

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.654/20/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001247420-07
Impugnação: 40.010148861-97, 40.010148989-85 (Coob.)
Impugnante: Ball do Brasil Ltda
IE: 251955157.00-95
Ball Beverage Can South America S/A (Coob.)
IE: 525601424.00-15
Proc. S. Passivo: Bruno de Abreu Faria/Outro(s)
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Correta a eleição da Coobrigada para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, na medida em que recebeu a mercadoria com o pagamento do imposto indevidamente diferido, tendo descumprido as exigências do Regime Especial do qual é beneficiária. Concorrido, dessa forma, para a prática da infração.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO - DESCUMPRIMENTO/INAPLICABILIDADE. Constatado que a Autuada (empresa remetente) utilizou indevidamente do diferimento do pagamento do ICMS em relação às operações de saídas de mercadorias (material para fabricação de latas de alumínio), não fabricadas por ela, condição esta em desacordo com o disposto no regime especial, concedido à Coobrigada, ao qual ela aderiu. Correta a exigência do ICMS e da Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A acusação fiscal refere-se à constatação de que a Autuada Ball do Brasil Ltda (aderente ao regime especial concedido à Coobrigada) utilizou indevidamente do diferimento do pagamento do imposto nas saídas de mercadorias (matéria-prima para a fabricação de latas de alumínio) com destino à Coobrigada Ball Beverage Can South America S/A, beneficiária do Regime Especial/PTA nº 45.000005184-41 (redação datada de 22/03/18, ciência do contribuinte datada de 07/05/18), uma vez verificado que as mercadorias não foram fabricadas pela Autuada (CFOP constante das notas fiscais 5.102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), em desacordo com o disposto no Regime Especial citado, no período de 07/05/18 a 25/07/18.

Exigência de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foram eleitas para o polo passivo da obrigação tributária, a Autuada (fornecedora das mercadorias), na condição de contribuinte do imposto, tendo em vista a utilização indevida do diferimento do pagamento do ICMS, em desconformidade com o referido regime especial, e, também, a Coobrigada, responsável solidária, por ter recebido mercadorias com o indevido diferimento do pagamento do imposto, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da citada lei.

Relata a Fiscalização que o referido regime especial autorizava o diferimento do pagamento do ICMS, para as operações subsequentes, incidente nas saídas, com destino ao estabelecimento da Coobrigada, referentes a mercadorias fabricadas pelo Sujeito Passivo Ball do Brasil Ltda.

Acrescenta que, por se tratar de penalidade sobre descumprimento de obrigação acessória de caráter personalíssimo, conforme decidido no Acórdão nº 4.952/17/CE deste Conselho de Contribuintes, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, pela falta de destaque da base de cálculo do imposto, foi exigida apenas da Autuada Ball do Brasil Ltda conforme PTA nº 01.001323139-34.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 131/134 e fls. 148/155, respectivamente.

As Impugnantes trazem aos autos os seguintes argumentos, os quais são coincidentes nas duas peças de defesa, em síntese:

- explicam que se extrai da leitura da Cláusula Décima, V, c/c Parágrafo Quarto, do Protocolo de Intenções (doc. 03 de fls. 136/138) firmado entre o Governo do Estado de Minas Gerais e Ball Beverage Can South America S/A (“Ball Beverage” – doc. 03), que o diferimento do ICMS incidente na aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem não podia gerar saldo credor do tributo para o respectivo estabelecimento fornecedor (*in casu*, a Ball do Brasil Ltda);

- afirmam que, por um erro, ao invés de proceder ao estorno dos créditos de ICMS relativo apenas à entrada de mercadorias atreladas às saídas destinadas à “Ball Beverage” que contaram com diferimento, a Impugnante/Atuada acabou estornando todo o saldo credor existente em suas apurações desde janeiro de 2015, inclusive das mercadorias que não contavam com restrição à manutenção de créditos escriturais;

- dizem que, conforme apuração em anexo, observa-se que a Autuada estornou equivocadamente da sua apuração de créditos escriturais cerca de R\$ 8.389.613,00, conforme doc. 04 (fls. 139/143), valor este que jamais foi utilizado pela Fiscalização para a constituição do crédito tributário em exame;

- reportam-se ao disposto no art. 155, § 2º, I, da CF/88 e arts. 19 e 20 da LC nº 87/96, destacando que a Fiscalização deve levar em conta todo o estoque de “créditos escriturais” detidos pelo contribuinte para afrontar a respectiva diferença contra a soma dos débitos identificados no mesmo período de apuração. Reportam-se também ao disposto no art. 24 da LC nº 87/96, excertos doutrinários e decisões judiciais com intuito de corroborar o seu entendimento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- asseveram que a citada “grave irregularidade de apuração”, consistente na ausência de recomposição da conta gráfica do ICMS do contribuinte, já foi enfrentada pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, que proclama a nulidade material de lançamentos assim realizados (decisões citadas às fls. 132 – verso e 133);

- entendem, assim, que não tendo a Fiscalização efetuado a recomposição da conta gráfica do ICMS da Autuada, impõe-se a decretação da nulidade material do lançamento;

- subsidiariamente, requerem que se determine diligência, nos termos do art. 119 do RPTA, de modo que sejam respondidos os quesitos de fls. 134 (repetidos pela Coobrigada às fls. 154 dos autos) e adotadas as providências constantes em tais quesitos, os quais se referem aos eventuais estoques de créditos do imposto e o confronto dos mesmos com os débitos apurados pelo Fisco. Indicam, ainda, como assistente técnica, a supervisora financeira da empresa;

- requerem, ainda, a retificação do Auto de Infração para que seja dele excluído o débito referente às notas fiscais nºs 138.079/138.080/138.113/ 138.363, tendo em vista que as mesmas foram recusadas pela “Ball Beverage”, conforme doc. 05 (fls. 144/146). Os documentos citados também são colacionados aos autos pela Coobrigada às fls. 218/231.

A Fiscalização, em manifestações de fls. 234/241, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento, nos seguintes termos:

- alega que a Defesa não combate a descaracterização do diferimento, mas tão somente se opõe à forma como o Fisco apurou o ICMS devido. Entende a Defesa que a ausência da recomposição da conta gráfica de ICMS seja motivo para a decretação da nulidade material do lançamento;

- explica que o Fisco não realizou a recomposição da conta gráfica do ICMS devido à alteração da legislação tributária introduzida pelo Decreto nº 46.698 de 30/12/14 (vigência a partir 01/02/15), que extinguiu a necessidade de recomposição da conta gráfica, em todo e qualquer procedimento fiscal. O art. 2º do Decreto nº 46.698 alterou o art. 194 do RICMS/02, conforme redação que transcreve;

- destaca que o art. 3º do mesmo decreto alterou o art. 195 do RICMS/02, garantindo ao contribuinte a quitação de créditos tributários com saldos credores acumulados que detiver, observadas as condições estabelecidas no referido dispositivo;

- ressalta que não há que se falar em afronta ao princípio da não-cumulatividade, previsto no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, visto que não se está negando o direito do contribuinte ao aproveitamento do crédito. O crédito extemporâneo poderá ser aproveitado, após a sua escrituração, nos termos da legislação de regência;

- argui que não se admite é a recomposição da conta gráfica, como quer a Defesa, tendo em vista a falta de previsão legal do citado procedimento;

- assevera também que o art. 1º do Decreto nº 46.698/14 alterou o RICMS/02, acrescentando o art. 89-A, o qual veda a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca, assim, que, tendo em vista a alteração do RICMS/02, promovida pelo Decreto nº 46.698 de 30/12/14, com vigência a partir de 01/02/15, não há que se falar em recomposição de conta gráfica;

- entende, assim, desnecessária a diligência requerida pela Defesa, cujas indagações encontram-se às fls. 134 e 154, às quais tratam de apurar eventual crédito não apropriado, para confronto com o débito de ICMS lançado no Auto de Infração contestado. Contudo, não se pode fazer a compensação de créditos de ICMS tributário com o imposto vencido e não há que se falar em recomposição da conta gráfica pela sua falta de previsão legal;

- salienta que o imposto exigido neste Auto de Infração encontra-se vencido, conforme, art. 89, inciso IV, do RICMS/02;

- conclui que está correto o lançamento efetuado. E, para a apropriação de eventuais créditos não feita à época, deve a Impugnante/Autuada proceder conforme legislação de regência;

- quanto à exclusão do débito referente às notas fiscais de nºs 138.079/138.080/138.113/138.363, tendo em vista que elas foram recusadas pela “Ball Beverage”, afirma que o fato gerador do ICMS dessas operações ocorreu, conforme art. 2º, inciso VI, do RICMS/02, portanto existe o débito;

- fala que os próprios DANFES, acostados às fls. 144/146, fazem prova de que houve circulação de mercadoria. E, em caso de eventual retorno das mercadorias devido à recusa de recebimento pela “Ball Beverage”, caberá à Impugnante, após o pagamento do crédito tributário, apropriar-se do crédito referente à devolução das notas fiscais, observando a legislação de regência.

A Assessoria do CCMG determina a Diligência de fls. 246, para que a Fiscalização colacione aos autos cópia do Regime Especial, concedido à empresa Ball Beverage Can South America S/A, e do Termo de Adesão da empresa Ball do Brasil Ltda, vigentes no período autuado.

Em atendimento à diligência, a Fiscalização manifesta-se às fls. 248, informando que o Termo de Adesão já consta às fls. 16 dos autos, e colaciona, às fls. 249/256, cópia do citado Regime Especial.

Devidamente intimados da juntada dos documentos retro (fls. 257/259), os Sujeitos Passivos manifestam-se às fls. 260/261, ratificando as impugnações anteriores.

A Fiscalização, por sua vez, manifesta-se às fls. 265 ratificando a manifestação fiscal apresentada.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 266/284, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

Alega a Defesa a nulidade do lançamento tendo em vista que não foi efetuada a recomposição da conta gráfica do ICMS.

Contudo, como bem destacado pela Fiscalização, referido procedimento fiscal, além de não ser mais previsto na legislação tributária, conforme o disposto nos incisos do art. 194 da Parte Geral do RICMS/02, que teve sua redação alterada pelo art. 2º do Decreto nº 46.698, de 30/12/14 (vigência a partir de 01/02/15), também não se aplicava à hipótese dos presentes autos, tendo em vista o disposto nos arts. 89, inciso IV, e 89-A do citado regulamento:

RICMS/02

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

(...)

Art. 89-A. **Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido**, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);

V - conclusão fiscal;

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

Efeitos a partir de 1º/02/2015 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 46.698, de 30/12/2014.

(destacou-se)

Acresça-se que o Auto de Infração contém todos os elementos fundamentais para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. O lançamento encontra-se devidamente instruído, e todos os requisitos necessários para efetivá-lo foram observados, formais e materiais, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Rejeita-se, pois, a prefacial arguida.

Da prova pericial

Advoga a Defesa que, não tendo a Fiscalização efetuado a recomposição da conta gráfica do ICMS da Autuada, que se determine “diligência”, nos termos do art. 119 do RPTA, de modo que sejam respondidos os quesitos de fls. 134 (repetidos pela Coobrigada às fls. 154 dos autos) e adotadas as providências constantes em tais quesitos, os quais se referem aos eventuais estoques de créditos do imposto e o confronto deles com os débitos apurados pelo Fisco. Indicam, ainda, como assistente técnica, a supervisora financeira da empresa.

Alerta-se que o pleito da Defesa, embora denominado de “diligência”, será tratado como pedido de produção de prova pericial, uma vez que foram apresentados os quesitos, contém indicação de assistente técnico e reporta-se ao art. 119 do RPTA:

Art. 119. Na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento, inclusive a desconsideração de ato ou negócio jurídico, se for o caso, ou o pedido de restituição, com a indicação precisa:

I - do número do PTA;

II- da matéria objeto da discordância, inclusive quantidades e valores;

III - dos quesitos, quando requerida a prova pericial, sob pena desta não ser apreciada quanto ao mérito;

IV - de assistente técnico, caso queira, ficando vedada a indicação em etapa posterior.

Parágrafo único. Os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, inclusive os arquivos eletrônicos com certificado de integridade das informações, sob pena de preclusão.

Contudo, os quesitos formulados pela Defesa não se relacionam especificamente à produção de prova pericial e sim abordam sobre questões de mérito que envolvem o lançamento.

Considerando-se que a decisão de mérito é da competência exclusiva dos Conselheiros do Órgão Julgador, não podendo ser terceirizada, conclui-se pelo indeferimento do pedido.

Acrescenta-se, ainda, que a prova requerida afigura-se desnecessária, uma vez que constam dos autos todas as informações necessárias para a compreensão plena da matéria e as respostas aos quesitos propostos não necessitam de conhecimento que não tenha o órgão julgador.

Vale destacar, ainda, que o creditamento pretendido pela Defesa encontra vedação expressa na legislação, conforme análise da preliminar arguida e também se verá no mérito do presente parecer.

Assim, opina-se pelo indeferimento da prova requerida, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RPTA:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º. Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a acusação fiscal refere-se à constatação de que a Autuada Ball do Brasil Ltda (aderente ao regime especial concedido à Coobrigada) utilizou indevidamente do diferimento do pagamento do imposto nas saídas de mercadorias (matéria-prima para a fabricação de latas de alumínio) com destino à Coobrigada Ball Beverage Can South America S/A, beneficiária do Regime Especial/PTA nº 45.000005184-41 (redação datada de 22/03/18, ciência do contribuinte datada de 07/05/18), uma vez verificado que as mercadorias não foram fabricadas pela Autuada (CFOP constante das notas fiscais 5.102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), em desacordo com o disposto no Regime Especial citado, no período de 07/05/18 a 25/07/18.

Exigência de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, Lei nº 6.763/75.

Foram eleitas para o polo passivo da obrigação tributária, a Autuada (fornecedora das mercadorias), na condição de contribuinte do imposto, tendo em vista a utilização indevida do diferimento do pagamento do ICMS, em desconformidade com o referido regime especial, e, também, a Coobrigada, responsável solidária, por ter recebido mercadorias com o indevido diferimento do pagamento do imposto, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da citada lei.

Relata a Fiscalização que o referido regime especial autorizava o diferimento do pagamento do ICMS, para as operações subsequentes, incidente nas saídas, com destino ao estabelecimento da Coobrigada, referentes a mercadorias fabricadas pelo Sujeito Passivo Ball do Brasil Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta que, por se tratar de penalidade sobre descumprimento de obrigação acessória de caráter personalíssimo, conforme decidido no Acórdão nº 4.952/17/CE deste Conselho de Contribuintes, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, pela falta de destaque da base de cálculo do imposto, foi exigida apenas da Autuada Ball do Brasil Ltda, conforme PTA nº 01.0013233139-34.

Destaca-se, inicialmente, que o Regime Especial de Tributação – RET nº 45.000005184-41 (cópias às fls. 249/256 dos autos), tendo a Autuada Ball do Brasil Ltda como aderente (fls. 16 dos autos), foi concedido à ora Coobrigada Ball Beverage Can South America S/A, nos termos dos arts. 32-A, inciso IX, 32-F, inciso II, § único, 225 e 225-A, todos da Lei nº 6.763/75 e dos arts. 8º, 69-B e 75, inciso XIV, da Parte Geral e no art. 71, “a”, Parte 1 do Anexo II, todos do RICMS/02, tendo em vista o tratamento diferenciado dispensado ao setor de atividade por ela exercida, por outras unidades da Federação.

De acordo com o disposto no art. 58 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), o beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente:

Art. 58. O beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente.

(...)

Transcreve-se, a seguir, excertos do regime especial relativo ao diferimento do pagamento do imposto em análise:

Art. 3º Fica autorizado o diferimento do pagamento do ICMS incidente nas saídas promovidas por estabelecimento do contribuinte industrial, inclusive distribuidor, localizado neste Estado, com destino ao estabelecimento da Ball Indústria, para operações subsequentes por este praticadas, desde que:

(...)

Parágrafo único: O disposto no caput aplica-se exclusivamente às mercadorias produzidas pelo estabelecimento industrial mineiro.

(...)

Art. 4º A eficácia do disposto nesta Seção está condicionada à adesão pelo estabelecimento fornecedor, conforme modelo sugerido em anexo, homologada pelo titular da DF responsável pelo acompanhamento fiscal da Ball Indústria.

§ 1º O termo de adesão será parte integrante deste Regime Especial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º O termo de adesão deverá conter cláusula expressa de conhecimento e concordância com a sistemática operacional prevista neste Regime Especial.

(...)

(destacou-se)

Conforme esclarece a Fiscalização, o Termo de Adesão ao Regime Especial assinado pela Autuada Ball do Brasil Ltda consta às fls. 16 dos autos, cuja cláusula primeira é a seguir transcrita:

CLÁUSULA PRIMEIRA - Por este instrumento, a empresa signatária (fornecedor aderente):

I - reconhece todos os termos e condições que tratam o diferimento do ICMS nas aquisições internas de mercadorias e se obriga ao cumprimento das obrigações previstas no Regime;
(...)

(destacou-se)

Indene de dúvidas que o diferimento do pagamento do ICMS foi autorizado exclusivamente às mercadorias produzidas por estabelecimento industrial mineiro, o que não se verifica no presente caso, fato que sequer é contestado pela Defesa.

No relatório fiscal é destacado pela Fiscalização que as mercadorias, laminados de alumínio, matéria-prima para fabricação de latas, foram adquiridas dos estabelecimentos industriais sediados nos estados de São Paulo e Espírito Santo.

Salienta, ainda, a Fiscalização, que a Autuada não fabrica lingotes ou laminados de alumínio, mas sim latas de alumínio e é inscrita sob o CNAE 25.91-8-00 (fabricação de embalagens metálicas), mesma atividade da Coobrigada (empresa pertencente ao mesmo grupo econômico da Autuada).

Ademais, nas notas fiscais objeto da autuação, constou o CFOP 5.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Portanto, correta a acusação fiscal de utilização indevida do diferimento do pagamento do imposto, uma vez que as mercadorias objeto das notas fiscais autuadas não foram “produzidas pelo estabelecimento industrial mineiro”.

Como relatado, alega a Defesa que consta da Cláusula Décima, V, c/c Parágrafo Quarto, do Protocolo de Intenções (doc. 03 de fls. 136/138) firmado entre o Governo do Estado de Minas Gerais e Ball Beverage Can South America S/A (“Ball Beverage” – doc. 03), que o diferimento do ICMS incidente na aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem não podia gerar saldo credor do tributo para o respectivo estabelecimento fornecedor (*in casu*, a Impugnante/Atuada).

Afirma que, por um erro, ao invés de proceder ao estorno dos créditos de ICMS relativo apenas à entrada de mercadorias atreladas às saídas destinadas à Ball Beverage que contaram com diferimento, a Impugnante/Atuada acabou estornando

todo o saldo credor existente em suas apurações desde janeiro de 2015, inclusive das mercadorias que não contavam com restrição à manutenção de créditos escriturais.

Diz que, conforme apuração em anexo, estornou equivocadamente cerca de R\$ 8.389.613,00, conforme doc. 04 (fls. 139/143), valor este que jamais foi utilizado pela Fiscalização para a constituição do crédito tributário em exame.

Como se verifica da discussão posta, o pleito da Defesa refere-se à compensação de créditos de ICMS estornados pela Ball do Brasil Ltda de sua conta gráfica, desde janeiro de 2015, relativo ao excesso de créditos referente à entrada de mercadorias atreladas às saídas destinadas à “Ball Beverage” (conforme determina o RET) e, também, por equívoco, créditos de ICMS de mercadorias que não contavam com restrição à manutenção de créditos escriturais.

Como destacado em preliminar, referido procedimento fiscal, além de não ser mais previsto na legislação tributária, conforme o disposto nos incisos do art. 194 da Parte Geral do RICMS/02, que teve sua redação alterada pelo art. 2º do Decreto nº 46.698, de 30/12/14 (vigência a partir de 01/02/15), também não se aplicava à hipótese dos presentes autos, tendo em vista o disposto nos arts. 89, inciso IV, e 89-A do citado regulamento:

RICMS/02

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

(...)

Art. 89-A. Fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII deste Regulamento.

(...)

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);

V - conclusão fiscal;

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;"

Efeitos a partir de 1º/02/2015 - Redação dada pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 46.698, de 30/12/2014.

(destacou-se)

E não há que se falar em ofensa à regra da não-cumulatividade, além de parcela dos créditos pleiteados sequer se referirem às mercadorias autuadas, tem-se que será admitido o aproveitamento extemporâneo dos créditos normais relativos às operações autuadas e dos créditos estornados pela Autuada indevidamente na forma prevista no § 2º do art. 67 do RICMS/02:

Art. 67. Ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior, o valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria ou do bem, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

(...)

§ 2º O crédito do imposto corretamente destacado em documento fiscal e não aproveitado na época própria, tenha ou não sido escriturado o documento respectivo, poderá ser apropriado pelo contribuinte, mediante:

(...)

Corroborando o entendimento exposto, a seguinte resposta de Consulta de Contribuintes exarada pela Superintendência de Tributação da SEF/MG, cujos excertos se destacam:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 161/2016

ICMS - REMESSA COM FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO - Em respeito ao § 2º do art. 249 da Parte 1 do Anexo IX c/c art. 89-A da Parte Geral, todos do RICMS/2002, o imposto devido pela saída com fim específico de exportação que não se efetivou no prazo regulamentar deverá ser recolhido com acréscimos legais, inclusive multa, sem abatimento DE qualquer crédito.

(...)

RESPOSTA:

(...)

Quanto ao imposto devido pela saída com fim específico de exportação que não se efetivou no prazo regulamentar, releva destacar que, conforme § 2º do art. 249 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/2002, para efeito de sua apuração, bem como dos acréscimos, considera-se ocorrido o fato gerador na data de saída da mercadoria do estabelecimento remetente. **Resta**

evidente, portanto, que o prazo de recolhimento do imposto já está vencido.

Nos termos art. 89-A do RICMS/2002, fica vedada a compensação de créditos de ICMS com imposto vencido, exceto nas hipóteses do Anexo VIII do Regulamento. Tal vedação alcança tanto os créditos normais relativos às aquisições de mercadorias e serviços, quanto os créditos presumidos previstos na legislação ou em regime especial.

Logo, a Consulente deverá promover o recolhimento do imposto devido na operação em análise, com acréscimos legais, inclusive multa, sem abatimento de qualquer crédito.

Tal conclusão não fere a regra da não cumulatividade, uma vez que, conforme já esclarecido, será admitido o aproveitamento extemporâneo dos créditos normais relativos à operação na forma prevista no § 2º do art. 67 do RICMS/2002.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 9 DE agosto DE 2016.
(Grifos acrescidos).

(destacou-se)

Nesse sentido, como analisado em preliminar, não merece acolhida o pleito da Defesa para que se determine diligência para apuração desse saldo credor.

Também não merece prosperar o pleito da Defesa de retificação do Auto de Infração para que seja dele excluído o débito referente às notas fiscais nºs 138.079/138.080/138.113/138.363, tendo em vista que elas foram recusadas pela “Ball Beverage”, conforme doc. 05 (fls. 144/146).

Isso porque, não obstante constar nas referidas notas fiscais a recusa pelo destinatário, fato não contestado pelo Fisco, o fato gerador do imposto ocorreu na saída da mercadoria (art. 6º, inciso VI, da Lei nº 6.763/75), e tratando-se de retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário, a legislação tributária prevê o cumprimento de procedimentos específicos para a hipótese (art. 78 da Parte Geral do RICMS/02).

Assim, entende-se que, para recuperar o imposto ora exigido, quando quitado, deverá a Autuada proceder nos termos do disposto no art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, naquilo que couber, respeitado ainda o prazo decadencial:

Art. 78. O estabelecimento que receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, para recuperar o imposto anteriormente debitado, deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada, observado o disposto no § 8º do art. 20 da Parte 1 do Anexo V, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, dentro do prazo de validade da nota fiscal referenciada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso I nos registros próprios da Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Efeitos de 1º/02/2015 a 04/02/2020 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 46.687, de 26/12/2014:

"I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria, dentro do prazo de validade da nota fiscal referenciada; II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto".

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

"I - emitir nota fiscal na entrada, fazendo referência à nota fiscal que acobertou o transporte da mercadoria;

II - escriturar a nota fiscal de que trata o inciso anterior no livro Registro de Entradas, nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações com Crédito do Imposto";"

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/01/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

"III - manter arquivados, pelo prazo previsto no inciso I do § 1º do artigo 96 deste Regulamento, a 1ª via da nota fiscal ou a via do DANFE que acobertou ou acompanhou o trânsito da mercadoria, anotando a ocorrência no respectivo documento."

Parágrafo único. Na hipótese do caput:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída;

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTCR que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no art. 10 da Parte 1 do Anexo IX deste Regulamento;

III - a mercadoria deverá retornar ao estabelecimento dentro do prazo de validade da nota fiscal de que trata o inciso I deste parágrafo.

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original: "§ 1º Na hipótese do caput deste artigo:

I - a mercadoria será acobertada, em seu retorno, pela mesma nota fiscal que tenha acobertado a sua saída, que terá seu prazo de validade renovado a partir da data da declaração prevista no parágrafo seguinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a prestação de serviço de transporte correspondente será acobertada pelo mesmo CTCRC que tenha acobertado a remessa, observado o disposto no artigo 10 da Parte 1 do Anexo IX.

Efeitos de 1º/04/2008 a 31/01/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

“§ 2º O transportador e, se possível, também o destinatário, mediante declaração datada e assinada, consignarão, no verso da nota fiscal ou do DANFE, o motivo pelo qual a mercadoria não foi entregue e, sendo o destinatário contribuinte, deverá apor no verso do documento o carimbo relativo à sua inscrição no CNPJ.”

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

“§ 3º A recuperação do imposto somente será possível no caso em que:” Efeitos de 1º/04/2008 a 31/01/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

“I - a nota fiscal ou o DANFE que acobertou ou acompanhou o retorno contenha o visto do Posto de Fiscalização, se existente no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador;”

Efeitos de 15/12/2002 a 31/01/2015 - Redação original:

“II - o contribuinte tenha observado o disposto nos parágrafos anteriores.”

(...)

Pois bem, como no período autuado não foram cumpridos todos os requisitos determinantes à eficácia do regime especial concessor do benefício do diferimento do pagamento do imposto, as operações de saída de mercadorias da Autuada com destino à Coobrigada não se encontram ao abrigo do diferimento, devendo, portanto, ser o ICMS devidamente recolhido nos prazos estabelecidos pelo art. 89, inciso IV, e 89-A do RICMS/02 anteriormente citados.

Dessa forma, correta a exigência de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, Lei nº 6.763/75.

Destaca-se que a base de cálculo do ICMS foi apurada com observância do disposto no art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse diapasão, responde pelo crédito tributário, de forma solidária com a Autuada, a ora Coobrigada (destinatária das mercadorias), nos termos do disposto no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, na medida em que ela recebeu a mercadoria com o pagamento do imposto indevidamente diferido por aquela, sabedora que essas mercadorias não eram de fabricação própria do remetente.

Assim, a Coobrigada descumpriu as exigências do regime especial do qual é beneficiária e concorreu para a prática da infração:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes. (Grifou-se)

Verifica-se que há previsão na Lei nº 6.763/75 para a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária. Ademais, prevê o art. 207 da Lei nº 6.763/75:

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1. conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...)

§ 2º Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independente da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. (Grifou-se)

Também consta no art. 58 do RPTA que a Coobrigada (destinatária das mercadorias – beneficiária do RE) estava obrigada ao cumprimento de todas as disposições previstas no Regime Especial a ela concedido, dentre as quais a de receber as mercadorias com diferimento do pagamento do imposto somente se fabricadas pelo remetente, como já mencionado:

Art. 58 - O beneficiário do regime especial fica obrigado ao cumprimento das disposições nele previstas durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante prévia comunicação à autoridade fiscal concedente.

O inciso XVII do art. 96 do RICMS/02 também deixa claro que a empresa deve cumprir as obrigações constantes em seu regime especial:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

XVII - cumprir todas as exigências previstas na legislação tributária, inclusive as disposições dos artigos 190 e 191 deste Regulamento e as obrigações constantes em regime especial;

(...)

Corroborando o entendimento, ora estornado, acerca da responsabilidade solidária da Coobrigada, com fulcro no inciso XII do art. 21 da lei mineira, várias decisões do E. TJMG, dentre as quais se destacam as seguintes:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. IMPORTAÇÃO INDIRETA. ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. DESTINATÁRIO FINAL. ESTABELECIMENTO MINEIRO. COOBRIGADO. RESPONSABILIDADE. I - NA HIPÓTESE DE IMPORTAÇÃO, O ICMS É DEVIDO AO ESTADO-MEMBRO ONDE ESTIVER SITUADO O DOMICÍLIO OU O ESTABELECIMENTO DO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA, SENDO CERTO QUE POR 'ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO' DEVE-SE ENTENDER AQUELE QUE, EFETIVAMENTE, RECEBERÁ A MERCADORIA, CONFORME PREVISÃO DO ART. 155, II, §2º, IX, 'A' DA CF/88; ART. 11 DA LC Nº 87/96 E ART. 33, §1º, 1, I.1 E I.1.3, DA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75. II - COMPROVADA A PARTICIPAÇÃO DA HUAWEI DO BRASIL NA IMPORTAÇÃO INDIRETA, CORRETA A SUA AUTUAÇÃO COMO COOBRIGADA SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO, NOS TERMOS DOS ARTS. 124 DO CTN E 21, INCISO XII, DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

POR FIM, VEJO POR BEM CONSIGNAR QUE VISLUMBRO CORRETA A AUTUAÇÃO DA HUAWEI TELECOMUNICAÇÕES COMO COOBRIGADA SOLIDÁRIA PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO, NOS TERMOS DOS ARTS. 124 DO CTN E 21, INCISO XII, DA LEI Nº 6.763/75, OS QUAIS DISPÕEM, RESPECTIVAMENTE:

"ART. 124. SÃO SOLIDARIAMENTE OBRIGADAS:

I - AS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL;

II - AS PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS POR LEI.

PARÁGRAFO ÚNICO. A RESPONSABILIDADE REFERIDA NESTE ARTIGO NÃO COMPORTA BENEFÍCIO DE ORDEM".

"ART. 21. SÃO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA:

(...)

XII - QUALQUER PESSOA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E ACRÉSCIMOS LEGAIS DEVIDOS POR CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, QUANDO OS ATOS OU AS OMISSÕES DAQUELA CONCORREREM PARA O NÃO-RECOLHIMENTO DO TRIBUTOS POR ESTES".

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 124, INCISO II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, C/C O ART. 21, II, ALÍNEA D E XII, DA LEI ESTADUAL Nº. 6.763/75. 1. NA DICÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, DOIS SÃO OS TIPOS DE SOLIDARIEDADE NA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: A PRIMEIRA, DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATOS GERADOR; E A SEGUNDA, NOS CASOS DEFINIDOS EM LEI, TAL COMO O FEZ O LEGISLADOR MINEIRO, EX VI DO ART. 21, II, D E XII, DA LEI Nº. 6.763/75. 2. RECURSO PROVIDO PARA INCLUIR O COOBRIGADO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL.

AGRAVO Nº 1.0443.04.015576-6/001 - COMARÇA DE NANUQUE - AGRAVANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): DROGARIA HELIOFARMA LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. MAURO SOARES DE FREITAS.

O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN), AO TRATAR DA SOLIDARIEDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DISPÕE QUE:

"ART. 124. SÃO SOLIDARIAMENTE OBRIGADAS:

I - AS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATOS GERADOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL;

II - AS PESSOAS EXPRESSAMENTE DESIGNADAS POR LEI.

PARÁGRAFO ÚNICO. A RESPONSABILIDADE REFERIDA NESTE ARTIGO NÃO COMPORTA BENEFÍCIO DE ORDEM".

É SABIDO QUE A SOLIDARIEDADE ENCONTRA-SE REGULADA NO NOVO CÓDIGO CIVIL, CUJO ART. 264 DISPÕE, IN VERBIS: "HÁ SOLIDARIEDADE, QUANDO NA MESMA OBRIGAÇÃO CONCORRE MAIS DE UM CREDOR,

OU MAIS, DE UM DEVEDOR, CADA UM COM DIREITO, OU OBRIGADO, À DÍVIDA TODA".

PARA O CTN, TODAVIA, INTERESSA A SOLIDARIEDADE PASSIVA, REVELANDO-SE QUE OS DOIS OU MAIS DEVEDORES DO TRIBUTO OU PENALIDADE PECUNIÁRIA ESTÃO OBRIGADOS, INDIVIDUALMENTE, PELO VALOR TOTAL DA DÍVIDA. ASSIM, PODE O FISCO EXIGIR O DÉBITO, INTEGRALMENTE, DE QUALQUER DOS OBRIGADOS, NÃO SENDO PERMITINDO A ELES SEQUER A INVOCAÇÃO DO BENEFÍCIO DE ORDEM, OU SEJA, NÃO PODEM REQUERER QUE HAJA, INICIALMENTE, A EXECUÇÃO DOS BENS DO DEVEDOR PRINCIPAL (CASO EXISTENTE), POIS O PARÁGRAFO ÚNICO VEDA EXPRESSAMENTE A APLICAÇÃO DE TAL INSTITUTO, PREVISTO NO ART. 827, DO CÓDIGO CIVIL.

DESTA FEITA, DOIS SÃO OS TIPOS DE SOLIDARIEDADE NA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: A PRIMEIRA, DAS PESSOAS QUE TENHAM INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUA O FATO GERADOR; E, A SEGUNDA, NOS CASOS DEFINIDOS EM LEI, HIPÓTESE QUE NÃO COMPORTA MAIORES DÚVIDAS, CABENDO AO LEGISLADOR INDICAR PESSOAS QUE SEJAM SOLIDÁRIAS COM O PAGAMENTO DA DÍVIDA. FOI EXATAMENTE O QUE, NESTE PARTICULAR, O LEGISLADOR MINEIRO, EX VI DA LEI Nº. 6.763/75, RESTANDO ASSIM VAZADO O ART. 21, VERBIS:

"ART. 21. SÃO SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS PELA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA:

(OMISSIS)

II - OS TRANSPORTADORES:

(OMISSIS)

D) EM RELAÇÃO À MERCADORIA TRANSPORTADA COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL FALSA, IDEOLOGICAMENTE FALSA OU INIDÔNEA;

(OMISSIS)

XII - QUALQUER PESSOA PELO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO E ACRÉSCIMOS LEGAIS DEVIDOS POR CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, QUANDO OS ATOS OU AS OMISSÕES DAQUELA CONCORREREM PARA O NÃO-RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR ESTES".

COM EFEITO, NA HIPÓTESE VERTENTE, LÊ-SE NA CDA REPRODUZIDA ÀS F. 11-TJ QUE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFERE-SE:

"[...] A COBRANÇA DE ICMS E MULTAS DE REVALIDAÇÃO É ISOLADA, APURADOS ANTES A CONSTATAÇÃO DO TRANSPORTE E ENTREGA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REALIZADOS EM SETEMBRO DE 2003, VISTO QUE AS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS FORAM DESCLASSIFICADAS PELO FISCO, POR SEREM INIDÔNEAS, JÁ QUE EMITIDAS POR CONTRIBUINTE - JOSÉ ZOPELARI - QUE ENCERROU IRREGULARMENTE SUAS ATIVIDADES, ALÉM DE PARTE DA MERCADORIA, DESCRITA NUMA NOTA FISCAL, NÃO SE ENCONTRAR NO VEÍCULO TRANSPORTADOR".

REVELA-SE, DESTARTE, DESACERTADA A DECISÃO AGRAVADA, VEZ QUE PROFERIDA EM DESACORDO COM O ART. 124, II, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, C/C O ART. 21, INCISOS II (ALÍNEA D) E XII, DA LEI ESTADUAL Nº. 6.763/75. (GRIFOU-SE).

Por fim, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I do RPTA.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante Ball do Brasil Ltda, sustentou oralmente o Dr. Bruno de Abreu Faria e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Paula Prado Veiga de Pinho (Revisora), Marco Túlio da Silva e Renata Pereira Schetini.

Sala das Sessões, 04 de dezembro de 2020.

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Relator

rpa