

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.100/13/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000171082-07
Recurso de Revisão: 40.060134099-77
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: COFEPE Comércio de Ferro e Perfilados Ltda
Proc. S. Passivo: Rinaldo Maciel de Freitas/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatada a falta de entrega de parte da documentação solicitada mediante intimação, ensejando a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso VII, “a” da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Matéria não objeto de recurso.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Constatou-se o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais emitidos por contribuinte sediado em outra Unidade da Federação, detentor de benefício fiscal à margem da legislação; emitidos por contribuinte enquadrado no Simples Nacional, bem como referentes à devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02. Inobservância do disposto no art. 62, § 1º; art. 70, inciso XV, alínea “a”; art. 78, inciso III c/c os §§ 2º e 3º, todos do RICMS/02, no art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75 e da Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Matéria não objeto de recurso.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO – DESTINATÁRIO SIMPLES NACIONAL. Constatou-se saídas de sucata ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que as mercadorias destinaram-se a estabelecimento optante pelo Simples Nacional. Infração caracterizada nos termos do art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e multa de revalidação. Matéria não objeto de recurso.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA - PRESUNÇÃO. Constatada a saída desacobertada de mercadorias do estabelecimento autuado, mediante presunção prevista no inciso I, parágrafo único, art. 51 da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Matéria não objeto de recurso.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO/ADULTERAÇÃO DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL - DOCUMENTO FISCAL. Imputação fiscal de extravio de notas fiscais de entrada, após o não atendimento de intimação.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75 excluída pela Câmara *a quo*. Reforma da decisão para restabelecer parte da exigência.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e parcialmente provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Decisão Recorrida

A autuação versa sobre as seguintes acusações fiscais referentes ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2010:

– falta de apresentação de parte da documentação solicitada mediante intimação fiscal;

– apropriação indevida de crédito do ICMS provenientes de: notas fiscais de entrada cujo remetente encontra-se beneficiado com incentivo fiscal concedido em desacordo com a legislação de regência do imposto; notas fiscais de entrada emitidas por empresas enquadradas no Simples Nacional e de notas fiscais de devolução/retorno integral de mercadorias em desacordo com o art. 78 do RICMS/02;

– descaracterização do diferimento do imposto nas operações de saída destinadas a empresas enquadradas no Simples Nacional, em face do encerramento do diferimento previsto no art. 12, inciso V, alínea “a” do RICMS/02;

– extravio de documentos fiscais;

– saída desacobertada de documento fiscal decorrente do não registro de notas fiscais de aquisição, informadas à SEF pelos contribuintes remetentes, por meio de arquivos eletrônicos (Sintegra).

Exigem-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multas Isoladas previstas nos arts. 55, incisos II c/c o § 2º, XII e XXVI, 54, inciso VII, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.032/13/2ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento nos termos das reformulações efetuadas pelo Fisco e consolidadas às fls. 3042/3044 e 3062/3081 e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Das Razões da Recorrente Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual, tempestivamente e por intermédio de Procurador do Estado de Minas Gerais, interpõe o Recurso de Recurso de Revisão (fls. 3.171/3.175).

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.657/12/1ª, 20.307/11/1ª, 19.964/11/3ª e 19.699/10/1ª (cópias juntadas aos autos).

Requer seja conhecido e provido o seu Recurso de Revisão.

Das Contrarrazões da Recorrida

A Recorrida COFEPE Comércio de Ferro e Perfilados Ltda, tempestivamente, por intermédio de procurador legalmente constituído, contrarrazoa o Recurso interposto (fls. 3.178/3.185).

Requer seja negado provimento ao Recurso.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 3186/3194, opina, em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão. No mérito, pelo provimento parcial para restabelecer a exigência da Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 em relação aos exercícios de 2006, 2007 e janeiro a novembro de 2008.

DECISÃO

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

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Reitera-se que o Estado de Minas Gerais sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nº 20.657/12/1ª, 20.307/11/1ª, 19.964/11/3ª e 19.699/10/1ª.

Vale ressaltar que esta espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária sobre a mesma matéria e, sob as mesmas circunstâncias/condições, proferida pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador, podendo ser também pela Câmara Especial.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Registra-se que a Recorrente (Fazenda Pública Estadual) aborda em seu Recurso, como não poderia ser diferente, apenas a matéria cuja decisão foi contrária ao seu interesse, ou seja, a exclusão da Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

A exigência em questão diz respeito à acusação fiscal de extravio de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na decisão recorrida, a 2ª Câmara de Julgamento fundamenta que, para se exigir a citada penalidade em relação às tipificações tributárias de *extraviar* ou *inutilizar* documento fiscal, deve ser comprovada a ocorrência de ato comissivo do sujeito passivo, o que não ocorreu no presente caso.

Restaria, portanto, a tipificação tributária de *não entregar documento fiscal após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 da Lei nº 6.763/75*.

Contudo, como a citada penalidade que deveria preceder a exigência em questão foi aplicada no mesmo lançamento, decidiu a Câmara pela exclusão da exigência.

Por sua vez, na decisão proferida no Acórdão nº 20.657/12/1ª não há qualquer abordagem quanto aos dois primeiros tipos tributários, restando análise em relação ao terceiro (*não entregar documento fiscal após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 da Lei nº 6.763/75*).

Considerando-se que nesta decisão apontada como paradigma houve aplicação precedente da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 da Lei nº 6.763/75 em outro Auto de Infração, não se verifica divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Já no que se refere à decisão proferida no Acórdão nº 20.307/11/1ª, percebe-se a existência de divergência, em relação à decisão recorrida, quanto à aplicação da legislação tributária, por dois aspectos: primeiro, não há em relação à infração de extravio de documento fiscal abordagem quanto à necessidade da ocorrência de ato comissivo por parte do agente; e em segundo, aparentemente nesta decisão apontada como paradigma as penalidades relativas ao inciso XII do art. 55 e alínea “a” do inciso VII do art. 54, ambas previstas na Lei nº 6.763/75, estão sendo exigidas num mesmo lançamento e, ainda assim, as penalidades foram mantidas, diferentemente da decisão recorrida.

Em relação às decisões proferidas nos Acórdãos nº 19.964/11/3ª e 19.699/10/1ª, em que pese as especificidades de cada um dos lançamentos, dois aspectos demonstram divergência dessas decisões quanto à aplicação da legislação tributária em relação à decisão recorrida: primeiro, não há em relação à infração de extravio de documento fiscal abordagem quanto à necessidade da ocorrência de ato comissivo por parte do agente; e em segundo, não é exigida a autuação precedente de falta de cumprimento de intimação para apresentação de documento fiscal no mesmo ou em outro Auto de Infração.

Diante do exposto, reputa-se, pois, atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial) em relação às decisões proferidas nos Acórdãos de nº 20.307/11/1ª, 19.964/11/3ª e 19.699/10/1ª, comprovando-se o preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no dispositivo legal.

Via de consequência verifica-se que se encontram configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento de toda matéria nele versada.

No caso em tela, o Recurso de Revisão proposto objetiva, como não poderia ser diferente, apenas o restabelecimento da exigência da Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 relativa ao extravio de documentos fiscais.

A Fiscalização realizou cruzamento de dados entre informações repassadas por fornecedores da Recorrida, por meio dos arquivos eletrônicos de que trata o art. 10, Parte 1, Anexo VII do RICMS/02, e a sua escrituração fiscal, verificando a ausência de registro no livro Registro de Entradas (LRE) de parte das notas fiscais de aquisição.

Em vista disso, a Fiscalização encaminhou intimações de fls. 15 e 38, nas quais solicitava a apresentação desses documentos, dentre outros, não obtendo resposta para as citadas intimações em sua totalidade.

Nesse sentido, foi exigida a penalidade prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75:

Art. 55 (...)

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

Observa-se que existem três tipos tributários no dispositivo: *extraviar documento fiscal*, *inutilizar documento fiscal* e *não entregar documento fiscal após aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 da Lei nº 6.763/75*.

A acusação fiscal relativa a este Auto de Infração diz respeito a extravio de documento fiscal. Percebe-se que a lei não estabelece qualquer condicionante para aplicação da penalidade em relação a esta tipificação fiscal.

Nesse sentido, verifica-se que se encontra correta a exigência da penalidade por extravio de documentos fiscais.

Contudo, merece análise o entendimento segundo a qual não se pode extraviar documento fiscal eletrônico.

Prevê o art. 96, incisos II, alíneas “a” e “c” da Parte Geral do RICMS/02 o seguinte:

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:

(...)

II - arquivar, mantendo-os, conforme o caso, pelos prazos previstos no § 1º deste artigo:

a) por ordem cronológica de escrituração, os documentos fiscais relativos às entradas e às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saídas de mercadorias e aos serviços de transporte e de comunicação prestados ou utilizados;

(...)

c) arquivos digitais referentes às NF-e relativas às entradas e às saídas de mercadorias, sob sua guarda e responsabilidade, mesmo que fora da empresa, quando obrigado a emití-las. (Grifou-se).

Observe que a legislação estabelece existência apenas digital para a NF-e:

Art. 11-A. A NF-e é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, destinado a documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso da Secretaria de Estado de Fazenda. (grifou-se)

Já o § 2º do art. 11-C do Anexo V do RICMS/02, com a redação vigente a partir de abril de 2008, determina o seguinte:

Art. 11-C. Para acompanhar o trânsito de bens e mercadorias acobertadas por NF-e, ou para facilitar a consulta da respectiva nota, o contribuinte emitirá o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE).

§ 2º O DANFE:

I - somente poderá ser utilizado para acompanhar o transporte de mercadorias ou bens após autorização de uso da respectiva NF-e;

II - servirá de base para escrituração da NF-e, caso o destinatário não esteja obrigado à emissão de NF-e; (grifou-se)

Consta no site da Fazenda, no endereço eletrônico <http://portalnfe.fazenda.mg.gov.br/perguntas.html>, item “Perguntas Frequentes” sobre a nota fiscal eletrônica, o seguinte entendimento:

5. As empresas (emitentes e destinatárias) deverão guardar algum tipo de documento (NF-e ou DANFE)?

A regra geral é que o emitente e o destinatário deverão manter em arquivo digital as NF-es pelo prazo estabelecido na legislação tributária para a guarda dos documentos fiscais, devendo ser apresentadas à administração tributária, quando solicitado. Assim, o emitente deve armazenar apenas o arquivo digital.

No caso da empresa destinatária das mercadorias e da NF-e, e que seja emitente de NF-e, ela também não precisará guardar o DANFE, mas apenas o arquivo digital recebido.

Caso o destinatário não seja contribuinte credenciado para a emissão de NF-e, o destinatário poderá,

alternativamente, manter em arquivo o DANFE relativo à NF-e da operação pelo prazo decadencial estabelecido pela legislação, devendo ser apresentado à administração tributária, quando solicitado.

Reforçamos que o destinatário sempre deverá verificar a validade e autenticidade da NF-e e a existência de Autorização de Uso da NF-e, tenha ele recebido o arquivo digital da NF-e ou o DANFE acompanhando a mercadoria. Esta verificação é realizada através de consulta ao Portal Nacional da NF-e (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/>) ou ao portal do estado do emissor da NF-e.

Em consulta ao SIARE (Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual) verifica-se que a Recorrida encontra-se credenciada para emissão de notas fiscais eletrônicas a partir de 01/12/08.

Assim, como a Recorrida passou a emitir nota fiscal eletrônica a partir de dezembro/08, conforme documentos acostados às fls. 337/338, ela não estará a partir de tal data obrigada a arquivar o DANFE, mas apenas o arquivo digital recebido.

Desse modo, com relação às notas fiscais de aquisição eletrônicas, emitidas a partir de dezembro/08, não deve ser restabelecida a multa isolada aplicada por ser inaplicável à espécie.

Portanto, deve ser restabelecida a exigência da Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 em relação aos exercícios de 2006, 2007 e janeiro a novembro de 2008.

Por fim, registra-se que a ora Recorrida optou por não recorrer da decisão.

Não obstante, apresenta contrarrazões ao Recurso apresentado pela Fazenda Pública Estadual, contraditando alguns aspectos do Recurso, porém, combatendo também alguns aspectos da decisão recorrida.

Do exposto, a título de esclarecimento, entende-se que devem ser abordados dois aspectos processuais levantados pela ora Recorrida.

Quanto ao mérito da decisão, não se tratando a peça processual de Recurso de Revisão, não há como ser abordado, neste momento, os aspectos meritórios levantados pela Recorrida.

Com efeito, sustenta a Recorrida sobre a impossibilidade de apresentação de recurso contra decisão da Câmara que cancela multa isolada, com fulcro no inciso II do § 1º do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA:

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

(...)

Efeitos a partir de 28/06/12 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 45.995, de 27/06/12.

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada pelo órgão julgador estabelecida nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Efeitos de 1º/03/2008 a 27/06/2012 - Redação original:

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei. (Grifou-se).

Interpretando-se de forma sistemática a legislação, verifica-se que tal dispositivo tem relação direta com o chamado “permissivo legal”, constante do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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.

O “permissivo legal” é um poder discricionário que tem o Órgão Julgador, após a decisão de mérito tomada pela Câmara, de reduzir ou cancelar a multa isolada, por descumprimento de obrigação acessória, observados os pressupostos definidos no § 5º do citado dispositivo.

Dessa forma, essa decisão discricionária da Câmara não pode ser objeto de recurso.

No caso em tela, tratando-se de decisão meritória da Câmara quanto a exclusão de umas das multas exigidas no lançamento, não há qualquer óbice à interposição de recurso, respeitados os pressupostos de admissibilidade definidos pela legislação.

Observa-se que houve uma alteração da redação do RPTA para justamente tornar explícito o texto relativamente à matéria, para não gerar a dúvida levantada pela ora Recorrida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sua peça de “contrarrazões”, a ora Recorrida trouxe o dispositivo antes da alteração promovida, o que certamente gerou a dúvida.

Nesse sentido, percebe-se que é perfeitamente legal o Recurso da Fazenda Pública Estadual objetivando o restabelecimento da multa isolada.

Outro aspecto processual abordado pela ora Recorrida diz respeito ao prazo para apresentação de Recurso de Revisão.

Entende a Recorrida que a fazenda Pública Estadual não pode ter privilégios quanto ao prazo para apresentação de Recurso.

Contudo, a legislação processual tributária administrativa do Estado de Minas Gerais reserva norma específica para a matéria em foco em relação ao Poder Público, *in verbis*:

RPTA

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

(...)

§ 6º A intimação da Fazenda Pública Estadual será feita pessoalmente mediante remessa do PTA à Advocacia-Geral do Estado, observado o transcurso do prazo de que trata o caput deste artigo, se a decisão for desfavorável ao Recorrente.

Considerando-se que não cabe ao Órgão Julgador negar vigência a ato normativo, nos termos do inciso I do art. 110 do diploma legal supra, prevalece o texto da norma que trata de forma diferente o Estado de Minas Gerais, em razão de suas especificidades:

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

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

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso para restabelecer a exigência da Multa Isolada prevista no inciso XII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em relação aos exercícios de 2006, 2007 e janeiro a novembro de 2008, nos termos do Parecer da Assessoria do CC/MG. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Antônio César Ribeiro e José Luiz Drumond, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Designado relator o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Revisor). Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Rinaldo Maciel de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou do julgamento, além dos signatários, e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 19 de julho de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Fernando Luiz Saldanha
Relator designado**

CC/IMG

CL