fiscalização, deveria esta ter buscado a verdade material, o que poderia ter ocorrido de várias formas.

Pondera que a Fiscalização deveria ter intimado a municipalidade e as demais empresas contratadas anteriormente pelo Município de Belo Horizonte para esclarecer o conteúdo de cada contratação.

Acrescenta que a Fiscalização tomou como reais meros indícios, sem cotejá-los com todos os elementos fáticos que compuseram a contratação. Para isso, bastava que lhe fosse oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

Sem razão a Defesa, no entanto, uma vez que a tese de insubsistência do Auto de Infração não se sustenta, ou de outra forma, trata-se de matéria de mérito, que será enfrentada a tempo e modo.

Verifica-se que todos os procedimentos administrativos pertinentes à formalização do crédito tributário previstos no RPTA foram observados pelo Fisco, incluindo as intimações realizadas antes da lavratura do Auto de Infração e depois da apresentação da peça de defesa.

As irregularidades praticadas pela Impugnante estão minuciosamente detalhadas nos Anexos que integram o Auto de Infração, com o relato das provas que o Fisco entende pertinentes às infrações apontadas.

As cominações legais de infringências e penalidades que motivaram as exigências fiscais se encontram regularmente capituladas e demonstradas no Auto de Infração e em seus anexos.

Os argumentos e provas carreados aos autos pela Impugnante foram analisados pelo Fisco, conforme demonstrado quando do exame do mérito em sede de manifestação fiscal.

A garantia do devido processo legal compreende dois aspectos essenciais: o direito de ser ouvido e o direito de oferecer e produzir provas. No presente caso tais direitos foram respeitados.

O exame dos autos demonstra que não só a irregularidade do item 6, mas todas as demais irregularidades levadas a termo no Auto de Infração estão alicerçadas em documentos anexados aos autos.

O Relatório Fiscal de fls. 23/30, contém explicação minuciosa das infrações apontadas pelo Fisco.

Além disso, os Anexos do Auto de Infração inseridos às fls. 31/227 contém planilhas com dados que facilitam a compreensão das irregularidades, a visualização do crédito tributário exigido e toda a documentação que sustenta o trabalho fiscal.

A formalização do crédito tributário se faz com a expedição do Auto de Infração e, no caso dos autos, verifica-se que a peça fiscal é bastante clara e precisa no enquadramento legal e no relatório das infrações apuradas, estando revestida de todos os elementos essenciais arrolados no art. 89 do RPTA (aprovado pelo Decreto nº 44.747/08).

A Impugnante tomou conhecimento do inteiro teor das infrações que lhe são imputadas e documentos que as alicerçam, haja vista que recebeu o Auto de Infração juntamente com todos os seus anexos, pelo que se extrai do Aviso de Recebimento anexado às fls. 245. Os documentos que integram os anexos do AI em apreço encontram-se listados às fls. 20 e 21.

Ressalta-se que a peça de defesa apresentada aborda com detalhes todos os aspectos relacionados com as infrações apontadas no Auto de Infração, demonstrando que a Impugnante compreendeu perfeitamente as infrações que lhe foram imputadas, delas se defendendo em sua plenitude.

Não há se falar, portanto, em desrespeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante pleiteia, ao final de sua defesa, a produção de prova pericial, apresentando quesitos e indicando Assistente Técnico (fls. 271/272).

No primeiro quesito requer a Impugnante que o Perito descreva minuciosamente o seu processo produtivo, esclarecendo a função do veículo utilizado dentro do processo.

No segundo quesito, a Impugnante solicita a análise pelo Perito dos documentos fiscais e projetos que lhe envolvem no Contrato SC 09/07 e os contratos celebrados entre o Município de Belo Horizonte e outros fornecedores, de modo a identificar a se a saída de matéria prima de seu estabelecimento está relacionada ao objeto do Contrato SC 09/07.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, conforme demonstrado pelo Fisco na manifestação fiscal, os quesitos já foram respondidos, conforme destacado a seguir:

- a função do veículo adquirido pela Nota Fiscal eletrônica nº 10.389 (cópia do Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica - DANFE anexado às fls. 50) está demonstrada nos autos, constituindo-se, portanto, em matéria de mérito, cuja decisão não clama por realização de prova pericial;

- a farta documentação acostada aos autos pelo Fisco, para comprovar que a Impugnante promoveu saídas desacobertadas de documentação fiscal dos materiais a que se refere a Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07, dispensa a providência requerida pela Impugnante no segundo quesito;

- mediante pesquisa realizada pela internet no *site* da Prefeitura de Belo Horizonte (acesso público), é possível a obtenção de diversas informações acerca dos contratos firmados pelo Município de Belo Horizonte.

Vê-se, pois, que a perícia solicitada se mostra desnecessária, uma vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para o deslinde da questão, não havendo necessidade de qualquer prova adicional.

Nesse sentido, indefere-se o pedido de perícia, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA.

Do Pedido de Despacho Interlocutório

Requer a Impugnante que seja determinada a realização de Despachos Interlocutórios junto a órgãos municipais, buscando que a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e a Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP - encaminhem cópia de todos os contratos que envolveram as obras objeto da análise do Fisco, bem como informem qual o objeto do contrato celebrado com a empresa Egesa Engenharia S/A e qual objeto do contrato celebrado com a Impugnante e, ainda, esclareça quem forneceu os materiais das passarelas do Anel Rodoviário.

De igual modo, pede que seja acionada a Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas, para que esta encaminhe cópia integral da proposta apresentada pela Impugnante em razão do Edital de Licitação nº 018/2008, às fls. 594/609, bem como para informar se foi fornecido desconto do valor do ICMS no valor objeto das notas fiscais emitidas.

O conjunto probatório constantes dos autos, no entanto, dispensa qualquer oitiva dos órgãos públicos mencionados, uma vez que é possível promover a análise necessária com os documentos juntados ao processo.

Outrossim, pela internet (consulta pública no *site* da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte) é possível obter várias informações acerca dos referidos contratos.

Ademais, a obtenção da proposta apresentada pela Impugnante em razão do Edital de Licitação nº 018/2008, junto à Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas é totalmente inócua, haja vista que as notas fiscais anexadas às fls. 617/643, objeto da irregularidade do item 8 do AI fazem referência ao Edital nº 017/2008.

Do Mérito

Mediante conferência de livros, documentos fiscais e arquivos eletrônicos, constatou-se que a Autuada, no período de 01/01/06 a 30/06/10, recolheu ICMS, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal e saídas amparadas indevidamente pelo instituto da isenção.

Os estornos de crédito foram levados à recomposição da conta gráfica (fls. 59/63), resultando em diferença do imposto a exigir ou redução do saldo credor.

O Demonstrativo Geral do Crédito Tributário encontra-se às fls. 226/227 dos autos.

As exigências fiscais serão apresentadas a seguir, na ordem de inserção no Auto de Infração.

1 – Apropriação indevida de créditos de ICMS decorrente de inobservância das disposições contidas no inciso III e §§ 1º, 2º e 3º, todos do art. 78 da Parte Geral do RICMS/02 (devolução de mercadoria).

A exigência fiscal decorre da apropriação indevida de créditos de ICMS no mês de janeiro de 2008, decorrentes da devolução das mercadorias lançadas nas Notas Fiscais de Entrada de n.º 000.501 a 000.504, com informação de se tratar devoluções das mercadorias descritas nas Notas Fiscais n.º 000.475, 000.476, 000.481 e 000.479 emitidas em 22/12/07.

Exigência da Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, bem como estorno dos valores indevidamente apropriados, uma vez que não houve débito de ICMS no respectivo período.

Sustenta o Fisco que a Impugnante descumpriu a determinação contida no inciso III do art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, pois não manteve arquivada a primeira via das notas fiscais originais que acompanhou o transporte das mercadorias.

Entende a Autoridade Fiscal que, não havendo a apresentação das notas fiscais (originais) que acobertaram o retorno dos produtos, não há prova do cumprimento das condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, ou seja, inexistente comprovação do retorno/devolução das mercadorias. Neste caso, por força do disposto no inciso II do § 3º do dispositivo retro mencionado, a recuperação do imposto é indevida.

A Impugnante trouxe as 1ªs vias das notas fiscais junto com a peça de defesa (fls. 289/309) e afirmou, naquela oportunidade, que o aproveitamento do crédito e respectiva devolução das mercadorias decorreu da tributação indevida na saída dos produtos, uma vez que o destinatário encontra-se em “Zona Especial de Negócios”, no Rio de Janeiro.

Já no segundo momento em que intervém no processo, fls. 793/805, afirma que se equivocou ao expor na impugnação o motivo da devolução das mercadorias descritas nas notas fiscais objeto da irregularidade do item 1 do Auto de Infração.

Entende que tal equívoco não afasta a presença dos requisitos previstos no art. 78, inciso III e §§ 1º a 3º do RICMS/02 de forma a validar o crédito aproveitado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nem enquadra a situação dos autos na vedação do art. 70, inciso VI do mesmo regulamento. Alega que a ausência de carimbo de Posto Fiscal nas notas fiscais não justifica a glosa dos créditos, visto que é pública a desativação gradativa dos postos fiscais na época dos fatos, inclusive do Posto de Fiscalização Antônio Reimão de Melo.

Analisando os documentos juntados com a peça de defesa, o Fisco entende que, opostamente ao afirmado pela Impugnante, a irregularidade 1 do AI restou comprovada mesmo após a apresentação das primeiras vias das notas fiscais nº 00475, 000476, 000481 e 000479, na fase de impugnação.

Para tanto, destaca que os produtos consignados na NF nº 000475 (fls. 289) foram recebidos pela cliente em 24/12/07 e somente recusados em 29/12/07, quando então, não caberia o retorno pela mesma nota fiscal de remessa, mas sim por nota fiscal de devolução.

Alerta que a informação de recusa torna-se frágil, uma vez que a própria cliente (V & M do Brasil S/A) após carimbo de RECEBIDO e menção à data do recebimento nos seguintes documentos: NF nº 000476 (fls. 293) e CTCs (fls. 295 e 299).

Quanto à justificativa da Impugnante acerca da ausência de carimbo do Fisco nas notas fiscais, com bem destacou a Fiscalização, não pode ser acolhida, haja vista que, contrariamente ao alegado por ela, o Posto de Fiscalização Antônio Reimão de Melo, localizado no Município de Matias Barbosa encontra-se funcionando normalmente, até a presente data, segundo se extrai das informações contidas no art. 4º e no Anexo IV, ambos do Decreto nº 45.781 de 24/11/11 que “Dispõe sobre a localização das Superintendências Regionais da Fazenda e a localização, a abrangência, a subordinação e a classificação das unidades integrantes da sua estrutura orgânica complementar”.

Por outro lado, cabe destacar que os carimbos da Fiscalização foram apostos nas notas fiscais com datas anteriores a 29/12/07 (data em que foi informada a recusa das mercadorias pela cliente). Este fato demonstra que as mercadorias passaram pelos Postos de Fiscalização somente quando da saída do estabelecimento da Autuada para a cliente, localizada em Rio das Ostras/RJ, em face da ausência de carimbos dos Postos de Fiscalização nos documentos após 29/12/07, por ocasião do retorno, o que reforça a conclusão do Fisco de que as mercadorias não foram devolvidas.

Também não foram apresentados documentos relativos ao serviço de transporte, com origem no Município de Rio das Ostras/RJ.

Conclui-se, do exposto, que a Impugnante não comprovou que as mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 000475, 000476, 000479 e 000481 retornaram ao seu estabelecimento.

Legítima, portanto, a glosa dos créditos das Notas Fiscais de Entrada nº 000501 a 000504 emitidas em 17/01/08, bem como a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

2 – Apropriação indevida de crédito de ICMS originário de atualização pela Taxa Selic de crédito de ICMS destacado em nota fiscal de entrada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigência da Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, bem como estorno do valor indevidamente escriturado, por ter a Autuada apropriado, no mês de janeiro de 2009, de parcela do imposto destacado na Nota Fiscal nº 004902 correspondente à atualização pela Taxa Selic do ICMS original da operação.

No Relatório Fiscal (fls. 24/25) e Anexo II do AI (fls. 37/42) esta infração é detalhadamente narrada.

Com a manifestação fiscal, foram juntadas as telas do SICAF (fls. 698/708) contendo dados relativos aos parcelamentos nºs 12.032947300.91 e 12.036505800.32 efetuados pela empresa “JM Projetos e Engenharia Ltda”, emitente da Nota Fiscal nº 004902, para pagamento do crédito tributário constante do Termo de Auto Denúncia nº 05.000187734.44.

A parcela relativa à atualização monetária apropriada pela Impugnante, objeto de estorno R\$ 32.130,79 (trinta e dois mil, cento e trinta reais e setenta e nove centavos), não se trata de imposto que incidiu nas operações anteriores, mas sim, de juros de mora sobre o ICMS devido em razão do pagamento do tributo em atraso.

Na peça de defesa, às fls. 254, a Impugnante discorda da conclusão do Fisco, alegando que não se trata de caso de aproveitamento de crédito extemporâneo (art. 68 do RICMS/02), cujo valor do tributo teria sido pago em um período e o crédito escriturado em outro.

A matéria se refere ao estorno de crédito originário de atualização monetária pela Taxa Selic, em decorrência de recolhimento do imposto mediante parcelamento.

Após transcrever parte do art. 195 da Parte Geral do RICMS/02, adverte a Impugnante que a interpretação a ser conferida a este dispositivo e a sua subsunção ao caso concreto em análise é necessária, já que a teleologia visada pela norma é a de que seja compensado exatamente o que foi pago.

Acrescenta que, se foi pago o tributo atualizado, obviamente deverá ser compensado como crédito tal valor, o que não ocorre na hipótese de escrituração de crédito extemporâneo.

Entretanto, as alegações da Impugnante não podem ser acolhidas, haja vista que não existe previsão legal para creditamento de valor relativo à atualização monetária destacado em nota fiscal complementar.

Certo é que a regra da não cumulatividade obriga a que o tributo, plurifásico, incidente em sucessivas operações, seja apurado sobre o valor agregado em cada uma delas, ou no sistema adotado em nossa legislação, seja compensado com o que tenha incidido nas operações anteriores.

O mencionado princípio decorre do disposto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição da República/88.

A Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 20, assegurou ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada da mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, na forma estabelecida na legislação tributária.

A legislação tributária mineira (Lei nº 6763/75 e o RICMS/02), dando cumprimento à determinação da não cumulatividade, estabelece condições e procedimentos a serem observados pelo contribuinte para o adequado registro e aproveitamento do valor do ICMS a título de crédito.

Oportuno também, para o deslinde questão, a reprodução do art. 30 da Lei nº 6763/75:

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

§ 1º - Sendo o imposto destacado a maior no documento fiscal, o valor do crédito não compreenderá o correspondente ao excesso.

(...)

Desta forma, o valor destacado a maior no documento fiscal de fls. 40 não autoriza o creditamento relativo à parcela de atualização pela Taxa Selic, estando correto o estorno do imposto e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, destacando-se que não se apurou saldo devedor no período.

3 – Apropriação indevida de crédito de ICMS, originário de correção/atualização monetária pela Taxa Selic de saldos credores apontados nas DAPIs dos períodos de abril de 2006 a abril de 2010.

Exigência da Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, bem como estorno do valor indevidamente apropriado a título de crédito no mês de junho de 2010.

O lançamento do crédito lastreou-se na Nota Fiscal de Entrada nº 000007 (fls. 45), emitida sem amparo na norma legal que rege a espécie.

Em relação a este item, a Impugnante não carrou aos autos qualquer alegação, não obstante não tenha reconhecido expressamente o crédito tributário.

A matéria encontra-se sumulada no âmbito administrativo, conforme Súmula 01 do CC/MG, divulgada pela Portaria nº 06, de 02/05/01:

PORTARIA Nº 06, DE 02 DE MAIO DE 2001

Trata da divulgação e dos efeitos da Súmula do CC/MG.

(...)

Art.3º - A citação da súmula, pelo número correspondente, dispensará, quando da redação do acórdão, a fundamentação da decisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 4º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

(...)

SÚMULA 01

O crédito de ICMS aproveitado extemporaneamente e o saldo credor da conta gráfica do ICMS não podem ser corrigidos monetariamente por falta de previsão na legislação tributária mineira.

(...)

Neste sentido, não havendo qualquer autorização legislativa ou administrativa para a apropriação de tais créditos, revela-se correta a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, com o respectivo estorno do crédito irregularmente apropriado na escrita fiscal, sem apuração de saldo devedor no período.

4 – Apropriação indevida de crédito de ICMS, no mês de fevereiro de 2010, decorrente de aquisição de bem do Ativo Permanente alheio à atividade da empresa.

Decorre a presente exigência do aproveitamento do crédito de ICMS, no mês de fevereiro de 2010, relativo à aquisição do caminhão “trator marca Volkswagen modelo 19.320 CLC TT”, conforme cópia da Nota Fiscal nº 010389 (fls. 50), sendo que o crédito destacado no documento foi integralmente aproveitado na escrita fiscal.

Exige-se a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75, bem como estorno do valor apropriado, sem exigência de ICMS por não ter sido apurado saldo devedor naquele mês.

Sustenta a Defesa seu direito ao crédito, afirmando que o veículo em tela tem relação direta e imediata com a sua atividade econômica, não se caracterizando como veículo de transporte pessoal, nem como bem alheio, uma vez que o veículo é utilizado para manuseio das matérias primas e das peças fabricadas da área de produção para a área de pintura e posteriormente para o estoque, ocorrendo, também, o transporte de mercadorias acabadas.

O Fisco afirma que a atividade econômica da Impugnante é a fabricação de estruturas metálicas, conforme descrito no fluxograma de fls. 52 e, neste caso, por força do disposto no art. 1º, inciso II, alínea “c” da Instrução Normativa DLT SRE nº 01/98, somente darão direito a crédito a aquisição de bens, mercadorias e serviços que sejam utilizados na área de produção industrial.

Para confirmar sua assertiva, o Fisco promoveu a juntada dos documentos de fls. 709/719, de modo a demonstrar que o veículo não é utilizado na área de produção.

Sem razão o Fisco, no entanto, por dois motivos. Em primeiro lugar, os documentos juntados não demonstram que o veículo não atua na área de produção, mas sim que, em determinadas ocasiões, é utilizado como veículo transportador das mercadorias fabricadas pela Impugnante, uma vez que os documentos fiscais indicam que o transporte das mercadorias ocorrerá por conta do emitente.

Em segundo lugar, ainda que esta fosse a finalidade exclusiva do veículo (transporte de mercadorias fabricada pela Impugnante), tal fato não retira do bem a sua vinculação à atividade econômica da Impugnante.

Neste sentido, diversas decisões do Conselho de Contribuintes foram proferidas no sentido de que, na caracterização dos bens do Ativo Permanente, não se aplicam as regras da Instrução Normativa nº 01/86, não importando, assim, que o bem atue em linha marginal.

No caso dos autos, independentemente do crédito ter sido apropriado pelo valor integral, quando deveria sê-lo em 48 (quarenta e oito) parcelas, não se mantém a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, por não ser esta a imputação fiscal.

Neste caso, o crédito deve ser estornado na data apropriada, mas atribuído em parcelas mensais de 1/48 (um quarenta e oito avos) até a data de 30/06/10, o que não modifica o valor total das exigências fiscais, em decorrência dos saldos credores do período, mas apenas atribui ao Fisco um novo encargo desnecessário, com uma nova Recomposição da Conta Gráfica.

Assim, por medida de economia processual e eficiência, excluem-se as exigências fiscais deste item.

5 – Apropriação indevida de créditos de ICMS lançados na DAPI a título de “Outros Créditos” (campo 71).

Os créditos em análise foram lançados nas DAPIs dos meses de janeiro e fevereiro de 2007, sob a rubrica de “Outros Créditos”, conforme documentos de fls. 53/56.

O contabilista da Autuada foi intimado a esclarecer a origem destes valores, porém, não soube precisar a que operações se referem.

Exigências de ICMS e multa de revalidação, após Recomposição da Conta Gráfica, bem como Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

A Impugnante argumenta que tais créditos se referem aos débitos indevidos lançados nas notas fiscais de fls. 330/335, quando as operações encontravam-se amparadas pela suspensão do ICMS.

O fato é que, com a juntada de cópia do livro de Registro de Saídas (fls. 720/722), restou comprovado que as mencionadas notas fiscais de fls. 330/335 foram escrituradas no citado livro fiscal sem o débito do imposto, não sendo permitido, assim, deduzir aquilo que não foi pago em época oportuna.

Repita-se, o tributo destacado nas notas fiscais não foi efetivamente levado a débito, e esse fato é reconhecido pela própria Impugnante, no trecho de sua peça defensiva.

Incorreto, portanto, o procedimento da Impugnante ao recuperar imposto não levado a débito.

Por outro, conforme alerta o Fisco, nos casos de destaque indevido de ICMS em documentos fiscais (cujo imposto tenha sido levado a débito no livro Registro de

Saída e na DAPI), o procedimento a ser seguido pelo Contribuinte para a recuperação do tributo decorrente do destaque indevido é o pedido de restituição de indébito previsto nos arts. 36/41 da CLTA (aprovada pelo Decreto nº 23.780/84, vigente à época dos fatos) e arts. 28/36 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, com efeitos a partir de 1º de março de 2008.

Entretanto, na situação retratada nos autos, em que o ICMS destacado nos documentos fiscais não fora levado a débito, não há se falar em restituição de tributo e sequer de apropriação de créditos.

Neste caso, não se tem dúvidas em relação ao equívoco da Impugnante ao destacar o imposto nos documentos fiscais. Reconhece a mesma, no entanto, que os lançamentos a título de “outros créditos” se referem aos débitos indevidos.

Neste caso, conclui-se que pretendeu a Autuada corrigir um erro com outro, uma vez que o livro de Registro de Saídas (fls. 721/722) comprova que as notas fiscais de fls. 330/335 foram escrituradas sem o débito indevido. Logo, não existe qualquer crédito a ser recuperado.

Corretas a exigências fiscais.

6 – Saída desacobertada de documentação fiscal dos materiais a que se refere à Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07, firmado em 18/01/07 entre o Município de Belo Horizonte e a Autuada.

Constatou-se, mediante análise do contrato firmado entre a Impugnante e o Município de Belo Horizonte, a saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal e o respectivo pagamento do imposto estadual.

Os detalhes das operações e o resultado apurado pelo Fisco encontram-se descritos nos Anexos “VII”, “VII.a”, “VII.b”, “VII.c” e “VII.d” do Auto de Infração (fls. 74/148), e apontam as evidências de ocorrência da infração em tela.

No Anexo “VII.e” do Auto de Infração (fls. 149/159) estão inseridas a cópia do Contrato SC 09/07 e cópias das Notas Fiscais de Serviço – Série A nº 000001, 000002 e 000003.

Exige o Fisco o ICMS, a Multa de Revalidação e a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Sustenta a Impugnante que a Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07 deixa claro que o objeto do contrato são os serviços remanescentes de montagem das passarelas.

Adverte que o serviço de montagem integra a lista anexa à Lei Complementar nº 106/05, item 7.02, sendo fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência do ente público municipal.

De modo diverso, no entanto, conforme bem destacou o Fisco, a Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07 (cópia anexada às fls. 150/155), que trata do seu “Objeto” descreve, detalhadamente, quais os materiais deveriam ser fornecidos pela Contratada (empresa ora Autuada), na montagem das passarelas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De igual modo, a Cláusula Quarta do Contrato SC 09/07, que trata da “Medição e Pagamento”, faz referência à medição dos materiais.

Outras evidências das saídas dos materiais, a que se refere à Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07, desacobertas de documentação fiscal foram pormenorizadamente relatadas no Anexo VII do Auto de Infração (fls. 74/78) e demonstradas por intermédio dos documentos que compõem os Anexos: “VII.a”, “VII.b”, “VII.c”, “VII.d”, “VII.e” e “VII.f” do Auto de Infração (fls. 79/162).

Segundo esclarece a Impugnante, às fls. 258/260, foram estas as circunstâncias que envolveram a sua contratação pelo Município de Belo Horizonte:

- a empresa Egesa Engenharia S/A foi contratada pelo Município de Belo Horizonte para a execução, em regime de empreitada, dos serviços de fornecimento, fabricação, transporte e montagem de campo das estruturas metálicas de 6 (seis) passarelas do Anel Rodoviário de Belo Horizonte – Contrato SC 92/06;

- a Egesa Engenharia S/A subcontratou a JM Projetos e Engenharia Ltda para a realização do objeto do contrato celebrado com o Município, tendo este contrato sido celebrado em 01/09/06 (cópia do contrato anexada às fls. 337/347);

- por sua vez, a JM Projetos e Engenharia Ltda contratou-lhe para realizar a industrialização de parte das peças metálicas a que foi subcontratada;

- em razão do atraso nas obras, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte notificou a contratada Egesa, cobrando desta empresa multa diária em virtude do inadimplemento contratual;

- a Egesa, por sua vez, notificou a empresa JM a fim de que esta procedesse a montagem do restante das passarelas o mais urgente possível;

- a empresa Egesa e o Município de Belo Horizonte resolveram rescindir parcialmente o contrato, ficando remanescente a execução da montagem das passarelas, as quais já haviam sido integralmente pagas pelo município à contratada;

- tendo em vista a urgência na conclusão da obra, a Impugnante foi contratada pelo município para executar o remanescente do contrato anterior celebrado com a Egesa, no sentido de realizar, única e exclusivamente, a montagem das passarelas.

Alega, ainda, a Impugnante que não ocorreu o fato gerador do ICMS, uma vez que não houve circulação das mercadorias.

Antes da apreciação dos documentos e razões apresentados pela Impugnante, torna-se conveniente trazer alguns esclarecimentos preliminares acerca dos contratos citados na Impugnação e, ainda, informações sobre o histórico da situação cadastral da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda.

Para o deslinde da questão é importante observar que em 30/06/06, o Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte ratificou, nos termos do art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, a contratação, mediante dispensa de licitação, das empresas Egesa Engenharia S/A e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CAMTER Construções e Empreendimentos S/A, para a execução, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, das obras de revitalização no Anel Rodoviário de Belo Horizonte.

A contratação está pactuada no Contrato SC 92/06, tendo por objeto a execução dos serviços e obras de revitalização do Anel Rodoviário de BH, no valor de R\$ 50.672.263,21 (cinquenta milhões, seiscentos e setenta dois mil, duzentos e sessenta e três reais e vinte e um centavos), conforme elementos apurados pelo Fisco no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, juntados aos autos por ocasião da Manifestação Fiscal (fls. 723/728).

Em janeiro de 2007, com o término do Contrato SC 92/06, firmado entre o Município de Belo Horizonte e a empresa Egesa Engenharia S/A, em decorrência da inexecução total do referido contrato (conforme se extrai do documento anexado às fls. 156 dos autos), o Município de Belo Horizonte, por meio da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas, firmou com a Beck Aços Manufaturados Ltda (ora Impugnante), o Contrato SC 09/07 (cópia anexada às fls. 150/155).

O prazo de execução do Contrato SC 09/07, segundo se extrai de sua Cláusula Quinta (fls. 151) era de 90 (noventa) dias, contados da situação de emergência (11/01/07).

A empresa “JM Projetos e Engenharia Ltda” – IE nº 062.806046-0128, cujos sócios são os mesmos da empresa ora Autuada (conforme se constata pelo exame dos documentos juntados às fls. 161/162), esteve com a inscrição estadual “Suspensa”, no período de 19/10/06 a 10/01/08 em virtude de “Desaparecimento do Contribuinte”.

Relativamente aos meses de novembro de 2006 a dezembro de 2007, não houve entrega/transmissão das DAPIs pela JM Projetos e Engenharia Ltda, conforme se constata pelos documentos juntados pelo Fisco às fls. 729/733.

Cumpré ressaltar que estas informações são de pleno conhecimento da Impugnante, haja vista que os sócios das empresas (Autuada e JM Projetos e Engenharia Ltda) são os mesmos, conforme demonstrados nos autos quando da lavratura do AI, razão pela qual entendeu o Fisco pela dispensa de abertura de vista destes documentos à Impugnante.

Analisando os argumentos e documentos apresentados por ocasião da impugnação (fls. 349/350), constata-se que as notificações se prestam, no presente caso, apenas para demonstrar que a empresa Egesa Engenharia S/A atrasou a execução das obras referente ao Contrato SC 92/06, fato esse já retratado no documento de fls. 156, anexado aos autos pelo Fisco, quando da lavratura do AI.

A Impugnante acostou também aos autos, para descaracterização desta infração, as notas fiscais de fls. 372/385 e 433/469, distribuídas da seguinte forma:

- fls. 372/385 - notas fiscais emitidas no mês de setembro de 2006 pelas empresas “V & M do Brasil S/A” e “Tecnofer S/A Indústria e Comércio” (CFOP 5.924 e 5.923), referentes à remessa de mercadorias para industrialização no estabelecimento da Impugnante, remetidas por conta e ordem da empresa Egesa Engenharia S/A;

- fls. 433/469 – notas fiscais emitidas pela própria Impugnante relativas a saída das mercadorias industrializadas (CFOP 5.124) e retorno de mercadoria recebida

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para industrialização (CFOP 5.925), consignando como destinatária a empresa Egesa Engenharia S/A.

Considerando que a Impugnante não elaborou planilha relativa ao confronto entre as operações de entrada no seu estabelecimento das mercadorias de propriedade da Egesa Engenharia S/A (as quais foram recebidas para industrialização diretamente das empresas “V & M do Brasil S/A” e “Tecnofer S/A Indústria e Comércio”) e as operações de saída dos produtos industrializados, o Fisco realizou tal cotejo para melhor visualização das operações, conforme documento de fls. 734/740, que acompanha a Manifestação Fiscal.

Importante observar que, no retorno dos produtos industrializados, a Impugnante emitiu notas fiscais distintas consignando o CFOP 5.124 (industrialização efetuada para outra empresa) e o CFOP 5.925 (retorno de mercadoria recebida para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando aquela não transitou pelo estabelecimento do adquirente).

Nas notas fiscais de CFOP 5.925, a Impugnante descreveu as mercadorias da mesma forma que foi descrito nas notas fiscais emitidas pelas empresas “V & M do Brasil S/A” e “Tecnofer S/A Indústria e Comércio”, fornecedoras da Egesa Engenharia S/A.

Por outro lado, nas notas fiscais de CFOP 5.124 a Impugnante no campo “Descrição dos Produtos”, consignou “componentes metálicos”, ou seja, mercadorias diversas daquelas especificadas no Contrato SC 09/07 – fls. 150/155 (treliças, torres, rampas, etc.).

Em relação às operações de retorno das mercadorias, a quase totalidade das operações de saída dos produtos industrializados do estabelecimento da Autuada ocorreu no período compreendido entre outubro a dezembro de 2006, ou seja, das 37 (trinta e sete) notas fiscais emitidas, somente 06 (seis) foram após a primeira quinzena de janeiro de 2007.

Com base nestes elementos, concluiu o Fisco que estes documentos não guardam qualquer relação com o Contrato SC 09/07. Aliás, estes documentos, ao que aparentam, guardam relação com Contrato SC 92/06.

Segundo a Impugnante, a empresa Egesa Engenharia S/A subcontratou a empresa JM Projetos e Engenharia Ltda para a realização do objeto do Contrato SC 92/06 celebrado com o município. Nesse sentido foi celebrado, em 01/09/06, o Contrato de Subempreitada, com prazo para execução do seu objeto fixado em 110 (cento e dez) dias, contados daquela data.

Ao examinar a cópia do Contrato de Subempreitada firmado entre as empresas acima referidas (fls. 337/347), bem como as notas fiscais emitidas pela Contratada - JM Projetos e Engenharia Ltda (fls. 475/478) e, ainda, os dados do Contrato SC 92/06, entende o Fisco que:

1 – não há prova acerca do registro do Contrato de Subempreitada no Cartório de Registro Público, razão pela qual, nos termos do art. 221 do Código Civil, tal documento não produz efeitos contra terceiros;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 – mediante cotejo dos dados relativos ao Contrato SC 92/06 (celebrado entre a empresa Egesa Engenharia S/A e o Município de Belo Horizonte) e aqueles referentes ao Contrato de Subempreitada (celebrado entre as empresas Egesa Engenharia S/A e JM Projetos e Engenharia Ltda), conclui-se que os objetos dos contratos não são os mesmos e os preços contratados são bem distintos;

3 - não procede a alegação da Impugnante de que a Egesa Engenharia S/A subcontratou a JM Projetos e Engenharia Ltda para a realização do objeto do contrato celebrado com o município (Contrato SC 92/06).

A Cláusula I do Contrato de Subempreitada, que trata do “Objeto do Contrato” consigna em seu item 1.1:

“1.1 – Constitui objeto deste contrato a execução, em regime de subempreitada, dos serviços de fornecimento, fabricação, transporte e montagem de campo das estruturas metálicas de 06 (seis) passarelas do Anel Rodoviário de Belo Horizonte – MG (...)”.

Não obstante o objeto deste contrato faça referência a “serviços” (inclusive serviço de fabricação de estruturas metálicas), percebe-se, pelo exame da Cláusula III, relativa ao “Valor e Preços”, que a Contratada/JM Projetos e Engenharia Ltda receberia a importância de R\$ 819.280,00 (oitocentos e dezenove mil, duzentos e oitenta reais) pelo fornecimento e fabricação de estrutura, operação esta sujeita à tributação normal pelo ICMS.

Este aspecto é bastante relevante, uma vez que o objeto do Contrato SC 09/07 (fls. 150/155) refere-se também a “serviços”.

4 – o valor total estimado do Contrato de Subempreitada, consoante se extrai de sua Cláusula III, era de R\$ 1.170.400,00 (um milhão, cento e setenta mil e quatrocentos reais), subdividido em 02 (dois) itens:

Item 01 - Fornecimento e fabricação de estrutura = R\$ 819.280,00

Item 02 - Montagem de estrutura – R\$ 351.120,00

As notas fiscais emitidas em razão deste Contrato, segundo a Impugnante, são aquelas cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 475/478, conforme quadro elaborado pelo Fisco às fls. 676 dos autos.

Ao confrontar os valores das notas fiscais com os valores especificados na Cláusula III do Contrato de Subempreitada (fls. 337), percebe-se que estes valores não coincidem, uma vez que o valor total do mencionado Contrato é de R\$ 1.170.400,00 e o valor total das 04 (quatro) notas fiscais corresponde a R\$ 450.947,74.

Alerta-se, ainda, que não foram emitidas pela JM Projetos e Engenharia Ltda notas fiscais de “Remessa – entrega futura” em nome do adquirente, com destaque do ICMS, para acobertar a saída dos produtos faturados pelas Notas Fiscais nº 004624 e 004634, nos termos do art. 306 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02.

Este fato evidencia que não houve saída dos componentes metálicos do estabelecimento da JM Projetos e Engenharia Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, como bem alerta o Fisco, a empresa contratada especificada no Contrato de Subempreitada (JM Projetos e Engenharia Ltda), no período a que se refere o prazo para execução do objeto do contrato, ou seja, de setembro a dezembro de 2006, encontrava-se com a sua inscrição estadual suspensa, em virtude de “Desaparecimento do Contribuinte” e, certamente, em razão deste fato não poderia fabricar e fornecer as estruturas metálicas a que se referia o Contrato de Subempreitada.

Na tentativa de justificar esta situação, a Impugnante afirma que a empresa JM Projetos e Engenharia Ltda teria lhe contratado para realizar a industrialização das peças metálicas a que foi subcontratada. Nesse sentido, acosta aos autos os documentos a seguir relacionados:

- planilha (fls. 362) contendo dados acerca das operações de entrada para industrialização no estabelecimento da Beck Aços Manufaturados Ltda, de materiais de propriedade da JM Projetos e Engenharia Ltda, os quais foram remetidos diretamente pelos fornecedores “Fasal S/A” e “Gerdau Aços Longos Ltda”, por sua conta e ordem, no período compreendido entre outubro de 2006 a janeiro de 2007. Consta também desta planilha dados referentes às notas fiscais emitidas pela ora Impugnante relativas ao retorno dos produtos;

- ordens de Compra (fls. 363/370) emitidas pela JM Projetos e Engenharia Ltda;

- notas fiscais emitidas no exercício de 2009 pela Beck Aços Manufaturados Ltda (5ª via) – anexadas às fls. 387/422 - consignando como destinatária a empresa JM Projetos e Engenharia Ltda, documentos estes relacionados com o retorno da industrialização (CFOP 5.124 e 5.925);

- cópias das notas fiscais emitidas pelos fornecedores “Fasal S/A” e “Gerdau Aços Longos Ltda” (CFOP 5.924) – fls. 423/430.

Contraopondo-se aos argumentos da Defesa, o Fisco elaborou a planilha de fls. 739/740, quando se apurou que as mercadorias (chapas) recebidas pela Impugnante para industrialização para a JM Projetos e Engenharia Ltda, por meio das notas fiscais emitidas pelas das empresas: “Fasal S/A” e “Gerdau Aços Longos Ltda”, foram transformadas em componentes metálicos.

Ocorre, no entanto, que a saída dos produtos industrializados (componentes metálicos) do estabelecimento da Impugnante, só ocorreu no exercício de 2009, ou seja, 02 (dois) anos após a entrada dos materiais para serem industrializados. Relativamente a algumas operações de entrada, o retorno se deu após 03 (três) anos.

Como o Contrato de Subempreitada (fls. 337/347) estabelecia em sua Cláusula II que o prazo de execução do seu objeto contratual seria de 110 (cento e dez) dias, com início em 01/09/06 (encerrando em 19/12/06), conclui-se que as operações retratadas pelas notas fiscais anexadas às fls. 387/422 não estão atreladas ao citado Contrato, posto que emitidas em 2009.

A alegação da Impugnante acerca do pagamento integral das passarelas pelo Município de Belo Horizonte à Egesa Engenharia S/A, após rescisão do contrato, também não se sustenta, uma vez que não está acompanhada de qualquer prova neste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sentido, bem como pela seguinte informação constante no item 2 da Notificação emitida pela Egesa Engenharia S/A:

“2 – Ressaltamos que os atrasos reclamados na notificação têm por consequência, inclusive, multa diária em desfavor de nossa empresa, conforme notificação anexa. Isto sem falar nas consequências financeiras decorrentes da retenção do valor de R\$ 6.501.124,70 (seis milhões quinhentos e um mil cento e vinte e quatro reais e setenta centavos), pois os pagamentos somente serão liberados pelo Órgão Contratante, proporcionalmente após a conclusão de cada uma das passarelas.”

Por outro lado, o Atestado de Capacidade Técnica (fls. 546/549) foi emitido para a empresa Egesa Engenharia S/A e não para a Impugnante. Ademais este atestado refere-se aos serviços objeto do Contrato SC 92/06, os quais foram executados no período de 29/06/06 a 29/12/06.

O mencionado documento descreve os fornecimentos, prestação de serviços ou execução de obras realizadas para a Administração Municipal, com prazos e quantitativos, bem como o desempenho do fornecedor.

Segundo informa o sítio eletrônico da Prefeitura de Belo Horizonte, “os produtores de bens e serviços, que já tenham fornecido para qualquer órgão da Prefeitura e que desejarem obter Atestado de Capacidade Técnica, deverão solicitá-lo, por escrito, junto ao órgão para o qual prestou serviços ou forneceu material. Após receber as informações do órgão e com o exame dos dados do fornecedor no SUCAF, a Gerência de Controle de Suprimentos da Secretaria Municipal de Finanças e a Superintendência de Desenvolvimento da Capital – SUDECAP, da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas e Ambiental, poderão emitir Atestados de Capacidade Técnica.”

Verifica-se, portanto, que este atestado não comprova, como quer a Impugnante, que os materiais a que se refere o Contrato SC 09/07, destinados à fabricação das passarelas, não foram fornecidos por ela.

Os Termos de Recebimento Definitivo, acostados às fls. 352/353, comprovam somente que a Prefeitura de Belo Horizonte, por meio de seu órgão competente, recebeu a obra a que se refere o Contrato SC 92/06, executada pela Egesa Engenharia S/A. Frisa-se que tais termos contemplam somente a obra executada por referida empresa de engenharia, não abarcando, portanto, os fornecimentos efetuados pela ora Impugnante.

O Contrato SC 09/07, anexado às fls. 355/360, bem como as notas fiscais juntadas pela Impugnante às fls. 471/473, dispensam comentários, posto que já integravam os Anexos do Auto de Infração (fls. 150/155 e fls. 157/159).

Os documentos acostados aos autos pela Impugnante às fls. 479/520 (cópia do Anexo VII.b do AI e notas fiscais emitidas pela própria Impugnante e pelas empresas Cominas Montagens Industriais Ltda, M & F Estruturas Metálicas Ltda e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cometal Estruturas Metálicas Ltda) compõem os Anexos VII.a e VII.b do Auto de Infração.

A quase totalidade destes documentos já havia sido anexada aos autos pelo Fisco, consoante se extrai da análise dos documentos acostados às fls. 79/123.

Ressalta-se que no Anexo VII do AI (fls. 74/78) o Fisco constou as seguintes observações vinculadas a tais documentos:

“1) Nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2007, a Beck Aços Manufaturados recebeu da empresa Cominas Montagens Industriais Ltda (em operações de retorno de industrialização) rampas e torres de iluminação – materiais estes especificados na Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07.

2) No mês de fevereiro de 2007 a Beck Aços Manufaturados Ltda recebeu da empresa M & F Estruturas Metálicas Ltda (em operações de retorno de industrialização) várias rampas, identificadas como “Catalão”.

Alerta-se que na Cláusula Segunda do Contrato SC 09/07 existe referência sobre a Passarela Catalão, bem como se encontra arrolado o produto rampa, dentre aqueles que integrariam as passarelas a serem montadas pela Beck Aços.

As notas fiscais de remessa para industrialização emitidas pela Beck Aços (encomendante) e as notas fiscais emitidas pela Cominas Montagens Industriais Ltda, M & F Estruturas Metálicas Ltda, referidas anteriormente, estão relacionadas na planilha que compõe o “Anexo VII.a” do Auto de Infração.”

Na tentativa de descaracterizar estas provas trazidas pelo Fisco, a Impugnante, além de juntar as cópias das notas fiscais, justifica-se às fls. 261, informando que as saídas de peças metálicas que o Fisco considerou como objeto do Contrato SC 09/07 se referem às saídas pela contratação da Impugnante pela JM Projetos e Engenharia Ltda (isto em razão da subcontratação com a Egesa – inclusive saldo de peças pendentes de industrialização que saíram da Impugnante no início do ano de 2007) ou são peças referentes à outras empresas encomendantes, a exemplo das passarelas da Av. Cristiano Machado pela empresa Cometal Estruturas Metálicas Ltda.

Os argumentos da Impugnante não se sustentam, uma vez que o Contrato SC 92/06 firmado entre o Município de Belo Horizonte e a empresa Egesa Engenharia S/A encerrou-se na primeira quinzena de janeiro de 2007 (conforme se extrai documento anexado aos autos pelo Fisco – fls. 156) e o Contrato de Subempreitada firmado entre a empresa Egesa Engenharia S/A e empresa JM Projetos e Engenharia Ltda encerrou-se em dezembro de 2006 (segundo se extrai da Cláusula II deste contrato – fls. 338), enquanto as notas fiscais das empresas “Cominas Montagens Industriais Ltda” e “M e F Estruturas Metálicas Ltda” relativas a retorno dos produtos industrializados (torre de iluminação, rampas, etc.) para o estabelecimento da Impugnante (encomendante da industrialização) foram emitidas no período compreendido entre a segunda quinzena de janeiro de 2007 e até março de 2007.

Conclui-se, assim, que as citadas notas fiscais não estão vinculadas aos contratos referidos pela Impugnante, mas sim, atreladas ao Contrato SC 09/07.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante às operações envolvendo a empresa “Cometal Estruturas Metálicas Ltda”, a Impugnante alega tratar-se de “peças referentes a outras empresas encomendantes, a exemplo das passarelas da Av. Cristiano Machado pela empresa Cometal Estruturas Metálicas Ltda”.

Na cópia do Anexo VII.b (fls. 499), trazido pela Impugnante, constam também as seguintes informações/justificativas (escritas a lápis):

“Passarelas da Crist. Machado

1 – Peças foram enviadas para armazenar na Beck e possível conserto em função de modificações.

2 – As modif. foram canceladas pela Cometal e devolvidas sem modificação, conforme fabricação Cometal.”

Entretanto, tais alegações também não podem ser acatadas, posto que nas notas fiscais emitidas pela Cometal Estruturas Metálicas Ltda, às fls. 508/520, não há qualquer informação quanto ao armazenamento das mercadorias nelas especificadas (treliça, pilares, perfis, postes, etc.) no estabelecimento da ora Impugnante, sendo que a natureza da operação descritas nestes documentos é a “Remessa para conserto (CFOP: 5.915)”.

Aliás, trata-se de suposto conserto, conforme se comprova pelas evidências apontadas no Anexo VII do AI (fls. 75/76), uma vez que nos meses de fevereiro e março de 2007 a empresa Cometal Estruturas Metálicas Ltda remeteu para a empresa Beck Aços Manufaturados Ltda diversas mercadorias, em “supostas” operações de remessa para conserto (treliças, pilares, postes, torre de iluminação, dentre outras), mas os mencionados documentos foram escriturados extemporaneamente pela Beck Aços no mês de junho de 2007.

A evidência de que as mercadorias não se destinavam a conserto, mas sim caracterizavam operações de compra realizada pela Beck Aços para emprego nas passarelas pode ser comprovada pelos seguintes fatos:

- todas as mercadorias foram “supostamente” devolvidas à Cometal sem a realização do conserto;

- a maioria dos documentos fiscais relativos às “supostas” devoluções das mercadorias para a Cometal só foram emitidos pela Beck Aços 01 (um) ano após a entrada dos produtos para o suposto conserto. Chama-se a atenção para o fato de que a data de emissão consignada nas notas fiscais de devolução (08/02/08) coincide com a data de recebimento pela Beck Aços do Termo de Início da Ação Fiscal nº 100898 (fls. 130).

Noutro giro, no inventário realizado pela Beck Aços em 31 de dezembro de 2007, não foram lançadas as mercadorias descritas nas notas fiscais emitidas em 08/02/08, relativas ao “suposto” retorno para a Cometal. Ora, se as mercadorias não foram devolvidas no prazo previsto pela legislação, certamente deveriam ter sido lançadas no livro Registro de Inventário (estoque final de 2007), por tratar-se de mercadorias de terceiros em poder da Beck Aços em 31/12/07.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nas notas fiscais emitidas pela Beck Aços, relativas à suposta devolução para a Cometal sem a realização do conserto, não há identificação do veículo transportador, bem como não há prova do recebimento das mercadorias pela destinatária/Cometal (os canhotos das citadas notas fiscais não contém assinatura do recebedor das mercadorias).”

A alegação da Impugnante acerca da construção da passarela da Av. Cristiano Machado pela empresa Cometal Estruturas Metálicas Ltda, além de irrelevante para o deslinde da questão, não se faz acompanhada de qualquer prova.

A Impugnante contesta às fls. 522 as provas trazidas pelo Fisco nos Anexos VII.c e VII.d do Auto de Infração argumentando que houve erro do funcionário.

Na cópia do Anexo VII.c do AI (fls. 522) a Impugnante constou as seguintes informações (à lápis):

“OBS:

- 1º Erro de Funcionário
- 2º 1ª Entrega => Indust e Entregou
2ª => Só Entregou”

Conclui-se das informações acima, que a própria Impugnante admite que ocorreram 02 (duas) entregas de mercadorias.

As planilhas e notas fiscais anexadas aos autos pela Impugnante (fls. 522/544), além do aspecto anteriormente abordado, dispensam quaisquer comentários, posto que tais documentos compuseram os Anexos “VII.c” e “VII.d” do Auto de Infração.

Em vista da importância das provas constantes dos supracitados Anexos do Auto de Infração, vale reproduzir as informações inseridas no Anexo VII do AI (fls. 76):

“4) NOS MESES DE FEVEREIRO E MARÇO/2007 A EMPRESA BECK AÇOS MANUFATURADOS LTDA EMITIU 14 (QUATORZE) NOTAS FISCAIS, AS QUAIS ENCONTRAM-SE RELACIONADAS NO “ANEXO VII.D” DO AUTO DE INFRAÇÃO, CONSIGNANDO COMO DESTINATÁRIA A EMPRESA “JM PROJETOS E ENGENHARIA LTDA – IE Nº 062.806046-0128”.

SEGUNDO INFORMAÇÕES CONTIDAS NESTES DOCUMENTOS FISCAIS, AS OPERAÇÕES REALIZADAS REFERIAM-SE A RETORNO DE INDUSTRIALIZAÇÃO PARA A EMPRESA “JM PROJETOS E ENGENHARIA LTDA” (ENCOMENDANTE) DOS MATERIAIS RECEBIDOS ATRAVÉS DA NF Nº 034.156 EMITIDA PELA BENAFAER S/A – IE Nº 186.132254-0007 (FORNECEDORA). TAIS OPERAÇÕES TERIAM SIDO REALIZADAS NOS TERMOS DOS ARTIGOS 303 A 303 DO ANEXO IX DO RICMS/02 QUE TRATA DA REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO QUANDO A MERCADORIA NÃO DEVA TRANSITAR PELO ESTABELECIMENTO DO ENCOMENDANTE.

TODAVIA, EXAMINANDO AS NOTAS FISCAIS N.º 000020, 000021, 000022 E 000023 EMITIDAS PELA BECK AÇOS MANUFATURADOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LTDA, AS QUAIS CONSTAM DA PLANILHA QUE COMPÕE O "ANEXO VII.C" DO AUTO DE INFRAÇÃO, CONSTATA-SE QUE O RETORNO PARA A EMPRESA "JM PROJETOS E ENGENHARIA LTDA" (ENCOMENDANTE) DOS PRODUTOS RECEBIDOS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO ATRAVÉS DA NF Nº 034.156 EMITIDA POR BENA FER S/A – IE Nº 186.132254-0007 OCORREU NO MÊS DE JULHO/2006, PERÍODO EM QUE FORAM EMITIDAS AS 04 (QUATRO) NOTAS FISCAIS RETRO MENCIONADAS.

VERIFICA-SE DO EXPOSTO QUE, AS OPERAÇÕES REALIZADAS NOS MESES DE FEVEREIRO E MARÇO/2007 PELA BECK AÇOS MANUFATURADOS LTDA ATRAVÉS DAS 14 (QUATORZE) NOTAS FISCAIS N.º 000136, 000139, 000143, 000146, 000148, 000149, 000155, 000161, 000163, 000168, 000172, 000175, 000176 E 000180 NÃO CORRESPONDIAM A RETORNO DE INDUSTRIALIZAÇÃO PARA A "JM PROJETOS E ENGENHARIA LTDA", MAS SIM OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MATERIAIS DO ESTABELECIMENTO DA BECK AÇOS MANUFATURADOS LTDA PARA SEREM EMPREGADOS NA MONTAGEM DAS PASSARELAS DO ANEL RODOVIÁRIO DE BELO HORIZONTE.

VALE ACRESCENTAR QUE, NAS NOTAS FISCAIS RELACIONADAS NO "ANEXO VII.D" DO AUTO DE INFRAÇÃO HÁ INDICAÇÃO DO LOCAL DE ENTREGA DOS PRODUTOS NELAS DESCRITOS, OU SEJA, NAS OBRAS DAS PASSARELAS: CARIJÓ, CATALÃO, CEMIG, DENTRE OUTRAS, AS QUAIS ESTÃO RELACIONADAS NA CLÁUSULA SEGUNDA – OBJETO DO CONTRATO Nº SC – 09/07 (CÓPIA EM ANEXO)."

De todo o exposto, conclui-se que a infração resta plenamente caracterizada nos autos, por meio da farta documentação juntada pelo Fisco às fls. 74/162, quando da lavratura do Auto de Infração.

Não prosperam, portanto, as alegações da Impugnante acerca da falta de comprovação da irregularidade em tela.

Importante salientar que as exigências fiscais encontram-se demonstradas no quadro de fls. 77, tendo o Fisco tomado como momento de ocorrência do fato gerador, o último dia do período de montagem das passarelas, especificado nas Notas Fiscais de Serviço n.ºs 000001, 000002 e 000003, emitidas em 06/03/07 e 02/04/07, respectivamente.

Cumprе destacar, ainda, que a base de cálculo do ICMS foi arbitrada nos termos do art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 54, inciso XI da Parte Geral do RICMS/02, e tomou como referência a importância correspondente ao valor do contrato SC 09/07 (R\$ 1.290.342,83 (um milhão, duzentos e noventa mil, trezentos e quarenta e dois reais e oitenta e três centavos)), deduzido o valor de desconto lançado na Nota Fiscal de Serviço nº 000001 R\$ 9.444,46 (nove mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e quarenta e seis centavos).

Restou plenamente comprovado, portanto, que o Contrato SC 09/07 tem por objeto o fornecimento dos materiais descritos na cláusula segunda e a respectiva montagem no local da obra.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Restando comprovada a materialidade da acusação fiscal, cabe analisar a base de cálculo adotada pelo Fisco.

Com efeito, a Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/91, assim dispõe:

INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE Nº 02, DE 07 DE MARÇO DE 1991

Construção Civil - Estruturas Metálicas - Incidência do ICMS no fornecimento das mercadorias produzidas pelo prestador de serviço fora da obra - Não incidência do ICMS relativamente à montagem das estruturas no local da obra.

Por disposição constitucional e de legislação complementar, compete tão somente aos Municípios a instituição de imposto sobre a prestação de serviço relacionado com a execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obra de construção civil hidráulica e semelhantes respectiva engenharia consultiva, inclusive os serviços auxiliares ou complementares, ressalvado o fornecimento de mercadoria produzida pelo prestador fora do local da obra, o qual constitui operação sujeita ao ICMS, de competência estadual.

Subordinada aos mandamentos da Constituição Federal e sua legislação complementar, a legislação estadual exclui da incidência do ICMS as ocorrências que constituem fatos geradores do imposto sobre serviços, de competência municipal, bem como, também para esse efeito, relaciona, assim, o que se considera obra de construção civil, hidráulica ou semelhante:

- 1 - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;
- 2 - construção e reparo de estrada de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior de estradas e obras de arte;
- 3 - construção e reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos e outras obras de urbanismo;
- 4 - construção de sistema de abastecimento de água e de saneamento;
- 5 - execução de terraplanagem e de pavimentação em geral, e de obra hidráulica, marítima ou fluvial;
- 6 - execução de obra elétrica e hidrelétrica, e
- 7 - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem e construção de estruturas em geral.

Concomitantemente à exclusão referida, a nossa legislação prevê a tributação do fornecimento de mercadoria com a prestação de serviço tributada pelo município, quando expressamente prevista em Lei Complementar, como é o caso por exemplo, do item 32 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei Nº 406, de 31 dezembro de 1968, na redação da Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, que prevê, para o caso de execução de obra de construção civil, a incidência do ICMS no "fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços".

A despeito da legislação, divergentes têm sido as conclusões e decisões, na área administrativa, sobre a tributação das operações com estruturas metálicas destinadas a emprego em obras de construção civil, quando produzidas pelo construtor fora do local da obra, inclusive com predominância daqueles que tendem a considerar que o tributo estadual tem por base de cálculo o somatório do valor das mercadorias fornecidas com o valor dos serviços empregados para sua colocação ou montagem no local de construção.

Assim, o Diretor da Diretoria de Legislação Tributária da Superintendência da Receita Estadual, tendo em vista o disposto no artigo 24 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780, de 10 de agosto de 1984, e considerando a necessidade de uniformização de procedimentos a aplicação correta das normas da legislação tributária, RESOLVE baixar a seguinte INSTRUÇÃO NORMATIVA:

I - No fornecimento de estruturas metálicas, produzidas pela empresa de construção civil fora do local da obra, para emprego naquela, que executa mediante contrato de administração, empreitada ou subempreitada, o ICMS incide apenas sobre a operação de que decorra o fornecimento da mercadoria, não alcançando os serviços relacionados com sua colocação ou montagem na obra, no local de sua execução.

II - A base de cálculo do imposto é o valor da mercadoria fornecida, nele não se computando o preço cobrado para sua montagem ou colocação na obra, no local de sua execução.

III - Não sendo possível a perfeita identificação dos valores relativos ao fornecimento da mercadoria e de sua montagem ou colocação a fiscalização para efeito de verificação fiscal, basear-se-á em índices técnicos fornecidos pela Secretaria de Estado da Fazenda e/ou pela Associação Mineira dos Construtores de Estruturas Metálicas e Sindicatos da Indústria da Construção Metálica de Minas Gerais.

IV - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação e revoga as orientações em contrário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante da inexistência dos índices mencionados no item III da IN, o contrato de subempreitada firmado entre a Egesa e a JM (fls. 337/347) pode servir de base para nortear a presente decisão.

Naquele caso, a proporção estabelecida para o item “montagem de estrutura” equivale a 30% (trinta por cento) do valor total do contrato.

No caso dos autos, sem apurar a margem de agregação (lucro na operação) e o custo da industrialização realizada pela Autuada, são observados os seguintes valores envolvidas na montagem das estruturas:

- Mercadorias Cometal (fls. 99/102) – R\$ 179.814,66
- Entrada material V & M e Tecnofer (fls. 735/737) –R\$ 331.402,69
- Entradas Fasal e Gerdau (fls. 362) – R\$ 175.197,02
- Total – R\$ 686.414,37

Adotando o percentual previsto no contrato Egesa/JM, tem-se que o valor do fornecimento de mercadorias no contrato SC 09/07 equivale a R\$ 903.239,98 (novecentos e três mil, duzentos e trinta e nove reais e noventa e oito centavos), ou seja, 70% (setenta por cento) de R\$ 1.290.342,83 (um milhão, duzentos e noventa mil, trezentos e quarenta e dois reais e oitenta e três centavos).

Considerando que o custo do material alcança o valor de R\$ 686.414,37, presume-se uma agregação em torno de 31,5 % (trinta e um vírgula cinco por cento), perfeitamente factível em atividades industriais.

Neste sentido já decidiu o Conselho de Contribuintes no Acórdão nº 14.662/01/2ª:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ICMS/ISSQN. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INSTALAÇÃO E MONTAGEM DE ESTRUTURAS METÁLICAS. IMPUTAÇÃO FISCAL DE FORNECIMENTO DE MERCADORIA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO COMPREENDIDA NA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS. NO ENTANTO, CONFORME A INSTRUÇÃO NORMATIVA DLT/SRE N.º 02/91, NO FORNECIMENTO DE ESTRUTURAS METÁLICAS, PRODUZIDAS FORA DO LOCAL DA OBRA, PARA EMPREGO NAQUELA, MEDIANTE CONTRATO DE EMPREITADA, O ICMS INCIDE APENAS SOBRE A OPERAÇÃO DE QUE DECORRA O FORNECIMENTO DA MERCADORIA, NÃO ALCANÇANDO OS SERVIÇOS RELACIONADOS COM SUA COLOCAÇÃO OU MONTAGEM NA OBRA, NO LOCAL DE SUA EXECUÇÃO. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. EXIGÊNCIAS FISCAIS CANCELADAS. LANÇAMENTOS IMPROCEDENTES. DECISÃO PELO VOTO DE QUALIDADE.

Destaque-se decisão salienta ser “irrelevante o fato de a Contribuinte estar ou não enquadrada como empresa de construção civil, haja vista que a verdade material obtida da análise de todo o processo comprova a natureza dos serviços por ela prestados, sendo coerente com a fundamentação que exclui da incidência tributária do ICMS tal fato gerador. Além disso, a citada Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/91

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considera obra de construção civil a execução, no canteiro de obras, de montagem de estruturas em geral”.

Neste caso, a incidência do ICMS deve se restringir ao valor das mercadorias, na proporção de 70% (setenta por cento) do valor do contrato, ou seja a parcela correspondente a montagem equivalente a 30% (trinta por cento) deve ser excluída.

Pela infração constatada, o Fisco aplicou a Multa Isolada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, com a seguinte redação:

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-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:

(...)

Da análise dos fatos que subsidiaram o levantamento fiscal para a exigência deste item, se extrai que o Fisco se utilizou de informações e documentos que não fazem parte da escrita comercial e fiscal da Autuada. A exemplo do Contrato SC 09/07.

Neste sentido, correta a penalidade aplicada, vez que não se vislumbra a possibilidade de se aplicar a alínea “a” do citado dispositivo.

7 – Saída desacobertada de documentação fiscal das mercadorias que deram entrada no seu estabelecimento (Beck Aços) para industrialização, acobertadas pelas notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda.

A presente irregularidade foi apurada mediante o confronto entre: a) documentos fiscais emitidos pela Autuada, b) documento fiscal emitido por terceiros (Termo de Autodenúncia nº 05.000187734.44 da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda) e c) documento extrafiscal (Declaração prestada em 14/12/10 pela Autuada, em atendimento ao “Termo de Intimação nº AGS-04/2010”).

O Anexo VIII do Auto de Infração (fls. 163/164) contém informações detalhadas acerca dos fatos e documentos que comprovam a infração, além dos dados relativos ao crédito tributário dela decorrente, sendo exigido o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Certo é que a Autuada recebeu da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda insumos destinados ao processo de industrialização, acobertados pelas notas fiscais listadas no Anexo VIII do Auto de Infração, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 168/186.

A empresa Autuada promoveu a saída dos produtos industrializados para terceiros (após o prazo previsto na legislação), valendo-se de documentos fiscais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emitidos por JM Projetos e Engenharia Ltda, conforme informado pela Autuada em atendimento ao Termo de Intimação (fls. 166 e 187/189) e juntada de cópias às fls. 551/592.

Assim, o cerne da questão consiste em verificar se as notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda (encomendante da industrialização) eram documentos fiscais hábeis para acobertar a saída dos produtos do estabelecimento da Autuada com destino aos clientes da JM Projetos e Engenharia Ltda.

Dispõe a legislação tributária mineira:

Lei nº 6763/75:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

RICMS/02 - Parte Geral:

Art. 96. São obrigações do contribuinte do imposto, observados forma e prazos estabelecidos na legislação tributária, além de recolher o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais:

(...)

X - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;

Na mesma toada, o art. 1º, inciso I da Parte 1 do Anexo V do RICMS/02, determina que, os estabelecimentos, inclusive o produtor rural inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, sempre que promoverem a saída de mercadorias.

Depreende-se da análise destes dispositivos legais que a Impugnante, ao dar saída de seu estabelecimento dos produtos industrializados, deveria emitir notas fiscais para acobertá-los. Todavia, este não foi o procedimento por ela adotado.

Desta forma, as notas fiscais emitidas pela JM Projetos e Engenharia Ltda (fls. 551/592) não eram hábeis para o acobertamento da saída dos produtos do estabelecimento da Autuada.

Inquestionável, portanto, a legitimidade da exigência da multa isolada em razão das saídas desacobertadas promovidas pela Autuada, equivalentes ao retorno simbólico da mercadoria recebida para industrialização.

Neste sentido, exigiu o Fisco a penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, com a seguinte tipificação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-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:

Não resta qualquer dúvida que a apuração da irregularidade decorreu da análise de documentos fiscais que não fizeram parte da escrita fiscal da Autuada, como as notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda, as quais foram utilizadas pela Impugnante para dar saída nos produtos industrializados.

Neste sentido, correta a penalidade aplicada, vez que não se vislumbra a possibilidade de se aplicar a alínea “a” do citado dispositivo.

Importante registrar que o pedido de aplicação do disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 não procede, em decorrência de a alíquota prevista para a operação ser de 18% (dezoito por cento).

No tocante às exigências relativas à obrigação principal, alega a Impugnante que a operação estava amparada pela suspensão e que, além disso, a JM emitiu os documentos fiscais com destaque do ICMS.

Entretanto, a incidência do imposto fica suspensa nas hipóteses previstas no Anexo III do RICMS/02 e/ou nas operações internas autorizadas mediante regime especial concedido pelo Diretor da Superintendência de Tributação (SUTRI), conforme determina o art. 19 da Parte Geral do RICMS/02.

Ocorre que as mercadorias remetidas para industrialização não retornaram no prazo previsto no subitem 1.1 do Anexo III do RICMS/02 e, se não bastasse este fato, os produtos industrializados não retornaram ao estabelecimento autor da encomenda (JM Projetos e Engenharia Ltda).

Não havendo o retorno (devolução da mercadoria) no prazo definido pela legislação, ocorre a descaracterização da suspensão, retornando a operação ao seu *status quo*, ou seja, a remessa deverá ser tributada nos termos das notas “2” e “4” do Anexo III do RICMS/02, enquanto a saída do produto industrializado ocorrerá com a regular tributação do ICMS, independentemente da transmissão de propriedade.

Neste sentido, a alegação da defesa de que existe norma expressa para o retorno da mercadoria no prazo certo, mas que não existe quando ultrapassado o período de 180 (cento e oitenta) dias não se sustenta, pois nesta hipótese, a legislação aplicável será aquela prevista para as operações em geral, sem qualquer benefício, postergação ou suspensão da tributação.

Quanto às alegações da Impugnante acerca da emissão pela JM Projetos e Engenharia Ltda das competentes notas fiscais para seus clientes, com destaque do imposto, na forma legislação, cumpre destacar que as notas fiscais para acobertar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saída dos produtos do estabelecimento da Impugnante até os clientes da JM Projetos e Engenharia Ltda deveriam ter sido emitidas pela própria Impugnante.

Além do mais, no período de 19/10/06 a 10/01/08 a empresa JM Projetos e Engenharia Ltda estava com sua inscrição estadual suspensa, em virtude de “Desaparecimento do Contribuinte”.

Note-se que, se não houvesse a previsão de suspensão do ICMS nas remessas para industrialização, haveria no mínimo 3 (três) operações tributadas: saída da JM para a Autuada; o retorno da Autuada para a encomendante e a posterior revenda dos produtos.

Com a descaracterização da suspensão, esta regra volta a ocorrer, mas no presente caso, faltou a tributação no retorno simbólico da Autuada para a JM, o que agora se exige.

No tocante ao arbitramento da base de cálculo das operações, diferentemente do que alega a Impugnante, o procedimento está alicerçado no inciso III do art. 51 da Lei nº 6.763/75, conforme constou do Anexo VIII do Auto de Infração (fls. 164), uma vez que a Autuada promoveu saídas dos produtos desacobertas de documentação fiscal.

Contrariamente ao alegado na peça de defesa, a Autuada foi intimada (Termo de Intimação Nº AGS – 04/10 anexado às fls. 165/167) a esclarecer qual a destinação dada às mercadorias que deram entrada em seu estabelecimento para industrialização através das notas fiscais emitidas pela JM Projetos e Engenharia Ltda.

Em cumprimento ao Termo de Intimação esclareceu a Autuada (fls. 187/189) que os componentes metálicos foram destinados aos clientes da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda. Naquela oportunidade, a Autuada listou as notas fiscais relativas às mencionadas saídas. (Cópias destes documentos foram apresentados por ocasião da impugnação – fls. 551/592).

O parâmetro adotado para o arbitramento encontra-se detalhadamente descrito no Anexo VIII do Auto de Infração (fls. 163/164).

Vê-se, pois, que o arbitramento do valor das operações desacobertas deuse com observância das disposições contidas no art. 51, inciso III da Lei nº 6.763/75 c/c art. 53, inciso III e art. 54, § 4º, ambos da Parte Geral do RICMS/02.

A título de esclarecimento, vale mencionar que o ICMS pago pela JM Projetos e Engenharia Ltda, no valor de R\$ 86.909,76 (oitenta e seis mil, novecentos e nove reais e setenta e seis centavos), originário da descaracterização da suspensão na remessa para industrialização - Termo de Autodenúncia nº 05.000187734.44 - foi apropriado pela Impugnante em janeiro de 2009 e não glosado pelo Fisco, em virtude do princípio da não cumulatividade do ICMS, conforme se extrai das informações constantes do Relatório Fiscal, quando da abordagem da Irregularidade 2 do Auto de Infração (fls. 24/25), sendo este mais um motivo para se exigir a parcela do ICMS no retorno simbólico dos produtos.

Noutra linha, o disposto no art. 112 do CTN, invocado pela Impugnante, não se aplica ao caso em tela, haja vista a inexistência de dúvidas acerca das circunstâncias

materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos. Pelo contrário, as provas dos autos permitem identificar o fato ocorrido e seus efeitos tributários.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, no percentual de 40% (quarenta por cento).

8 – Saída das mercadorias relacionadas nas notas fiscais arroladas no Anexo IX do Auto de Infração, ao abrigo indevido da isenção, em face do descumprimento das condições estabelecidas na alínea “a” e subalínea “b.1” do subitem 136.2 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02.

As notas fiscais objeto do lançamento encontram-se listadas nos Anexos “IX” e “IX.a” do Auto de Infração (fls. 190/192), bem como as informações relativas ao ICMS devido em cada operação e o valor da Multa Isolada exigida, dentre outros dados.

Os débitos de ICMS apurados foram lançados na Recomposição da Conta Gráfica (exercícios de 2009 e 2010). Todavia, não se apurou saldo devedor em função deste procedimento, exigindo-se a Multa Isolada do art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “g” da Parte Geral do RICMS/02.

Trata-se de operações destinando mercadorias à Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas e, neste caso, a isenção do ICMS mencionada nas notas fiscais (fls. 193/225) encontra-se inserta no item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, e será aplicável se o remetente cumprir as condições estatuídas no subitem 136.2, alínea “a” e subalínea “b.1” da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, ou seja:

- abater do preço da mercadoria, o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção;
- indicar expressamente no documento fiscal, no campo “Informações Complementares” ou “Observações”, o valor da operação sem a isenção e o valor do imposto dispensado.

A Impugnante reconhece que deixou de atender as condições acima descritas. Justifica, porém, que o objetivo da norma foi alcançado, uma vez que fez constar na proposta oficial apresentada a demonstração do repasse do benefício da isenção ao órgão público, vinculando as operações ao Edital nº 018/2008 (fls. 593/609).

Quando da manifestação de fls. 793/805, destaca a Impugnante que cometera um equívoco ao se defender da Irregularidade 8 do Auto de Infração, haja vista que mencionou o Edital nº 018/2008, quando o correto seria o Edital nº 017/2008.

Salienta que o edital, que é um documento público, trouxe os requisitos que deveriam constar da proposta, que é o preço bruto (de mercado) e o preço líquido (após dedução do ICMS), muito embora nos documentos fiscais tenham constado somente este último.

Na oportunidade, a Impugnante anexa aos autos, além dos documentos já mencionados, o Edital de Licitação - Modalidade: Pregão nº 017/2008 (fls. 865/889), Contrato SETOP nº 034/2008 (fls. 890/896), cópia da página 55 do Diário Oficial do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado de Minas Gerais do dia 18/12/08, às fls. 897, contendo extrato do contrato retro citado, pretendendo descaracterizar a infração apontada no item 8 do Auto de Infração.

Como bem destacou o Fisco, determina a legislação tributária mineira que as informações acerca do valor da operação sem a isenção e o valor do imposto dispensado devem constar nos documentos fiscais e não apenas na proposta oficial apresentada pelo Contribuinte ao órgão público.

Por outro lado, ainda que a Impugnante tivesse acostado aos autos cópia da referida “proposta oficial” contendo as informações alegadas na peça de defesa (o que não ocorreu), tal medida não lhe socorreria, em face das disposições contidas no art. 111, inciso II do Código Tributário Nacional - CTN, que prevê a interpretação literal das normas que outorgam isenção.

Restando comprovado nos autos que as condições previstas no subitem 136.2, alínea “a” e subalínea “b.1” da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02 não foram cumpridas, afigura-se legítima a descaracterização da isenção, bem como a aplicação das sanções dela decorrentes.

Neste sentido, correta a exigência do ICMS devido na operação. Importante destacar, no entanto, que o débito apurado pelo Fisco foi levado à Recomposição da Conta Gráfica, mas não produziu saldo devedor do imposto. Logo, não se exigiu a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Por outro lado, exigiu o Fisco a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 215, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

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:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

Art. 215. As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

g) demais indicações não especificadas nas alíneas anteriores: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

Assim, dúvida não paira quanto à perfeita tipicidade da multa isolada aplicada, uma vez que ela encontra sustentação na legislação tributária estadual, pois a Impugnante deixou de informar o valor da operação e o imposto dispensado nas notas fiscais emitidas.

Noutro rumo, as alegações da defesa no tocante à ofensa ao princípio da capacidade contributiva não encontram respaldo no CC/MG, em face do óbice contido no art. 110 do RPTA.

Por fim, no tocante à aplicação do permissivo legal, reza o art. 53 da Lei nº 6.763/75:

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.

§ 4º -

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

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

(...)

5) de aproveitamento indevido de crédito;

Conforme evidenciado no texto legal transcrito, não é possível a aplicação da regra de abrandamento das penalidades, uma vez que as irregularidades constantes dos itens “1” a “5” referem-se a aproveitamento indevido de crédito, enquanto aquelas dos itens “6” e “7” resultaram em falta de pagamento de tributo, encontrando, assim, óbice nos itens “3” e “5” acima transcritos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a proposta da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) de despacho interlocutório para que a Impugnante traga aos autos documentos demonstrando que os materiais empregados na execução da montagem foram fornecidos por terceiros. Vencidos a proponente e o Conselheiro Orias Batista Freitas. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para cancelar o item 4 do Auto de Infração e, no item 6, excluir as exigências relativas ao valor correspondente à prestação de serviço de montagem, equivalente a 30% (trinta por cento) da base de cálculo arbitrada pelo Fisco. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e Orias Batista

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Freitas, que, ainda adequavam a Multa Isolada exigida nos itens 6 e 7 do Auto de Infração ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 e, também, excluía a Multa Isolada do item 8 do Auto de Infração. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Flávia Renata Vilela Caravelli e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Amélia Josefina A. Nogueira da Fonseca. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Alexandre Périssé de Abreu e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 07 de agosto de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator

T

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.581/12/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000169169-97	
Impugnação:	40.010129601-28	
Impugnante:	Beck Aços Manufaturados Ltda.	
	IE: 712393940.00-16	
Proc. S. Passivo:	Flávia Renata Vilela Caravelli/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-3 - Belo Horizonte	

Voto proferido pela Conselheira 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.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de que a Impugnante teria recolhido a menor o ICMS devido, no período de 1º de janeiro de 2006 a 30 de junho de 2010, em decorrência de:

- 1) aproveitamento indevido de créditos de ICMS;
- 2) saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal;
- 3) saídas amparadas indevidamente pelo instituto da isenção.

Os estornos de crédito foram levados à Recomposição da Conta gráfica (fls. 59/63), resultando em diferença do imposto a exigir ou redução do saldo credor.

De pronto cumpre destacar que, vencida esta Conselheira em relação à proposta de despacho interlocutório para que a Impugnante trouxesse aos autos documentos demonstrando que os materiais empregados na execução da montagem foram fornecidos por terceiros, resta analisar o mérito das exigências com os documentos e provas constantes dos autos.

A partir desta análise, resta concordar com a decisão majoritária, à exceção da adequação da Multa Isolada exigida nos itens 6 e 7 do Auto de Infração ao disposto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6763/75 e excluir a multa isolada do item 8 do Auto de Infração.

Assim, este voto apenas abrangerá estas questões.

Apropriação indevida de crédito de ICMS, no mês de fevereiro/2010, decorrente de aquisição de bem do ativo permanente considerado como alheio à atividade da Impugnante.

Esta exigência decorre do aproveitamento do crédito de ICMS no mês de fevereiro de 2010, relativo à aquisição do caminhão “trator marca Wolkswagen modelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

19.320 CLC TT”, conforme cópia da Nota Fiscal nº 010.389 (fl. 50), sendo que o crédito destacado no documento foi integralmente aproveitado na escrita fiscal.

Exige-se a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso XXVI da Lei n.º 6.763/75, bem como estorno do valor apropriado, sem exigência de ICMS por não ter sido apurado saldo devedor naquele mês.

Sustenta a defesa seu direito ao crédito, afirmando que o veículo em tela tem relação direta e imediata com a sua atividade econômica, não se caracterizando como veículo de transporte pessoal, nem como bem alheio, uma vez que o veículo é utilizado para manuseio das matérias primas e das peças fabricadas da área de produção para a área de pintura e posteriormente para o estoque, ocorrendo, também, o transporte de mercadorias acabadas.

O Fisco afirma que a atividade econômica da Impugnante é a fabricação de estruturas metálicas, conforme descrito no fluxograma de fl. 52 e, neste caso, por força do disposto no art. 1º, inciso II, alínea “c” da Instrução Normativa DLT SRE n.º 01/98, somente darão direito a crédito a aquisição de bens, mercadorias e serviços que sejam utilizados na área de produção industrial.

Para confirmar sua assertiva, o Fisco promoveu a juntada dos documentos de fls. 709/719, de modo a demonstrar que o veículo não é utilizado na área de produção.

Contudo, os documentos juntados não demonstram que o veículo não atua na área de produção, mas sim que, em determinadas ocasiões, é utilizado como veículo transportador das mercadorias fabricadas pela Impugnante, uma vez que os documentos fiscais indicam que o transporte das mercadorias ocorrera por conta do emitente.

Ademais, ainda que esta fosse a finalidade exclusiva do veículo (transporte de mercadorias fabricada pela Impugnante), tal fato não retira do bem a sua vinculação à atividade econômica da empresa.

Neste sentido, diversas decisões do Conselho de Contribuintes foram proferidas no sentido de que, na caracterização dos bens do ativo permanente, não se aplicam as regras da Instrução Normativa 01/86, não importando, assim, que o bem atue em linha marginal.

No caso dos autos, independentemente do crédito ter sido apropriado pelo valor integral, quando deveria sê-lo em 48 (quarenta e oito) parcelas, não se mantém a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei n.º 6763/75, por não ser esta a imputação fiscal.

Neste caso, o crédito deve ser estornado na data apropriada, mas atribuído em parcelas mensais de 1/48 (um quarenta e oito avos) até a data de 30 de junho de 2010, o que não modifica o valor total das exigências fiscais, em decorrência dos saldos credores do período, mas apenas atribui ao Fisco um novo encargo desnecessário, com uma nova Recomposição da Conta Gráfica.

Saída desacobertada de documentação fiscal dos materiais a que se refere a Cláusula Segunda do Contrato SC – 09/07, firmado em 18 de janeiro de 2007 entre o Município de Belo Horizonte e a Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este item versa sobre a imputação fiscal firmada a partir da análise do contrato firmado entre a Impugnante e o Município de Belo Horizonte, de saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal e o respectivo pagamento do imposto estadual.

Os detalhes das operações e o resultado apurado pelo Fisco encontram-se descritos nos Anexos “VII”, “VII.a”, “VII.b”, “VII.c” e “VII.d” do Auto de Infração (fls. 74/148), e apontam as evidências de ocorrência da infração em tela.

No Anexo “VII.e” do Auto de Infração (fls. 149/159) estão inseridas a cópia do Contrato SC – 09/07 e cópias das Notas Fiscais de Serviço – Série A N° 000001, 000002 e 000003.

Exige o Fisco o ICMS, a Multa de Revalidação e a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Como já dito, vencida a possibilidade de vinda de maiores provas para o processo, não resta alternativa senão concordar com o feito fiscal, à exceção da questão da penalidade.

Assim, a Multa Isolada aplicada pelo Fisco está prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, com a seguinte redação:

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:

.....

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-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;

.....

Com efeito, toda a apuração se deu pela análise dos documentos fiscais lançados na escrita da Impugnante, servindo o Contrato SC 09/07 como instrumento para arbitramento do valor da operação.

Neste sentido, cabe a aplicação do redutor da pena previsto na alínea “a” do dispositivo acima, devendo a penalidade ser calculada com adoção do percentual de 20% (vinte por cento).

Saída desacobertada de documentação fiscal das mercadorias que deram entrada no seu estabelecimento (Beck Aços) para industrialização, acobertadas pelas notas fiscais emitidas pela empresa JM Projetos e Engenharia Ltda.

Neste tópico o Fisco chegou à imputação fiscal mediante o confronto entre:
a) documentos fiscais emitidos pela Impugnante, b) documento fiscal emitido por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

terceiros (Termo de Autodenúncia nº 05.000187734.44 da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda.) e c) documento extrafiscal (Declaração prestada em 14/12/2010 pela Impugnante, em atendimento ao “Termo de Intimação nº AGS-04/2010”).

O Anexo VIII do Auto de Infração (fls. 163/164) contém informações detalhadas acerca dos fatos e documentos relativos à infração, além dos dados relacionados ao crédito tributário dela decorrente, sendo exigido o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 e a Multa Isolada estatuída no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Certo é que a Defendente recebeu da empresa JM Projetos e Engenharia Ltda. insumos destinados ao processo de industrialização, acobertados pelas notas fiscais listadas no Anexo VIII do Auto de Infração, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 168/186.

Neste sentido, como dito, exigiu o Fisco a penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, com a seguinte tipificação:

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:

.....
II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-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;

Não resta qualquer dúvida que a apuração da irregularidade decorre da análise da escrita fiscal da ora Impugnante e seus respectivos documentos, razão pela qual há se adequar a penalidade exigida ao disposto na alínea “a” do dispositivo sancionador, com aplicação do percentual de 20% (vinte por cento) sobre a base de cálculo apurada.

Importante registrar que o pedido de aplicação do disposto no § 2º do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 não procede, ainda que se mantenha a multa isolada calculada pelo percentual de 40% (quarenta por cento), isso em decorrência da alíquota prevista para a operação, de 18% (dezoito por cento).

Saída das mercadorias relacionadas nas notas fiscais arroladas no Anexo IX do Auto de Infração, ao abrigo indevido da isenção, em face do descumprimento das condições estabelecidas na alínea “a” e subalínea “b.1” do subitem 136.2 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02.

As notas fiscais objeto do lançamento encontram-se listadas nos Anexos “IX” e “IX.a” do Auto de Infração (fls. 190/192), bem como as informações relativas ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS devido em cada operação e o valor da Multa Isolada exigida, dentre outros dados.

Os débitos de ICMS apurados foram lançados na Recomposição da Conta Gráfica (exercícios de 2009 e 2010). Todavia, não se apurou saldo devedor em função deste procedimento, exigindo-se a Multa Isolada do art. 54, inciso VI da Lei n.º 6763/75 c/c art. 215, inciso VI, alínea “g” da Parte Geral do RICMS/02.

Trata-se de operações destinando mercadorias à Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas e, neste caso, a isenção do ICMS mencionada nas notas fiscais (fls. 193/225) encontra-se inserta no item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, e será aplicável se o remetente cumprir as condições estabelecidas no subitem 136.2, alínea “a” e subalínea “b.1” da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, ou seja:

- abater do preço da mercadoria, o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse isenção.

- indicar expressamente no documento fiscal, no campo “Informações Complementares” ou “Observações”, o valor da operação sem a isenção e o valor do imposto dispensado.

A Impugnante reconhece que deixou de atender as condições acima descritas. Justifica, porém, que o objetivo da norma foi alcançado, uma vez que fez constar na proposta oficial apresentada a demonstração do repasse do benefício da isenção ao órgão público, vinculando as operações ao Edital nº 018/2008 (fls. 593/609).

Como bem destacou o Fisco, determina a legislação tributária mineira que as informações acerca do valor da operação sem a isenção e o valor do imposto dispensado devem constar nos documentos fiscais e não apenas na proposta oficial apresentada pelo Contribuinte ao órgão público.

Restando comprovado nos autos que as condições previstas no subitem 136.2, alínea “a” e subalínea “b.1” da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02 não foram cumpridas, afigura-se legítima a descaracterização da isenção, bem como a aplicação das sanções dela decorrentes.

Neste sentido, correta a exigência do ICMS devido na operação. Importante destacar, no entanto, que o débito apurado pelo Fisco foi levado à Recomposição da Conta Gráfica, mas não produziu saldo devedor do imposto. Logo, não se exigiu a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Por outro lado, exigiu o Fisco a penalidade isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n.º 6.763/75 c/c o art. 215, inciso VI da Parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

Lei n.º 6.763/75

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:

.....
VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

emiti-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

RICMS/02

Art. 215. As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

.....

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emiti-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

.....

g) demais indicações não especificadas nas alíneas anteriores: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

.....

Verifica-se, portanto, que a aplicação da penalidade decorre da ausência de informação quanto ao valor da operação e o imposto dispensado. Mas, havendo a descaracterização da isenção, ainda que deste fato não se obtenha saldo devedor do ICMS, em face dos saldos credores da escrita fiscal, não se justifica a penalidade isolada por descumprimento de algo que foi descaracterizado pelo Fisco.

É evidente que a aplicação da penalidade somente se justificaria se mantida a isenção para a operação. Neste sentido, deve ser excluída a penalidade ora analisada.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para, além de cancelar o item 4 do Auto de Infração e, no item 6, excluir as exigências relativas ao valor correspondente à prestação de serviço de montagem, equivalente a 30% (trinta por cento) da base de cálculo arbitrada pelo Fisco, conforme o voto majoritária, adequar, também, a Multa Isolada exigida nos itens 6 e 7 do Auto de Infração ao disposto na alínea "a" do inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75 e excluir a Multa Isolada do item 8 do Auto de Infração.

Sala das Sessões, 07 de agosto de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**