BOLETIM
DO
CONSELHO
DE CONTRIBUINTES
DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRINCIPAIS DECISÕES
1999 a 2002

NÚMERO 27

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

GOVERNADOR DO ESTADO

Itamar Augusto Cautiero Franco

SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA

José Augusto Trópia Reis

SECRETÁRIO ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Geraldo José Gomes

PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

José Luiz Ricardo

VICE- PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Luciana Mundim M. Paixão

SUPERINTENDENTE DA SUPERINTENDÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

José Luiz de Lima

PROCURADOR GERAL DA FAZENDA ESTADUAL

José Benedito Miranda

ELABORAÇÃO DO BOLETIM

Diretoria de Administração das Câmaras do Crédito Tributário

Gilberto da Silva Ramos – Diretor Divisão de Administração das Câmaras

Cindy Andrade Morais - Chefe da Divisão

Colaboradores:

Deise das Graças Monteiro

Enio Pereira da Silva

Itamar Peixoto de Melo

José Roberto de C. Figueira

Maria das Dores Carneiro Espíndola

Av. João Pinheiro, 581 – Belo Horizonte – MG

Telefone: 31 – 3217-8500 – Fax: 31—3212-3816

e-mail: ccmg@sef.mg.gov.br

Presidente do CC/MG: José Luiz Ricardo
Vice-Presidente: Luciana Mundim de Mattos Paixão

COMPOSIÇÃO 2002

CONSELHEIROS FAZENDÁRIOS EFETIVOS
Aparecida Gontijo Sampaio
Edwaldo Pereira de Salles
Roberto Nogueira Lima
José Luiz Ricardo
José Eymard Costa
Cláudia Campos Lopes Lara

CONSELHEIROS CLASSISTAS EFETIVOS
Antônio César Ribeiro
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Francisco Maurício Barbosa Simões
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Luiz Fernando Castro Trópia
Windson Luiz da Silva

CONSELHEIROS FAZENDÁRIOS SUPLENTES
Mauro Heleno Galvão
Jorge Henrique Schmidt
Edmundo Spencer Martins
Lúcia Maria Bizzoto Randazzo
Sara Costa Félix Teixeira
Mauro Rogério Martins

CONSELHEIROS CLASSISTAS SUPLENTES
Lázaro Pontes Rodrigues
Carlos Wagner Alves de Lima
Úrsula Lopes Gonçalves de Aguiar
Sauro Henrique de Almeida
Thadeu Leão Pereira
Wagner Dias Rabelo

APRESENTAÇÃO

Inicialmente faz-se necessário relatar, de forma sucinta, a história do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG) e do seu Boletim, uma vez que sua última edição (Nº 26) ocorreu no ano de 1995.

O Conselho de Contribuintes foi criado pelo Decreto-Lei nº 1.618, de 08 de janeiro de 1946. Até 1972 funcionou como 2ª instância, em forma de Conselho Pleno (composição paritária, com oito membros). Com a edição da Lei 5.960, de 01/08/72, o Conselho Pleno foi dividido em duas câmaras, mantendo a composição paritária, sendo criada ainda a Câmara Superior. Posteriormente, foram extintas as Juntas Regionais de Fiscalização e as Juntas de Revisão Fiscal, criada a 3ª Câmara e a Auditoria Fiscal, passando o CC/MG a ser instância única. Outras alterações significativas ocorreram através das Leis 12.704, de 23/12/97 e 13.470, de 17/01/00.

Visando resgatar um pouco da história do CC/MG, publicamos neste Boletim a relação de Presidentes e Vice-Presidentes, desde o ano de 1973 até a presente data.

No aspecto administrativo, a Lei 12.984, de 30/07/98, transferiu as funções da sua Secretaria-Geral para a responsabilidade da Superintendência do Crédito Tributário (SCT), então criada pela referida lei (art. 7º, XI).

O Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG) e a Superintendência do Crédito Tributário (SCT) caminharam de forma harmônica e coerente. Procuraram "equilibrar-se" no tênue limite **entre as garantias** dadas ao litigante em processo administrativo (contraditório, ampla defesa e o devido processo legal – art. 5º, LIV e LV, da CF/88) **e a exigência** da observância do princípio da eficiência a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/88, com a redação dada pela EC 19/98). As "garantias" submetidas ao princípio da reserva legal (Lei e Constituição Estadual e Federal) e a "exigência" de

eficiência, no processo administrativo, traduzida pela necessidade da celeridade, simplicidade, economicidade, efetividade, racionalização de procedimentos e produtividade (solução rápida do litígio, com observância do devido processo legal).

No exercício das respectivas funções, CC/MG e SCT obtiveram, dentre outros, os seguintes avanços: novas instalações (mudança da sede da Rua Curitiba, 561, para a Av. João Pinheiro, 581, próximo à Praça da Liberdade); informatização dos procedimentos referentes à tramitação do Processo Tributário Administrativo (PTA), estando tais informações, bem como outras de interesse do Fisco e do contribuinte disponibilizadas no "site" www.sef.mg.gov.br/ccmg; dedicação exclusiva para o conselheiro da representação fazendária; funcionamento das Câmaras Suplementares (4ª, 5ª e 6ª Câmara, outubro/99 a 06/00); acompanhamento do PTA desde a sua formação até a remessa para arquivamento ou inscrição em dívida ativa; elaboração e aprovação de súmula vinculante (Portaria 06/01); consolidação das Deliberações do Conselho Pleno do CC/MG (Portarias 01/02 e 02/02); elaboração do novo Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 41.121, de 06/12/00; redução do estoque de processos aguardando julgamento; redução do tempo de tramitação na esfera administrativa; etc.

O Boletim do CC/MG foi editado pela primeira vez no ano de 1973. A edição nº 01 contém as principais decisões, bem como pareceres referentes à aplicação da legislação tributária. Os Boletins n°s 2, 3 e 4 foram regularmente editados. A partir de 1976 o Boletim deixou de ser editado, passando as principais decisões do CC/MG a serem publicadas na "Revista da Secretaria da Fazenda", que tinha como objetivo unificar todas as publicações da instituição.

O restabelecimento do Boletim do CC/MG ocorreu em 1983 com a edição de nº 5. As publicações seguintes ocorreram com normalidade até o Boletim de nº 26, que contém as principais decisões do CC/MG no ano de 1994. No período subsequente, por razões diversas, o Boletim deixou de ser editado.

Este Boletim, que ora apresentamos, contém as principais decisões do CC/MG nos anos de 1999 a 2002. Esperamos manter a regularidade desta publicação, pois a mesma, além da tradição no Estado de Minas Gerais, tem sido reclamada pelos colegas das instâncias administrativas de outras unidades da Federação.

José Luiz Ricardo
Presidente do CC/MG

ÍNDICE DO BOLETIM

1ª PARTE

MATÉRIA	*PÁGINA*
01 – Alíquota	013
02 – Base de Cálculo	075
03 – Crédito de ICMS	092
04 – Crédito Tributário – Depósito Judicial - Decadência	101
05 – Diferimento – Descaracterização	161
06 – Suspensão – Descaracterização	171
07 – Exportação	189
08 – Importação	205
09 – Isenção – Descaracterização	235
10 – Mercadoria - Entrega Desacobertada	245
11 – Mercadoria - Entrada, Saída e/ou Estoque desacobertado	251
12 – ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal	285
13 – Nota Fiscal – Desclassificação	301
14 – Obrigação Acessória	310
15 – Prestação de Serviço de Transporte	334
16 – Substituição Tributária	345
17 – Responsabilidade Tributária	352
18 – Restituição	372
19 – ITCD	380

2ª PARTE

Relação de Presidentes e Vice-Presidentes do CC/MG, de 1973 a 2002	386
Portaria 06/01 e 07/01 (Súmulas do CC/MG)	388
Portaria 03/02 (Deliberações do Conselho Pleno, em 2002)	390
Relação de Funcionários da Superintendência do Crédito Tributário	394

1– Alíquota

1999

Acórdão: 13.332/99/1ª (publicado no DOE de 01/06/99)

EMENTA

Crédito do ICMS – Aproveitamento Indevido – nas aquisições de peças de reposição por empresa prestadora de serviços de transporte.

Alíquota de ICMS – Diferencial – Falta de recolhimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de materiais para consumo ou ativo imobilizado. Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

VERSA A AUTUAÇÃO SOBRE: APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO ICMS NAS AQUISIÇÕES DE PEÇAS DE REPOSIÇÃO E FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO AO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA CONSUMO OU ATIVO IMOBILIZADO.

Lavrado em 26/12/96 AI n.º 01.000109136.19 para cobrança do ICMS e MR devidos.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o AI (fls. 101/108) por intermédio de procuradores regularmente constituídos.

A DRCT/SRF Mata, em réplica (fls.116/120), refuta os termos da Impugnação e pede a sua improcedência.

A Auditoria Fiscal, às fls.122 e 123, ratifica o entendimento da DRCT/SRF Mata.

DECISÃO

Nos termos do Art. 59, § 1º da CLTA (Dec. N.º 23.780/84), não prospera a argüição de nulidade do AI, levantada em preliminar pela Impugnante.

"§ 1º - As incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretam a sua nulidade, quando dela constarem elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator ou responsável".

Segundo o disposto no art.144, inciso IV, do Dec.32.535/91, as aquisições de mercadorias por empresas de transporte somente geram direito a crédito nos casos de combustível, lubrificantes, pneus e câmaras de ar de reposição e materiais de limpeza.

As peças de reposição, para transportadoras, constituem material de uso e consumo e sua aquisição não gera direito ao crédito do ICMS, nos termos do Art.153, inciso II, do citado regulamento.

Os dispositivos acima mencionados não contradizem o princípio da não cumulatividade do imposto, refutando, por conseguinte o entendimento da Impugnante, de que tal princípio estava sendo ferido.

A previsão legal do fato gerador do imposto e sua hipótese de incidência, estão capituladas no Art.5º, § 1º, item 6, da Lei n.º 6763/75.

Dispõe o Art. 59,§ 1º do RICMS/91 que no caso de mercadorias para uso e consumo ou imobilizado com origem em outra unidade da Federação, é devido, ainda, o recolhimento do imposto relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Corretas as exigências da presente peça fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a Primeira Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar Improcedente a Impugnação.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Windson Luiz da Silva , Luiz Fernando Castro Trópia e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 06/04/99.

Ênio Pereira da Silva
Presidente/Relator

Carlos José da Rocha
Procurador da Fazenda

Acórdão: 13.271/99/3ª (publicado no DOE de 14/08/99)

EMENTA

Alíquota de ICMS – Utilização Indevida – Diferencial. Constatado que o autuado aplicou indevidamente a alíquota interestadual quando deveria ter aplicado a alíquota interna, nos termos do § 5º do art. 43 do RICMS/96. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aplicação indevida de alíquota interestadual quando do emprego de peças e partes para consertos de veículos de fora do Estado e em trânsito pelo território mineiro.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 45/54, aos seguintes argumentos:

- a aplicação da alíquota foi correta pois a sua operação foi de prestação de serviço a consumidor final localizado em outro Estado, de acordo com a CF/88;

-
-
- a exigência fiscal viola a CF/88;
- em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, aplicar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do ICMS;
- no caso acima mencionado, caberá ao Estado destinatário do imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual;
- diversos tribunais têm adotado tal posicionamento, desde que a CF/88 solucionou o conflito existente, e para corroborar sua alegação transcreve a EMENTA de um desses acórdãos;
- o entendimento da CF/88 é diverso do RICMS/MG. Este último feriu princípios jurídicos da tributação na CF/88;
- expõe comentários do Prof. Ives Gandra Martins acerca do assunto e que enfatizam a tese de que é a condição de destinatário que determina a alíquota e não a natureza da operação;
- cumpriu todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária em vigor.

Requer a procedência da Impugnação.

Contra esta impugnação a DRCT/SRF/MATA apresenta réplica às fls. 322/324:

- a fiscalização fundamentou-se no § 5º, do art. 43 do RICMS/96 que considera operações sujeitas a alíquota interna, o emprego de partes, peças e outras mercadorias em decorrência de conserto ou reparo, feitos em veículos de fora do Estado em trânsito pelo território mineiro;
- todos os elementos da obrigação tributária principal estão alicerçados no RICMS/96 e por isso não tem como lograr êxito da Impugnação;
- as alegações da Impugnante são infundadas e protelatórias já que sua conduta não está amparada pelo RICMS/96, que a legislação responsável pela circulação de mercadorias no território mineiro.

Requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação em pauta versa sobre a aplicação indevida da alíquota interestadual quando do emprego de peças e partes para consertos de veículos de fora do Estado e em trânsito pelo território mineiro.

A Impugnante afirma que a alíquota aplicada, de acordo com a CF/88, estava correta pois sua operação era de prestação de serviço a consumidor final localizado em outro Estado e portanto deveria ser aplicada a alíquota interestadual.

Aduz ainda que cabe ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre alíquota interna e interestadual e que o art. 43, §5º do RICMS/96 fere a CF/88.

No entanto, a Impugnante ao aplicar a alíquota interestadual à operação em análise desrespeitou o RICMS/MG tendo em vista que este em seu art. 43, § 5º determina que as operações de emprego de partes e peças em conserto ou reparo de veículos de fora do Estado em trânsito pelo território mineiro estarão sujeitas a alíquota interna.

A Impugnação não tem como proceder haja vista o disposto acima e o entendimento de que o RICMS/MG é o responsável pela circulação de mercadorias em nosso território e o mesmo foi desrespeitado em sua disposição acerca de alíquotas.

Nos termos do inciso I do art. 88 da CLTA, não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

O que deve ser observado é que como a constitucionalidade do RICMS/MG neste aspecto ainda não foi discutida, o mesmo continua a ser aplicado e portanto o § 5º do art. 43 do RICMS/MG é o responsável pela determinação da alíquota nas operações de emprego de peças e partes para consertos de veículos de fora do Estado e em trânsito no território mineiro, a qual dessa forma é interna.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Laerte Cândido de Oliveira e Cleomar Zacarias Santana.

Sala das Sessões, 06/04/99.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

Celso de Oliveira Ferreira
Procurador da Fazenda

ACÓRDÃO: 14.238/00/3ª *(PUBLICADO NO DOE DE 26/01/01)*

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido. A Autuada apropriou indevidamente crédito de ICMS referente à diferencial de alíquota. Infração caracterizada.

Alíquota de ICMS - Diferencial - Falta de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota na aquisição interestadual de carrocerias de ônibus. Infração caracterizada.

Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita a Contribuinte de adquirir carrocerias de ônibus NBM n.º 87.07.90.90.01 , mercadoria não sujeita à redução de base de cálculo, classificado erroneamente como veículo urbano, incorrendo nas seguintes irregularidades:

1) apropriação indevida de crédito de ICMS, referente ao recolhimento de diferença de alíquota – Comunicado à AF em 19/08/96;

2) falta de recolhimento da diferença de alíquota de ICMS, pela aquisição interestadual de carrocerias de ônibus NBM 87.07.90.90.01;

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 65/68 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- alega que adquiriu chassis de seu fornecedor Mercedes-Benz do Brasil S.A., enviando-o, como usual neste tipo de negócio, para industrialização em empresas especializadas em carrocerias, recebendo de volta e, posteriormente, o respectivo ônibus;

- o chassi n.º 8702.00.0100 e ônibus n.º 8702.10.0100 estavam enquadrados no artigo 43, inciso I, subalínea B.5, do RICMS/MG, que estabelece alíquota interna destes produtos que é de 12%;

- alega que erroneamente recolheu a diferença de alíquota entre 12% e 18%, quando nenhuma diferença era devida, porque a alíquota interna, conforme o Regulamento do ICMS, é a mesma da alíquota interestadual;

- desta forma efetuou requerimento ao Chefe da Administração Fazendária local pleiteando o crédito do ICMS (diferencial de alíquota) recolhido indevidamente;

- cita o despacho do Chefe da AF, em 29/08/96, que lhe fora favorável;

- ao invés de receber uma homologação do crédito lançado, recebeu o presente Auto de Infração;

- ao contrário do que informou a fiscalização, adquiriu ônibus e não carrocerias, como consta das Notas Fiscais nos autos.

Ao final pede a procedência da Impugnação e o cancelamento do respectivo Auto de Infração.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 98/99 dos autos, aos seguinte fundamentos:

- em defesa do trabalho fiscal a contabilidade da autuada registra as Notas Fiscais n.ºs 5563/64/65 (fls. 82,83 e 84), como pagamento por três carrocerias de Comil Carrocerias e Ônibus Ltda. (fl. 37);

- alega que se o feito fiscal foi embasado na contabilização das mercadorias adquiridas pela defendente, legítimo é o procedimento fiscal, pois na legislação tributária mineira, carroceria não está contemplada com redução de alíquota.

Ao final pede a Improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 112/114, propugna pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita a Contribuinte de adquirir carrocerias de ônibus NBM n.º 87.07.90.90.01 , mercadoria não sujeita à redução de base de cálculo, classificado erroneamente como veículo urbano, incorrendo nas seguintes irregularidades:

1) apropriação indevida de crédito de ICMS, referente ao recolhimento de diferença de alíquota – Comunicado à AF em 19/08/96;

2) falta de recolhimento da diferença de alíquota de ICMS, pela aquisição interestadual de carrocerias de ônibus NBM 87.07.90.90.01;

Tendo em vista a matéria tratada neste feito fiscal, necessário se faz tecer alguns comentários.

Considerando a legislação vigente no período, temos que ônibus classificados nos códigos 8702.10.0100, 8702.10.0200 e 8702.10.9900, bem como os chassis classificados nas posições 8706.00.01.00 e 8706.00.0200 tiveram suas alíquotas em operações internas progressivamente reduzidas, desde 01/01/95 até atingirem a alíquota de 12 %, que vigorou a partir de 1º de outubro de 1995 (artigo 59, inciso I, alínea “d” do RICMS/91), tal alíquota foi mantida pelo Decreto 38.104/96, especificamente, em seu artigo 43, inciso I, alínea b.5.

No tocante às carrocerias, classificadas no grupo 8707 da NBM, temos que as mesmas não se incluíam no rol de mercadorias com

alíquotas reduzidas pelo RICMS/91, tampouco houve inclusão das mesmas no RICMS/96.

A controvérsia a ser dirimida, portanto, no presente feito fiscal, é se as Notas Fiscais, objeto da autuação, se referem à aquisição de ônibus, tese defendida pela defesa, ou se trata de aquisição de carrocerias, como alega a fiscalização.

Da análise da documentação acostada aos autos, às fls. 37/39, ou seja, os registros contábeis efetuados pela Impugnante, temos que os mesmos explicitam que foram adquiridas **carrocerias**, conforme depreende-se, a título exemplificativo, das expressões "Pago a Comil Carrocerias e Ônibus Ltda. por duas carrocerias Sveltok conf. notas fiscais 1178.1376" e "pago por três carrocerias nf 5563, 5564 e 5565 de Comil Carrocerias e Ônibus Ltda.". No mesmo sentido, temos que, para as aquisições de ônibus, os registros são também claros, especificando, por exemplo, "pago por dois ônibus chassis (...) nf 2154, 2155 de Mercedes Benz do Brasil S/A..

Tendo em vista a conclusão supra, temos que para as carrocerias aplica-se a alíquota de 18% nas operações internas, por força do disposto no artigo 59, inciso I, alínea "e" (efeitos de 01/01/95 a 01/08/95), alínea "f" (a partir de 02/08/95) do RICMS/91. Tal dispositivo foi inserto também no RICMS/96, em seu artigo 43, inciso, alínea "f".

Assim sendo, é devido o ICMS referente ao diferencial de alíquota previsto nos termos do artigo 2º, inciso II, do RICMS/91 (atual artigo 1º, inciso VII, do RICMS/96).

Segundo a Auditoria Fiscal, a própria Impugnante inclina-se ao entendimento fiscal, na medida em que deixou de requerer o aproveitamento a título de crédito do ICMS recolhido pelo diferencial de alíquota relativo às Notas Fiscais 10043, 10596, 11856, 12343, 1058 (fls. 17/21 dos autos).

Tais documentos fiscais referem-se igualmente à aquisição de carrocerias, informando em seu corpo a devolução do chassi remetido para industrialização. Resta comprovado que no campo "Valor Total da Nota Fiscal", consta o valor da carroceria adquirida e não o valor do ônibus.

Para tais documentos fiscais exige-se o diferencial de alíquota que não foi recolhido. Desta forma, aplica-se a mesma tese supra desenvolvida

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, nos

termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio Leonart Vela e José Mussi Maruch.

Sala das Sessões, 13/07/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

Acórdão: 14.144/00/1ª (publicado no DOE de 01/04/00)

EMENTA

Alíquota De ICMS – Operação Interestadual – Não Contribuinte do ICMS. Saída de mercadorias em operação interestadual com alíquota reduzida (7%) para consumidor final, não contribuinte do imposto, situado no Estado do Ceará. Infração caracterizada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a cobrança de ICMS e MR pela a diferença de alíquota utilizada indevidamente de 7% na nota fiscal nº 002211, atinente a operação interestadual destinada a não contribuinte do ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/34, contra o qual o Fisco se manifesta às fls. 46/47.

DECISÃO

A Impugnante argumenta que não existe no RICMS/96 a exceção invocada pelo autuante e, não apresenta qualquer elemento capaz de ilidir o feito fiscal.

O art. 12 da Lei 6763/75 e art. 43, II, a do RICMS/96 define que, em relação a operações e prestações que destinem mercadoria e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interna quando o destinatário não for contribuinte do imposto.

Comprovado que a mercadoria destinava a consumidor final, não contribuinte do imposto situado no Estado Ceará, a alíquota aplicável é 18% e não 7%.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do

julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Lázaro Pontes Rodrigues.

Sala das Sessões, 02/03/00.
Ênio Pereira da Silva
Presidente
Cleusa dos Reis Costa
Relator

Acórdão: 14.282/00/1ª (publicado no DOE de 20/09/00)

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Correção Monetária de Crédito Extemporâneo - Aquisição de Material de Uso e Consumo. Apropriação indevida de crédito extemporâneo de ICMS, provenientes de aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento. Exigências parcialmente canceladas nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre apropriação indevida de crédito extemporâneo de ICMS, referentes a aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento, bem como na compensação de parcelas desta natureza, com o montante do imposto apurado a título de diferencial de alíquota, tendo, todos os valores aproveitados, sofrido correção monetária.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 98/110), por intermédio de representante legal, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls.167/168**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 169/170, que resultam nas manifestações de fls. 172/174 e reformulação do crédito tributário às fls. 177/180.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 192/199, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

De início insta dizer que a Impugnante requer a produção de prova pericial sem contudo apresentar os quesitos que deseja ver respondidos, razão pela qual o pleito deixou de ser apreciado por esta Câmara, em obediência à regra do art. 98, inciso III, da CLTA/MG.

Os dispositivos legais e regulamentares erigidos do AI para capitular as infringências cometidas, vêem-se materializados nos fatos motivadores da exigência, exprimindo a necessária indicação normativa que deve comportar o ato administrativo de formalização do crédito tributário.

Em caráter específico, os arts. 29, § 6º, item 1, da Lei 6.763/75 e 70, inciso III, do Decreto 38.104/96, vedam o uso de créditos provenientes das entradas de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Os demais são referentes ao cumprimento de obrigações de caráter geral, que deverão ser sempre observadas pelos contribuintes do ICMS.

Outra irregularidade cometida pela Impugnante, decorre da compensação de valores de ICMS com o montante apurado a título de diferencial de alíquotas, motivo porque o AI faz referência ao imposto devido por esta modalidade.

Como bem se verá no decorrer da análise do mérito, o feito fiscal pauta-se em elementos concretos de autoria da Impugnante, perfeitamente capitulados na legislação aplicável, não havendo quaisquer disparate que se digne tornar nulo o AI.

Também, fica patente na peça defensória que as infringências imputadas à Impugnante foram por ela perfeitamente compreendidas, haja vista que, do contrário, inviável teria sido atacar-se o mérito da lide.

Sem embargos do que fora exposto, a CLTA/MG dispõe no seu art. 59, § 1º, que *as incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando dela constarem elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator ou responsável*, regramento este que se conforma estreitamente com o "princípio da instrumentalidade das formas", segundo ensinamento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco *(Teoria Geral do Processo, 15ª Edição, Editora Malheiros, pág. 342)*:

> "O princípio da instrumentalidade das formas, de que já se falou, quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo). Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*."

Não resiste, assim, a pretensão da Defendente em ver proclamada a nulidade do AI.

Do Mérito

A exigência fiscal encontra-se consubstanciada na apropriação indevida de créditos extemporâneos de ICMS, decorrentes da aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento, bem como na compensação de parcelas desta natureza, com o montante do imposto apurado a título de diferencial de alíquotas, tendo, todos os valores aproveitados, sofrido correção monetária.

Primeiramente, observamos que deixarão de ser objeto de pronunciamento, questões levantadas pela Defesa que versem sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, por óbice imposto pelo art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

O aproveitamento de crédito para a compensação com débito do imposto é da essência da não-cumulatividade determinada pela norma constitucional como princípio norteador do ICMS.

Evidentemente que o alcance deste princípio se conforma com aquelas entradas de mercadorias e serviços que efetivamente estejam relacionadas com a comercialização, industrialização e prestação de serviços alcançados pela incidência do ICMS, sem a qual os créditos gerados não poderão ser aproveitados.

Assim ocorre com a vedação à apropriação de créditos oriundos de entradas de bens destinados ao uso ou consumo, ou a integração no ativo fixo do estabelecimento.

Neste sentido, elucidativa é a lição de Vittorio Cassone, a qual transcrevemos (*in, Comentários ao Código Tributário Nacional, Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Vol. 1, Editora Saraiva, pág. 445*):

> "O caput do art. 20 estabelece regra geral, que está de acordo com o princípio da não-cumulatividade do ICMS e, de certa forma, até avança, ao permitir o crédito na entrada de bens destinados a uso ou consumo ou ao ativo permanente. Avança porque a CF diz que a não-cumulatividade se dá em função da entrada e da subseqüente saída tributada, e os bens destinados a uso ou consumo ou ao ativo permanente não seguem essa seqüência. Entretanto, o dispositivo é constitucional porque autorizado pelo art. 155, § 2º, XII."

Com o advento da Lei Complementar Federal 87/96, art. 20, *caput*, houve-se permitido o aproveitamento destes créditos, sendo que,

os gerados pelas entradas de materiais de uso ou consumo, somente darão direito a partir de 1º de janeiro de 2000, de acordo com teor do art. 33, inciso I, desta norma.

Os créditos estornados pelo fisco, noticiam o aproveitamento indevido de ICMS pelas entradas de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, bem como, aplicados em atividades que sequer são tributadas pelo imposto estadual, como a recuperação de pneus para usuário final, elencada na lista de serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, alcançadas pelo ISSQN de competência municipal.

Neste particular, vale ressaltar que a não-cumulatividade consagrada pela Constituição Federal de 1988, na dinâmica operacional do ICMS, dispõe de operações e prestações tributadas pelo imposto, donde se conclui que a posterior inocorrência de fato jurígeno previsto nas hipóteses de incidência do tributo estadual relacionado à entrada tributada, obviamente não corporificará, em forma de crédito, direito contra a Fazenda Pública.

Com efeito, o emprego de materiais na manutenção de instalações elétricas de edificações, e de equipamentos classificados no ativo imobilizado da Impugnante, não dá direito ao crédito do ICMS, como também não dão, as aquisições de equipamentos de segurança, de GLP para consumo na cantina dos funcionários, e de gazes utilizados nos serviços de soldas executados na oficina mecânica, conforme esclarecimentos prestados pelo fisco em cumprimento ao despacho de diligência desta Auditoria Fiscal, de fls. 172 à 174 dos autos, cuja a aplicação dos bens indicada, não foi refutada pela Impugnante em sua nova manifestação de fls. 184 à 186.

Já os créditos de ICMS gerados pelo consumo de energia elétrica e pela utilização de serviços telefônicos e de telex, tiveram os seus valores reconhecidos pelo Fisco como passíveis de aproveitamento, redundando na reformulação do crédito tributário, de fls. 177/178.

Todavia, parte destes valores foram incorretamente abatidos do montante de ICMS apurado a título de diferencial de alíquotas, conforme se observa às fls. 18, 20 e 22, prática, a propósito, desenvolvida pela Impugnante, nos períodos em que o crédito extemporâneo apropriado era superior ao debito apurado. Atente-se que idêntico tratamento tiveram os demais valores relacionados às fls. 07 (fls. 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 e 26), sustentados nas planilhas da Impugnante de fls. 30/32, 36/38, 42/44, 50/52, 57/59, 64/66, 70/72, 80/82.

De se esclarecer que o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual comporta, tão somente, a compensação do imposto gravado na operação anterior de aquisição

dos materiais de uso e consumo e de bens do ativo fixo, com aquele incidente sobre a mesma base de cálculo, à alíquota interna aplicável.

Sendo assim, não se pode querer abater do imposto devido por esta modalidade, valores que não estão relacionados diretamente às entradas de materiais de uso e consumo, e bens do ativo fixo, em operações interestaduais, independente da regularidade do crédito que se deseja apropriar, como os decorrentes de consumo de energia elétrica, e de utilização de serviços telefônicos e de telex, pleito da Impugnante, em manifestação de fls. 184/186.

No tocante a correção monetária de créditos extemporâneos, a legislação tributária mineira permite ao contribuinte que, uma vez verificados créditos legítimos não aproveitados em época própria, sejam eles apropriados mediante a observância dos procedimentos discriminados no art. 67, § 2º, do RICMS/96.

Importante lembrar que o dispositivo supracitado silencia sobre a possibilidade de se corrigir monetariamente estes créditos, prevalecendo, destarte, o seu valor nominal para fins de apropriação.

Ocorre que a parcela de ICMS a ser recolhida aos cofres públicos passa, primeiramente, pelo confronto do imposto cobrado nas saídas das mercadorias, com aquele pago nas operações anteriores efetuadas com elas mesmas, ou com os produtos que as integram.

Só após vencido este momento é que se terá a expressão valorativa do imposto a ser satisfeito, sobre o qual recairão todas as garantias e disposições determinantes para a sua extinção.

Note-se que a fase de dimensionamento do montante do tributo não-cumulativo a ser exigido, no caso o ICMS, comporta meros valores escriturais a título de débito e de crédito, que ainda não podem subsistir como elemento obrigacional regularmente formalizado através do lançamento, por pendente a delimitação do resultado do confronto dos seus valores, esse, expressão do tributo devido.

Deste modo, enquanto precedentes à quantificação do imposto, ambos, débito e crédito, deverão permanecer absortos das circunstâncias que atinjam seus valores contábeis, mormente a atualização monetária, vez que, do contrário, sobrestará desequilibrada a equação da não-cumulatividade do ICMS, pela adição de elemento estranho aos dois partícipes da relação.

Sobre esta matéria ressaltamos, ainda, o Parecer Normativo da Douta Procuradoria Geral da Fazenda Estadual n.º 31/90, que determina, expressamente, que não sofrerão atualização monetária os créditos de ICMS apropriados extemporaneamente, fundamentando o seu juízo com base no princípio nominalístico do creditamento como ato

unilateral do contribuinte.

Já a reprimenda aplicada às infrações levantadas pelo fisco é a multa prevista no art. 56, inciso II, da Lei 6.763/75, pelo pagamento à menor do imposto, uma vez que o aproveitamento de créditos indevidos reduziu o *quantum* de ICMS a ser recolhido, na sua mesma expressão valorativa.

Este procedimento está fundamentado no poder de polícia de que detém o Estado, atuando coercivamente no intuito de coibir àquelas ações que vão de encontro aos interesses arrecadatórios da Fazenda Pública, mediante a cominação de sanções que estejam fundadas na legalidade.

Seria pouco razoável admitir-se que a prática infracional-tributária do agente ficasse a mercê da extinção pela decadência, e que, utilizando-se o Estado do aparelho fiscal coibidor da sonegação, como forma de garantir o crédito tributário que legitimamente faz jus, não tivesse meios de imputar sanção ao inadimplente com ele obrigado, até mesmo como forma de reduzir os custos de implementação da cobrança, que desnecessária seria se a obrigação estivesse sido corretamente cumprida. É um ônus que a sociedade não deve suportar.

O confisco, outrossim, estará em pauta, se a base de incidência da multa referir-se ao patrimônio do imputado, e não obtida de percentual sobre o valor do tributo devido e não recolhido, como forma legítima de inibir o descumprimento da obrigação tributária principal.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 177/181 dos autos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Maria de Lourdes Pereira de Almeida, Luiz Fernando Castro Trópia e Cleusa dos Reis Costa (Revisora).

Sala das Sessões, 11/05/00.
Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator

Acórdão: 14.466/00/1ª (publicado no DOE de 18/01/01)

EMENTA

Crédito de ICMS- Aproveitamento Indevido - Correção Monetária de Crédito Extemporâneo - Constatação de apropriação indevida de créditos, mediante atualização monetária de créditos extemporâneos. Legítimo o estorno dos referidos créditos a teor da legislação vigente. As razões da defesa não possuem a robustez necessária para cancelar a exigência fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de pagamento a menor do imposto por aproveitamento indevido de crédito de ICMS, escriturado extemporaneamente com correção monetária, no período de março/96 a outubro/98, apurado em verificação fiscal analítica. Não foi recomposta a conta gráfica da empresa por não haver saldo credor a ser compensado no período fiscalizado.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1745/1779), por intermédio de seu procurador, regularmente constituído, argumentando que:

- é empresa tradicional no ramo comercial de peças para veículos;
- entende que os créditos adjudicados são legítimos, pois dizem respeito às seguintes operações:

1) aquisições de materiais auxiliares, embalagens e matérias-primas ocorridas no período de 15/06/90 a 19/04/95;

2) aquisições de energia elétrica e telecomunicação ocorridas no período de 05/06/90 a 25/12/94;

3) aquisições de combustível ocorridas no período de 04/06/90 a 24/04/95;

4) aquisições de bens para o consumo/imobilização ocorridas no período de 17/07/90 a 17/05/95;

5) aquisições de serviço de frete ocorridas no período de 08/06/90 a 13/04/95;

6) aplicação de correção monetária nas operações de aquisições de mercadorias ocorridas no período de 17/05/90 a 31/03/95;

7) indexação ocorrida no período de 17/07/90 a 20/04/92;

- informa que as operações que originaram os créditos aproveitados estão minuciosamente relacionadas em planilhas; anexa algumas cópias das notas fiscais e comprovantes relativos a estas aquisições;

- diz que durante o período de 1990 a 1995 adquiriu vários insumos, como parafusos, pneus, buchas, eletrodos, trenas, mangueiras, mangotes, estopas, disjuntores, discos, etc., ou seja, peças de reposição e de manutenção para seus veículos, bem como dos serviços de energia elétrica, telecomunicações e frete, insumos estes imprescindíveis para o desenvolvimento de suas atividades;
- o procedimento adotado não se refere ao fato de ter deixado de pagar ICMS, mas de um legítimo direito ao creditamento, com pleno rigor do respeito ao princípio da não-cumulatividade;
- cita e transcreve jurisprudência do STF (RE 79.601 – RS, DJU 08.01.75) que trata de produtos intermediários;
- argumenta que, independentemente da natureza dos insumos, não há como negar o direito integral ao creditamento, pois todos participam do desenvolvimento da prestação dos serviços objetos da atividade empresarial;
- cita e transcreve Acórdão 0178/94 do Conselho de Contribuintes do Estado do Paraná, cuja matéria tratada refere-se a produtos intermediários consumidos no processo de fabricação, bem como doutrina sobre o direito ao crédito do ICMS;
- com relação à correção monetária diz que o crédito extemporâneo lançado e aproveitado pelo valor nominal representa um prejuízo ao contribuinte, correspondendo este prejuízo à inflação do período; o crédito, no momento exato da compensação, estará defasado, não se observando plenamente o mandamento constitucional da não-cumulatividade do imposto;
- conclui que qualquer norma infraconstitucional que impeça a correção monetária sobre créditos fiscais compensados no período seguinte da operação econômica que lhe deu origem mostra-se absolutamente inconstitucional;
- transcreve doutrina e jurisprudência sobre correção monetária de créditos tardiamente aproveitados;
- com relação ao aproveitamento de créditos relativos às aquisições de bens para o ativo imobilizado em operações interestaduais, alega que, por equívoco, ao adquirir, no período de 17/07/90 a 17/05/95, bens em operações interestaduais, recolheu aos cofres estaduais a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, razão pela qual, nas competências de 30/04/98, 30/06/98 e 31/07/98, lançou tais diferenças indevidamente recolhidas como crédito de ICMS, aplicando correção monetária aos lançamentos, por entender que tais recolhimentos a título de diferença entre as alíquotas interna e interestadual são indevidos.

Argumenta que é inconstitucional o Convênio ICMS nº 66/88, posto que o mesmo extrapolou de sua competência, regulando legislação anterior a sua edição;
- com relação ao direito de compensar créditos de ICMS indevidamente recolhidos a título de indexação do imposto antes de seu vencimento, argumenta que ao revisar sua contabilidade fiscal, observou a ilegalidade da exigência do imposto acrescido desta indexação antes do vencimento (cujos recolhimentos foram efetuados no período de 07/90 a 04/92), laborando um cálculo das diferenças entre os valores apurados e os efetivamente recolhidos, concluindo que havia valores indevidamente pagos. Estes valores encontrados foram objeto de correção monetária e lançados na escrita como créditos do imposto, nas competências de 08 a 10/98, o que provocou a irresignação fiscal;
- conclui que a indexação do imposto, ainda sem os efeitos da mora (onde, por certo, caberia não só a correção monetária, como a multa e juros), constitui-se em ato eivado de ilegalidade, razão pela qual nada mais justa a compensação, sob forma de "créditos fiscais" de ICMS, do *quantum* indevidamente recolhido a título de indexação;
- com relação ao direito à aplicação de correção monetária nos créditos de ICMS apropriados extemporaneamente, alega que, embora tenha adquirido mercadorias e serviços no período de maio de 1990 a abril de 1995, só adjudicou tais créditos nas competências de março a dezembro de 1996, janeiro a dezembro de 1997 e de janeiro a setembro de 1998, razão pela qual fez incidir correção monetária sobre os mesmos, a fim de dar pleno cumprimento ao princípio da não-cumulatividade, de aplicação cogente ao ICMS;
- diz que a aplicação da penalidade de 50% prevista no artigo 56, inciso II da Lei 6.763/75 é inconstitucional devido ao seu caráter nitidamente confiscatório; discorre sobre os princípios da capacidade contributiva , da não confiscatoriedade e da moralidade administrativa;

Requer a produção de prova pericial, porém não formulando os quesitos que norteariam os trabalhos e, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, na Réplica de fls. 1.924/1930**,** refuta as alegações da defesa, aos seguintes argumentos:
- o estorno dos créditos encontra-se demonstrado nas planilhas elaboradas pela fiscalização, fls. 16/107. Tais anexos foram elaborados com base nas informações da Autuada;
- com relação aos materiais auxiliares, insumos, embalagens, matérias-primas, (planilhas 1, 5, 6, 7 e 8), esclarece a fiscalização que os créditos

dos mesmos foram estornados por terem sido considerados pela fiscalização como materiais de uso e consumo da Impugnante. O artigo 70, inciso III do RICMS/96 veda o aproveitamento de crédito de tais materiais.
- acrescenta observa-se nas notas fiscais o carimbo de classificação contábil das mercadorias como “despesa”. Verifica-se que as notas fiscais foram devidamente registradas nos Livros de Entrada na época da aquisição, sem o aproveitamento do crédito. (amostragem dos livros fiscais, páginas 1.532 a 1.744);
- com relação a questão afeta a combustíveis, (planilhas 9, 10, 12, 13, 14, 15, 28, 10B, 29 e 31), informa que o combustível adquirido no período foi estornado por ter sido considerado pela fiscalização como material de uso e consumo. Importante atentar para o fato da contribuinte haver adquirido combustível acobertado com Nota de Venda, que não constitui documento fiscal (vide fls. 902 a 1337 do PTA);
- conforme preceituam o artigos 144, incisos I e IV, do RICMS/91; 66, § 1º, 1 e 4, e 70, inciso IV, do RICMS/96, a Impugnante poderia aproveitar o crédito de combustível desde que o mesmo fosse adquirido para comercialização ou a empresa fosse prestadora de serviços de transporte. Completa dizendo que a empresa autuada é revendedora concessionária de veículos automotores;
- com relação a energia elétrica e telecomunicações, (planilhas 2, 3, 4 e 8B), informa que o crédito do ICMS foi estornado pelos seguintes motivos:
1) a Contribuinte já vinha se apropriando do ICMS da energia elétrica e comunicações nos períodos normais de apuração (vide cópias dos LRE, páginas 1599 a 1713). Intimada a apresentar o laudo ou documento que justificasse o aproveitamento complementar do ICMS (fls. 12), a Impugnante não o fez, conforme resposta a fls. 13;
2) constatou o aproveitamento de crédito de comunicação efetuado por meio de telefone celular. Intimada, a Contribuinte não comprovou serem tais ligações vinculadas a sua atividade, conforme preceitua o artigo 66 do RICMS/96;
3) foram também estornados os créditos relativos ao TELEX por falta de documento fiscal, conforme preceituam os artigos 68 e 69 do RICMS;
- com relação a frete, (planilhas 8C e 28), informa que não foi permitido o creditamento do ICMS tendo em vista tratar-se do transporte das mercadorias de uso e consumo, cujos créditos não são passíveis de aproveitamento. Os conhecimentos de frete foram registrados no Livro de Entrada no período de aquisição, sem aproveitamento de crédito, conforme amostragem dos Livros Fiscais, tendo em vista terem sido

classificados no subgrupo despesas;
- com relação à correção monetária pretendida entre períodos de apuração (nota a nota), argumenta que a Contribuinte fez o registro das notas fiscais de aquisição (vide fls. 1591 e seguintes do PTA) com aproveitamento de crédito. Agora pleiteia a atualização entre a data da emissão da NF e a efetiva entrada no estabelecimento. Inexiste previsão na legislação tributária do Estado de Minas Gerais para atualização monetária de créditos;
- argumenta que o diferencial de alíquotas está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 155, incisos VIII e na Lei nº 6.763/75, artigo 6º, inciso II, c/c artigo 43, § 1º do RICMS/96;
- esclarece que conforme demonstrado na planilha 30, (fls. 1.402 a 1.404), não há documento hábil que acoberte o pretendido crédito vinculado com a rubrica "Indexação" do imposto antes do seu vencimento. Inexiste na legislação tributária guarida para tal procedimento. Neste caso, explica, deveria a Contribuinte ter pleiteado junto à SEF/MG a restituição do indébito;
- como se não bastasse, conclui, a Impugnante apropriou-se de créditos fulminados pela decadência, como por exemplo os créditos relativos ao ano de 1990, lançados nas competências de março a dezembro de 1996. Estabelece o artigo 67, § 3º do RICMS/96 o prazo de cinco anos, contados da data de emissão do documento fiscal, para fins de aproveitamento de crédito;
- com relação ao alegado aspecto confiscatório da multa de 50% sobre o imposto devido, esclarece que a fiscalização julga-se incompetente para estabelecer o "*quantum*" de penalidade seria mais equânime à capacidade contributiva da Impugnante. Limitou-se a aplicar o artigo 56, inciso II da Lei nº 6.763/75;
- quanto ao pedido de perícia formulado pela Impugnante, posiciona-se pelo seu indeferimento, argumentando que não foram oferecidos os quesitos para instruir a produção da prova pericial requerida, revestindo-se, assim, de caráter protelatório.
Requer, ao final, a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em Parecer de fls. 1933/1949 dos autos, propugna pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de pagamento a menor do imposto por aproveitamento indevido de crédito de ICMS, escriturado extemporaneamente com correção monetária, no período de março/96 a outubro/98, apurado em verificação fiscal analítica. Não foi recomposta a conta gráfica da empresa por não haver saldo credor a ser

compensado, no período fiscalizado.

Da Preliminar

No tocante ao requerimento feito pela Impugnante de produção de prova pericial, dispõe o artigo 98, inciso III da CLTA/MG que:

> *"Art. 98 - Na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento ou pedido, com a indicação precisa:*
> *.....*
> *III - dos quesitos, quando requerida a prova pericial, sob pena desta não ser apreciada quanto ao mérito;*
> *....."*

Considerando as disposições supra, bem como o fato de a Defendente ter requerido a produção de prova pericial, mas sem indicação precisa dos quesitos, temos por indeferido o pedido.

Do Mérito

Pelo que se depreende dos autos, a ação fiscal foi direcionada para verificar a legitimidade dos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo diretamente no Livro de Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS), na coluna "Outros Créditos". Todo e qualquer registro na escrita fiscal e contábil da empresa há que estar lastreado em documento fiscal idôneo que comprove a sua origem. Caso contrário, fica sujeito a estorno e aplicação das penalidades previstas em Lei.

Feitos os estornos, a conta gráfica acusou pagamentos a menor a título de ICMS, em montantes iguais aos valores apropriados pela Impugnante e estornados pela fiscalização. Isto porque, conforme informou a fiscalização, a Impugnante não possuía saldo credor de imposto a ser compensado com os débitos advindos dos respectivos estornos.

Foi constatada a existência de 32 (trinta e dois) lançamentos no LRAICMS, a título de "Outros Créditos", sendo que, para cada lançamento corresponde uma planilha confeccionada por empresa de consultoria, conforme fls. 109 e seguintes.

Cada planilha corresponde a um levantamento específico, gerando um valor que foi apropriado pela empresa. Tal valor é constituído de imposto mais correção monetária. Da mesma forma, o estorno atingiu tanto o valor original a título de ICMS quanto a correção monetária.

Do total exigido no PTA, a título de imposto, 87,36 % correspondem à correção monetária.

A maioria dos Acórdãos trazidos pela Impugnante traz em seu bojo uma situação especialíssima, que é a participação direta do Fisco, opondo embargos ao creditamento ao tempo certo. Ao nosso ver, não servem de paradigmas, pois o caso tratado nestes autos difere daqueles.

Ao contrário, a própria legislação tributária vigente à época vedava o aproveitamento de créditos do imposto, nas operações relativas a entradas para integrar o ativo permanente ou para uso ou consumo da empresa. Assim dispõe o artigo 70, incisos III, IV, XIII, do RICMS/96:

> *"Art. 70 – Fica vedado o aproveitamento de imposto a título de crédito, quando:*
>
> *.....*
>
> *III – se tratar de entrada, até 31 de dezembro de 2002, de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento, excetuada a hipótese prevista no item 3 do §1º do art.66;*
>
> *IV – em serviços de transporte e de comunicação recebidos pelo tomador, não se destinarem a ser por ele utilizados na execução de serviços da mesma natureza, na comercialização de mercadorias ou em processo de produção, extração, industrialização ou geração, inclusive de energia elétrica;*
>
> *.....*
>
> *XIII – o imposto se relacionar a entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento.*
>
> *....."*

Com relação à aplicação de correção monetária sobre créditos escriturais, citamos, abaixo, recentes decisões acerca da matéria:

a) Acórdão 10.492/93/1ª contendo decisão unânime deste Conselho, considerando que é inaplicável a correção monetária nos casos de apropriação tardia de créditos fiscais, por falta de previsão legal.

b) Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível n.º 46.527/8, de 29.06.95, reformando a sentença de 1º Grau, para denegar a segurança, dando razão à Fazenda Pública, entendendo ser inadmissível conceder correção monetária a créditos escriturais não aproveitados na época certa.

c) O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário 205453, entendeu que o crédito de ICMS tem natureza meramente contábil, escritural, razão por que não se pode pretender a aplicação do instituto da atualização monetária. Completando, conclui que, por não haver previsão legal na Legislação Estadual, a correção monetária do crédito não pode ser deferida pelo Judiciário, sob pena de substituir-se o legislador estadual em matéria de sua estrita competência.

A única hipótese prevista na legislação de correção monetária ocorre na restituição de importância indevidamente recolhida pelo contribuinte (repetição de indébito), conforme artigo 36, § 1º da Lei nº 6.763/75, sendo ilegítima a pretensão à atualização, na forma como noticiado no Auto de Infração.

De fato, as mercadorias adquiridas pela Impugnante foram destinadas a aplicações nos veículos de sua propriedade, portanto, não foram aquisições para posterior comercialização, e sim para uso e consumo do próprio sujeito passivo. Todas as notas fiscais contém um carimbo de classificação contábil como sendo de “Despesas”, e foram todas escrituradas ao tempo certo, na coluna destinada a aquisições sem crédito do imposto.

A empresa de consultoria levantou todas as notas fiscais registradas no Livro de Entradas cujos créditos não foram aproveitados, relacionou-as e aplicou em cima do imposto, às vezes destacado, às vezes não, a correção monetária, chegando a um valor que, posteriormente, foi apropriado pela Impugnante.

Com relação às notas fiscais Conta de Energia Elétrica e Comunicação, foi constatado que a Impugnante vinha aproveitando o crédito do imposto destacado nestas contas de forma proporcional a sua efetiva utilização na área de comercialização de mercadorias. À fl. 723 c/c fl. 660, temos o lançamento de uma conta de energia elétrica, onde a Impugnante aproveitara 40% (quarenta por cento) do crédito destacado no citado documento. A empresa de consultoria levantou os restantes 60% (sessenta por cento), aplicou a correção monetária e chegou ao valor constante da respectiva planilha, posteriormente aproveitado pela Impugnante.

É cediço que somente após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 87/96, ou seja, somente a partir de 01.11.96 é que se permitiu o aproveitamento integral dos valores destacados nas contas de energia elétrica e serviços de comunicação. Anteriormente o creditamento se dava proporcionalmente à utilização efetiva nas áreas ligadas à comercialização ou industrialização de mercadorias, ficando

vedado o aproveitamento vinculado com a utilização nas áreas administrativas.

Com relação ao pretendido creditamento nas operações de aquisição de combustível (gasolina, álcool, diesel), é de se ressaltar que a legislação tributária prevê como hipótese legítima de apropriação destes créditos apenas quando tais produtos forem adquiridos por empresas prestadoras de serviços de transporte, ou por empresas que se utilizam destes produtos em sua linha de produção ou para comercialização. No caso dos autos, sendo o Impugnante enquadrado como comércio varejista de veículos, peças e acessórios (Concessionária), utilizando tais produtos em seus veículos, caracterizando aquisições para uso e consumo próprio, fica vedado a apropriação do imposto incidente nestas operações, conforme artigo 66, § 1º, item 4 do RICMS/96.

É de se ressaltar que os documentos que serviram de base para o levantamento realizado pela empresa de consultoria, em grande parte não possuem destaque do imposto, condição prevista na legislação para proporcionar créditos do ICMS. Também foi constatada a utilização de documentos não fiscais (Nota de Venda) que não se prestam para acobertar as operações realizadas, tampouco para legitimar o aproveitamento do imposto, a título de crédito.

Com relação ao diferencial de alíquotas que incide nas operações interestaduais de aquisição de mercadorias na condição de consumidor final, ou seja, as mercadorias adquiridas são destinadas a uso ou consumo da empresa, ou para imobilização, não sendo destinada a posterior operação, a própria Constituição Federal deu tratamento à matéria, em seu artigo 155, inciso VIII e a Lei nº 6.763/75, artigo 6º, inciso II c/c artigo 43, § 1º do RICMS/96 recepcionou aquele dispositivo, não tendo procedência a tese esposada pela Impugnante de que não é devido o diferencial de alíquotas.

Para melhor elucidação do processo transcrevemos os esclarecimentos prestados pela Auditoria Fiscal, às fls. 1941/1948, quando dos comentários planilha por planilha:

Planilha 1, fls. 110 dos autos, crédito apropriado em março/96:

Valor original em Reais: R$0,06
Valor da correção monetária: R$2.203,21
Valor apropriado e estornado: R$2.203,27
Rubrica: **Mats. Aux/Insum/EmB./ Mats.Primas**
Períodos levantados: junho a dezembro/90, já operado pelo instituto da decadência; Janeiro a fevereiro/91, cujas notas fiscais estão autuadas nas fls. 112/184; As notas fiscais possuem carimbo de classificação

contábil como **"DESPESAS" .**

Planilha 2, fls. 185, crédito apropriado em abril/96:
Valor original em Reais: R$0,17
Valor da correção monetária:R$2.403,19
Valor apropriado e estornado:R$2.403,36
Rubrica: **Telex/Luz/Telefone**
Origem do lançamento não comprovada, pois não foram apresentados os documentos fiscais respectivos.
Períodos levantados: de junho/90 a dezembro/90, já operado pelo instituto da decadência; janeiro/91 a dezembro/91.

Planilha 3, fls. 189, crédito apropriado em maio/96:
Valor original em Reais: R$43,70
Valor da correção monetária:R$4.968,12
Valor apropriado e estornado:R$5.011,82
Rubrica: **Telex/Luz/Telefone**
Origem do lançamento não comprovada, pois não foram apresentados os documentos fiscais respectivos.

Planilha 4, fls. 193, crédito apropriado em junho/96:
Valor original em Reais: R$990,96
Valor da correção monetária:R$2.029,61
Valor apropriado e estornado:R$3.020,57
Rubrica: **Telex/Luz/Telefone**
Período: de outubro/93 a dezembro/93 (os documentos fiscais que deram origem aos lançamentos não foram apresentados); de janeiro/94 a agosto/94.
O aproveitamento já havia se dado de forma proporcional (vide fls. 198, 200, 203, 204, 206,207, etc.)

Planilha 5, fls. 234, crédito apropriado em julho/96:
Valor original em Reais: R$0,68
Valor da correção monetária:R$4.223,26
Valor apropriado e estornado:R$4.223,94
Rubrica: **Mats.Aux/Insum/Emb./Mats. Primas**
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 238 e seguintes)

Planilha 6, fls. 386, crédito apropriado em agosto/96:
Valor original em Reais: R$18,71
Valor da correção monetária:R$3.697,52
Valor apropriado e estornado:R$3.716,23
Rubrica: **Mats.Aux/Insum/Emb./Mats. Primas**
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 390 e seguintes)

Planilha 7, fls. 551, crédito apropriado em setembro/96:
Valor original em Reais: R$811,75
Valor da correção monetária:R$3.113,97
Valor apropriado e estornado:R$3.925,72
Rubrica: **Mats.Aux/Insum/Emb./Mats. Primas**
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 555 e seguintes)

Planilha 8, fls. 656, crédito apropriado em outubro/96:
Valor original em Reais: R$2.137,42
Valor da correção monetária:R$783,31
Valor apropriado e estornado:R$2.920,73
Rubrica: **Mats.Aux/Insum/Emb./Mats. Primas**

As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 663 e seguintes)
Telex/Luz/Telefone, já aproveitados proporcionalmente, conforme fls. 718 e seguintes;
Frete: os períodos de 06/90 a 11/90 já haviam sido alcançados pelo instituto da decadência (vide fls. 662).

Planilha 9, fls. 732, crédito apropriado em novembro/96:
Valor original em Reais: R$0,17
Valor da correção monetária:R$4.304,74
Valor apropriado e estornado:R$4.304,91
Rubrica: **Combustível**
Períodos levantados: junho/90 a dezembro/90, já operado pelo instituto decadencial; janeiro/91 a maio/91.
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, etc.);
Levantamentos feitos com base em "notas brancas" (**documento não fiscal**). Vide fls. 736, 738, 739, 741, 743, 744, 745, 746,747,749,752, 754, 755, 759, 762, 765, 768, 779, 777, 780, 785, 788, 792, 794, 800,

802, 807, 811, 813, 815, 818, 819, 823, 826, 829, 834, 836, 839, 843, 846, 848, 850, 853, 856, 858, 859, 862, 864, 865, 867, 870.
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 736 e seguintes)

Planilha 10, fls. 871, crédito apropriado em dezembro/96:
Valor original em Reais: R$0,74
Valor da correção monetária:R$3.916,42
Valor apropriado e estornado:R$3.917,16
Rubrica: **Combustível**
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883,884, etc.)
Levantamentos feitos com base em "notas brancas" (**documento não fiscal).** Vide fls. 876, 880, 884, 885, 888, 891, 893, 896, 898, etc.)
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 875 e seguintes)

Planilha 11, fls. 1.014, crédito apropriado em janeiro/97:
Valor original em Reais: R$0,04
Valor da correção monetária:R$2.259,11
Valor apropriado e estornado:R$2.259,15
Rubrica: **Correção monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.
Período levantado: de maio/90 a setembro/90, já alcançado pela decadência.

Planilha 12, fls. 1.018, crédito apropriado em fevereiro/97:
Valor original em Reais: R$4,15
Valor da correção monetária:R$3.159,02
Valor apropriado e estornado:R$3.163,17
Rubrica: **Combustível**
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 1021,1022, 1023, 1024, 1025, 1026, 1027, 1028, 1029, etc.)
Levantamentos feitos com base em "notas brancas" (**documento não fiscal).** Vide fls. 1022, 1024, 1029, 1031, 1035, 1040, 1042,1044, etc.)
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 1021 e seguintes)

Planilha 13, fls. 1.108, crédito apropriado em março/97:
Valor original em Reais: R$13,62
Valor da correção monetária:R$2.499,60
Valor apropriado e estornado:R$2.513,22
Rubrica: **Combustível**
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1121, etc.)
Levantamentos feitos com base em "notas brancas" (**documento não fiscal).** Vide fls. 1111, 1113,1115, 1117, 1119, 1122, 1125,1127, etc.)
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 1111 e seguintes)

Planilha 14, fls. 1.158, crédito apropriado em abril/97:
Valor original em Reais: R$75,30
Valor da correção monetária:R$3.237,43
Valor apropriado e estornado:R$3.312,73
Rubrica: **Combustível**
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 1161, 1162, 1163, 1164, 1165, 1166, 1167, 1168 1169, 1170, 1171, etc.)
Levantamentos feitos com base em "notas brancas" (**documento não fiscal).** Vide fls. 1161, 1164, 1166, 1168, 1171, 1174, 1176, 1180, 1182, 1184, 1187, 1190, 1193, 1195, 1197, 1200, etc.)
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 1162 e seguintes.)

Planilha 15, fls. 1.226, crédito apropriado em maio/97:
Valor original em Reais: R$1.414,41
Valor da correção monetária:R$3.061,90
Valor apropriado e estornado:R$4.476,31
Rubrica: **Combustível**
Os documentos não possuem destaque do imposto (vide fls. 1230, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1239, 1240, etc.)
As notas fiscais possuem carimbo de classificação contábil como **"DESPESAS"** . (Vide fls. 1230 e seguintes.)

Planilha 16, fls. 1.338, crédito apropriado em junho/97:
Valor original em Reais: R$0,21
Valor da correção monetária:R$3.610,91
Valor apropriado e estornado:R$3.611,12
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento

e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.
Período levantado: de setembro/90 a outubro/91, já alcançado pela decadência.

Planilha 17, fls. 1.343, crédito apropriado em julho/97:
Valor original em Reais: R$1,09
Valor da correção monetária:R$3.417,07
Valor apropriado e estornado:R$3.418,16
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.
Período: outubro a dezembro/91, já operado pela decadência;

Planilha 18, fls. 1.347, crédito apropriado em agosto/97:
Valor original em Reais: R$1,81
Valor da correção monetária:R$3.079,58
Valor apropriado e estornado:R$3.081,39
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 19, fls. 1.349, crédito apropriado em setembro/97:
Valor original em Reais: R$3,65
Valor da correção monetária:R$4.513,00
Valor apropriado e estornado:R$4.516,65
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 20, fls. 1.352, crédito apropriado em outubro/97:
Valor original em Reais: R$5,30
Valor da correção monetária:R$3.584,58
Valor apropriado e estornado:R$3.589,88

Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 21, fls. 1.355, crédito apropriado em novembro/97:
Valor original em Reais: R$25,24
Valor da correção monetária:R$4.487,88
Valor apropriado e estornado:R$4.513,12
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 22, fls. 1.359, crédito apropriado em dezembro/97:
Valor original em Reais: R$48,03
Valor da correção monetária:R$3.660,63
Valor apropriado e estornado:R$3.708,66
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 23, fls. 1.362, crédito apropriado em janeiro/98:
Valor original em Reais: R$51,71
Valor da correção monetária:R$2.454,48
Valor apropriado e estornado:R$2.506,19
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 24, fls. 1.365, crédito apropriado em fevereiro/98:
Valor original em Reais: R$127,94
Valor da correção monetária:R$3.151,90
Valor apropriado e estornado:R$3.279,84
Rubrica: **Correção Monetária**

Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 25, fls.1.368, crédito apropriado em março/98:
Valor original em Reais: R$353,38
Valor da correção monetária:R$3.025,57
Valor apropriado e estornado:R$3.378,95
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 26, fls. 1.371, crédito apropriado em abril/98:
Valor original em Reais: R$0,51
Valor da correção monetária:R$3.209,63
Valor apropriado e estornado:R$3.210,14
Rubrica: **Consumo/Imob.- Complemento (Diferença de Alíquota)**
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.
Não é permitida a apropriação do ICMS recolhido a título de diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens para ativo imobilizado, ou para uso e consumo da empresa.
Período levantado: julho/90 a setembro/92, já operado pela decadência.

Planilha 27, fls. 1.374, crédito apropriado em maio/98:
Valor original em Reais: R$1.315,68
Valor da correção monetária:R$2.965,29
Valor apropriado e estornado:R$4.280,97
Rubrica: **Correção Monetária**
Atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei.
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 28, fls. 1.376, crédito apropriado em junho/98:
Valor original em Reais: R$1.184,99
Valor da correção monetária:R$3.139,33
Valor apropriado e estornado:R$4.324,32
Rubrica: **Frete, Combustível, Consumo/Imob.-Complemento**

(Diferença de Alíquota)
Quanto ao frete, o período levantado entre março/91 a setembro/92 já foi operado pela decadência. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.
Quanto ao Combustível, analisando as duas notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 1379, cujas cópias estão nos autos de fls. 1383 e 1384, constatamos que ambas não possuem destaque de ICMS e foram classificadas/contabilizadas como despesas. Atente-se para o fato de que o Impugnante não é empresa transportadora, para fazer jus ao aproveitamento de créditos vinculados com aquisições de combustíveis.
Quanto à diferença de alíquotas, não é permitida a apropriação do ICMS recolhido a este título, nas aquisições interestaduais de bens para ativo imobilizado, ou para uso e consumo da empresa, no período levantado, setembro/92 a março/95. Não foram apresentados os documentos correspondentes.

Planilha 29, fls. 1.385, crédito apropriado em julho/98:
Valor original em Reais: R$2.230,62
Valor da correção monetária:R$1.194,58
Valor apropriado e estornado:R$3.425,20
Rubrica: **Combustível, Consumo/Imob.- Complemento, Correção Monetária**
Quanto ao Combustível, as notas fiscais autuadas nas fls. 1394/1401 foram classificadas/contabilizadas como "Despesas", não possuindo destaque de ICMS. A empresa Impugnante não faz jus ao aproveitamento de créditos nesta rubrica, tendo em vista que não é enquadrada como empresa transportadora, utilizando estas mercadorias para seu uso e consumo próprio.
Quanto à diferença de alíquota não é permitida a apropriação do ICMS recolhido a este título, nas aquisições interestaduais de bens para ativo imobilizado, ou para uso e consumo da empresa, no período levantado, abril/95 a maio/95. Não foram apresentados os documentos correspondentes.
Quanto à correção monetária, esclarecemos que refere-se a atualização aplicada no período entre a data da emissão do documento e a data da efetiva entrada da mercadoria, procedimento não previsto em Lei. Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos.

Planilha 30, fls. 1.402, crédito apropriado em agosto/98:
Valor original em Reais: R$0,27
Valor da correção monetária:R$3.844,84
Valor apropriado e estornado:R$3.845,11
Rubrica**: indexação**
Não foram apresentados os documentos que deram origem aos créditos. Períodos levantados: junho/90 a novembro/91, já alcançados pelo instituto decadencial.

Planilha 31, fls. 1.405, crédito apropriado em setembro/98:
Valor original em Reais: R$0,24
Valor da correção monetária:R$932,10
Valor apropriado e estornado:R$932,34
Rubrica: **Combustível (gasolina, álcool, diesel).**
As notas fiscais estão classificadas/contabilizadas como despesa (vide fls. 1.407 e seguintes). Não há destaque de imposto nas mesmas.
A Impugnante não se enquadra nas hipóteses previstas na legislação para apropriar créditos de imposto atinentes a combustíveis. A utilização destes produtos, no caso do Impugnante, se deu para uso e consumo próprio, diferentemente de empresas transportadoras, cujo aproveitamento é permitido, conforme previsão expressa na legislação tributária.

Planilha 32, fls. 1.438, crédito apropriado em outubro/98:
Valor original em Reais: R$2.289,00
Valor da correção monetária:R$0,00
Valor apropriado e estornado:R$2.289,00
Rubrica: Construção

As notas fiscais relacionadas nesta planilha referem-se a aquisições de materiais de construção, tais como areia, ferragens, tábuas, tijolos, cimento, argamassa, tintas, cal, pedras, não sendo mercadorias para comercialização, visto que, conforme já foi dito, o Impugnante é enquadrado como comércio varejista de veículos, peças e acessórios.

Consideram-se alheios à atividade da empresa os materiais adquiridos para construção ou reforma do estabelecimento, não ensejando créditos de ICMS.

Segundo o art. 31 da Lei 6.763/75, não implicarão créditos para compensação com o imposto devido nas operações subsequentes tributadas do estabelecimento, o imposto relativo à entrada de bem ou a recebimento de serviço alheios à atividade do mesmo.

O § 2º do mesmo artigo exemplifica que presume-se alheio à atividade do estabelecimento o veículo de transporte pessoal. Apenas exemplifica, não restringe o conceito do que seriam bens alheios às atividades da empresa.

A Instrução Normativa DLT/SRE 01/98, editada em 06.05.98, para nortear a atuação da fiscalização, estabelece que a construção, reforma ou ampliação do estabelecimento são consideradas atividades alheias à do estabelecimento, ensejando, portando, o estorno do crédito indevidamente apropriado.

Portanto, apropriação de créditos não é questão de essencialidade dos gastos, e sim de legalidade.

Concluindo, constatado recolhimento a menor do imposto, em face do aproveitamento indevido de créditos, ora estornados, correta a aplicação da multa de revalidação prevista no artigo 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Não merece acolhida a tese defendida pela Impugnante quando alega o efeito confiscatório da multa de revalidação aplicada. Ora, ao mesmo tempo em que pretende ilidir o feito fiscal com os argumentos já relatados, também pleiteia reduções na multa aplicada, benefício este que só é aplicável nos casos de pagamento ou parcelamento do crédito tributário contra si apurado, nos termos previstos nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53 da Lei n.º 6.763/75.

Neste sentido, não é cabível o princípio previsto no artigo 150 da Constituição Federal de 1988, visto que aquele dispositivo trata de instituição de tributos, enquanto que a multa de revalidação é sanção de ato ilícito, não tendo os contornos tratados neste Diploma Legal.

Os demais argumentos apresentados pela defesa são insuficientes para ilidir a presente ação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Cleusa dos Reis Costa (Revisora).

Sala das Sessões, 04/09/00.

Ênio Pereira da Silva
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

Acórdão: 4.181/00/3ª (publicado no DOE de 13/09/00)

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Constatado o aproveitamento indevido de créditos fiscais decorrentes de lançamentos efetuados no Campo "07 - Outros Créditos" do RAICMS, sem comprovação da legitimidade dos valores. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Alíquota do ICMS - Utilização Indevida - Diferencial - Constatado que a Autuada aplicou alíquota incorreta nas operações internas com produtos de toucador(sabonete líquido e em barra). Inobservância ao disposto no art. 43, inciso I, alínea "a.7", do RICMS/96, vigente à época. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Impugnação improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, pelos seguintes motivos:

1) Apropriação indevida de crédito em forma de compensação, no mês de novembro/98;

2) Aplicação errônea da alíquota de 18%, no período de fevereiro a setembro/99, para os produtos de toucador (sabonete líquido e em barra), tendo em vista a alteração introduzida pelo Decreto Estadual nº 40.265 de 29/01/99, cuja tributação foi elevada a 25%, a partir de 01/02/99.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.552 a 2.557, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 2.580 a 2.585.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.590 a 2.596 , opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre apropriação indevida de crédito em forma de compensação, no mês de novembro/98; e ainda, recolhimento a menor de ICMS no período de Fevereiro a Setembro/99, em decorrência de aplicação errônea da alíquota de 18%, para os produtos de toucador (sabonete líquido e em barra), tendo em vista a alteração introduzida pelo Decreto Estadual nº 40.265 de 29/01/99, cuja tributação foi elevada a 25%, a partir de 01/02/99.

A Impugnante alega que a utilização da alíquota de 18%, a contar de fevereiro de 1999, está correta, e explica que fez uma compensação de valor de ICMS pago a maior nos meses de outubro e

novembro de 1998, no valor de R$ 365.767,75.

Relativamente à irregularidade "**recolhimento a menor de ICMS no período de Fevereiro a Setembro/99, por aplicação errônea da alíquota de 18%, para os produtos de toucador (sabonete líquido e em barra)**, verificamos que a discussão concentra-se na classificação dos sabonetes e sabões dentro do conceito de cosméticos, perfumes ou produtos de toucador.

Para melhor exegese do disposto na legislação, recorremos à "Minuta de Decreto" elaborada pela SLT, que propõe as alterações na legislação tributária, a partir de 1º/02/99, em anexo, fls., constatamos da leitura do Item I, letra "a", que "os sabões e sabonetes" fazem parte do conceito de "cosméticos e produtos de toucador", senão vejamos:

A "Minuta" diz:

" a – majora, de 18% para 25%, a alíquota aplicável às operações com cosméticos e produtos de toucador. *Estes produtos tradicionalmente eram tributados com carga de 25%, exceto talco e polvilho, xampus, dentifrícios, cremes de barbear, sabões e sabonetes* (g.n.). Em outubro de 1998 sua carga tributária foi reduzida para 18% (Decreto 39.990, de 22/10/98). Propõe-se o retorno à alíquota anterior, de todos os produtos do gênero, sem as exceções anteriormente verificadas; (art. 1º)".

Assim, a proposição da alteração da legislação tributária feita pela SLT é para justamente retornar a aplicação da alíquota de 25%, para todos os produtos do gênero, sem as exceções anteriormente verificadas.

Dessa forma, resta claro que o disposto no subitem "a-7" do inciso I, do artigo 43 do RICMS/96, com a nova redação dada pelo Decreto 40.265, de 29/01/99, inclui "sabonete líquido e em barra" no conceito de "cosméticos e produtos de toucador" e tributa estas operações a 25%, conforme transcrito a seguir:

RICMS/96:

CAPÍTULO VII - Da Alíquota

***Art. 43** - As alíquotas do imposto são:*

I - nas operações e prestações internas:

a - 25% (vinte e cinco por cento), na prestação de serviço de comunicação, na modalidade de telefonia, e nas operações com as seguintes mercadorias:

Efeitos de 01/02/99 a 13/09/99 – Redação dada pelo art. art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. nº 40.265, de

29/01/99 – MG de 30.

"a.7 - cosméticos, produtos de toucador e perfumes, exceto água de colônia;"(g.n.)

Efeitos de 23/10/98 a 31/01/99 – Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 39.990, de 22/10/98 – MG de 23:

"a.7 - perfumes, exceto água de colônia;"

Efeitos de 01/08/96 a 22/10/98 – Redação original deste Regulamento:

"a.7 - perfumes, cosméticos e produtos de toucador, exceto: talco e polvilho, xampus com propriedades terapêuticas ou profiláticas, dentifrícios, cremes para barbear, sabões, sabonetes e água de colônia;"

Este é também o entendimento exarado na Consulta nº 101/99 de 22/07/99, sobre os produtos sujeitos à tributação de 25%, relacionando entre eles os "sabonetes e sabonetes líquidos", sendo portanto, esta a interpretação oficial da SEF/MG para a matéria em questão.

Reportamo-nos à manifestação, onde o Fisco menciona e transcreve entendimento do Prof. Paulo Barros de Carvalho, sobre Métodos de Interpretação do Direito, para concluir que diante dos critérios de interpretação da norma (histórico-evolutivo e método lógico) a intenção do legislador é de incluir "sabonetes e sabões" em um dos três itens: perfumes, cosméticos ou produtos de toucador.

Portanto, entendemos que a aplicação da alíquota de 25% para sabonetes e sabonetes líquidos, no período autuado, está correta, sendo legítima a exigência fiscal.

Quanto à irregularidade **apropriação indevida de crédito em forma de compensação, no mês de novembro/98**, **no valor de R$ 365.757,75,** destacamos que a discussão reside no fato de saber se a Autuada tem ou não direito de se creditar do imposto, da forma como procedeu, lançando no Livro RAICMS, na Coluna "Outros Créditos", doc. fls. 31/32.

O ICMS/ST retido a maior, originou-se da aplicação incorreta da alíquota de 25%, quando no período, o Decreto nº 39.990 de 22/10/99, alterou o percentual para 18%, implicando em retenção e pagamento a maior do imposto.

A legislação tributária vigente, prevista no art. 34 do RICMS/91, dispõe:

> *Art. 34 – O imposto **corretamente** recolhido por substituição tributária é definitivo, ressalvado o disposto no art. 28, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:(g.n.)*

I – o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;

II – o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

Observamos da "Minuta" para alteração do Decreto 40.265, de 29/01/99, que a legislação se modificou em espaço curto de tempo, alterando a alíquota de 25% para 18% e voltando a 25%, com a publicação do Decreto 40.265.

Entendemos que o art. 34 do RICMS/96, determina que o ICMS/ST é definitivo, quando o imposto é corretamente recolhido. No caso dos autos, o imposto foi recolhido a maior, em virtude da utilização de alíquota maior, nos meses de outubro e novembro de 1998, período em que vigorou o Decreto nº 39.990 de 22/10/99, que alterou o percentual para 18%.

Entretanto, ressaltamos que para a Autuada ressarcir-se do ICMS/ST recolhido a maior, esta deveria proceder na forma prevista nos artigos 92 a 95 do RIMCS/96, transcrito:

RICMS/96:

TÍTULO IV - DO PAGAMENTO INDEVIDO

Art. 92 - A importância indevidamente paga aos cofres do Estado, a título de ICMS, poderá ser restituída em espécie ou sob a forma de aproveitamento de crédito, no todo ou em parte, para recolhimento futuro do imposto, mediante requerimento do contribuinte, instruído na forma prevista na legislação tributária administrativa estadual.

§ 1° - A devolução total ou parcial do valor pago a título do imposto enseja a restituição, na mesma proporção, do valor das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infração de caráter formal, que não se deva reputar prejudicada pela causa assecuratória da restituição.

§ 2º - A restituição do imposto somente será feita a quem provar haver assumido o respectivo encargo financeiro ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Verificamos que o art. 92 do RICMS/96 não permite o simples creditamento efetuado pelo contribuinte sem o prévio requerimento instruído na forma determinada na legislação tributária.

Dessa forma, entendemos que o estorno do crédito lançado no LRAICMS, "coluna outros créditos" está correto, sendo legítimas as exigências fiscais.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidas, em parte, as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Cássia Adriana Lima Rodrigues, que excluiam as exigências relativas ao item 2 do AI (recolhimento a menor do ICMS). Designado Relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor). Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participou também do julgamento, o Conselheiro Antonio Leonart Vela.

Sala das Sessões, 12/06/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator

2001

Acórdão: 15.079/01/1ª (publicado no DOE de 30/08/01)

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - UTILIZAÇÃO INDEVIDA - DIFERENCIAL. Constatado que a Autuada aplicou alíquota incorreta nas saídas de aparelhos celulares para dentro do Estado. Inobservância ao disposto no art. 43, inciso I, alínea "f", do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre redução indevida da alíquota de ICMS de 18% para 7% nas saídas de aparelhos celulares dentro do Estado, no período de 05.12.1998 a 13.08.1999, conforme demonstrado no Anexo I (fls. 11/68). Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 169 a 178, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 206 a 207.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 211 a 215, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Redução indevida da alíquota de ICMS de 18% para 7% nas saídas de aparelhos celulares dentro do Estado, no período de 05.12.1998 a 13.08.1999, conforme demonstrado no Anexo I.

A aplicação indevida da alíquota de 7% está demonstrada no Anexo I, fls. 11/68.

Consta do Anexo I, "Levantamento das Notas Fiscais de saídas de aparelhos celulares com aplicação indevida da alíquota de 7%: Data, nº da NF, produto, operação, Base de Cálculo, Alíquota adotada, ICMS pago, Alíquota Correta, ICMS devido, diferença".

A Impugnante argumenta que destacou o ICMS a 7%, atendendo ao benefício contido no disposto no art. 43, inciso I, "d" do RICMS/96.

Diz que o Convênio 23/97, em nenhum momento faz distinção entre produtos da Zona Franca de Manaus e produtos de outros Estados; o citado Convênio, tão-somente, estende a redução de ICMS aos estabelecimentos industriais que atendam às disposições das Leis Federais 8.248/91 e 8.387/91, e cujo produto esteja beneficiado com a isenção de IPI.

Verifica-se que no período entre 1º.03.98 e 13.08.99, aplicava-se a alíquota de 7% (sete por cento) aos produtos de informática e automação que atendiam ao disposto no art. 4º da Lei Federal nº 8.248, de 23.10.91 e que estavam beneficiados com a isenção do IPI, conforme disposto no art. 43, alínea "d", inciso I, Parte Geral do RICMS/96.

Extrai-se da Consulta nº 069/2000 e 070/2000, fls. 72/73, que a Autuada comercializa produtos originários da Zona Franca de Manaus que são regulados por legislação federal específica (Lei nº 8.387/91) e não pela Lei nº 8.248/91.

Os aparelhos de telefone celular adquiridos pela Autuada da Zona Franca de Manaus, são regulados pela Legislação Federal nº 8.387/91, portanto, não se enquadram na norma prevista no art. 43, inciso I, alínea "b6" e "d" do RICMS/96, transcrita, pois não atendem cumulativamente aos requisitos: "*disposições do artigo 4º da Lei Federal nº 8.248 e isenção do IPI".*

A legislação relativa à matéria dispõe:

RICMS/96

Art. 43 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

.....

b.6 - nas operações com produto da indústria de informática e automação relacionado na Parte 1 do Anexo XVI deste Regulamento;

Efeitos de 31/12/97 a 13/08/99- Revigorado pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 16, ambos do Dec. nº 39.415, de 02/02/98 - MG de 03.

.....

d - 7% (sete por cento), a partir de 1º de abril de 1998, nas operações com produto da indústria de informática e automação, fabricado por

estabelecimento industrial que atenda às disposições do artigo 4º da Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e que esteja beneficiado com isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), observado o disposto no § 8º deste artigo."

"Efeitos de 01/04/98 a 13/08/99) (fixado no texto) - Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 39.450, de 27/02/98 - MG de 28."

Em resposta dada às Consultas nºs 069/2000 e 070/2000, formuladas pela própria Autuada, a DOET/SLT/SRE deixa claro que o produto telefone celular, adquirido da Zona Franca de Manaus, não está alcançado pelo benefício de redução da carga tributária (alíquota 7%).

Assim, no período entre 1º.03.98 e 13.08.99, a alíquota aplicável aos aparelhos celulares adquiridos pela Autuada da Zona Franca de Manaus é de 18% (dezoito por cento), prevista no art. 43, inciso I, alínea "f" do RICMS/96.

Dessa forma, reputam-se corretas as exigências fiscais da diferença de ICMS relativa à aplicação indevida da alíquota de 7% (sete por cento), quando o correto seria 18% (dezoito por cento), demonstradas no Quadro Anexo I, fls. 11/68.

Quanto à alegação de que o Convênio 23/97, não faz distinção entre produtos da Zona Franca de Manaus e produtos de outros Estados, e que o Fisco estadual cria uma discriminação contra esses produtos que não está prevista em lei, esta não procede.

Frisa-se que o Estado de Minas Gerais ratificou o Convênio 23/97, por meio do Decreto nº 39.450, de 27/02/98, e resolveu conceder o benefício da redução da alíquota de 7%, apenas para os estabelecimentos industriais que atendam às disposições do artigo 4º da

Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e que estejam beneficiados com isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Esta decisão está inserida no disposto no art. 43, inciso I, alínea "b6" e "d" do RICMS/96.

Destaca-se, ainda, que não cabe a este Egrégio Conselho de Contribuintes, negar a aplicação de lei decreto ou ato normativo, nos termos do art. 88, inciso I, da CLTA-MG.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 06/08/01

José Luiz Ricardo

Presidente/Relator

Acórdão: 15.386/01/1ª (publicado no DOE de 12/01/02)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS - CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – USO E CONSUMO. Comprovada o aproveitamento indevido de créditos de ICMS pelas entradas de materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Exigências fiscais mantidas.

ALÍQUOTA DE ICMS – DIFERENCIAL. Comprovada a falta de recolhimento de ICMS referente ao diferencial de alíquota de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo ou ativo permanente. Correta as exigências fiscais.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre :

1) a falta de recolhimento de ICMS referente ao diferencial de alíquota, de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo e ao ativo permanente;

2) recolhimento a menor do ICMS, constatado através de Verificação Fiscal Analítica, nos períodos de referência da janeiro de 1997 a outubro do mesmo ano, em virtude de aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.246/261), por intermédio de seu representante legal, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Em preliminar, a Impugnante confessa dever a parcela do Auto de Infração relativa ao diferencial de alíquota de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao uso e consumo e ao ativo permanente.

Requer o desmembramento do AI, e a autorização para o seu recolhimento. No entanto, tais procedimentos são dispensáveis, bastando para a extinção do crédito tributário apenas seu pagamento, o que foi posteriormente feito, conforme DAE de fl. 273, o que torna sem efeito a preliminar alegada.

DO MÉRITO

A autuação fiscal tem por objeto a exigência do ICMS e da MR, relativa às duas exigências já descritas, porém, como visto na preliminar, remanesce apenas a infringência de falta de recolhimento do ICMS, apurada através de VFA, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos de ICMS referentes à aquisição, pela Autuada, de materiais destinados a uso e consumo.

Mister observar que a Contribuinte é empresa prestadora de serviços de transporte, o que lhe dá direito de compensar-se tão somente do imposto relativo às aquisições de combustível, lubrificante, pneus, câmara de ar de reposição e material de limpeza.

A legislação tributária mineira, por força do disposto no artigo 88 da CLTA/MG, deve pautar a decisão do órgão julgador administrativo sobre a procedência ou não do lançamento do crédito tributário. Por isso, não cabe aqui opinar sobre grande parte dos argumentos da Impugnante, que discorre sobre a tese da inconstitucionalidade dos dispositivos empregados pelo Fisco na presente autuação.

Consoante com o § 1º do artigo 20 da Lei Complementar 87/96, o artigo 66 do RICMS/96 estabelece que o abatimento, sob a forma de crédito do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, só poderá ser realizado desde que os créditos estejam vinculados às suas operações ou prestações, vedado o crédito do

imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de serviço alheios à atividade do estabelecimento.

O item 4 do § 1º do artigo 66 do RICMS/96, no entanto, faz uma ressalva, possibilitando à empresa prestadora de serviço o aproveitamento dos créditos originários da aquisição de combustível, lubrificante, pneus, câmaras-de-ar de reposição e de material de limpeza, desde que estritamente necessários à prestação do serviço, limitado ao mesmo percentual correspondente, no faturamento da empresa, ao valor das prestações alcançadas pelo imposto e restrito às mercadorias empregadas ou utilizadas exclusivamente em veículos próprios.

Cabe mencionar ainda que no período fiscalizado, o valor do ICMS correspondente às entradas de bens destinados a uso e consumo do estabelecimento estavam suspensas, conforme alínea “b” do inciso II do artigo 66 do RICMS/96.

Assim, tendo a Contribuinte, prestadora de serviços de transporte, apropriado de créditos relativos às mercadorias relacionadas às folhas 21 a 82, estranhas às elencadas acima, o fez de maneira contrária à legislação tributária vigente, tendo pois, sido correto o procedimento do Fisco em estornar os valores indevidamente lançados como crédito no seu conta-corrente fiscal, e em exigir a Multa de Revalidação prevista no inciso II do artigo 56 do RICMS/96, devido ao conseqüente recolhimento a menor do ICMS.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, devendo ser considerado o recolhimento fl.273, quando a exigência relativa ao diferencial da alíquota, nos ternos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 30/11/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

Acórdão: 14.511/01/2ª (publicado no DOE de 14/01/01)

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - UTILIZAÇÃO INDEVIDA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Venda de mercadoria com nota fiscal emitida com destaque a menor do ICMS devido na operação, tendo como destinatário EPP não contribuinte do imposto, localizado em outro Estado. Exigência das parcelas de ICMS e MR. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a venda de mercadoria para destinatário estabelecido no Estado da Bahia, possuindo Inscrição Especial-EP, não contribuinte do ICMS, aplicando indevidamente a alíquota interestadual (7%). Foi lavrado o Auto de Infração para exigir a diferença do imposto destacado a menor acrescido das multas cabíveis.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 15/19, onde requer, também, a realização de perícia.

O Fisco, em manifestação de fls. 43/46, refuta as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a venda de mercadoria para destinatário estabelecido no Estado da Bahia, possuindo Inscrição Especial-EP, não contribuinte do ICMS, aplicando indevidamente a alíquota interestadual (7%). Foi lavrado o Auto de Infração para exigir a diferença do imposto destacado a menor acrescido das multas cabíveis.

Esclareça-se inicialmente que o destinatário, consignado no documento fiscal , trata-se de Empresa de construção civil.

A lide, portanto, tem como matéria de direito a aplicação do dispositivo da Carta Magna que trata do diferencial de alíquota, isto é, art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, nas empresas de construção civil.

As atividades de construção civil, na constituição de 1967, com a redação da Emenda nº 1, de 1969, estavam sujeitas, em princípio, à incidência do ISS, obrigando-se a pagar o imposto em favor do Município da localização da obra.

Isto decorreu de outorga de competência aos Municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Os serviços sobre os quais incide o ISS são aqueles descritos em lista anexa ao Decreto-lei nº 406, de 31/12/68, posteriormente

alterado pelo Decreto-lei nº 834, de 08/09/69, e, mais recentemente, pela Lei Complementar nº 56/87. Esse Decreto-lei estabelece normas gerais de direito financeiro aplicáveis ao ICM, hoje ICMS, e ao ISS, por isso, goza de "status" de lei complementar, no sentido material, conforme é reconhecido pela doutrina e jurisprudência do STF. Esta é a razão de sua alteração por lei complementar.

A área de incidência do ISS está assim delimitada no art. 8º do citado Dec.-lei nº 406/68:

> *"Art. 8º - O imposto, de competência dos municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.*
>
> *§ 1º - Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.*
>
> *§ 2º - O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias".*

Observe-se que os dois parágrafos do art. 8º estabeleceram regras para definir as atividades mistas, que envolvem prestação de serviços e fornecimento de mercadorias.

Nestas atividades mistas, é a lista de serviços que irá estabelecer o divisor de águas entre os campos de incidência do ISS e do ICMS. Portanto, é a fonte para responder, no caso concreto, as exigências desses dois impostos.

Atualmente, está em vigor uma nova lista de serviços, anexa à Lei Complementar nº 56/87', na qual a atividade da construção civil está inserida nos itens 32 e 33. O ISS tem como fato gerador a prestação dos serviços de:

> *"32 – execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS)".*

Podemos concluir com segurança que na atividade de construção civil a regra de tributação é a incidência do ISS, face a disposição expressa do item 32 da lista anexa ao Dec. Lei 406/68, com a redação da Lei Complementar nº 56/87.

O ICMS incidirá, excepcionalmente, sobre as mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da obra.

A nova ordem constitucional, a partir da Constituição/88, não alterou a situação das empresas de construção civil, em relação à incidência do ISS.

Primeiro, porque a Constituição/88 excluiu da competência tributária dos Municípios apenas os serviços que compõem o perfil do ICMS, isto é, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação.

Segundo, continua em vigor a Lista de Serviços anexa à LC 56/87, bem como foram recepcionadas as normas gerais estabelecidas pelo Dec.-Lei 406/68, naquilo que não conflitem com a nova ordem constitucional, conforme está disposto no § 5º, do art. 34, do Ato das Disposições Transitórias.

Assim, em relação a construção civil, prevalece a incidência do ICMS para a hipótese de fornecimento de mercadoria produzida fora da obra.

Deste modo, as empresas de construção civil só serão contribuintes quando produzirem mercadorias fora da obra. A regra para a construção civil é não contribuinte do ICMS. Ser contribuinte do ICMS para as empresas de construção civil é exceção, só o será excepcionalmente.

Portanto, não é só o fato de uma empresa de construção civil estar inscrita no cadastro de contribuintes do Estado que a irá qualificar como contribuinte. A inscrição é uma formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade.

Acrescente-se, ainda, que o conceito de contribuinte é um conceito legal, estando disposto no art.121, § único, inciso I do CTN e no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

O Auto de Infração que está a exigir a alíquota interna do ICMS, em operações interestaduais, de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo fixo da empresa de construção civil, tem de ser cotejado, ainda, com a regra constitucional do art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, que prescrevem:

"VII – Em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado adotar-se-á:
a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;
VIII – Na hipótese da alínea a do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual".

O texto constitucional é muito claro, não exigindo grande esforço de interpretação para compreender-lhe o sentido.

Assim, para a aplicação de alíquota em operação interestadual, deve-se perquirir a condição do destinatário do bem e da prestação de serviço interestadual. Frise-se a alíquota a ser aplicada é determinada pela condição do destinatário.

Tratando-se o destinatário consumidor final de contribuinte do ICMS, a alíquota a ser aplicada, em operações interestaduais, é a interestadual.

Por outro lado, tratando-se o destinatário consumidor final de não contribuinte do ICMS, a alíquota a ser aplicada, em operações interestaduais, é a interna, cabendo o imposto ao Estado de Origem.

Como a Constituição/88 determina objetivamente que a alíquota aplicável nas operações interestaduais para consumidor final será definida pela circunstância do destinatário ser ou não contribuinte do ICMS, então de se questionar quais são os contribuintes do ICMS?

A resposta está na própria Constituição Federal, art. 155, I, "b". Vejamos.

O aspecto material da hipótese da regra-matriz do ICMS é de que este imposto incide sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação". Logo, só pode ser sujeito passivo a pessoa que realiza a circulação de mercadorias e as prestações de serviços acima definidas.

O CTN define o contribuinte como "aquele que tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador" e responsável "aquele que, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei" (art. 121, § único, incisos I e II).

Desta forma, contribuinte do ICMS é pessoa que realiza a operação ou prestações de serviços definidas na regra-matriz constitucional (art. 155, I, "b"). As empresas de construção civil, em regra, não têm relação pessoal e direta com as situações que constituam o fato gerador do ICMS, por isso, repita-se, em regra, não são contribuintes do ICMS. Serão contribuintes, excepcionalmente, na hipótese retro analisada, qual seja, quando produzirem mercadorias fora da obra.

Frise-se, a Constituição Federal no inciso VII do § 2º do art. 155, alíneas a e b, se refere a contribuinte espécie do gênero sujeito passivo.

A conclusão é de que somente as empresas de construção civil que realizem operações tributadas com o ICMS podem ser, excepcionalmente, contribuintes do ICMS, como tal estão obrigadas ao pagamento do diferencial de alíquota (obviamente que na proporção das operações tributadas pelo ICMS), quando adquirirem bens, oriundos de outros estados, destinados a seu uso, consumo ou ativo permanente.

Portanto, como foi demonstrado a exaustão, a Autuada não é contribuinte do ICMS. Isto é, não pratica operação de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Por fim, podemos concluir com segurança que o Estado de Minas Gerais tem capacidade ativa para tributar, aplicando a alíquota interna, nas operações de vendas de mercadorias endereçadas, a outra unidade da federação e destinadas à empresa de construção civil, não contribuintes do ICMS. Este é o princípio do art. 155, parágrafo 2°, Inc. VII e VIII da Constituição Federal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Ronald Magalhães de Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 26/09/01.
Windson Luiz da Silva
Presidente
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relatora

Acórdão: 14.684/01/3ª (publicado no DOE de 12/06/01)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - USO E CONSUMO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos fiscais, decorrentes de aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Infração plenamente caracterizada nos termos dos arts. 153, inciso II, do RICMS/91 e 70, inciso III, do RICMS/96, parte geral. Exigências fiscais mantidas.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO - USO E CONSUMO. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo. Infração caracterizada nos termos dos artigos 59, § 1º do RICMS/91 e 43, § 1º do RICMS/96 . Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro/96 a agosto/99, em função de aproveitamento indevido de créditos (aquisições para uso/consumo) e falta de recolhimento do ICMS, diferença de alíquota, devido na entrada interestadual dos materiais adquiridos para uso ou consumo da empresa. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25 a 33, contra a qual o Fisco apresenta manifestação47 a 50.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 53 a 58 , opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O trabalho fiscal versa sobre o estorno de crédito de ICMS vinculado com aquisições de partes e peças de máquinas/aparelhos em funcionamento na área denominada Coqueria.

A acusação fiscal é no sentido de que tais aquisições não passam de despesas de manutenção, portanto, aqueles materiais (peças de reposição) estariam enquadrados como sendo para uso ou consumo do Impugnante. Este, ao contrário, pretende ter as peças enquadradas como “produtos intermediários” ou “ativo imobilizado”, a teor da Consulta formulada por ele próprio, cuja resposta trouxe à colação a fls. 34/35.

A resposta dada pela SLT partiu de uma exposição que foi feita pela própria interessada. Portanto, deve-se lembrar que o Assessor, ao dar o seu entendimento, ele o faz considerando apenas as informações contidas no Processo de Consulta e a legislação tributária de regência. Por outro lado, a ação fiscalizadora se desenvolveu através de diligência "in loco" na própria linha industrial da Impugnante, onde o Fisco pode aplicar, corretamente, a legislação tributária em face da situação fática ali encontrada.

Analisando a resposta dada à supracitada Consulta, observa-se que a SLT já fixava entendimento no sentido de esclarecer que, regra geral, partes e peças são consideradas material de uso e consumo para efeitos da legislação do ICMS. Adiante, respondendo ao questionamento do Consulente, ora Impugnante, já registrava que se, de modo excepcional, as mercadorias objetos daquela consulta, se enquadrarem no Ativo Imobilizado, como define a Lei 6.404, é assegurado o direito de crédito, nos termos do art. 20 da Lei Complementar 87/96.

Para dirimir dúvidas no enquadramento de determinados materiais entre uso ou consumo ou produtos intermediários, editou-se a Instrução Normativa SLT 01/86, onde a mesma é bastante clara, ao dizer que partes e peças de máquinas, por não desenvolverem atuação particularizada e específica dentro da linha de produção, não são consideradas produtos intermediários. As suas funções são as de meros componentes de máquinas ou aparelhos, sendo que a sua substituição decorre simplesmente do uso normal a que são submetidos os aparelhos, e não em função do contato direto e imediato com o produto em elaboração. Neste sentido, sendo considerados como material de uso ou consumo (despesas de manutenção) não podem ter seus créditos de ICMS aproveitados, por vedação legal.

Na planilha de fls. 08/14 temos a relação das notas fiscais e respectivos materiais que ensejaram o estorno do crédito do ICMS, sendo que a identificação dos materiais está codificada, conforme se observa na referida planilha.

Analisando a tabela de codificação de material, autuada a fls. 20/23, constata-se tratarem-se, realmente, de peças de reposição, tais como parafusos, rotor, selo mecânico, haste bomba pistão, buchas, válvulas, conjunto de reparos, luvas, anel
de desgaste, parafusos sextavados, etc., que pela própria descrição não são classificados como Ativo Permanente, como pretendia o Impugnante em suas assertivas.

Cumpre ressaltar que a constatação fiscal se deu através de diligência no estabelecimento do contribuinte, onde foi confirmado o uso

ou consumo dos materiais levantados, como bem registrou no Auto de Infração.

Por conseguinte, ao serem adquiridos pela empresa, estando esta enquadrada na condição de consumidora final dos referidos materiais, já que os mesmos não integram o produto em elaboração nem são consumidos direta e imediatamente na linha de produção, em contato físico com o produto, impõe-se a exigência do pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais, na forma como procedera o Fisco nas planilhas de fls. 15/19.

A questão do creditamento do ICMS não pode ficar adstrita apenas na questão da essencialidade dos gastos. Pode-se dizer que qualquer despesa realizada pela empresa é essencial ao atingimento de seus objetivos comerciais. Porém, para a legitimação do creditamento do imposto é imprescindível observar, também, a questão da legalidade, é preciso que o creditamento atenda a legislação tributária.

Neste sentido, o princípio da não cumulatividade alegado pela Impugnante deve ser entendido dentro da limitação legal imposta à apropriação de créditos.

De acordo com o que restou demonstrado, os materiais não podem ser enquadrados como produtos intermediários, pois não foram preenchidos os requisitos previstos na Instrução Normativa SLT 01/86, para que fizesse jus ao crédito do ICMS.

Portanto, estando enquadrados como materiais de uso ou consumo da Impugnante, há que se esperar a entrada em vigor do dispositivo legal que fixou o termo inicial para este creditamento em 01.01.2003 (Art. 33, inciso I da Lei Complementar 87/96, na redação dada pela LC 99/99). A vedação ao creditamento está contida no Art. 153, inciso II do RICMS/91 e Art. 70, inciso III da Parte Geral do RICMS/96.

Improcede a afirmação do Impugnante quando diz que a incidência de juros moratórios não tem fundamento. Ressalte-se que a sua exigência está fundamentada no Art. 226, parágrafo único, da Lei 6.763/75, na redação dada pela Lei 10.562, de 27/12/91, devidamente publicada no “Minas Gerais” do dia 28 do mesmo mês e ano.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Joaquim Ruiz de Gamboa Neto e, pela Fazenda Estadual, a Dra. Nardele Débora Carvalho Esquerdo.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Edmundo Spencer Martins e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 10/05/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

2002

ACÓRDÃO: 15.469/02/3ª *(PUBLICADO NO DOE DE 10/07/02)*

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatado falta de recolhimento, pela Autuada, do ICMS relativo à diferença de alíquotas, em operações interestaduais, relativamente à aquisição de materiais de uso e consumo e bens do ativo imobilizado do estabelecimento. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento insuficiente do ICMS referente ao diferencial de alíquotas incidente sobre a entrada de mercadorias procedentes de outras Unidades da Federação, destinadas ao uso, consumo e imobilização do contribuinte, no período de 01/01/96 a 31/12/96, apurado com base no relatório auxiliar de apuração do ICMS fornecido pela empresa autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 268/278, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 295/303.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 318/329, opina pela procedência do Lançamento.

A Auditoria Fiscal exarou despacho interlocutório (fls.330/331) para que a Autuada resolvesse incidente de representação processual.

A Autuada, através de seus procuradores constituídos, resolveu o incidente apresentando petições e documentos às fls. 332/343.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, no qual foram abordados todos os aspectos pertinentes ao lançamento em questão, incluindo aqueles impugnados pela Autuada em ua peça de

defesa, respeitando-se o Princípio da Verdade Real, abaixo transcreve-se o mesmo, corporificando, assim, os fundamentos da decisão.

"**DAS PRELIMINARES**

Uma preambular é içada pela Impugnante: a nulidade do Auto de Infração, por outras palavras, devido à ausência de listagem analítica dos bens objeto de autuação, verdadeiro óbice à formulação de sua Defesa.

Temos por certo, em contrapartida, que razão alguma assiste à Defesa.

Com efeito, o trabalho fiscal em questão resulta da análise do Relatório Auxiliar de Apuração do ICMS (fls. 28/266), da lavra da própria Impugnante, eis que esta, mesmo intimada a apresentar seus arquivos magnéticos (fls. 11/12), não os disponibilizou para a Fiscalização. Dele, o Fisco extraiu os elementos necessários à acusação fiscal e os consolidou nas planilhas a fls. 08/09, para, no passo seguinte, formalizar as exigências fiscais encerradas no Auto de Infração (fls. 02/03).

Para a exata compreensão do feito fiscal, tomemos, a título de exemplo, o mês de janeiro de 1.996: para a inscrição estadual n° 447.024161.0941, fls. 08, temos lançados os CFOP "2.91" e "2.99"; estes, por sua vez, advêm do documento de emissão da Notificada acostado a fls. 163 e 164. Nestes, analiticamente, são descritos os códigos dos materiais adquiridos segundo a classificação adotada pela Autuada, os materiais propriamente adquiridos, o seu fornecedor e o CNPJ respectivo. Ali vemos materiais como óculos de proteção, emendas termo-contrátil, parafusos, pneus, cabo acessório e respectivas prestações de serviço de transporte, que não guardam qualquer relação com a atividade da Impugnante, permitindo-nos ora enquadrá-los como material de uso e consumo ora como material alheio.

Em relação à inscrição n° 277.024161.0321, o raciocínio não é diferente: o quadro demonstrativo a fls. 09, também para o mês de janeiro de 1.996, correlaciona-se com os documentos acostados a fls. 31/32; estes, como no caso anterior, trazem a identificação do material adquirido, seu fornecedor e o CNPJ respectivo, além do código de classificação imprimido pela Autuada. Jaquetas de diversos tamanhos, forma para solda alumino-térmico, pó para solda, luvas de PVC, óculos de proteção, agulhas e os CTRCs respectivos, nos permitem concluir que se tratam de materiais de uso e consumo ou alheios à atividade comercial da Impugnante.

Dos valores apurados pelo Fisco a fls. 08/09, foram deduzidas as parcelas pagas pela Notificada a título de diferencial de alíquotas (fls.

13/23), e a diferença apontada exigida através do presente Auto de Infração.

Tais fatos são reforçados pelos documentos advindos da intimação fiscal a fls. 287 (resposta contida a fls. 289/291). Neles verificamos, por exemplo, para o mês de dezembro de 1.996 (e não poderia ser diferente), sem esforço hercúleo, a correlação existente entre o Relatório Auxiliar de Apuração do ICMS – base da acusação fiscal – e a escrituração da Notificada, ambos, por óbvio, de sua lavra (confira-se a fls. 262/263 versus fls. 289/290 e fls. 151/152 versus 291).

Porquanto, não vislumbramos qualquer óbice por parte do Fisco que viesse impedir à formulação da defesa da Impugnante (ou cerceamento de defesa), eis que os quadros demonstrativos elaborados pela Fiscalização com base em dados extraídos da própria escrita da Notificada, oferecem, induvidosamente, a exata compreensão das exigências fiscais inseridas no Auto de Infração. Via de conseqüência, deve ser rejeitada a prefacial levantada.

A propósito, deixamos de comentar sobre o cumprimento ou descumprimento pela Autuada aos comandos do Ajuste SINIEF n° 19/89, por entendermos que o pano de fundo da discussão preliminar se cingia a pretenso cerceamento de defesa, que, como vimos, não restou comprovado.

DO MÉRITO

No mérito, o trabalho fiscal é atacado sob dois ângulos: um, a decadência dos créditos autuados; dois, a ilegitimidade da cobrança do diferencial de alíquota na vigência da Lei Complementar n° 87/96.

Aborda-se, numa primeira angulação defensiva, que o lançamento formalizado no Auto de Infração a fls. 02/03, contém crédito tributário alcançado pela decadência, com fincas no artigo 150, § 4°, CTN.

Neste compasso, é imperativo, então, verificarmos os contornos legais do instituto da decadência e seus efeitos no caso focalizado.

Sabemos, de há muito, que a decadência é o desaparecimento do próprio direito pelo simples fato de o credor não o exercer no prazo legal. É instituto de ordem pública utilizado pelo Direito Tributário e tem como fator determinante da extinção do crédito tributário o decurso de prazo por inação do credor, que é o Estado. Corre no período subseqüente ao fato gerador e antecedente ao lançamento, após o qual ocorrerá a prescrição.

Nosso legislador tributário, na verdade, denominou “decadência” ao lapso de tempo dentro do qual o crédito tributário deve ser constituído, a partir do lançamento, de modo que, exaurido o intervalo de tempo

sem que o sujeito ativo da obrigação tributária tenha exercido seu direito, este extinguir-se-á pela decadência ou, vale dizer, caducará. Na prática, significa dizer que com a decadência desaparece o direito subjetivo de exigir a prestação tributária, extinguindo-se por conseqüência o débito do sujeito passivo; resulta dele a extinção do crédito tributário.

Existem, segundo os renomados tributaristas pátrios, quatro prazos de decadência no CTN: artigo 150, § 4°; artigo 173, incisos I, II e parágrafo único. A exata compreensão desse instituto, portanto, obriga-nos à análise pormenorizada nos dispositivos citados. Vejamos:

"Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Aqui o legislador referiu-se aos lançamentos ditos por declaração ou de ofício, aqueles em que se dá a direta participação do Fisco, sem qualquer intervenção do sujeito passivo da obrigação tributária. Tal espécie é própria dos tributos que têm como fato gerador uma situação duradoura no tempo, permanente, propiciando, via de regra, à fiscalização possuir um cadastro de dados onde constam registros suficientes para ultimar e efetivar o lançamento. Assim, como exemplo, temos o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU), para os quais as prefeituras dispõem de dados cadastrais propiciadores da materialização do lançamento.

No lançamento por homologação ou auto-lançamento inserem-se os tributos que, por sua natureza, são recolhidos independentemente de prévia e anterior manifestação do sujeito ativo, ou seja, não há nesses tributos a necessidade imperiosa de que o ente tributante os lance para que a prestação tributária se torne exigível. Tais tributos são os chamados indiretos e aqueles em que se evidencia a retenção na fonte: o IPI e o ICMS.

Dessa forma, uma vez pago o tributo, a autoridade administrativa pode: 1) se contentar com o pagamento efetuado, homologando-o expressamente; ocorre aí, portanto, conjuntamente, a constituição e a extinção do crédito tributário, extinguindo em decorrência a obrigação; 2) Não havendo essa ratificação da Fazenda (ou mantendo-se esta em silêncio, anuindo a ele tacitamente), entendendo maior o seu crédito, recusa-se a homologação, tendo um lugar um novo lançamento, agora de ofício.

Em ambas as hipóteses, não se pode falar em decadência, pois o lançamento terá sido realizado.

O que pode ocorrer é que um lançamento por homologação, originalmente, transfigure-se em modalidade distinta, qual seja, lançamento de ofício, ante a inexatidão ou omissão quanto à obrigação cumprida pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Nesta hipótese, o que deflui é o prazo para a autoridade manifestar sua aquiescência, ou ao revés sua negativa, expressando-o mediante o lançamento de ofício. Assim, o prazo em que se dá, ainda que tacitamente, o lançamento é decandencial, pois com o seu transcurso há nítido impedimento para a Administração Pública proceder ao lançamento de ofício. Claro está, pois, que o que é decandencial é o prazo relativo ao lançamento de ofício e não ao dito por homologação.

Referindo-se, portanto, aos lançamentos de ofício e por declaração, o texto legal aponta para a seguinte aplicação de ordem prática: se tais lançamentos são cabíveis no ano "X", deverão ser efetivados no ano "X" + 5 (cinco) anos, sob pena de iniludível caducidade. Assim, o direito da Administração Pública decai em cinco anos, não considerado o exercício corrente, em que o lançamento (de ofício ou por homologação) deveria ter-se realizado, mas não se materializou a contento.

Caso o lançamento seja efetuado e posteriormente anulado por vício formal, a contagem do prazo iniciar-se-á da data da decisão definitiva (administrativa ou judicial) que anulou aquele lançamento. É o que dispõe o inciso II do artigo 173 do CTN:

> *"Art. 173 – (...)*
> *II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".*
> *Terceira hipótese é prevista no parágrafo único do mesmo artigo 173 do CTN:*
> *"Art. 173 – (...)*
> *Parágrafo único – O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".*

Cuida-se na hipótese legal, ora enfocada, do caso em que a autoridade administrativa principia procedimento de averiguação, quando então o prazo decandencial terá sua contagem iniciada a partir da notificação feita ao sujeito passivo tributário, para que a

Administração constitua definitivamente o crédito em face dele dirigido.

Nessa hipótese, a medida preparatória tem a função, apenas, de antecipar a contagem. Significa dizer, se a contagem do prazo decandencial já se iniciou, a medida preparatória não será, para essa finalidade, considerada, pois o prazo a que se refere o parágrafo único é para constituir crédito e não para iniciar sua constituição. Assim, o preceito em comento lança seus efeitos no sentido de antecipar o prazo decandencial, e não no de interrompê-lo, caso ele já tenha sido iniciado.

Quarta hipótese é ventilada no artigo 150, § 4°, CTN, verdadeiro fundamento da asserção defensiva nestes autos, da qual valemo-nos do escólio do Professor José Alfredo Borges:

"De se ressaltar que a Constituição Federal de 1.988 contempla expressamente as figuras da decadência e da prescrição tributárias, determinando, em seu artigo 146, inciso III, alínea "b", que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência tributárias, dentre outras matérias.

Desta forma, se dúvidas existiam sobre a força vinculante dos dispositivos acima citados do Código Tributário Nacional, com relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, estas foram espancadas de vez. Bem como restou determinado expressamente que é matéria sujeita a tratamento exclusivo por lei complementar federal, de caráter nacional portanto.

Vem então a indagação: cuidando o parágrafo 4°, do artigo 150, do Código Tributário Nacional, de um prazo decandencial, como afirmam alguns Autores, aplicável aos tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, poderia tal disposição prever – como o fez – a possibilidade da lei ordinária do ente tributante estabelecer um prazo diverso do ali fixado para a homologação?

Induvidosamente sim, e por um motivo muito simples: o prazo estabelecido para a homologação, bem como a extinção do crédito determinada pelo seu transcurso in albis, não se caracterizam como uma hipótese de decadência. A extinção do crédito não se opera por caducidade do direito, e sim pela homologação ficta do pagamento antecipado pelo contribuinte, tudo na conformidade do que dispõe o artigo 156, inciso VII do CTN, que contém menção expressa ao parágrafo 4° do artigo 150. Se se tratasse de decadência, a hipótese extintiva do dispositivo citado do artigo 150, não haveria necessidade de mencioná-la em inciso apartado no artigo 156, pois a extinção ocorreria por força da aplicação do inciso V, que arrola a decadência dentre as modalidades de extinção do crédito tributário.

A homologação de pagamento mencionada no artigo 150, parágrafo 4°, que se opera pelo decurso do prazo in albis, é uma homologação ficta. E o fato de não ter havido recolhimento do tributo, por ter o pagamento sido feito mediante compensação pela utilização de crédito decorrente da regra da não-cumulatividade – caso dos impostos não cumulativos ICMS e IPI – ou de outra origem (crédito presumido, por exemplo), não altera em nada a situação, continuando a ser o ato administrativo ficto uma homologação de pagamento, com todas as suas conseqüências legais.

Vê-se, então, que o CTN, em seu artigo 173, que trata do prazo decadencial, estabelece que o que é atingido pela caducidade é o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, constituição esta, segundo o artigo 142 do mesmo CTN, que se daria através do lançamento. No entanto, o artigo 156, inciso V do CTN arrola a decadência entre as formas extintivas do crédito tributário. Ou seja, a decadência extinguiria um crédito que não estaria ainda constituído pelo lançamento. Se tomados os dois dispositivos em sua literalidade existe nítida contradição entre os mesmos, que tem de ser enfrentada e resolvida, para se fixar o âmbito de aplicação dos dispositivos mencionados. Para tanto, há que se verificar a natureza e os efeitos do lançamento.

(...)

De fato, não passa o lançamento de ato de formalização do crédito tributário, de determinação de seu quantum e dos sujeitos que vão integrar seus polos, passivo e ativo, crédito este surgido, juntamente com a obrigação tributária, quando da ocorrência do fato gerador.

É bom ressaltar, ademais, que o lançamento não é da essência de todo tributo, pois existem hipóteses em que tal ato é dispensável. A indispensabilidade do lançamento é defendida por alguns estudiosos do Direito Tributário em virtude de uma interpretação equivocada do parágrafo único do artigo 142 do CTN, que menciona a obrigatoriedade do lançamento. É obrigatório, sim, mas naquelas hipóteses em que se revele necessário. Como, por exemplo, no caso do ICMS e do IPI, tributos sujeitos ao denominado lançamento por homologação, e nos quais o ato de lançamento comumente não ocorre, por estar a cargo do contribuinte a apuração do valor a recolher, quando e se concretizado o fato tributário, bem como está obrigado a efetuar o pagamento sem a verificação de seus cálculos pela administração fazendária respectiva. Agora, se o contribuinte não apura o valor a recolher, nem efetua o pagamento do que apurou, ou o faz insuficientemente, aí sim, estará determinada a necessidade e, portanto, a obrigatoriedade da autoridade

administrativa fazer o lançamento de ofício. Quanto a homologação do lançamento, na realidade, só ocorre a ficta, pois nenhuma das pessoas políticas investidas na competência impositiva de tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação adotam a prática de homologar os pagamentos antecipados pelos contribuintes obrigados a tanto, por força de lei.

Uma observação final se impõe: o lançamento, ato de formalização do crédito tributário surgido com a instauração da relação jurídica tributária, diante da ocorrência do fato gerador respectivo, descrito na norma tributária, é o marco entre as duas figuras extintivas do crédito tributário pelo decurso de tempo, a decadência e a prescrição. Até o lançamento opera-se a decadência, que fulmina o direito ao crédito tributário e extingue este, pela sua não formalização (seu não exercício) no prazo assinalado na lei. Após formalizado o crédito pelo lançamento, opera-se a prescrição, quando e se ocorrentes seus pressupostos legais. Este é um ponto sobre o qual não há dissenso.

(...)

Com já dito, o ICMS é um tributo sujeito, normalmente, ao denominado lançamento por homologação, assim considerado aquele em que a autoridade administrativa, tomando conhecimento do pagamento antecipado do imposto – sem prévio exame da autoridade incumbida do lançamento, pois – expressamente homologa tal ato.

O que se constata, então, é que este lançamento, que ocorre com a homologação, no que diz respeito ao ICMS, a rigor inexiste, pois não se tem notícia de nenhuma Unidade Federada – Estado-membro ou Distrito Federal – que adote sistematicamente tal prática, de homologação expressa de pagamento feitos por contribuintes a título de ICMS. Daí porque vem se firmando a tese de que o lançamento não seria ato administrativo inerente a todo tipo de tributo, mas apenas àqueles em que o pagamento é antecedido pela formalização do crédito tributário pela autoridade administrativa, que intima o contribuinte da lavratura de tal ato, assinalando ao mesmo o prazo em que o crédito deverá ser pago.

Como no ICMS não há, necessariamente, tal formalização antecedendo o pagamento da obrigação tributária, como visto, não é da essência deste imposto o ato de lançamento.

Agora, prevê o Código, em seu artigo 150, parágrafo 4°, uma homologação ficta, pelo decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, nas hipóteses em que o contribuinte efetue o pagamento do ICMS, no valor por ele apurado, sem prévio exame da autoridade fazendária. Esta homologação ficta só seria afastada,

inocorrendo, portanto, se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. E tal homologação ficta, já o dissemos linhas atrás, conquanto se constitua em uma forma de extinção do crédito tributário, também, não se confunde com a decadência, que igualmente opera tal extinção.

É importante, contudo, fixar-se o que estará alcançado pela homologação ficta, pois, se até esta ocorrer poderá a administração exigir qualquer diferença porventura não recolhida pelo contribuinte, o mesmo não se poderá dizer quando escoado o prazo de cinco anos para sua ocorrência, se outro não tiver sido fixado pela lei estadual. Após o decurso de tal prazo, e ocorrida a homologação ficta, só poderá a administração proceder à formalização de créditos não alcançados pela homologação ficta, porque não pagos, ou se comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação no procedimento do contribuinte de apuração do quantum recolhido.

Isto porque o prazo para que ocorra a homologação ficta se vence, sempre, antes dos prazos decadenciais previstos no artigo 173, e , até que vençam estes últimos, poderá a administração proceder à formalização do crédito não alcançado pela homologação ficta.

Desta forma, o crédito sujeito à homologação ficta é apenas aquele que foi apurado pelo contribuinte, quando da ocorrência do fato gerador respectivo, e pago à época própria, assinalada na legislação ordinária do ente tributante. E, no seu procedimento de apuração, não poderá ter o contribuinte praticado nenhum ato doloso, fraudulento ou simulado, para obter um resultado menor do que o que seria devido por força da lei instituidora do gravame.

O que se presume legalmente ocorrido com o transcurso do prazo é a homologação do pagamento. Se não houve este, não há como presumir ocorrida uma homologação de ato inexistente. E, ainda que existente pagamento, se este for insuficiente e se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação para ensejar esta diminuição do quantum devido, estará afastada a presunção legal da homologação ficta.

(...)

De se registrar que a homologação ficta do pagamento do crédito tributário se opera em relação a cada crédito de per se, decorrente de cada fato tributário isoladamente considerado, eis que o ICMS grava operação por operação, e não um conjunto de operações realizadas em um período determinado. O regime de apuração por períodos, conforme determina a legislação, se constitui em simplificação

que não tem o condão de alterar o tratamento jurídico da extinção do crédito tributário através da homologação ficta e da decadência.

Fora daí, cai-se nas regras gerais estabelecidas no artigo 173 do CTN para a decadência". (Boletim do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, n° 26, 1.995, págs. 19/27).

Sobrevem, da lição do renomado Professor, a conclusão inarredável de que a extinção do crédito que se opera pela homologação ficta prevista no artigo 150, parágrafo 4°, CTN, em virtude do transcurso in albis do prazo para a homologação efetiva, não se confunde com a decadência, sendo modalidade de extinção do crédito tributário diferenciada desta última, conforme prevê o inciso VII do artigo 156 do CTN.

Exemplificando, com dados extraídos dos autos: No mês de janeiro/96, a Autuada, no recesso de sua escrita fiscal, apurou um crédito tributário relativo a diferencial de alíquotas no importe de R$10.448,57, pagando-o na data de 21.02.96 (confira-se a fls. 23). Este pagamento à luz do artigo 150, § 4°, CTN, teve a sua homologação ficta consumada em janeiro/01, não tendo sido maculado pelo dolo, fraude ou simulação. Entretanto, o Fisco, aferindo os elementos da escrituração da Notificada, constatou que a mesma é devedora do Erário no importe de R$10.538,24 e não de R$10.448,57, como apurara unilateralmente. Para a diferença encontrada (R$89,67), portanto, não ocorreu a homologação ficta do pagamento insculpida no artigo 150, § 4°, CTN, abrindo-se a possibilidade do Fisco promover o lançamento de ofício desde que este se fizesse dentro do prazo estipulado no artigo 173, inciso I, CTN. O Auto de Infração a fls. 02/03, formalizando o lançamento tributário contendo esta e a exigências fiscais relativas aos demais meses, foi recebido em 27.12.2.001, antes da caducidade do direito fazendário, cujo marco final seria o dia 01.01.2.002.

Assim, acreditamos que o lançamento tributário encerrado no Auto de Infração em tela não foi alcançado pela decadência, ou melhor, pela homologação ficta do pagamento expressa no artigo 150, § 4°, CTN, como ventilado pela Defesa.

Sob segunda angulação defensiva, argüi-se a ilegitimidade da cobrança de diferencial de alíquotas na vigência da Lei Complementar n° 87/96.

Tal assertiva permiti-nos inferir que até edição da Lei Complementar n° 87/96, cuja vigência se deu a partir de 01/11/96, a Autuada reconhece a legitimidade da exigência do diferencial de alíquotas (para o período compreendido entre janeiro e outubro/96), razão pela qual deixamos de tecer quaisquer comentários.

É no período de 01/11/96 a 31/12/96, que o queixume defensivo faz eco, porém, sem qualquer êxito.

A um, se se afigura ilegítima a cobrança do diferencial de alíquotas nesse período, inexiste justificativa plausível para que a Autuada, espontaneamente, o recolhesse tempestivamente, conforme se depreende dos documentos acostados a fls. 13/14.

A dois, realmente, com a edição da Lei Complementar n° 87/96, pretendeu-se o regime do crédito financeiro, aquele no qual todos os custos, em sentido amplo, que vierem onerados pelo ICMS, ensejam o crédito respectivo. Sempre que a empresa suporta um custo, seja ele consubstanciado no preço de um serviço, ou de um bem, e quer seja este destinado à revenda, à utilização como matéria-prima, produto intermediário, embalagem, acondicionamento, ou mesmo ao consumo ou à imobilização, o ônus do ICMS respectivo configura um crédito desse imposto. Daí, a razão da ausência de previsão do fato gerador do adicional, da base de cálculo ou de seus contribuintes na Lei Complementar referida. Todavia, o mesmo legislador complementar estabeleceu, especificamente, prazo para a permissão da apropriação desses créditos:

> *"Art. 20 – Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*
> *(...)*
> *Art. 33 – Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:*
> *I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1° de janeiro de 2.003".*

Com isso, pretendeu o legislador, ao nosso inteligir, manter a situação anterior, qual seja aquela que vigia antes da Lei Complementar n° 87/96, premiando o crédito físico e, via de conseqüência, permitindo a exigência do diferencial de alíquotas nessas operações, posto que a referida Lei Complementar não revogou expressamente as disposições

nesse sentido em contrário. Logo, lícita se apresenta a cobrança do diferencial de alíquotas empreendida pelo Fisco.

Por fim, queremos ressaltar que não importa que o fato jurígeno se dê antes ou depois da edição da Lei Complementar n° 87/96, a cobrança do diferencial de alíquotas nesses casos é legítima até que decorra o lapso de tempo nela (Lei Complementar) assinalado."

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões. Assistiu à sessão de julgamento a Dra. Sarah Amarante de Mendonça Cohen.

Sala das Sessões, 03/07/02.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta
Edwaldo Pereira de Salles
Relator

2 - Base de Cálculo

2000

ACÓRDÃO: 954/00/4ª *(PUBLICADO NO DOE DE 20/10/00)*

EMENTA

Obrigação Acessória - Apresentação da DAMEF de forma irregular e incompleta. DAMEF/96 apresentada sem a Demonstração do Resultado Operacional, obrigatória para contribuintes com escrita contábil. Exigência fiscal correspondente não formalizada no Auto de Infração.

Obrigação Acessória - Falta de apresentação dos comprovantes de recolhimento dos tributos federais, referentes ao exercício de 1996, requisitados através do TIAF. Comprovado nos autos que a Impugnante não efetuou os recolhimentos. Exigência fiscal cancelada.

Obrigação Acessória - Falta de apresentação do detalhamento do valor de tributos/taxas indicado no item 34 do campo 07 da DAMEF/96, requisitado através de intimação. Documentação exigida com base no artigo 191 do RICMS/96. Exigência fiscal mantida.

Base de Cálculo - Utilização de base de cálculo inferior à mínima tributável - Não restou indubitavelmente demonstrada nos autos, a ocorrência de saída abaixo do custo gerando o recolhimento a menor do ICMS no valor exigido no Auto de Infração, apurado através do roteiro "Conclusão Fiscal". Exigências fiscais canceladas.

Impugnação procedente, em parte. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração n.º 01.000115625.51 foi lavrado em 24/05/99 para formalizar o crédito tributário constituído de ICMS, MR e MI, cobrado no valor (original) de R$ 107.991,69, por ter a Contribuinte incorrido nas seguintes irregularidades:

1) - Deixou de apresentar a DAMEF/96 de forma regular e completa (a Contribuinte apresentou a DAMEF/96 sem a Demonstração do Resultado Operacional-DRE, obrigatória para contribuintes com escrita contábil);
2) - Deixou de apresentar os comprovantes de recolhimento dos tributos federais, referentes ao exercício de 1996, requisitados através do TIAF n.º 115817, de 26/09/97;
3) - Deixou de apresentar o detalhamento do valor de tributos e taxas, indicado no item 34 do campo 07, da DAMEF/96, requisitado através de intimação datada de 08/10/97;
4) - Mediante análise técnica das informações fiscais e contábeis apresentadas na DAMEF/96, apurou-se em conclusão fiscal, a omissão de despesas legais referentes a tributos federais (PIS/Cofins), o que gerou uma redução da base de cálculo mínima tributável admitida pela legislação.

Inconformada, a Autuada impugna regular e tempestivamente o Auto de Infração, recolhendo a taxa de expediente devida conforme DAE de fls. 39.

Em preliminar, aduz que ao receber o Termo de Ocorrência pediu prorrogação do prazo concedido para apresentação de defesa, tendo em vista a impossibilidade de confrontar os dados levantados pelo Fisco com os reais existentes em seu acervo fiscal pelo fato de que também estava sendo fiscalizada pela Receita Federal, o que foi

desmotivadamente indeferido (doc. fls. 20/21), caracterizando cerceamento de defesa e maculando de nulidade o presente processo administrativo.

Afirma que se houvesse sido deferido o prazo requerido, teria demonstrado que os recolhimentos federais não foram apresentados porque não existiam, e não existindo os recolhimentos federais cai por terra toda a tese da base mínima tributável.

Pede que o processo seja anulado e reaberto o prazo requerido, para que se demonstre a impossibilidade material de apresentar o recolhimento dos impostos.

Anexa os documentos de fls. 50/101 relativos aos Autos de Infração lavrados pela Receita Federal.

Referindo-se ao Relatório Fiscal que compõe o Termo de Ocorrência, afirma que a análise efetuada pelo Fisco foi tão ampla que extrapolou seu limite de competência.

Entende que se há diferenças de alíquotas estabelecidas pela legislação pátria e se a comercialização é livre, as operações triangulares são expressamente permitidas pelo RICMS/MG e não visam sonegar impostos mas sim minimizar custos.

Referindo-se às alegações contidas no item “4.0”, considera que os fiscais agiram de forma tendenciosa e desrespeitosa para com o contribuinte legalmente constituído.

Diz que o cálculo efetuado pelo Fisco somou ao valor de compra da mercadoria os impostos federais e o ICMS, verificando que o lucro obtido não cobria seus custos com os impostos incidentes na operação, sendo que a Fiscalização entendeu que se a empresa vendeu seu produto com prejuízo, ela causou prejuízo ao Erário Público, pois poderia ter vendido com mais lucro e pago mais impostos.

Argumenta que esta determinação imutável de que a empresa só poderá ter lucro, se aceita pelos Ínclitos Julgadores, constitui uma intervenção na liberdade de negociação, contrariando o artigo 170 e seguintes da Constituição Federal que garante a todos a livre iniciativa, livre concorrência e liberdade para explorar qualquer ramo de atividade.

Considera que o Fisco cometeu um erro de hermenêutica, pois as leis regulamentadoras do ICMS permitem o estabelecimento da base mínima tributável quando existe sub-faturamento, o que efetivamente não ocorreu.

Aduz que o fato gerador do ICMS, expressamente previsto em lei, é a saída da mercadoria e o valor utilizado como base de cálculo foi o valor efetivo de suas vendas, não tendo ocorrido nem sub-faturamento nem omissão de receitas.

Argumenta ainda que o óleo de soja a granel, principal produto por ela comercializado, possui mercado específico, com cotação e preço pré-determinado pela Bolsa de *Commodities* e como empresa nova no ramo, precisava criar uma carteira de clientes de porte, para só depois determinar o preço de sua mercadoria. Não efetuou o recolhimento dos impostos federais por falta de recursos, tendo recolhido apenas o ICMS, fato este que deveria ser reconhecido pelo Fisco e não penalizado por ele.

Requer ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, na Réplica de fls. 136/140**,** refuta as alegações da defesa.

Considera que as alegações de cerceamento de defesa são improcedentes, pelas razões explicitadas quando do indeferimento dos "fatos novos", ou seja, por serem protelatórias, tendo em vista que a autuação foi baseada na DAMEF/96 cuja cópia está anexada ao TO.

Com relação ao método utilizado para estabelecer a base de cálculo, afirma que embora o artigo 44-IV-"a" do RICMS/96 determine que esta deva ser o valor da operação, o artigo 51 do mesmo diploma legal estabelece que em qualquer hipótese, o valor tributável não pode ser inferior ao custo da mercadoria, sendo que este corresponde ao preço de aquisição, acrescido dos custos relacionados com a aquisição e das despesas operacionais.

Além disso, argumenta, a "Conclusão Fiscal" é procedimento considerado tecnicamente idôneo previsto no artigo 194 do decreto regulamentar.

A respeito da inclusão dos tributos federais na apuração da base de cálculo mínima tributável, afirma que trata-se de Cofins e Pis, que incidem sobre o faturamento da empresa, sendo despesas legais compulsórias, que pagas, ou não foram incorridas e portanto são devidas, tanto que foram exigidas pelo Fisco Federal, conforme documentos juntados pela própria Impugnante.

Quanto às considerações sobre ocorrência de lucro ou prejuízo, entende as mesmas irrelevantes, uma vez que nos termos da legislação tributária, o valor da operação deve ser o efetivamente praticado, mas deve ser atendido o artigo 51 do RICMS/96 em relação ao valor oferecido à tributação, que não pode ser inferior ao custo da mercadoria acrescido das despesas necessárias às atividades da empresa.

Sobre a alegação de ser indevida a penalidade pela não apresentação dos documentos requeridos, afirma que, não tendo a Impugnante apresentado os comprovantes do recolhimento dos tributos federais, exigidos pelo TIAF n.º 15.817, foi emitida a intimação de fls.

07, à qual a Impugnante não atendeu, e se não possuía os comprovantes por não ter efetuado o recolhimento, bastava informar formalmente este fato.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 141/147, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

O "Termo de Ocorrência" emitido pelo Fisco em 04/11/97, foi recebido pelo contribuinte em 06/11/97, sendo concedido ao mesmo o prazo de 10 dias para pagamento do débito com multas reduzidas nos termos da Lei 6763/75 ou apresentação de fatos ou elementos relacionados com as situações nele mencionadas, nos termos do artigo 57-II da CLTA/MG vigente à época.

O "Termo de Ocorrência" constitui medida preparatória ao lançamento, tendo sido no presente caso, inclusive foi objeto de alteração pelo Fisco conforme retificação de fls. 27/32, ocasião em que foi renovado o prazo de dez dias a contar do seu recebimento, o que por si só inviabiliza a tese apresentada pela Impugnante de cerceamento de defesa.

Vale lembrar que o lançamento só se formalizou com a lavratura do Auto de Infração, recebido pela Impugnante aos 11/06/99 conforme AR de fls. 38, ao qual foi apresentada a presente Impugnação dentro do prazo legal de 30 dias, instaurando-se o contencioso administrativo fiscal, garantindo à Impugnante o pleno direito de defesa previsto na Constituição Federal.

Além do mais, a argüição de que necessitava da dilatação do prazo por não estar de posse dos livros fiscais e contábeis não procede, uma vez que a presente autuação fiscal baseia-se na DAMEF/96, que foi preenchida e entregue pela própria Impugnante aos 30/05/97, conforme atesta o carimbo da repartição fazendária aposto no documento, cuja cópia encontra-se anexada aos autos às fls. 08/11.

Não há, portanto, amparo legal para a argumentação de nulidade do AI, devendo ser rejeitada a preliminar argüida.

Sobre o conteúdo do item "4.0" do Relatório Fiscal que integra o "TO", bem como as considerações colocadas pela Impugnante a respeito, os mesmos são fatos alheios ao contencioso administrativo fiscal aqui instaurado, não devendo pois ser objeto de apreciação por parte deste CC/MG.

Quanto o mérito, verifica-se que o Fisco utilizou-se no presente feito dos dados constantes da DAMEF apresentada pela Impugnante, referente ao exercício de 1996, apurando que foi declarada base de

cálculo abaixo da base de cálculo mínima tributável, exigindo ainda multa isolada por descumprimento de obrigações acessórias, conforme descrição contida no Auto de Infração.

Observe-se que embora relacione no item 1 do relatório do Auto de Infração que a Contribuinte *deixou de apresentar de forma regular e completa o DAMEF, por não demonstrar o DRE – obrigatório para contribuintes com escrita contábil* – não há exigência a ele relacionada, conforme se depreende do ***ANEXO DE AUTUAÇÃO FISCAL – RETIFICAÇÃO*** de fls. 27/32 – retificação do "TO" – onde está demonstrado o crédito tributário exigido no Auto de Infração.

O Auto de Infração exige a multa isolada prevista no artigo 54 inciso VII também por *deixar de apresentar ao Fisco os comprovantes de recolhimento dos tributos federais, referentes ao ano de 1996, requisitados através do TIAF n.º 115817* – item 2 – e por *deixar de apresentar ao Fisco o detalhamento do valor de tributos/taxas, indicado no item 34 do campo 07 do DAMEF/96, requisitado através da intimação datada de 08.10.97* – item 3.

O supradito artigo 54 inciso VII da Lei 6763/75 prevê a aplicação de penalidade correspondente a 200 UFIR por intimação que o contribuinte deixe de atender, não entregando os documentos nela exigidos . O Auto de Infração exige o correspondente a 200 UFIR para cada uma das infringências acima relacionadas, vinculando uma exigência ao TIAF e outra à intimação de fls. 07.

Considerando-se que a Impugnante não efetuou os recolhimentos, conforme demonstrado pela documentação que atesta a autuação promovida pela Receita Federal, resta prejudicada a aplicação da penalidade neste caso.

Correta no entanto, a exigência vinculada à intimação datada de 08/10/97, uma vez que a declaração na DAMEF, do valor de 271.581,00 a título de despesas com impostos e taxas, autoriza o Fisco a exigir a documentação correspondente, tendo em vista o disposto no artigo 191 do RICMS/96.

Em relação à apuração de ICMS recolhido a menor em virtude de utilização de base de cálculo inferior à mínima tributável, demonstrada às fls. 30 dos autos, vários aspectos devem ser considerados.

A Impugnante, ao alegar suas razões de defesa, afirma com acerto que o ICMS é gerado pela saída da mercadoria do estabelecimento e que o valor desta saída (valor da operação) é a base de cálculo para aplicar a alíquota do imposto. Este é realmente o mandamento contido no artigo 44, inciso IV, alínea "a" do RICMS/96.

Entretanto, o artigo 51 do mesmo diploma legal determina que o valor tributável não pode ser inferior ao custo da mercadoria e os artigos 52 e 54 (todos elencados no Auto de Infração) tratam da possibilidade de determinação da base de cálculo pelo Fisco nas situações e da forma ali especificadas, sendo estes os dispositivos legais que embasam a presente autuação fiscal.

Não houve um suposto erro de hermenêutica por estar o Fisco confundindo as determinações legais que tratam da hipótese de subfaturamento, como sugere a Impugnante. A presunção fiscal é de saída abaixo do custo e não de prática de subfaturamento.

Quanto à imposição de lucro, que a Impugnante entende estar sendo imposta pelo Fisco, na realidade não ocorre. O Fisco, ao analisar a DAMEF apresentada pela Impugnante, optou por aplicar o roteiro "Conclusão Fiscal" previsto no artigo 194 do RICMS/96, que constitui um dos procedimentos idôneos passíveis de utilização pelo Fisco para a apuração das operações ou prestações promovidas pelo sujeito passivo, utilizando-o de acordo com as disposições contidas nos artigos 49, 51, 52 e 54-IV-§3º do RICMS/96, embasando-se, portanto, na legislação tributária.

Não obstante, vários aspectos devem ser considerados na análise de mérito da presente autuação.

Em primeiro lugar, conforme afirmado pelo Fisco no "Termo de Ocorrência" e no próprio relatório do Auto de Infração, a Impugnante é empresa que possui regular escrita contábil. Tal fato fica evidenciado uma vez que o Fisco considera que a apresentação da DAMEF sem a Demonstração do Resultado Operacional – obrigatória para contribuintes com escrita contábil – no caso da Impugnante, é irregular.

A Conclusão Fiscal constitui técnica fiscal simples que serve de apuração de irregularidades praticadas por contribuintes, havendo reiteradas decisões desta Casa no sentido de que não se aplica àqueles que possuem escrita contábil.

Na hipótese dos autos não houve a desclassificação da escrita fiscal e contábil por provas de que estas não mereçam fé.

Ao contrário, conforme se depreende das considerações contidas no relatório de fls. 12/18 o Fisco solicitou e obteve, para análise, todos os livros fiscais relacionados às fls. 13, a partir dos quais efetua uma série de considerações sobre o desempenho da empresa. Nas cópias da documentação referente à autuação procedida pela Receita Federal, há referência à escrituração dos Livros Caixa, Registro de Saídas e Apuração de ICMS, que serviram de base para os dados ali apurados.

O Fisco se utiliza da Conclusão Fiscal no intuito de demonstrar que houve saída abaixo do custo (tendo em vista o Regime de Competência e não o Regime de Caixa), considerando que as despesas com impostos federais, pagas ou não, foram incorridas, tratando-se de despesas legais compulsórias, portanto, devidas.

No entanto, mesmo considerando que o roteiro Conclusão Fiscal, utilizado no caso de empresa que possui escrita contábil, seja adequado para apurar saída abaixo do custo, da análise da documentação que compõe os autos, depreende-se que o demonstrativo levado a efeito pelo Fisco mostra-se inconsistente, não comprovando inequivocamente a imputação fiscal.

Da análise do demonstrativo de fls. 30, através do qual foi apurada a base de cálculo mínima tributável, depreende-se que o Fisco ampliou o roteiro "Conclusão Fiscal" e ao invés de efetuar a Demonstração da Conta Mercadorias, cuja equação simples – **EI + Compras – EF** – apura o **CMV** (custo das mercadorias vendidas), optou por elaborar o demonstrativo através de roteiro contábil.

O Fisco utilizou os valores totais relativos às entradas e saídas tributadas declarados na DAMEF, incluindo nas entradas valores relativos a *Transportes*, bem como relativo a *Outras* – que eventualmente podem ser relativas a entradas para o Ativo Imobilizado, por exemplo – e da mesma forma incluindo nas saídas o valor relativos a *Outras*, discriminado em campo diverso de *Vendas.*

Assim, na demonstração do *"Custo das Mercadorias Tributadas Saídas"*, foi utilizado o valor de 21.856.948,00 a título de entradas e 22.270.969,00 como valor de saídas totais tributadas, sendo este último utilizado para arbitrar o valor correspondente aos impostos federais – COFINS e PIS.

Este valor referente às saídas tributadas diverge da Receita Bruta de Vendas apurada através dos Livros Caixa, Registro de Saídas e Apuração de ICMS pela Receita Federal, conforme consta na cópia da documentação anexada às fls. 61/71 em que a Receita Bruta de Vendas apurada em 1996 corresponde à cifra de 19.737.061,95.

Este foi o valor que constituiu a base de cálculo para o crédito tributário relativo à Contribuição para a Seguridade Social – COFINS – exigido no Auto de Infração lavrado pelo Fisco da Receita Federal. Da mesma forma, esta foi a base de cálculo utilizada pelo Fisco Federal na apuração do crédito tributário relativo ao PIS – fls. 86/97.

Ainda conforme as cópias da documentação retromencionada, verifica-se que o valor exigido a título de COFINS (394.741,23) e PIS (128.290,91) relativo ao exercício de 1996, corresponde ao total de

523.032,14 enquanto que o valor arbitrado, constante do demonstrativo de fls. 30, é de 555.345,15.

Tais divergências demonstram a inconsistência presente no demonstrativo elaborado pelo Fisco.

Caso se considere, por exemplo, no roteiro utilizado, o valor declarado de *Compras (18.672.712,00)* excluindo os valores referentes às entradas de prestações de serviço de transportes e de outras operações que podem não ser relativas a aquisição de mercadorias e o valor declarado de *Vendas,* chega-se à conclusão de que não há diferença a tributar.

Tendo em vista o acima exposto, a análise e estudo dos livros fiscais e contábeis da empresa Impugnante, bem como a verificação da documentação original dos levantamentos procedidos pela Receita Federal para a obtenção dos valores realmente incorridos, a título de despesas com impostos federais, no exercício de 1996 é imprescindível para que se comprove a acusação fiscal.

Assim sendo, não restou indubitavelmente demonstrada, nos autos, a ocorrência de saída abaixo do custo gerando o recolhimento a menor no valor exigido no Auto de Infração, demonstrado através do roteiro "Conclusão Fiscal".

Diante do exposto, ACORDA a 4ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em rejeitar a argüição de cerceamento de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Sabrina Diniz Rezende Vieira.

Sala das Sessões, 12/06/2000.

João Inácio Magalhães Filho

Presidente

Edmundo Spencer Martins

Relator

Acórdão: 14.296/00/3ª (publicado no DOE de 22/11/00)

EMENTA

Base de Cálculo - Redução Indevida - Operação Interestadual. Constatada a utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto nas saídas de produtos agropecuários, por inobservância das disposições contidas no item 1 do Anexo IV do RICMS/96.

Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a redução indevida da base de cálculo do imposto na saída interestadual de produtos agropecuários, sem observar a condição de ter que deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, conforme previsão do item 1 do Anexo IV do RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17 a 19, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 45 a 47.

DECISÃO

O feito fiscal refere-se à exigência pelo Fisco de ICMS e Multa de revalidação por ter a Impugnante utilizado indevidamente uma redução de 60% da base de cálculo do imposto nas saídas interestaduais de produtos agropecuários, pois não observou a condição imposta pela legislação de ter que deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, conforme preceitua o item 1 do Anexo IV do RICMS/96, ABAIXO TRANSCRITO:

> A redução de base de cálculo prevista neste item, **somente será aplicável** se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, **com indicação expressa, no campo "Informações Complementares**", da respectiva nota fiscal. (g.n.)

Como se verifica dos autos, é a própria Impugnante quem reconhece não ter indicado expressamente nas respectivas notas fiscais, o valor equivalente ao imposto dispensado na operação.

Tivesse o Contribuinte autuado logrado demonstrar inequivocamente que deduziu do preço a parcela do imposto dispensado, ainda que por outros meios de prova, faria jus à redução da base de cálculo. Entretanto, isso não ocorreu.

Assim, constatada a não dedução do valor equivalente ao imposto dispensado na operação do preço da mercadoria, a redução da base de cálculo tornou-se inaplicável.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participou do julgamento, além dos signatários,

o Conselheiro Edwaldo Pereira Salles.

Sala das Sessões, 04/09/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor
João Inácio Magalhães Filho
Relator

2001

ACÓRDÃO: 15.093/01/1ª *(PUBLICADO NO DOE DE 07/09/01)*

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Apuração com base em dados fornecidos pela própria Impugnante em sua DAMEF. Procedimento tecnicamente idôneo, nos termos do artigo 194, inciso V, do RICMS/96. Razões da Impugnante não acatadas. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante Conclusão Fiscal, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos valores de R$ 1.495,00 e R$ 30.517,00 nos exercícios de 1996 e 1997, respectivamente. Exige-se ICMS, MR(50%) e MI(20%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls.59/63, na qual requer, de plano, com base no artigo 60 da CLTA/MG, o arquivamento do Auto de Infração.

Cita erros e enganos nele cometidos, salientando a divergência quanto os *incisos* do artigo 194 do RICMS/96 que foram mencionados nos campo "Relatório" do Auto de Infração e no item 6.1 do "Relatório Fiscal" que o acompanha, já que neste último foi citado o inciso *VI*, quando o correto seria o inciso *V*.

Alega que a "Conclusão Fiscal" é roteiro de fiscalização aplicável somente a contribuinte lançado por estimativa e, fora desta aplicação, a Conclusão Fiscal não define saída sem emissão de documentação fiscal, pois o que apresenta simplesmente é um retrato em que as vendas foram menores que o custo das compras acrescido das despesas, podendo ser no máximo, um indício, mas não se aplica a contribuinte que emitiu todas as notas fiscais e que apura o imposto no

regime de débito/crédito.

Outra incorreção que entende ocorrida no trabalho fiscal consiste do não expurgo do valor do ICMS das entradas e dos estoques, conforme previsão da Legislação do IRPJ, acrescendo que o artigo 196 do RICMS/96 define que aplicam-se subsidiariamente ao ICMS as regras do IPI e dos impostos sobre o patrimônio e sobre a renda, no que forem aplicáveis.

A propósito, busca demonstrar em fls. 62/63 que, uma vez excluído o ICM contido nos valores das aquisições e dos estoques, e se considerado todo o período compreendido entre 01/01/96 e 31/12/97 restaria, ainda que a Conclusão Fiscal não seja aplicável ao seu estabelecimento, um montante tributável de R$ 604,00, diferença esta que não merece ser levada em consideração.

Por todos estes argumentos, requer o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco busca sustentar o feito fiscal, argumentando, em síntese, que:

- não restou caracterizada a insubsistência da peça fiscal;

- a Conclusão Fiscal é no caso, procedimento tecnicamente idôneo para apurar saída desacobertada de documentação fiscal, considerando que a Autuada não possui escrita contábil;

- a infração encontra-se devidamente tipificada nos autos;

as alegações apresentadas pela Impugnante não são suficientes para elidir o feito fiscal.

Pede a manutenção das exigências fiscais.

DECISÃO

Em fiscalização levada a efeito para fins de baixa de Inscrição Estadual, constatou o Fisco mediante "Conclusão Fiscal", a ocorrência de saída de mercadorias sem acobertamento de documentação fiscal, nos exercícios de 1996 e 1997.

Promovida a autuação, a Autuada, inconformada com as exigências que lhe são impostas, vem argüir a existência de erros insanáveis na peça fiscal, questionando ainda, o critério utilizado na apuração das irregularidades que lhe são imputadas.

Inicialmente, não há como acatar qualquer argüição de nulidade da peça fiscal em análise.

O fato motivador do lançamento foi narrado de forma clara e objetiva, propiciando à Autuada um perfeito entendimento da acusação fiscal e o exercício pleno do seu direito de defesa.

Os dispositivos legais tidos como infringidos foram corretamente nomeados na peça fiscal, bem como os que cominam as respectivas

penalidades. A menção feita no Relatório Fiscal anexo, ao inciso VI do artigo 194 em nada prejudica a regularidade da emissão da peça fiscal, vez que do próprio texto do Auto de Infração constou de forma clara o método utilizado pelo Fisco para apuração das irregularidades imputadas - Conclusão Fiscal - e o dispositivo legal que dá respaldo a este procedimento - artigo 194, inciso V, do RICM/96, não havendo pois o que se falar na alegada existência de "vício insanável" .

Verifica-se que também as intimações do lançamento são regulares, culminando com a apresentação da Impugnação tempestiva.

Portanto, não merece acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Quanto o mérito, o artigo 194 do RICMS/96, por seu inciso V define a Conclusão Fiscal como procedimento tecnicamente idôneo para apuração das operações realizadas pelo sujeito passivo. A Conclusão Fiscal, desde que observadas as restrições técnicas, principalmente no que se refere à eventual existência da escrituração contábil, e obedecidos os critérios legais para fins de apuração do valor mínimo de saídas, é método universalmente aceito para arbitramento de valores tributáveis, não existindo - como entendeu a Impugnante ao interpretar de forma equivocada informação contida em documento de uso exclusivo do Fisco, impedimento quanto à sua aplicação em estabelecimento sujeito ao regime de apuração do imposto por débito/crédito.

No caso presente, em seus levantamentos, o Fisco utilizou-se de valores declarados pela própria Impugnante em sua Declaração Anual do Movimento Econômico Fiscal (DAMEF) dos exercícios de 1996 e 1997 (fls.12/19), dada a inexistência de escrita comercial e contábil. A conclusão fiscal foi elaborada em conformidade com os princípios regularmente aceitos, tendo se limitado ao exame da escrita fiscal da Autuada, não tendo ferido em nada as normas contábeis, conforme alegado pela defesa, mesmo porque, esta não possui a escrita contábil.

Não houve por parte da Impugnante, qualquer contestação dos dados numéricos apurados na conclusão fiscal, limitando-se a discordar das exigências fiscais, pelos argumentos já relatados.

Assim sendo, restaram caracterizadas as infrações à legislação tributária, sendo legítimas as exigências fiscais conforme constantes do Auto de Infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª âmara de Julgamento do

CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 09/08/01.
Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente
Edmundo Spencer Martins
Relator

Acórdão: 15.068/01/3ª (publicado no DOE de 01/12/01)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – CALÇAMENTO. Evidenciada a emissão de documentos fiscais consignando valores diferentes nas respectivas vias. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso IX da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, MR e MI por emissão de documentos fiscais consignando valores diferentes nas respectivas vias.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 649/656), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 1428/1430**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Versa o presente feito sobre a exigência de ICMS, MR e MI por emissão de documentos fiscais consignando valores diferentes entre as 1ª via (destinatário) e as 2ª vias (fixa – arquivo), destinadas ao registro e a prestação de informações ao Fisco, no período de março 2000 a março de 2001.

Com tal comportamento, deixou de informar ao Fisco, uma base de cálculo no valor de R$ 1.131.604,05.

Após a recomposição da conta gráfica apresentou saldo do ICMS a recolher, no valor estipulado às fls. 42 dos autos.

O Contribuinte ao se ver as voltas com a ação do Fisco, tenta se livrar das imputações alegando não haver praticado infrações à

legislação tributária, ou seja, inserindo valores diferentes, entre as 1ª vias (destinatários) e 2 ª vias (fixa- arquivo). tal afirmativa, é totalmente infundada, haja vista que o ilícito encontra-se comprovado as fls. 10 a 642 dos autos.

Acosta aos autos cópias reprográficas de documentos, na expectativa de que venha a ser concedido créditos de ICMS, a ser abatido no processo de cobrança.

O art. 66 do RICMS/96, encontra-se assim redigido:

> *"O abatimento do valor do imposto, sob forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções previstas na legislação tributária e na hipótese do item 2 do § 1º.*
>
> *Item 2 do § 1º. - no documento de arrecadação utilizado para pagamento do pelo transportador autônomo ou empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscritos neste Estado, quando não houver emissão de CTRC.*

Art. 69 do RICMS/96 –

> *O direito ao crédito, para efeito de compensação do crédito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou bens para o qual tenha sido prestado os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, a escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação."*

Da vedação do Crédito.

Art. 70 do RICMS/96 –

> *"Fica vedado o aproveitamento do Imposto quando: VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, salvo caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia de documento, com o pronunciamento do Fisco e aprovação da autoridade Fazendária da circunscrição do Contribuinte.*

ART 67 do RICMS/96 –

> *" Valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em quem ocorrer a aquisição*

ou recebimento da mercadoria, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

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

1)- escrituração do seu valor no LRE, fazendo-se, na coluna, "observações" e no documento fiscal anotação da causa da escrituração extemporânea ;

2)- escrituração do valor no registro de apuração do ICMS fazendo-o no campo "outros créditos" se o documento fiscal houver sido lançado no LRE, consignando-se observações esclarecedora da ocorrência;

3)- comunicação do fato à repartição fazendária de sua circunscrição, no prazo das 5 (cinco) dias, contado do término do período de apuração do imposto em que o crédito foi apropriado."

Do registro de entrada

Art.166 do anexo 5 do RICMS/96 –

" a escrituração será feita a cada prestação e operação, em ordem cronológica da utilização do serviço e da entrada do estabelecimento ou, alternativamente, da data do respectivo desembaraço aduaneiro."

De tal sorte, o Fisco só tomou conhecimento da existência dos documentos acostados as fls. 688/1424, quando da Impugnação.

O parecer do DOET/CLT n º 043/2000 (parte), encontra-se assim redigidos:

ALINHANDO-NOS NA LIÇÃO DE GERALDO ATALIBA, TEMOS QUE O TEXTO CONSTITUCIONAL ADOTA UMA MODALIDADE DE REDUÇÃO DO IMPOSTO, OU SEJA, DO MONTANTE DO IMPOSTO A PAGAR ABATE-SE O MONTANTE (DE IMPOSTO) COBRADO NAS OPERAÇÕES ANTERIORES. ADEMAIS, PROCEDIMENTO FORMAL DO ABATIMENTO " INCUMBE AO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO; E NENHUM CASO O FISCO PODE SE SUBSTITUIR A ELE". NÃO SE PODE IMPOR AO FISCO QUE EXERÇA DIREITO QUE PERTENÇA A OUTREM, E CABE A SEU TITULAR, COM EXCLUSIVIDADE, O SEU EXERCÍCIO.

Dessa forma, preleciona Ataliba:

> O DIREITO DE ABATER É DO CONTRIBUINTE. DELE É O PODER JURÍDICO EMANADO DA CONSTITUIÇÃO; A FACULDADE DE SE FAZER VALER OS EFEITOS TÍPICOS DO ABATIMENTO CONSTITUCIONAL. SE QUISER, USA O DIRETO DE ABATIMENTO; SE NÃO QUISER NÃO O FAZ. SEU DIREITO É *EX LEGE,* MAS, DISPONÍVEL. A FAZENDA FICA, DIANTE DELE NA SITUAÇÃO PASSIVA DE TER QUE AGUARDAR - E ACEITAR - AS CONSEQÜÊNCIAS DE SUA DECISÃO, NÃO PODENDO FORÇA-LO A TAL EXERCÍCIO, NEM IMPEDI-LO.

Por tudo que foi anteriormente analisado, ou seja:

- provas incontestáveis do calçamento dos valores das notas fiscais;
- abatimento de "créditos" extemporâneos no processo de cobrança e ainda a falta da primeira via dos respectivos documentos; juntada de cópia reprográfica sem autenticação.

Face ao exposto, conclui-se pela procedência total das exigências fiscais contidas no Auto de Infração em comento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva e pela Impugnante o Dr. Paulo Acírio de Amariz Souza. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e Vander Francisco Costa

Sala das Sessões, 23/10/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor
Antônio César Ribeiro
Relator

3 – Crédito de ICMS

1999

Acórdão: 13.287/99/1ª (publicado no DOE de 26/06/99)

EMENTA

Mercadoria – Entrada e saída desacobertadas – Levantamento quantitativo – Comprovado nos autos que a Autuada promoveu aquisição e saída de carvão vegetal e aguardente de cana desacobertados de documentação fiscal. Exigências mantidas.
Crédito de ICMS – Aproveitamento Indevido – Lançamento de Nota Fiscal em duplicidade. Creditamento indevido referente a lançamento de N.F em duplicidade e aquisição de etiquetas de controle fiscal (selos) enquadrados como produtos de uso e consumo do estabelecimento. Corretas as exigências fiscais. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas e saídas desacobertadas de documentos fiscais, sendo detectado, também, através de verificação fiscal o aproveitamento indevido de créditos provenientes de registro em duplicidade de nota fiscal de produtor e aquisição de etiquetas adesivas de controle fiscal, contrariando o disposto no art. 16, VI, VII, IX e XIII da Lei 6763/75. Exigência de ICMS e MR com base no art. 55, II, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente Impugnação às fls. 88, contra a qual a DRCT/SRF/Rio Doce apresenta réplica às fls. 92/96.

DECISÃO

O procedimento do Fisco está previsto no art. 194, III, do RICMS/96. A Autuada em sua impugnação concorda com a imputação pela diferença apurada pelas saídas de aguardente de cana desacobertada de documentos fiscais.

O procedimento do Fisco que considerou indevidos os créditos relativos à aquisição de etiquetas de controle fiscal foi referendado pela própria Impugnante.

O creditamento em duplicidade da nota de produtor rural 180256 (fls. 44) foi devidamente demonstrado pelo Fisco.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ªCâmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora).

Sala das Sessões, 23/03/99.

Enio Pereira da Silva
Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

Carlos José da Rocha
Procurador da Fazenda

Acórdão: 799/99/5ª (publicado no DOE de 21/01/00)

EMENTA

Crédito do ICMS - Aproveitamento Indevido - Apurado pelo Fisco, mediante recomposição da conta gráfica do ICMS, o recolhimento a menor do imposto em decorrência do aproveitamento indevido de créditos destacados em Notas Fiscais de aquisição não apresentadas ao Fisco (Falta de 1ª Via), que as considerou extraviadas, bem como em face do extravio de diversas Notas Fiscais de Saídas, motivadoras do arbitramento fiscal procedido.

Obrigação Acessória - Falta de Apresentação de Documentação Fiscal - Os livros e documentos das escritas fiscal e comercial do contribuinte são de exibição obrigatória ao Fisco (artigo 50, Lei n° 6.763/75) e do descumprimento da norma impõe-se ao sujeito passivo a penalidade correspondente (artigo 54, inciso VII, da mesma Lei).

Infrações caracterizadas nos autos. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de parcelas do ICMS, MR(50%), MI(40%) e MI (Ufir), por ter o Fisco constatado que o contribuinte incorreu nas seguintes irregularidades:

1) Falta de apresentação de documentos fiscais exigidos pelo Fisco através de intimações a fls. 07 e 10, complementares ao TIAF n° 069223;

2) Recolhimento a menor do imposto devido no período de dezembro de 1998 a abril de 1999, apurado mediante recomposição da conta gráfica do ICMS, em decorrência do aproveitamento indevido de créditos do imposto destacado em Notas Fiscais de aquisição de

mercadorias não apresentadas ao Fisco, que as considerou extraviadas, bem como em face de extravio de diversas Notas Fiscais de saídas, listadas a fls. 13, que motivaram o arbitramento fiscal procedido a fls. 13/14;

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação a fls. 253/273, argumentando que no presente caso não há quaisquer razões materiais e existência de ato do qual resultasse prejuízo para o Estado, originado de recolhimento a menor do ICMS, posto que o crédito lançado nos livros próprios são legítimos e o extravio das Notas Fiscais não ocasionou falta de recolhimento do ICMS. Aduz que o Fisco Estadual, por premonição cabalística, alega que não foi recolhido ICMS, porque não admitiu o crédito destacado nas Notas Fiscais de entrada e presumiu um imposto superior na saída, ante a impossibilidade da empresa apresentar a documentação fiscal, dado ao lamentável extravio. Informa ser inerente à atividade da empresa a compra e venda, sendo razoável admitir que todas as entradas descritas no livro de registro de apuração do ICMS, efetivamente ingressaram no estabelecimento, justificando o crédito do imposto destacado nas Notas Fiscais. Discorre exaustivamente sobre o princípio constitucional da não-cumulatividade, arrimado no fato de que este se assenta no confronto entre os créditos pelas aquisições de mercadorias com os débitos das mercadorias vendidas, legitimando o seu direito à compensação, independentemente do extravio documental. Prossegue dizendo que o registro no livro próprio dos documentos contendo os créditos oriundos de aquisições de mercadorias, é a prova cabal de que existiam as notas fiscais de entrada e que estas foram registradas oportunamente. Sustenta que o extravio de documento fiscal não tem como conseqüência a falta de recolhimento do imposto, pois do contrário, restaria caracteriza a presunção, alheia a realidade fático-jurídica. Cita ensinamentos de renomados juristas pátrios no que diz respeito ao princípio da reserva legal e ao direito adquirido do creditamento do imposto, concluindo que não basta dizer que houve extravio de notas fiscais e, em conseqüência, recolhimento a menor do imposto: é preciso que o evento seja passível de incidência tributária e que os fatos tributáveis sejam comprovados. Diz que o nascimento da obrigação tributária depende de situação fática - saída de mercadoria tributada de estabelecimento comercial - e, quando se materializa, fala-se em pagamento do imposto, não sendo, pois o extravio de notas fiscais a determiná-lo. Finda pedindo a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta réplica a fls. 286/287, contra-argumentando

que a Impugnante faz alegações de direito, sem contudo provar em momento algum erros ou enganos cometidos no trabalho fiscal, bem como trazer à baila os documentos fiscais solicitados, deixando entrever que confirma o extravio dos mesmos, razão maior para o lançamento tributário formalizado no Auto de Infração. Finaliza pedindo a aprovação do feito fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer conclusivo a fls. 290/293, opina pela procedência parcial da Impugnação, no sentido de que seja excluída do crédito tributário a exigência da penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso XII, Lei n° 6.763/75, no valor de R$2.102.837,20, em relação ao aproveitamento de créditos provenientes de notas fiscais não apresentadas ao Fisco, por inaplicável à espécie.

DECISÃO

O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao contribuinte, está condicionado à idoneidade da documentação e a escrituração desta nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação tributária (artigo 30, Lei n° 6.763/75).

Com efeito, a legislação tributária veda o creditamento do imposto destacado em documento fiscal cuja primeira via do documento não é apresentada (artigo 63 c/c artigo 70, inciso VI, Parte Geral, RICMS/96). A Impugnante, no período fiscalizado, não apresentou nenhuma Nota Fiscal de aquisição de mercadorias, obrigando o Fisco a lançar mão dos Demonstrativos de Apuração e Informação do ICMS (DAPI), entregues pelo contribuinte e deles promover a quantificação do estorno a ser procedido em obediência ao mandamento regulamentar.

A Notificada não nega o extravio documental, porém, de outro lado, o Fisco não pode ficar a mercê de procedimentos dessa natureza, efetuados por contribuintes que descumprem a legislação tributária a que estão submetidos, sob pena de subverter o poder de império estatal. Na verdade, essas manobras escondem, até prova em contrário, outros objetivos, mormente aqueles que inibem qualquer iniciativa fiscal no sentido de aferir o estoque do contribuinte.

É cediço o fato de que para se fazer jus a determinados direitos, é preciso, antes, satisfazer as obrigações condicionantes e decorrentes. O direito ao creditamento do imposto se enquadra também nessa regra.

Para elidir a acusação fiscal, impunha-se a Autuada adotar as providências elencadas “in fine” do artigo 70, inciso VI, Parte Geral, RICMS/96. O princípio da não cumulatividade se assenta exatamente aí: os créditos legítimos devem ser compensados com os débitos legítimos.

Não obstante a infração relacionada com a entradas de mercadorias, o contribuinte extraviou as Notas Fiscais de saídas

relacionadas a fls. 13 dos autos, ensejando o arbitramento fiscal demonstrado a fls. 13/14. Essa irregularidade não foi contestada em momento algum pela Impugnante, restando devidamente caracterizada nos autos. O mesmo se dá com a infração relacionada com o descumprimento da obrigação acessória (falta de apresentação de documentos fiscais exigidos pelo Fisco).

Dentro das argüições de ordem constitucional, exaustivamente propalada pela Autuada em sua peça recursal, é defeso a esta Casa pronunciar-se, nos termos do artigo 88, inciso I, CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n° 23.780/84.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 5ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Guilherme Salles Miers e Antônio Leonart Vela.

Sala das Sessões, 03/11/99.
Sauro Henrique de Almeida
Presidente
Luigi Cesare Iannone
Relator

2000

Acórdão: 14.140/00/3ª (publicado no DOE de 01/07/00)

EMENTA

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido- Diversas Irregularidades. Aproveitamento de crédito de ICMS/ST referente a pneus, combustíveis, lubrificantes e material de limpeza, como também, de aquisições para o ativo imobilizado, no período de novembro/93 a dezembro/97, quando a empresa era optante pela base de cálculo reduzida e crédito presumido. Infração devidamente comprovada.
Aproveitamento de crédito de ICMS de nota fiscal lançada em duplicidade em abril/98. Irregularidade constatada.
Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a cobrança de ICMS e MR pelo não recolhimento e recolhimento a menor do imposto, no período de 11/97 a 05/98, apurado via recomposição da conta gráfica do contribuinte, por

aproveitamento indevido de créditos de:

1) ICMS/ST sobre diferencial de alíquota originário de aquisição de pneus, câmara-de-ar, combustíveis, lubrificantes e material de limpeza e, os provenientes da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, no período em que a empresa era optante pela base de cálculo reduzida e, posteriormente, pelo crédito presumido;

2) Apropriação do imposto destacado na nota fiscal 001.604, lançado no mês 04/98 em duplicidade, conforme consta da documentação anexa à fl. 139.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 165/217, com que espera que seja declarado improcedente o Auto de Infração, expondo ao seu favor, em síntese:

- que por ser uma empresa prestadora de serviços de transporte de passageiros, creditou-se, extemporaneamente, nos meses de Novembro/97 e Dezembro/97, do ICMS retido por substituição tributária relativo a diferencial de alíquota quando da aquisição de pneus, câmara-de-ar, combustíveis e material de limpeza. Esses créditos, tidos pelo Fisco por indevidos, não se referem ao ICMS da operação própria, ao contrário, correspondem ao ICMS/ST do diferencial de alíquota, pagos indevidamente, e que, por essa razão e nos termos do entendimento manifestado na Consulta Fiscal DOT/DLT/SRE nº 057/96, apropriara-se dos referidos valores por direito. A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.230/234, opina pela improcedência da Impugnação.

O Fisco às fls. 221/226 contra argumenta, em resumo:

- que as aquisições das mercadorias supra citadas ocorreram no período de Novembro/93 a Dezembro/97, época em que a Impugnante era optante pela base de cálculo reduzida de 20 % (vinte por cento) e, posteriormente, pelo crédito presumido, de idêntico percentual, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, estando, nessas condições, vedado o aproveitamento de quaisquer créditos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.230/234, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A infração referente a duplicidade de lançamento, foi quitada pela Impugnante por meio do DAE anexo à fl. 203, e foi excluído do crédito tributário, conforme consta do DCMM de fl. 219.

Em sua defesa, a própria Autuada reconhece não ter direito ao creditamento do ICMS uma vez optante pela base de cálculo reduzida, no entanto, se acha no direito de se creditar do imposto pela aquisição

para o ativo imobilizado. Ora, a legislação tributária, à época dos fatos, não deixa dúvida quanto a impossibilidade do aproveitamento de créditos de quaisquer natureza pelos contribuintes que optassem pela redução da base de cálculo e posteriormente crédito presumido, em substituição ao sistema normal de débito e crédito. A esse respeito, o RICMS/91, então vigente, assim estabelecia:

"Art. 71 – Nos casos abaixo especificados, a base de cálculo é:

(...) VIII – na prestação de serviços de transportes, exceto o aéreo, observado o disposto nos §§ 4º, 6º a 8º e 22, reduzida de 20% (vinte por cento);

(...)§ 6º - as reduções previstas nos incisos VIII e IX serão aplicadas opcionalmente pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, sendo vedada, nesse caso, a utilização de créditos fiscais relativos às entradas tributadas." (...).

Da mesma forma, o art. 75, VII, alínea "a", do RICMS/96, veda a utilização de quaisquer créditos, quando o contribuinte for optante pelo sistema de crédito presumido.

Assim, a inobservância aos dispositivos supracitados é, por si só, motivo suficiente para vedar o aproveitamento de créditos relativos às entradas.

De fato, a retenção prevista no artigo 821, parágrafo 2º, item 2 do RICMS/91, não se aplica quando o destinatário for empresa prestadora de serviço de transporte e os produtos forem estritamente necessários à prestação dos serviços e, na ocorrência do pagamento indevido de ST/diferencial de alíquota, conforme alegado pela Autuada, é seu direito de requerer a restituição do imposto. Entretanto, esse pedido, deverá ser formalizado e instruído na forma regulamentar em Processo Tributário Administrativo podendo a restituição ser efetuada em espécie ou em forma de crédito, tudo em acordo com que determina a lei, conforme dispõem os artigos de nºs 36 ao 41 da CLTA.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, considerando o valor já recolhido, por meio do DAE de fl.203 e já excluído do crédito tributário conforme DCMM de fl.219 dos autos. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Mussi Maruch e Antonio Leonart Vela.

Sala das Sessões, 16/04/00.

Luciana Mundim de Mattos Paixão

Presidente

Cleusa dos Reis Costa

Relatora

Acórdão: 14.572/01/2ª (publicado no DOE de 02/02/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Apropriação indevida de crédito de ICMS proveniente da aquisição de algodão em pluma, tendo em vista o benefício fiscal concedido pelo Estado de origem do produtor (GO), resultando no recolhimento a menor do Imposto, conforme apurado na Verificação Fiscal Analítica. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em documento fiscal, em decorrência de não ter sido pago integralmente por força de benefício fiscal concedido pelo Estado de origem do remetente das mercadorias.

Exigência das parcelas de ICMS e MR (50%)

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 196/206.

O Fisco manifesta-se às fls. 251/253, refutando as alegações da defesa, requerendo, ao final, a improcedência da Impugnação .

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 256/259, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O presente lançamento se refere ao crédito tributário constituído de ICMS e Multa de Revalidação, por ter o Fisco imputado à Impugnante a apropriação indevida de créditos do ICMS, relativos à aquisição de algodão em pluma de remetentes situados no Estado de Goiás, onde o poder executivo instituiu programa de incentivo ao algodão, criando o Fundo de Apoio à Cultura do Algodão que, entre outras providências, concedia aos produtores da fibra incentivo fiscal de até 75% do ICMS incidente sobre suas comercializações.

Através de Verificação Fiscal Analítica, recompondo a conta gráfica da Autuada, foram glosados valores de créditos tributários relativos ao período de abril a dezembro de 2000, correspondentes à diferença entre o valor destacado nos documentos fiscais e o efetivamente recolhido em função do incentivo fiscal unilateral.

O trabalho fiscal foi motivado pelas infrações ao disposto no parágrafo único do artigo 62 e no inciso VI do artigo 71, ambos do RICMS/96, que respectivamente assim dispõem:

> ***Art. 62*** *- O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.*
>
> *Parágrafo único - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.*
>
> ***Art. 71 -*** *O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:...*
>
> *VI - tiver o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no parágrafo único do artigo 62 deste Regulamento.*

A Autuada assevera que o disposto no citado inciso VI do artigo 71 não encontra respaldo na Lei nº 6.763/75, estando o AI sem a devida fundamentação legal. De fato, a redação do artigo regulamentar não reproduz literalmente nenhum dispositivo da citada lei. No entanto, conforme observação de Medeiro da Silva, citado por Hely Lopes Meirelles (in "Direito Administrativo Brasileiro"), "a função do regulamento não é reproduzir, copiando-se literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido".

O RICMS/96 trás de modo explícito a determinação de se estornar o crédito no caso em que o montante do imposto corresponder à vantagem econômica decorrente da concessão de benefício fiscal, em desacordo com o disposto na alínea "g", inciso XII, § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

Este dispositivo constitucional remete à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de

mercadorias, sendo que sua inobservância acarretará, conforme seu artigo 8º, a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria.

Como se pode observar, além do regulamento mineiro, a lei complementar determina o estorno do crédito, seja por ter sido destacado, mas não cobrado na origem, ou por ter sido oriundo de isenção unilateral, contrariando o disposto na Lei nº Complementar n.º 24/75.

Assim, face ao disposto na legislação supra mencionada e a norma prevista no Art. 88, inciso I da CLTA/MG, correto o lançamento fiscal, com a ressalva de não ter sido cobrada a reincidência, conforme prevista no § 7º, do artigo 53, da Lei n.º 6.763/76.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida que o julgava improcedente, por considerar não haver previsão legal dos estornos no art. 32 da Lei nº 6.763/75. Participaram do julgamento, além do supramencionado e da signatária, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 17/10/01.
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Presidenta/Relatora

4 - Crédito Tributário – Depósito Judicial - Decadência

1999

Acórdão: 13.983/99/1ª (publicado no DOE de 26/09/00)

EMENTA

Crédito Tributário – Lançamento – Depósito Judicial – Ação Declaratória – A Autuada interpôs ações judiciais contra a Fazenda Pública Estadual. O depósito judicial não tem o efeito de impedir o lançamento. O Fisco tem o direito/dever de constituir o crédito tributário para evitar a decadência. Correta a exigência do ICMS, ficando, porém, prejudicado o julgamento do mérito, nos termos do

art.11 da CLTA/MG. Entretanto, é indevida a Multa de Revalidação-MR-, pois o contribuinte não cometeu nenhuma irregularidade. Impugnações parcialmente procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Autuada interpôs, entre o período de setembro de 1993 e agosto de 1994, 03 (três) Ações Ordinárias de Preceito Negativo de Crédito Tributário (Declaratórias) contra a Fazenda Pública Estadual e obteve autorização judicial para efetuar depósitos dos valores referentes às parcelas que entende indevidas, ou seja, a empresa entrega o DAPI com valores que o Fisco entende como correto, porém, recolhe parte para o erário e deposita judicialmente a diferença objeto da discussão. As ações judiciais, cujas petições iniciais constam dos autos, versam sobre o seguinte:

1ª) Processo 18.885, da 1ª Vara Cível de Poços de Caldas – Correção Monetária do ICMS na forma do Decreto Nº 35.496/94 e Resolução Nº 2.521/94;

2ª) Processo 19.302, da 1ª Vara Cível de Poços de Caldas – Questionamento do Cálculo "por dentro" ou "por fora" do ICMS, eis que na forma exigida pelo Fisco o tributo incide sobre ele mesmo;

3ª) Processo 5.094 da 3ª Vara Cível de Poços de Caldas – Incidência do ICMS sobre os encargos financeiros cobrados pela Autuada na suas vendas a prazo.

Em julho de 1998, o Fisco lavrou os Autos de Infração supracitados para constituir o crédito tributário referente à diferença entre o valor do ICMS declarado em DAPI e o efetivamente recolhido ao erário estadual. Exige-se as parcelas de ICMS e Multa de Revalidação – MR. (para fins de identificação das peças que compõem estes PTA, mencionaremos, por ser comum, apenas as fls. do **PTA 03.000204720-42**).

As autuações, nos termos do art.65-I- da CLTA/MG, não poderiam ser discutidas no CC/MG (crédito tributário não contencioso).Entretanto, a ora Autuada obteve liminar para que suas Impugnações fossem apreciadas por esta Casa (fls.124/125).

As Impugnações versam basicamente sobre a possibilidade do Fisco efetuar o lançamento mediante lavratura dos Autos de Infração, bem como sobre a exigência da Multa de Revalidação (MR).

A Auditoria Fiscal emitiu parecer de fls.126/127. Esta Câmara, na sessão do dia 09/04/99, determinou nova manifestação da Autuada e que o Fisco apresentasse Réplica (fl.128).

Em cumprimento ao determinado, as partes compareceram aos autos (fls.129 a 149). A Auditoria Fiscal emite novo parecer

(fls.151/152).

Na sessão do dia 13/07/99, esta Câmara, atendendo pedido da Impugnante, suspendeu o julgamento até a manifestação da Procuradoria da Fazenda a respeito da fase de tramitação das ações judiciais. Tal determinação foi cumprida com as informações prestadas pelo Subprocurador-Geral de Defesa Contenciosa.

Novamente a Impugnante comparece aos autos. Protocoliza petição, no dia 18/10/99, juntando cópia de decisão do Tribunal de Justiça referente a uma das ações judiciais (aquela do processo nº 19.302) e requerendo, ao final, o cancelamento do julgamento das Impugnações e o arquivamento definitivo dos PTA.

DECISÃO

Preliminarmente, deve ser analisado o Requerimento da Autuada, protocolizado no dia 18/10/99.

O pedido da ora Requerente vai de encontro à determinação do Juiz da 2ª Vara Cível de Poços de Caldas(doc. de fl.125), que tem o seguinte teor: *" ... encaminhe ao Conselho de Contribuintes as defesas relacionadas no ofício anexo, para que o referido órgão conheça das defesas, dando-lhes a decisão que melhor lhe aprouver"*.

A Requerente menciona a fase de tramitação de apenas 01(um) dos 03(três) processos judiciais e, mesmo assim, não coincide com a informação prestada pelo Subprocurador da Fazenda.

Acatar o pedido da Requerente significaria suspender o julgamento dos PTA até a decisão final do Poder Judiciário em todos os 03 processos, impedindo que a Procuradoria da Fazenda Estadual ajuíze a Execução Fiscal por dependência.

O indeferimento do Requerimento não trará nenhum prejuízo para a Requerente, pois, quaisquer que sejam os resultados finais das ações ajuizadas, haverá o encontro de valores a ser apurado nos autos das ações judiciais (Declaratórias e Execução Fiscal).

Quanto às Impugnações, faz-se necessário ressaltar que as mesmas contestam a lavratura dos Autos de Infração, bem como a exigência das parcelas de ICMS e MR..

No caso dos autos, não houve recolhimento do ICMS, mas apenas DEPÓSITOS JUDICIAIS efetuados com autorização judicial e nos valores que a ora Autuada entendeu como corretos, sem homologação da Administração Fazendária.

Ao contrário do alegado pela Impugnante, o depósito judicial, no caso dos autos, não suspende a exigibilidade do crédito tributário, pois foram efetuados quando ainda não havia "exigibilidade" e nem se conhecia qual era o "montante integral" , ou seja, o crédito tributário ainda não estava constituído. Portanto, não poderia haver suspensão do que ainda não existia.

O crédito tributário é constituído pelo lançamento, que deve ser formalizado mediante lavratura de Auto de Infração (art. 142 do CTN c/c art.58 da CLTA/MG), somente podendo ser exercido tal direito/dever pelo Fisco no prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do art.173 do CTN.

O depósito judicial não tem o efeito de impedir o lançamento do crédito tributário, pois não é pagamento do ICMS e, por conseguinte, não é modalidade de extinção do crédito tributário. A lavratura do Auto de Infração é atividade administrativa vinculada e obrigatória que, se não exercida no prazo de 05 anos, é fulminada pela decadência.

Portanto, o Fisco tem o direito de efetuar o lançamento para exigir o ICMS. As Impugnações interpostas suspenderiam a exigibilidade do crédito tributário (art.151-III – do CTN) se tivessem regular tramitação nesta instância administrativa. Entretanto, o mérito da exigência do ICMS está sendo discutido na via judicial por opção do contribuinte e, em sendo assim, nos termos do art. 11 da Consolidação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais- CLTA/MG- aprovada pelo Decreto Nº 23.780, de 10/08/84, fica prejudicado o julgamento na esfera administrativa.

Diferente é a exigência da parcela da Multa de Revalidação - MR-, pois a empresa ora Autuada não cometeu nenhuma irregularidade, mas, apenas exerceu o seu direito de recorrer ao Judiciário contra o que considera indevido, fazendo-o antes da ação fiscal mencionada no art. 56-II- da Lei 6763/75.

Acrescente-se, ainda, que a ora Impugnante não pode ser equiparada àquele contribuinte que nada paga ou deposita, optando por aguardar o aparelhamento fiscal para detectar sua inadimplência. O depósito judicial, no caso de derrota da tese defendida pela Autuada, eqüivale a uma “penhora antecipada.”.

Os Autos de Infração foram lavrados para garantir o direito de constituir o crédito tributário. O pagamento do ICMS somente será devido após a decisão final do Poder Judiciário, se favorável à Fazenda Pública Estadual.. Não houve ação fiscal. Não há falta de pagamento do ICMS. Por conseguinte, inaplicável o disposto no art. 56-II-c/c art.53-III- ambos da Lei Nº 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, preliminarmente, em indeferir o Requerimento protocolizado pela Autuada no dia 18/10/99. Quanto às Impugnações, julgar parcialmente procedentes para excluir a exigência da MR e considerar, nos termos do art. 11 da CLTA/MG, prejudicado o julgamento do mérito da exigência do ICMS. Decisões unânimes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva Luiz

Fernando Castro Trópia (Revisor).

Sala das Sessões, 25/10/99
Enio Pereira da Silva
Presidente
Itamar Peixoto de Melo
Relator

2000

ACÓRDÃO: 14.398/00/3ª *(PUBLICADFO NO DOE DE 20/01/01)*

EMENTA

Prestação de Serviço de Comunicação - Decadência. Constatado constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública, relativamente ao exercício de 1994, após ter decaído seu direito, nos termos do art. 173 - I do CTN.

Prestação de Serviço de Comunicação - Diferenças de ICMS. Argüição pelo Fisco de diferenças no lançamento do ICMS relativas aos serviços oferecidos à tributação, além de aplicação errônea de alíquota. Constatado que a Autuada deixou de levar à tributação diversos serviços, alegando, em parte, tratar-se de serviços sujeitos à isenção (itens 95 e 96, Anexo I, RICMS/96), sem, contudo, demonstrar quais se sujeitavam ao benefício por ela argüido. Constatação, portanto, das diferenças argüidas, ressalvada a utilização correta pela Autuada da alíquota (multiplicador) nas operações de exportação. Infração parcialmente caracterizada. Crédito Tributário reformulado. Exigência parcialmente mantida.

Prestação de Serviço de Comunicação - Serviços Não Levados à Tributação. Constatado que a Autuada deixou de levar à tributação diversos serviços alegando que o Convênio ICMS 69/98 ampliou indevidamente a hipótese de incidência do imposto, em desacordo com a própria previsão constitucional. Constatado, conclusivamente, que o referido Convênio veio apenas explicitar o que já estava previsto em lei complementar. Infração plenamente caracterizada. Exigência mantida.

Prestação de Serviço de Comunicação - Serviços Levados à Tributação por Valores Inferiores aos Efetivamente Pagos pelos Usuários. Constatado ter a Autuada tributado serviço de

comunicação (cartões indutivos) por preço inferior ao pago pelo usuário, em desacordo com o art. 44 - X do RICMS/96. Infração plenamente caracterizada. Exigência mantida.
Lançamento parcialmente procedente para excluir as exigências fiscais relativas ao exercício de 1994 e considerar a reformulação do crédito tributário de fls. 570/575 dos autos. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS decorrente de :

a) - erro de cálculo na apuração (aplicação errônea de alíquota) – 1994/1998;

b) - não oferecimento à tributação de diversos serviços de comunicação prestados – 1994/1998;

c) - tributação sobre preço inferior ao pago pelo usuário final de serviço de comunicação, quando das saídas de cartões indutivos a distribuidores – 1997/1998.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 420/455), por intermédio de procuradores regularmente constituídos (fl. 456), comprovando o recolhimento da taxa de expediente à fl. 563.

Afirma que o Convênio ICMS 69/98 é ilegítimo para fundamentar exigências fiscais, porque amplia o campo de incidência do imposto incidente sobre prestação de serviço de comunicação, com a inclusão de outros de valor adicionado não compreendidos no conceito, a teor da Lei 9.472/97. Além do mais, fora empregado com efeito retroativo, em desrespeito ao princípio da segurança jurídica, vulnerando o CTN e a CF 88.

Assegura que os serviços prestados ao provedor do 900/0900 (inclusão nas contas e cobrança dos débitos relativos ao acesso) não são de comunicação, portanto, não tributáveis pelo ICMS, da mesma forma que os executados para o telegrama fonado, serviço este de comunicação, mas de responsabilidade exclusiva dos Correios.

Interpreta teleologicamente dispositivos da LC 87/96 (art. 3º, II; 32, I) c/c outros da CF (art. 155, § 2º, XII, "e") e conclui, sob alegado respaldo em Nota emitida pelo Ministério das Comunicações, pela exclusão da tributação da telefonia internacional.

No que tange os descontos incondicionais concedidos na venda

de cartões indutivos a distribuidores, considera-os não integrantes da base de cálculo, a pretexto de esta dever ser o valor da operação e não o constante de tabelas.

Alega, ainda, que as diferenças de ICMS apontadas pelo fisco têm por razões a não aplicação da redução de BC de 48% sobre o preço cobrado nas ligações internacionais e a não exclusão dos serviços isentos e não tributados, a exemplo dos prestados aos órgãos públicos estaduais e do chamado "telefone a serviço" (PABX da empresa), faturado para efeitos gerenciais.

Arremata, apontando o fato de que o fisco, tanto nas diferenças apuradas quanto no levantamento relacionado aos "serviços não tributados", embutiu o ICMS na BC, sem que tenha se dado o fenômeno da repercussão.

Conclui, pedindo o cancelamento do AI.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 830/835**,** refuta as alegações da defesa.

Argumenta, quanto à suscitada inconstitucionalidade do Convênio ICMS 69/98, que o CCMG, segundo art. 88 da CLTA/MG, não é órgão competente para declará-la, como também não para negar aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Rejeita a argüida ofensa à não-retroatividade da legislação tributária, ao fundamento de que o Convênio 69/98 visava apenas esclarecer a tributação do serviço de comunicação e uniformizar procedimentos.

Destaca que não há relação contratual entre o provedor e o usuário dos serviços 900/0900, cobrados a preço final na conta telefônica e disponibilizados pela Autuada, razão da incidência do imposto, o que também se aplica ao telegrama fonado.

Avoca a Consulta 062/2000 DOET/SLT/SEF, de 18.04.2000, para fulminar a assertiva de que as ligações internacionais não se sujeitam à tributação do ICMS.

Relativamente à não inserção do desconto na BC do ICMS, quando do repasse dos cartões indutivos aos distribuidores, acentua que o usuário final paga o valor tarifário total fixado pelo órgão competente, valor este a ser tomado como imponível para a tributação, nos termos do art. 40, Anexo IX, do RICMS/96.

Por fim, diz que a Impugnante não provou resultarem as diferenças de ICMS detectadas da exclusão dos serviços isentos/não-tributados e, quanto à redução da BC nas ligações internacionais, a correção já se fizera às fls. 570 e 685 do PTA.

Conclui, pugnando pela manutenção integral das exigências.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 838/846, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Cumpre, de início, observar que foram objeto de fiscalização e ensejaram crédito tributário em favor do Estado os exercícios de 1994 a 1998, sendo que o AI foi gerado em 01.02.2000, com intimação ao sujeito passivo em 14.02.00 (fls. 04).

Pelo disposto no art. 173, I, do CTN, em 31.12.1999, precluíra o prazo para que a Fazenda Pública Estadual pudesse constituir crédito tributário relacionado com o exercício de 1994, razão pela qual impõe-se, de justiça, decidir pela exclusão das parcelas de ICMS e MR relativas àquele exercício.

DO MÉRITO

Diferenças de ICMS (aplicação errônea de alíquota)

Com base em banco de dados fornecido pelo Contribuinte, após intimação, bem como na escrita fiscal, o Autuante detectou, durante os exercícios de 1994 a 1998, diferenças no lançamento do ICMS relacionadas com serviços de comunicação oferecidos à tributação, conforme planilhas às fls. 123/354.

Apresentam essas planilhas, por código e identificação dos serviços, os valores mensais sem inclusão do tributo, tanto da telefonia fixa quanto da móvel celular, com respectivas colunas de imposto lançado. A partir desses dados, o Fisco aplicou alíquota, ora de 18%, ora de 25%, que resultou em duas outras colunas, correspondentes ao ICMS devido e em mais duas concernentes às diferenças apuradas (telefonia fixa e móvel).

Na apuração, o Fisco utilizou-se da mesma técnica que a Autuada, primeiramente embutindo o imposto para encontrar a BC tributável e, em seguida, fazendo incidir a alíquota própria.

Vale lembrar que os serviços com alíquota de 25% restringem-se aos da modalidade de telefonia.

Após Impugnação, o Autuante refez as planilhas de apuração (fls. 695/824) para, em relação aos serviços de telefonia internacional, reduzir a BC em 48%, equivalente ao multiplicador 13%.

De salientar-se que essa redução, oriunda do Convênio ICMS 27/94, surtiu efeitos a partir de 30/04/94, por força do Decreto 35.553/94.

É importante alertar que, muito embora o Sr. Fiscal tenha denominado a irregularidade de “aplicação errônea de alíquota”, na verdade, o que percebera foram erros de cálculo ou diferenças não

justificadas com o emprego das alíquotas respectivas.

A Impugnante tenta justificar tais diferenças, alegando a não aplicação, pelo Fisco, da redução da BC em 48% nas ligações internacionais, durante o período que vai de 30/04/94 a outubro/96, bem como da não exclusão dos serviços isentos prestados a órgãos públicos estaduais (**v.g.** fls. 537/562) ou prestados dentro da empresa (**v.g.** telefone a serviço - PABX - para uso interno na empresa, com faturamento para fins gerenciais). Complementa, informando sobre a inviabilidade técnica e operacional de se criarem códigos distintos para idênticos serviços em razão de isenção para um tomador e tributação para outro.

Verifica-se que o trabalho fiscal se baseou nos próprios arquivos magnéticos disponibilizados pela Autuada. Nesses arquivos havia tanto códigos relativos a serviços tributados como códigos relativos a serviços não tributados.

Inicialmente, para subsidiar a tomada de decisão relativamente a esse item do trabalho fiscal, deve-se compilar a legislação que dá suporte à exigência fiscal em comento. O fato gerador da prestação de serviço de comunicação está previsto no artigo 6º, inciso XI da Lei 6763/75, a saber:

> ***Art. 6º*** *- Ocorre o fato gerador do imposto:*
>
> *XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte;*
>
> *Efeitos de 13/03/89 a 31/10/96 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 15, II, da Lei nº 9.758, de 10/02/89 - MG de 11:*
>
> *"XI - na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte."*

A alíquota está prevista no artigo 12 da Lei 6763/75.

> ***Art. 12*** *- As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e*

nas prestações de serviços, são:

I - nas operações e prestações internas:

a - 25% (vinte e cinco por cento), nas operações com as mercadorias e nas prestações de serviços relacionados na Tabela "F", anexa a esta Lei;

II - nas operações e prestações interestaduais:

a - quando destinadas às regiões Sul e Sudeste: 12% (doze por cento);

b - quando destinadas ao Estado do Espírito Santo e às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

b.1 - a partir de 1º de junho de 1989: 8% (oito por cento);

b.2 - a partir de 1990: 7% (sete por cento);

TABELA F
(a que se refere a alínea "a" do inciso I do artigo 12 daLei nº 6.763, de 26/12/75)

MERCADORIAS E SERVIÇOS

10- Serviço de comunicação na modalidade de telefonia.

A base de cálculo do imposto está definida no artigo 13, inciso VII do mesmo diploma legal, a saber:

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

VII - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

Assim, fundamentado nessas previsões legais e nos dados constantes dos arquivos apresentados pela Empresa, o Fisco verificou aqueles serviços onde houve tributação legal e regular e aqueles onde não houve, constituindo, dessa forma, a exigência referente ao primeiro item do Auto de Infração.

A Autuada, por sua vez, refutou as exigências fiscais fundamentando-se em argumentos evasivos, sem consistência legal ou jurídica.

O Fisco, respaldando-se no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, comprovou de forma clara e concisa, a partir das planilhas disponibilizadas pela Empresa, os fundamentos da exigência fiscal.

A Autuada, por sua vez, refutou de forma genérica esse item do trabalho fiscal, alegando inviabilidade técnica e operacional para se criarem novos códigos relacionados com prestações não sujeitas à incidência do imposto. Especificamente em relação à acusação fiscal, referente ao item analisado, alegou apenas haver serviços sujeitos ao instituto da isenção (itens 95 e 96 do Anexo I do RICMS/96) sem, contudo, precisá-los.

Entende-se que o ônus da prova, consubstanciado no inciso II do dispositivo do CPC acima mencionado, ou seja, *o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor* não foi devidamente comprovado pela Autuada em sua Impugnação.

Dessa forma, entende-se plenamente correta a exigência fiscal referente a esse primeiro item do Auto de Infração.

Não oferecimento à tributação de diversos serviços de comunicação prestados – 1994/1998

De fls. 23 a 122, o Autuante relacionou diversos serviços de comunicação prestados pelo contribuinte objeto de tributação, mas que não teriam a ela sido oferecidos, de 1994 a 1998.

Trazidos os dados relativos ao preço dos serviços, por código e identificação, tanto da telefonia fixa quanto da móvel celular, via banco fornecido em arquivos magnéticos, o Fiscal embutiu o ICMS à alíquota de 18% ou 25%, conforme cabível, fazendo incidi-la em seguida e levantando, período a período, o imposto devido.

Na Impugnação, o sujeito passivo desenvolve argumentos defensivos diversos, a serem tratados em seqüência, dos quais o Fisco acatou, além da redução da BC em 48% nas prestações internacionais, apenas a necessidade de exclusão da parcela da BC majorada com a inclusão do imposto. Entendeu que cabia procedência à alegação de que não se poderia exigir tributo sobre a parcela que não fora objeto de repercussão. Essa aquiescência a duas das alegações implicou no refazimento dos cálculos, o que se vê às fls. 580/680.

Quer a Impugnante que o Fisco alicerçara a exigência no Convênio ICMS 69/98, inconstitucional, dado que ampliara a BC, o que só se admite por lei complementar, além do que se utilizara indevidamente da retroatividade.

Entende-se equivocado essa alegação. Se bem que determinados serviços suplementares ou de valor adicionado (relacionados com acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações) conceitualmente não se constituam serviço de telecomunicação, a teor do art. 61, § 1º, da Lei Federal 9.472, de 16/07/97, não significa que não pertençam ao gênero "comunicação" ou que não possam integrar a base de cálculo do ICMS.

Utilizar-se do serviço de telecomunicação implica por si mesmo, mor das vezes, na obrigatoriedade fática, por imposição unilateral do prestador, de se servir dos suplementares ou outros de valor adicionado. Desse modo, a exemplo, o usuário da telefonia móvel celular não usufrui do estrito serviço de telefonia se não tiver havido habilitação, nem pago a assinatura etc.

Quem, por força da CF, estabelece a BC do imposto é a lei complementar. Eis que, da entrada em vigor da Constituição de 88 até o advento da Lei Complementar 87/96, o instrumento, com força de LC, que regulamentava a matéria era o Convênio ICM 66/88, aliás, com idêntica redação desta última.

Convênio 66

Art. 4º - A base de cálculo do imposto é:

(...)

VI – na prestação de serviços de transporte interestadual intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço.

Art. 7º - Integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a:

I – seguros, juros e demais importâncias recebidas ou debitadas, bem como bonificações e descontos concedidos sob condição; (grifo aposto)

Lei Complementar 87/96

Art. 13 – A base de cálculo do imposto é

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço

(...)

§ 1º - Integra a base de cálculo do imposto

(...)

II – o valor correspondente a:
– seguro, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sem condição; (grifo aposto)

De ver-se que, desde a primeira regulamentação normativa do ICMS, seja para operação, seja para prestação de serviço, as "demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas" integram a base de cálculo. Por isso, tanto o Convênio ICMS/02/96 (de 27.03.96) quanto o 69/89 (de 29.06.98), segundo constata-se, vieram apenas explicitar o que já estava previsto, posto que de forma genérica, no Convênio ICM 66/88 e na Lei Complementar 87/96.

O desenvolvimento tecnológico no setor de comunicações resulta cada dia em mais serviços suplementares e facilidades adicionais otimizadoras e agilizadoras do processo de comunicação, portanto a ele voltados e tributáveis por se inserirem na BC do ICMS.

Não se tratam ditos Convênios (02/96 e 69/98), com respectivas repercussões no Regulamento Estadual, de normas interpretativas, tampouco inovadoras, de maneira que não se pode taxá-los de ampliadores inconstitucionais de base de cálculo do serviço de comunicação.

Por essa mesma razão, também não merece acolhida a injustificada imputação impugnatória de que o Fisco utilizara norma ampliadora de base de cálculo para exigir tributo.

De acrescer-se que os serviços suplementares voltados à prestação de serviço de comunicação, porquanto signifiquem importâncias recebidas ou debitadas, têm a mesma natureza dos juros, seguro e bonificações para integrarem a base de cálculo.

Vale frisar não se confundirem, porque de natureza jurídica distinta, fato gerador e base de cálculo.

Posto que não se constitua matéria de competência do CCMG a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, a exigência do ICMS sobre os serviços não oferecidos à tributação, conforme levantamento fiscal, afigura-se medida adequada no contexto normativo positivo e segundo a sistemática constitucional.

- **Do serviço 900/0900 e do telegrama fonado**

Ao defender-se da imposição fiscal relativa a tais serviços, a Impugnante esclarece que sua atividade atém-se a manter em funcionamento os meios necessários à prestação de serviço ao provedor, incluir e cobrar os débitos relacionados com o acesso.

Os elementos conceituais doutrinários, carreados pela Impugnante à fl. 427, laboram pró Fisco. Deles se deduz que "o imposto não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a prestação de serviço de comunicação. Por outras palavras, incide nos negócios jurídicos que têm por objeto uma obrigação de fazer, consistente em realizar a comunicação ou oferecer condições para que ela se concretize". "...o serviço de comunicação tributável por meio do ICMS perfaz-se com a só colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens".

Argumento relevante, sob ponto de vista jurídico, trazido pelo Autuante, é o de que , em tais serviços, o liame contratual que se estabelece é entre a Impugnante e o usuário final do serviço, nada vinculando este e os chamados "provedores".

De observar-se, outrossim, que a Autuada, além de cobrar "para si" a comissão de R$0,45 por chamada faturada mensalmente, no caso do 900/0900, recebe também R$200,00 e todos os impostos referentes a cada número 900 disponibilizado (ver cláusula 7ª do contrato com provedor – fl. 481).

Ora, nada mais coerente do que se exigir, nessas circunstâncias, da Autuada, o ICMS incidente sobre o valor cobrado do usuário final.

Da mesma forma, quem cobra do usuário final o serviço de telegrama fonado é a Autuada, cabendo-lhe recolher o imposto incidente sobre o total do serviço de comunicação prestado.

Naturalmente, há que admitir-se tenha direito a crédito do imposto incidente sobre os serviços-insumos prestados pelos provedores e pelo Correio, quando pago.

Analisando os contratos firmados por estes com a Autuada, percebe-se que a última é quem figura como contratada e não como tomadora de serviço, o que, entretanto, não pode ser oposto à Fazenda Pública.

Não é demais lembrar que as cópias dos contratos firmados com provedor e Correio datam de novembro/98 e setembro/99, respectivamente, o último completamente fora do período de autuação.

- Dos serviços de comunicação internacional

A Impugnante recusa-se a admitir tributação sobre essa modalidade de serviço, defendendo a tese de que constitui "exportação de serviço" e, como tal, a partir do advento da LC 87/96, estaria afastada do campo de incidência do ICMS.

Não se pode evidentemente confundir "serviço de comunicação internacional" com exportação de serviço.

De fato, a exportação de serviço está amparada pela não incidência do imposto, o que não é o caso de um serviço de comunicação internacional, em que o tomador esteja situado no território nacional.

Elemento fundamental na prestação do serviço de comunicação, para efeito de se identificá-lo como nacional ou exportado, é a figura do destinatário, em regra, quem o remunera.

Para que se caracterize a exportação, há que, em contrapartida, ocorrer o ingresso de divisas no país.

Clara deve restar a distinção entre "destinatário da mensagem", que, na intercomunicação (troca de mensagens) é emitente ou destinatário, porque se revezam, e "destinatário do serviço de comunicação, o tomador".

A posição, no caso, que a Auditoria e o Fisco adotam é a esposada pela Fazenda Estadual, conforme estampada na Consulta 062/2000 – DOET/SLT/SEF, de 18.04.2000, com fragmentos transcritos:

Em conformidade com manifestações anteriores desta mesma Diretoria de Orientação Tributária, o serviço de comunicação se perfaz na medida em que o prestador de serviço de comunicação dispõe dos meios necessários à prestação de serviço e se propõe a realizá-lo e o destinatário recebe o direito à percepção do mesmo.

Tal entendimento encontra respaldo em parecer da lavra do auditor tributário do Distrito Federal, integrante do Grupo de Trabalho ICMS/Comunicações da COTEPE, Dr. Mário Celso Santiago Menezes, do qual extraímos o seguinte:

> *"Serviço é, portanto, um bem útil (com demanda em mercado) não corpóreo, imaterial, intangível.*
>
> *O art. 1.216 do Código Civil define locação de serviço como sendo:*
>
> *"O contrato pelo qual uma pessoa se compromete a prestar certa atividade a outrem, mediante contraprestação ou remuneração."*
>
> *É sem dúvida, uma obrigação de fazer (do prestador em favor de terceiro), enquanto a venda de mercadoria é uma obrigação de dar.*
>
> *Presentes nesta relação obrigacional estão as figuras do prestador e a do usuário (ou tomador ou destinatário) do serviço, isto é, o contraprestador (o cliente, aquele que paga o preço).*
>
> *O Doutor Alcides Jorge Costa, ex-Professor da Cadeira de Direito Tributário da Universidade de São Paulo, "ghost-writer" da*

Lei Complementar 87, coloca como condição primeira para se entender os serviços de comunicação a distinção entre meio e mensagem.

Para aquele tributarista a prestação do serviço existe sempre que alguém coloque à disposição de terceiros o meio veiculador que permitirá o transporte da mensagem do cliente (Palestra proferida na Comissão Técnica Permanente do ICMS/CONFAZ, em 13/11/97).

No mesmo sentido é a pena de Roque Carraza, em sua obra ICMS, Malheiros, 4º Edição, 1997, pp. 115/116, onde leciona que :

"O serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a só colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens (...)São irrelevantes, para fins de ICMS, tanto a transmissão em si mesmo considerada (relação comunicativa), como o conteúdo da mensagem transmitida."

Hugo de Brito Machado, em seu Aspectos Fundamentais do ICMS, Dialética, p. 63, ao abordar o assunto serviços prestados ou iniciados no exterior, leciona:

"Parece-nos, porém, que relevante é saber quem remunera o serviço, pois tal circunstância é quem indica o destinatário deste (...) Destinatário do serviço não se confunde com destinatário do objeto transportado, ou da comunicação, constitui execução do contrato de prestação de serviço..."

Tais conceitos são de extrema importância para o entendimento da expressão "exportação de serviços" elaborado a partir das citações e ainda com base em analogia com a remessa de produtos para o exterior, tem-se que o cliente, o tomador do serviço (quem paga a conta em moeda estrangeira) deve estar no exterior e o prestador do serviço (o exportador) está situado no País e o negócio deve redundar em ingresso de divisas por meio de contrato de câmbio.

Não interessa aqui o destino da mensagem mas sim o do serviço (até porque, num telefonema internacional, mensagens vêm e vão, circulam de um ponto ao outro entre o emissor e o receptor). A mensagem pode até se destinar a ponto fora do território brasileiro, mas se o destinatário do serviço (tomador ou assinante) e a prestadora aqui se encontram, não há que se falar em serviço destinado ao exterior.(...)

Não se considera exportação de serviços, nem serviço

destinado ao exterior, a ligação internacional realizada por (e tarifada contra) assinante localizado no Brasil que a paga em reais. Essa prestação de serviços tem caráter meramente doméstico e não de exportação, não sendo abrangida pela isenção teleológica da Lei Kandir, que visa ao barateamento das exportações brasileiras de modo a dar maior competitividade ao setor produtivo nacional.(...)"

Assim sendo, não interessa o destino da mensagem mas sim, o do serviço que vem a corresponder ao do contratante/usuário que contrata o prestador para que este lhe assegure o direito à remessa de mensagem para qualquer lugar, ainda que no exterior.

Dessa forma, não se pode considerar exportação de serviços a ligação internacional realizada por assinante localizado no Brasil que se concretiza pela atuação do prestador do serviço aqui localizado, contratado para disponibilizar os meios necessários à realização da comunicação.

Por tudo isso, torna-se de imperativo considerar correta a exigência fiscal.

Da não tributação dos cartões indutivos a preço pago pelos usuários do serviço de comunicação.

De fls. 355 a 374, encontra-se a planilha com saídas de cartões indutivos, com apuração de ICMS incidente sobre a diferença existente entre o preço de fornecimento a distribuidores e o efetivamente pago pelo usuário final (exercícios de 1997 e 1998).

A Impugnante defende-se com alegação de que o valor da operação é o da saída, excluído, portanto, o desconto incondicional repassado ao distribuidor.

Com isto o Fisco não concorda e aponta, para respaldo, o art. 40 do Anexo IX ao RICMS/96.

Segundo ali exposto, na saída para usuário final ou para terceiros, para fornecimento a estes, o tributo deve ser calculado sobre o valor tarifário vigente na data da emissão da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST). Este dispositivo, contudo, só entrou em vigor, em 01.04.99.

O entendimento sempre fora de que a base de cálculo, no caso dos cartões indutivos, há de ser o valor tarifário.

O repasse dos distribuidores a usuário final, por não serem aqueles prestadores do serviço de comunicação, é atividade não

tributada pelo ICMS.

Diversamente do que alega a Impugnante, na espécie, não se trata de operação com mercadoria, mas de disponibilização da prestação de um serviço.

É evidente que o preço do serviço, a prestar-se de base de cálculo para tributação por quem o executa, não pode ser outro que não o pago pelo usuário final.

No caso da lide, só não haveria incidência sobre o valor tarifário se os cartões fossem vendidos a outras operadoras, prestadoras do mesmo serviço, o que não se dera.

O desconto, no preço da NFST, preço este tarifado, quando da entrega de cartões a distribuidores, não se constitui, na verdade, juridicamente, de um desconto incondicionado, mas uma espécie de comissão aos intermediários da venda aos usuários finais.

Correta, pois, a exigência fiscal relativa a este item.

Portanto, restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir as exigências fiscais referentes ao exercício de 1994 e considerar a reformulação do crédito tributário de fls. 570/575 dos autos. Vencidos, em parte, a Conselheira Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) que excluía, ainda, a exigência fiscal relativa ao item 1 do Auto de Infração, com fundamento no art. 112, inciso II do CTN e o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida que, além da exclusão da Conselheira retromencionada, excluía as exigências relacionadas com os serviços relativos a telegrama fonado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Procurador Carlos Victor Muzzi Filho.

Sala das Sessões, 08/11/00.
Cleusa dos Reis Costa
Presidente
Edwaldo Pereira de Salles
Relator

ACÓRDÃO: 14.213/00/3ª *(PUBLICADO NO DOE DE 22/11/00)*

EMENTA

Responsabilidade Tributária - Coobrigado - Sócios - Exclusão - Acolhimento total das razões da Impugnante, excluindo-se o Coobrigado Marco Antônio Castilho Dias do feito fiscal, uma vez comprovada a desnecessidade de sua inclusão no polo passivo da presente lide. Exclusão dos nomes dos sócios do campo Sócios/Coobrigados do Auto de Infração. Decisão unânime.

Crédito Tributário - Decadência - Excluídas as exigências referentes ao exercício de 1.993 por atingido pelos efeitos da decadência, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Crédito de ICMS - Aproveitamento indevido - Demonstrado que as notas fiscais objeto da autuação não se prestavam para o fim colimado pela Impugnante. O procedimento do Fisco em desconsiderar os créditos questionados está respaldado no artigo 153, inciso V, do RICMS/91, vigente à época dos fatos, uma vez não carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto. Os fatos motivadores dos Atos Declaratórios estão de conformidade com o disposto no artigo 134, inciso III, do RICMS/96. Mantidas as exigências relativas ao exercício de 1994 e ao período de janeiro a julho de 1995.

Impugnação parcialmente procedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre imputação fiscal feita à Contribuinte de aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, durante o período de outubro de 1993 a julho de 1995. Em conseqüência, houve recolhimento a menor do ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 380/385 dos autos, aos seguintes argumentos:

- houve equívoco por parte dos fiscais autuantes no que se refere à indicação dos sócios e coobrigados na peça fiscal;

- os sócios indicados no Auto de Infração não faziam parte do quadro societário da empresa no período fiscalizado;

- com relação ao mês de outubro de 1993, não consta do demonstrativo do Fisco o nome da empresa a que se refere o estorno, o que impossibilita qualquer tipo de apreciação e manifestação com relação à exigência;

-

-

- todos os Atos Declaratórios de Inidoneidade, foram publicados posteriormente às datas das Notas Fiscais que dão sustentação à autuação. Elabora quadro demonstrativo (fl. 382);

- os citados Atos Declaratórios incidem sobre situações sedimentadas pelo direito adquirido, já que as operações de compra e venda, perfeitas e acabadas, entre a Impugnante e as empresas vendedoras, são indiscutíveis atos jurídicos perfeitos (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988);

- o enquadramento da possível infração ao disposto no artigo 153, inciso V, RICMS/91, ao contrário da pretensão do Fisco, retira da Impugnante toda e qualquer responsabilidade pela prática da infração;

- o dispositivo legal se refere exclusivamente às operações amparadas por documentos já declarados inidôneos;

- os créditos do imposto não foram apropriados indevidamente, uma vez provenientes de documentação fiscal autorizada e chancelada pelo Estado;

- não podem ser transferidos o ônus e a responsabilidade do não cumprimento pelo Estado do direito e dever de fiscalizar aquelas empresas;

- não concorreu para a prática da infração praticada pela empresa com a qual negociou.

Ao final, requer seja corretamente adequada a indicação dos sócios e coobrigados, bem como pede a procedência da Impugnação

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 405/408 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- constam do Auto de Infração os sócios da empresa à época da lavratura;

- o Ato Declaratório n.º 13.186.110.00817 refere-se à notas fiscais emitidas por “Riachofer Comércio Indústria e Representações Ltda.”, cuja cópia se encontra anexada ao processo à fl. 80;

- as notas fiscais não se prestam para legitimar o aproveitamento dos créditos, nos termos do artigo 153, inciso V, do RICMS/91;

- a Contribuinte tinha, com a publicação dos atos declaratórios, o conhecimento da idoneidade declarada, se omitindo e não exercendo o legítimo direito de recolher espontaneamente o valor do ICMS indevidamente.

Ao final, pede a manutenção integral das exigências fiscais.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado de fls. 413/418, opina pela procedência parcial da Impugnação, para se excluir as exigências referentes ao exercício de 1.993 (decadência) e o

Coobrigado do polo passivo da lide.

DECISÃO

A autuação versa sobre imputação fiscal feita à Contribuinte de aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, durante o período de outubro de 1993 a julho de 1995.

Em conseqüência, houve recolhimento a menor do ICMS.

Da Decadência

Inicialmente, entendemos que o crédito tributário referente ao exercício de 1993 encontra-se sob os efeitos da decadência.

Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso de prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

De acordo com o entendimento do Procurador da Fazenda Pública Estadual, o Professor José Alfredo Borges, "a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado-membro ou Distrito Federal têm 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício".

No exercício de 1993, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/94, findando-se em 31/12/98.

O Auto de Infração (fls. 366/368) foi lavrado na data de 24/11/99 e a Contribuinte foi intimada em 27/12/99 (fl. 379).

O TIAF e TO, lavrados no exercício de 1997, não podem servir como argumento do Fisco para alongar o prazo decadencial, uma vez que o disposto no Parágrafo Único do artigo 173 do Código Tributário Nacional somente o antecipa em relação à regra geral.

Assim, temos por excluídas das exigências referentes ao exercício de 1993 face a decadência.

Da Inclusão do Coobrigado:

Não obstante o Coobrigado não ter apresentado impugnação ao Auto de Infração, a Autuada, ora Impugnante, requer a adequação do mesmo na peça fiscal.

Somos pela exclusão do Coobrigado, (sócio-gerente à época dos fatos), arrolado como responsável solidário, do pólo passivo, em face da ausência de previsão legal, nos estritos termos do artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Ressaltamos, entretanto, que a exclusão do Coobrigado não prejudica a responsabilidade a ele atribuída pelo artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, quando da eventual discussão judicial.

Da Inclusão dos Sócios:

A Impugnante requer ainda a adequação dos sócios constantes do Auto de Infração aos da época da ocorrência dos fatos geradores.

Os sócios atuais foram relacionados na peça fiscal somente para efeito de representação, nos termos do artigo 12, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Neste sentido somos pela exclusão dos nomes dos sócios-gerentes que constam do Auto de Infração.

Do Mérito:

Foi imputado o recolhimento a menor do ICMS devido, apurado após recomposição da conta gráfica (quadros fls. 06/11), em razão do aproveitamento de créditos provenientes de notas fiscais declaradas inidôneas.

Foram enviados à Contribuinte, juntamente com o Auto de Infração, os quadros de fls. 369/371, nos quais constam o número das notas fiscais, os emitentes, os períodos, os números dos atos declaratórios e os valores de ICMS apropriados.

As notas fiscais foram anexadas, às fls. 31/76, com exceção das notas fiscais n.ºs 000625 e 000631, referentes ao mês de outubro/93.

Os documentos relativos aos atos declaratórios encontram-se anexados às fls. 78/80 e 82, os quais fazem referências às datas de publicação.

Para melhor elucidarmos as questões de fato, temos o seguinte demonstrativo:

Contribuinte:	Ato Declaratório:	Data de Publicação:	Motivo:
Dom Bosco Com. de Ferro Ltda	13.062.112.0137 3 (fl. 78)	23/12/97	Encerram. Irregular de Atividades
Fábrica Telas Veloso Ltda. EPP	13.062.115.0142 5 (fl. 79)	16/01/98	Encerram. Irregular de Atividades
Riachofer Com. Ind. Rep. Ltda.	13.186.110.0081 7 (fl. 80)	28/10/94	Enc. Irreg. de Atividades/Inexist. do Estab./Susp. Baixa Ex Ofício
Vera Lúcia Gomes de Oliveira	13.062.112.0080 6 (fl. 82)	12/04/97	Encerram. Irregular de Atividades

Os fatos motivadores das declarações estão de conformidade com o disposto no artigo 134, inciso III, do RICMS/96.

A formalização do crédito tributário ocorreu após às datas de emissão e publicação dos fatos questionados (Data do Auto de Infração: 24/11/99).

O ato declaratório decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, sendo providenciado, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas nos incisos I a IV do artigo 3º da referida Resolução.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

De conformidade com o disposto no artigo 4º da Resolução nº 1.926/89, é facultado ao contribuinte que tenha efetuado registro de documento fiscal falso ou inidôneo proceder ao recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, monetariamente atualizado e acrescido de multa de mora, desde que o faça antes da ação fiscal.

Nesse sentido, o procedimento do Fisco em desconsiderar os créditos questionados está respaldado no artigo 153, inciso V, do RICMS/91, vigente à época dos fatos, uma vez não carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto ou prova de que houve a efetivação circulação da mercadoria, bem como a veracidade

da realização do negócio.

Observamos que, de fato, no quadro (fl. 369), anexo ao Auto de Infração, não consta o nome da empresa emitente das notas fiscais n.ºs 000625 e 000631, de outubro/93. Tais notas fiscais ainda não foram anexadas aos autos.

Não consta ainda do Ato Declaratório de nº 13.186.110.00817 (fl. 80), referente às notas fiscais emitidas, no mês de novembro/93, por "Riachofer Com. Ind. Rep. Ltda", o fato motivador da inidoneidade, de forma específica.

Entretanto, entendemos como desnecessária a análise de tais questões, em face da decadência em relação ao exercício de 1993.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em acolher a exclusão do Coobrigado Marco Antônio Castilho Dias. Ainda em preliminar, também à unanimidade, excluiu-se os nomes dos sócios do campo Sócios/Coobrigados do Auto de Infração. No mérito, à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente a Impugnação, para excluir as exigências referentes ao exercício de 1993 por atingido pelos efeitos da decadência, nos termos do artigo 173, inciso I, do CTN. Pela Fazenda Pública estadual sustentou oralmente o Dr. Élcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio Leonart Vela e José Mussi Maruch.

Sala das Sessões, 29/06/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relator

2001

ACÓRDÃO: 2.389/01/CE *(PUBLICADO NO DOE DE 07/08/01)*

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA . Restabelecidas as exigências fiscais relativas ao exercício de 1993, tendo em vista que o Termo de Ocorrência, cuja lavratura e intimação ocorreu dentro do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, contém todos os elementos descritos no artigo 142 do mesmo diploma legal, sendo portanto capaz de constituir o crédito tributário e afastar a decadência. Exigências fiscais restabelecidas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMETNO INDEVIDO - NOTA FISCAL INIDÔNEA. Infração caracterizada nos termos do artigo 153, inciso V do RICMS/91. Mantidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação. Cancela-se a multa isolada prevista no artigo 55, inciso IV da Lei 6763/75 por indevida. Irregularidade não reexaminada por não ter sido objeto de recurso, mantida a decisão anterior.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENTRADA DE MERCADORIA NÃO COMPROVADA. Não apresenta o Fisco comprovação efetiva da ocorrência da irregularidade. Os argumentos da Impugnante, não obstante a aparente razoabilidade, também não permitem concluir o contrário. Exigência cancelada integralmente, com base no artigo 112 do CTN. Irregularidade não reexaminada por não ter sido objeto de recurso, mantida a decisão anterior.

Recurso de Revista conhecido à unanimidade e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso IV da Lei 6763/75), no período de outubro de 1993 a dezembro de 1996, em razão de:

- aproveitamento de créditos destacados em notas fiscais inidôneas, cujas mercadorias não correspondem a efetivas entradas de mercadorias no estabelecimento, dado que não apresentou prova inequívoca de pagamento pelas aquisições, conforme intimação;
- aproveitamento de créditos de mercadorias não entradas no estabelecimento.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.° 14.449/00/1.ª, por unanimidade de votos, excluiu as exigências relativas ao exercício de 1993, face à decadência, bem como as exigências relativas à segunda irregularidade relacionada no Auto de Infração e a multa isolada capitulada no artigo 55, inciso IV da Lei 6763/75.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de seu procurador, o Recurso de Revista de fls. 246/251, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 11.820/96/1.ª, 12.623/98/3.ª. Aduz que o TIAF e o TO reúnem todas as características exigidas para o lançamento eficaz, nos termos do artigo 142 do CTN. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 282/284, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em consonância com os mandamentos do art. 173, inciso I da Lei 5.172/66 – CTN.

A dúvida posta nos autos, reside em responder se somente o Auto de Infração é capaz de "constituir" o crédito tributário ou se o Termo de Ocorrência – TO, também teria tal capacidade.

No presente caso, o TO foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1997 estando, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1993, dentro do prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o Auto de Infração somente foi emitido e recebido pelo sujeito passivo, em 1999, portanto, após o referido prazo.

Em se considerando o TO como documento capaz de constituir o crédito tributário, não haveria neste PTA qualquer período alcançado pela decadência do direito da Fazenda Pública.

Opostamente, considerando o TO um documento que não guarda em si a condição de constituir o crédito tributário, característica esta que seria apenas do AI, correta estaria a decisão anterior ao imputar, como decadentes, todos os fatos geradores ocorridos no exercício de 1993.

Para o deslinde da questão posta é importante, de plano, transcrever alguns dos dispositivos legais relacionados à matéria.

CTN:

Art. 142 - *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Art. 173 *- O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Art. 174 - *A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua* ***constituição definitiva****.*

CLTA/MG:

Efeitos de 11/08/84 a 31/12/98 - Redação original da CLTA:

"Art. 51 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir diligência de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:"

(...)

*"**II - Termo de Ocorrência (TO)** ou Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), em que serão descritas, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas bem como as irregularidades apuradas;"*

III - Auto de Infração (AI).

"Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração (AI)."

As questões atinentes ao crédito tributário e ao lançamento são, na doutrina, bastante controversas, sendo que um dos pontos discutidos é se o lançamento é um ato administrativo ou um procedimento.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, em Teoria do Lançamento Tributário. (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1965), "o lançamento por parte do fisco é um **procedimento**. Vai desde a ocorrência do fato gerador até a inscrição da dívida ativa para cobrança executiva. O lançamento só se considera efetuado quando finda a instância administrativa, tenha ou não havido recursos do contribuinte".

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, a definição de lançamento, prevista no artigo 142 do CTN, com as adaptações necessárias é a seguinte: "lançamento tributário é o **procedimento administrativo** tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma efinir o montante do

crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível".

Neste mesmo sentido também se posicionam Hugo de Brito Machado, Alfredo Augusto Becker e Antônio Roberto Sampaio Dória e em sentido contrário, classificando o lançamento como ato administrativo estão Paulo de Barros Carvalho, Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro e outros.

De fato, se a legislação prevê série de atos para formar o lançamento não há porque não entendê-lo, como estabelece o CTN, como procedimento administrativo.

Parece que não há consenso sobre o lançamento ser ato ou procedimento, mas há consenso acerca dos seus requisitos essenciais e sobre o fato de que o CTN, em seu artigo 142, tratou do lançamento enquanto sendo um procedimento, formado pela combinação orgânica de uma série de atos e termos, com objetivo determinado.

Todos os doutrinadores e tributarista fazem coro ao estabelecer que através do lançamento se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito tributário e estipulando os termos da sua exigibilidade. Some-se a isto a intimação regular do sujeito passivo e a possibilidade de impugnação do lançamento para a revisão pela autoridade que o fez ou pela superior.

Portanto, tendo em vista que o Termo de Ocorrência contém todos os requisitos acima descritos e constantes do artigo 142 do CTN, pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como o lançamento do crédito tributário.

A CLTA/MG estabelece no artigo 51 todos os atos a serem praticados pela autoridade fiscal quando da fiscalização e da cobrança do crédito tributário, ou seja, trata de uma série de atos a serem praticados pelo agente público com o objetivo de constituir o crédito tributável e torná-lo exigível.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, "formalizar o crédito está no sentido de instituir-se o crédito, pois ao declarar o acontecimento do evento constitui-se o fato jurídico tributário que, por sua vez, faz irradiar a relação entre dois sujeitos, dentro da qual aparece o crédito, como o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir a prestação do tributo. Formalizar significa verter na linguagem competente, e desse modo, *constituir* o crédito tributário" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Editora Saraiva, 1999, p. 270).

E, de acordo com Hugo de Brito Machado, o artigo 173, inciso I do CTN, ao se referir a lançamento, quer dizer o ato pelo qual o Fisco

“determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento” (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.146).

Neste contexto, a decadência é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Portanto, a decadência pressupõe a inércia do titular do direito e o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

Tendo o fisco emitido o Termo de Ocorrência e intimado regularmente o sujeito passivo, não se pode falar em inércia do titular do direito. Alguns poderiam alegar que apesar de conter a descrição do fato gerador, do sujeito passivo, indicar o *quantum debeatur*, ainda assim a Fazenda não teria agido de forma completa e acabada, face a ausência da lavratura do Auto de Infração.

Neste ponto discutiríamos novamente o fato de que para alguns tributaristas, o Auto de Infração também não concluiria o lançamento, mas apenas a decisão final na esfera administrativa. Existe, portanto, uma clara distinção entre a “constituição definitiva” do lançamento e o marco final da decadência, sendo que este segundo ocorre quando, através da pratica de um determinado ato, legalmente previsto, o agente público constitui o crédito tributário e regularmente intima o sujeito passivo.

Apenas para ilustrar, Hugo de Brito Machado, ao tratar de questões do processo administrativo tributário, define que o lançamento é o procedimento administrativo que somente se completa com a decisão final, vale dizer, com a decisão na qual a administração diz ao sujeito passivo da obrigação tributária, pague tanto, em tal prazo, ou eu promoverei contra você a competente execução fiscal.

Por estas razões, parece lógico entender que o Termo de Ocorrência, previsto no artigo 51, inciso II da CLTA, mesmo não sendo o último ato do lançamento, atende perfeitamente aos mandamentos do artigo 142 do CTN. Mesmo porque, a partir da intimação do TO, o contribuinte está autorizado a se defender e oferecer inclusive os chamados fatos novos (artigo 57, inciso II da CLTA/MG).

Em suma, o CTN trata do lançamento como procedimento e em que pesem as posições contrárias, todos os artigos do mencionado diploma legal seguem nesta trilha.

Portanto, verificados os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, estará constituído o crédito tributário, independentemente da denominação que se dê a peça fiscal lavrada.

Posteriormente, conforme previsto na CLTA/MG, com fulcro no CTN, outros atos administrativos serão praticados para que se conclua

definitivamente o lançamento, mas de qualquer forma, a decadência já estaria afastada, frente a manifesta ação do titular do direito.

Logo, na hipótese dos autos, não ocorreu a decadência dos fatos geradores do exercício de 1993, tendo em visto que o Termo de Ocorrência foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1997, dentro do prazo de 5 anos previsto no artigo 173 do CTN.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao mesmo para restabelecer as exigências fiscais. Vencidos, em parte, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões, Vander Francisco Costa e Windson Luiz da Silva, que a ele davam provimento parcial para restabelecer apenas as exigências fiscais referentes a dezembro de 1993. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 13/07/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora

ACÓRDÃO: 2.510/01/CE *(PUBLICADO NO DOE DE 29/01/02)*

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Restabelecidas parcialmente as exigências fiscais relativas aos exercícios de 1992 e 1993, tendo em vista que o Termo de Ocorrência, cuja lavratura e intimação ocorreu dentro do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, contém todos os elementos descritos no artigo 142 do mesmo diploma legal, sendo portanto capaz de constituir o crédito tributário e afastar a decadência. Reformada parcialmente a decisão anterior.

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - Constatada a venda de mercadoria com os valores das operações inferiores aos realmente praticados. Mantidas as exigências fiscais apenas das operações em que o subfaturamento restou materializado nos autos.

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

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante verificação fiscal analítica, fundada no confronto entre os valores reais das operações (extraídos de informações fornecidas pelo clientes da Autuada) e os valores de vendas lançados nas notas fiscais, de que o contribuinte acima qualificado, promoveu venda de mercadorias, no período de julho de 1992 a setembro de 1994, lançando valores subfaturados nas notas fiscais, ou seja, inferiores aos realmente praticados.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.° 13.941/00/2.ª, pelo voto de qualidade, manteve as exigências fiscais apenas em relação às operações em que o subfaturamento estivesse materializado nos autos e ainda excluiu integralmente as exigências fiscais referentes aos exercícios de 1992 e 1993, face a decadência.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestiva e regularmente, o Recurso de Revisão de fls. 324/336, requerendo, ao final, o seu provimento.

A Recorrida, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso interposto (fls. 339/341), requerendo, ao final, o seu não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 342/346, opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.° 23.780/84 e atualizada pelo Decreto n.° 40.380/99, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Preliminarmente, importante tratarmos da questão da decadência (ou não) das exigências fiscais referentes aos exercícios de 1992 e 1993.

O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em consonância com os mandamentos do art. 173, inciso I da Lei 5.172/66 – CTN.

A dúvida posta nos autos, reside em responder se somente o Auto de Infração é capaz de "constituir" o crédito tributário ou se o Termo de Ocorrência – TO, também teria tal capacidade. No presente caso, o TO foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1997 estando, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1992 e 1993, dentro do

prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o Auto de Infração somente foi emitido e recebido pelo sujeito passivo, em 1999, portanto, após o referido prazo.

Para o deslinde da questão posta é importante, de plano, transcrever alguns dos dispositivos legais relacionados à matéria.

CTN:

Art. 142 - *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Art. 173 *- O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Art. 174 - *A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua* ***constituição definitiva****.*

CLTA/MG:

Efeitos de 11/08/84 a 31/12/98 - Redação original da CLTA:

"Art. 51 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir diligência de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:"

(...)

*"**II - Termo de Ocorrência (TO)** ou Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), em que serão descritas, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas bem como as irregularidades apuradas;"*

III - Auto de Infração (AI).

"Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado

mediante Auto de Infração (AI).”

As questões atinentes ao crédito tributário e ao lançamento são, na doutrina, bastante controversas, sendo que um dos pontos discutidos é se o lançamento é um ato administrativo ou um procedimento.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, em Teoria do Lançamento Tributário. (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1965), “o lançamento por parte do fisco é um **procedimento**. Vai desde a ocorrência do fato gerador até a inscrição da dívida ativa para cobrança executiva. O lançamento só se considera efetuado quando finda a instância administrativa, tenha ou não havido recursos do contribuinte”.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, a definição de lançamento, prevista no artigo 142 do CTN, com as adaptações necessárias é a seguinte: “lançamento tributário é o **procedimento administrativo** tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível”.

Neste mesmo sentido também se posicionam Hugo de Brito Machado, Alfredo Augusto Becker e Antônio Roberto Sampaio Dória e em sentido contrário, classificando o lançamento como ato administrativo estão Paulo de Barros Carvalho, Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro e outros.

De fato, se a legislação prevê série de atos para formar o lançamento não há porque não entendê-lo, como estabelece o CTN, como procedimento administrativo.

Parece que não há consenso sobre o lançamento ser ato ou procedimento, mas há consenso acerca dos seus requisitos essenciais e sobre o fato de que o CTN, em seu artigo 142, tratou do lançamento enquanto sendo um procedimento, formado pela combinação orgânica de uma série de atos e termos, com objetivo determinado.

Todos os doutrinadores e tributarista fazem coro ao estabelecer que através do lançamento se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito tributário e estipulando os termos da sua exigibilidade. Some-se a isto a intimação regular do sujeito passivo e a possibilidade de impugnação do lançamento para a revisão pela autoridade que o fez ou pela superior.

Portanto, tendo em vista que o Termo de Ocorrência contém todos os requisitos acima descritos e constantes do artigo 142 do CTN, pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como o lançamento do crédito tributário.

A CLTA/MG estabelece no artigo 51 todos os atos a serem praticados pela autoridade fiscal quando da fiscalização e da cobrança do crédito tributário, ou seja, trata de uma série de atos a serem praticados pelo agente público com o objetivo de constituir o crédito tributável e torná-lo exigível.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, "formalizar o crédito está no sentido de instituir-se o crédito, pois ao declarar o acontecimento do evento constitui-se o fato jurídico tributário que, por sua vez, faz irradiar a relação entre dois sujeitos, dentro da qual aparece o crédito, como o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir a prestação do tributo. Formalizar significa verter na linguagem competente, e desse modo, *constituir* o crédito tributário" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Editora Saraiva, 1999, p. 270).

E, de acordo com Hugo de Brito Machado, o artigo 173, inciso I do CTN, ao se referir a lançamento, quer dizer o ato pelo qual o Fisco "determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.146).

Neste contexto, a decadência é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Portanto, a decadência pressupõe a inércia do titular do direito e o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

Tendo o fisco emitido o Termo de Ocorrência e intimado regularmente o sujeito passivo, não se pode falar em inércia do titular do direito. Alguns poderiam alegar que apesar de conter a descrição do fato gerador, do sujeito passivo, indicar o *quantum debeatur*, ainda assim a Fazenda não teria agido de forma completa e acabada, face a ausência da lavratura do Auto de Infração.

Neste ponto discutiríamos novamente o fato de que para alguns tributaristas, o Auto de Infração também não concluiria o lançamento, mas apenas a decisão final na esfera administrativa. Existe, portanto, uma clara distinção entre a "constituição definitiva" do lançamento e o marco final da decadência, sendo que este segundo ocorre quando, através da pratica de um determinado ato, legalmente previsto, o agente público constitui o crédito tributário e regularmente intima o sujeito passivo.

Apenas para ilustrar, Hugo de Brito Machado, ao tratar de questões do processo administrativo tributário, define que o lançamento é o procedimento administrativo que somente se completa com a decisão final, vale dizer, com a decisão na qual a administração diz ao sujeito passivo da obrigação tributária, pague tanto, em tal prazo, ou eu promoverei contra você a competente execução fiscal.

Por estas razões, parece lógico entender que o Termo de Ocorrência, previsto no artigo 51, inciso II da CLTA, mesmo não sendo o último ato do lançamento, atende perfeitamente aos mandamentos do artigo 142 do CTN. Mesmo porque, a partir da intimação do TO, o contribuinte está autorizado a se defender e oferecer inclusive os chamados fatos novos (artigo 57, inciso II da CLTA/MG).

Em suma, o CTN trata do lançamento como procedimento e em que pesem as posições contrárias, todos os artigos do mencionado diploma legal seguem nesta trilha.

Portanto, verificados os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, estará constituido o crédito tributário, independentemente da denominação que se dê a peça fiscal lavrada.

Posteriormente, conforme previsto na CLTA/MG, com fulcro no CTN, outros atos administrativos serão praticados para que se conclua definitivamente o lançamento, mas de qualquer forma, a decadência já estaria afastada, frente a manifesta ação do titular do direito.

Logo, na hipótese dos autos, não ocorreu a decadência dos fatos geradores dos exercícios de 1992 e 1993, tendo em visto que o Termo de Ocorrência foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1997, dentro do prazo de 5 anos previsto no artigo 173 do CTN.

Porém, mesmo em relação às exigências fiscais relacionadas aos exercícios de 1992 e 1993, algumas exclusões devem ser feitas, conforme decidido pela Câmara “a quo”, no tocante ao exercício de 1994.

O cerne da discussão que envolve o mérito, ora objeto de reexame, é a constatação fiscal de que o Contribuinte procedera à saídas de mercadorias, consignando nas respectivas notas fiscais, valores inferiores aos efetivamente praticados (subfaturamento).

Tal acusação esta baseada no resultado do confronto entre os valores efetivamente consignados nas notas fiscais emitidas pela Autuada e os valores reais das operações conforme declarado pelos clientes.

Porém, apesar de possuir apenas algumas provas concretas da pratica do subfaturamento, o Fisco arbitrou um percentual que estendeu a todas as saídas da Autuada.

Tal procedimento, frente as provas e elementos dos autos, mostra-se frágil e insustentável.

Observe-se que, dentre as diversas respostas obtidas pelo Fisco dos clientes da Autuada, algumas delas demonstraram que o valor consignado na nota fiscal era o valor real da operação. Ou seja, além das provas de subfaturamento, o Fisco trouxe diversos documentos que comprovam que a pratica, apesar de fraudulenta e criminosa, não se estende à totalidade das operações praticadas pelo Contribuinte.

Outro ponto de fragilidade do trabalho fiscal esta no fato de que o índice de subfaturamento arbitrado foi aplicado sobre o total das vendas realizadas no período, possivelmente, incluídas nestes valores até mesmo aquelas operações cuja prova constante dos autos indica que o valor da nota fiscal é o valor efetivamente praticado.

E mais, dentre as operações que serviram de base para o arbitramento do índice de subfaturamento (fl. 09), constam algumas que efetivamente não se prestam ao fim pretendido, como por exemplo os documentos de fls. 59/60.

Assim, diante dos elementos constantes dos autos, conclui-se ser impossível entender que a pratica de subfaturamento se estende ao total das operações praticadas pelo Contribuinte no período.

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 as exigências fiscais relativas às operações cujo subfaturamento esteja materializado nos autos nos exercícios de 1992 e 1993 (notas fiscais nº 2098, 2224, 3449, 1878, 2428, 3713, 3937, 3961, 3940, 3941, 3943, 3881, 3927), mantendo-se a decisão anterior quanto ao exercício de 1994. Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (revisor), Antônio César Ribeiro e Windson Luiz da Silva que negavam provimento ao recurso. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Janir Adir Moreira e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 14/12/01.

José Luiz Ricardo

Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara

Relatora

ACÓRDÃO: 2.483/01/CE *(PUBLICADO NO DOE DE 06/12/01)*

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA . Restabelecidas as exigências fiscais relativas ao exercício de 1991, tendo em vista que o Termo de Ocorrência, cuja lavratura e intimação ocorreu dentro do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, contém todos os elementos descritos no artigo 142 do mesmo diploma legal, sendo portanto capaz de constituir o crédito tributário e afastar a decadência. Exigências fiscais restabelecidas. Reformada a decisão anterior.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN – IMPRESSOS GRÁFICOS - Constatou-se que a Autuada deu saída a rótulos, etiquetas e impressos acobertados por notas fiscais com tributação pelo ISSQN. Tendo em vista a agregação ou incorporação destes produtos a outras mercadorias, destinadas a posterior comercialização ou industrialização, o Fisco exigiu ICMS sobre tais operações. No entanto, exclui-se do crédito tributário várias notas fiscais face a comprovação existente nos autos de que várias operações não atendiam a condição retro mencionada e em outros casos por restarem dúvidas quanto a real utilização do produto em seus destinatários. Devendo, ainda, ser alteradas as alíquotas de 18% para 12% ou 7%, dependendo do Estado de destino das mercadorias, nas operações interestaduais para destinatários contribuintes do ICMS. Mantida a decisão anterior.

Recurso conhecido à unanimidade e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de rótulos, etiquetas e impressos, nos exercícios de 1991 a 1995, ao abrigo indevido da isenção, portanto sem recolhimento do ICMS devido.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.° 14.605/01/3ª, por maioria de votos, manteve parcialmente as exigências fiscais de ICMS e MR, excluindo do crédito tributário: os valores relativos aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 1991, face à decadência, os valores referentes as notas fiscais cujos destinatários não são contribuintes do ICMS, os valores referentes as notas fiscais que tiveram por destinatário as empresas Fiat Automóveis S.A e Cia Siderúrgica Belgo Mineira, por restarem dúvidas quanto a real utilização do produto e ainda, alterando as alíquotas de 18% para a interestadual,

quando os destinatários forem contribuintes do ICMS.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o Recurso de Revista de fls.4.383/4.393, afirmando que a decisão recorrida, no tocante à decadência, revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 11.820/96/1.ª, 12.623/98/3.ª e 2.236/01/CE. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Recorrida, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso interposto (fls.4.419/4.426), requerendo, ao final, o seu não conhecimento e o não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 4.428/4.432, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.° 23.780/84 e atualizada pelo Decreto n.° 40.380/99 e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Primeiramente deve-se mencionar que, conforme § 1º do artigo 138 da CLTA/MG, o recurso em questão devolve à Câmara Especial apenas o conhecimento da matéria objeto de divergência, no caso a exclusão das exigências fiscais relativas ao exercício de 1991 face à decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Isto posto, importante mencionar que é o CTN que trata da decadência, estabelecendo conceitos e determinando prazos. Assim, em consonância com os mandamentos do artigo 173, inciso I do CTN (Lei 5.172/66) o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A dúvida posta nos autos, reside em responder se somente o Auto de Infração é capaz de "constituir" o crédito tributário ou se o Termo de Ocorrência – TO, também teria tal capacidade.

No presente caso, o TO foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996 estando, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1991, dentro do prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o Auto de Infração apesar de ter sido emitido em 1996, somente foi recebido pelo sujeito passivo, em 1997, portanto, após o

referido prazo.

Em se considerando o TO como documento capaz de constituir o crédito tributário, não haveria neste PTA qualquer período alcançado pela decadência. Opostamente, considerando o TO um documento que não guarda em si a condição de constituir o crédito tributário, característica esta que seria apenas do AI, correta estaria a decisão anterior ao imputar, como decadentes, todos os fatos geradores ocorridos no exercício de 1991.

Para o deslinde da questão posta é importante, de plano, transcrever alguns dos dispositivos legais relacionados à matéria.

CTN:

Art. 142 - *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Art. 173 *- O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Art. 174 - *A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua* ***constituição definitiva****.*

CLTA/MG:

Efeitos de 11/08/84 a 31/12/98 - Redação original da CLTA:

"Art. 51 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir diligência de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:"

(...)

*"**II - Termo de Ocorrência (TO)** ou Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), em que serão descritas, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas bem como as irregularidades apuradas;"*

III - Auto de Infração (AI).

"Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração (AI)."

As questões atinentes ao crédito tributário e ao lançamento são, na doutrina, bastante controversas, sendo que um dos pontos discutidos é se o lançamento é um ato administrativo ou um procedimento.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, em Teoria do Lançamento Tributário. (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1965), "o lançamento por parte do fisco é um **procedimento**. Vai desde a ocorrência do fato gerador até a inscrição da dívida ativa para cobrança executiva. O lançamento só se considera efetuado quando finda a instância administrativa, tenha ou não havido recursos do contribuinte".

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, a definição de lançamento, prevista no artigo 142 do CTN, com as adaptações necessárias é a seguinte: "lançamento tributário é o **procedimento administrativo** tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível".

Neste mesmo sentido também se posicionam Alfredo Augusto Becker e Antônio Roberto Sampaio Dória e em sentido contrário, classificando o lançamento como ato administrativo estão Paulo de Barros Carvalho, Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro e outros.

De fato, se a legislação prevê série de atos para formar o lançamento não há porque não entendê-lo, como estabelece o CTN, como procedimento administrativo.

Parece que não há consenso sobre o lançamento ser ato ou procedimento, mas há consenso acerca dos seus requisitos essenciais e sobre o fato de que o CTN, em seu artigo 142, tratou do lançamento enquanto sendo um procedimento, formado pela combinação orgânica de uma série de atos e termos, com objetivo determinado.

Todos os doutrinadores e tributarista fazem coro ao estabelecer que através do lançamento se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito tributário e estipulando os termos da sua exigibilidade. Some-se a isto a intimação regular do sujeito passivo e a possibilidade de impugnação do lançamento para a revisão pela autoridade que o fez ou pela superior.

Portanto, tendo em vista que o Termo de Ocorrência contém todos os requisitos acima descritos e constantes do artigo 142 do CTN, pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como o lançamento do crédito tributário.

A CLTA/MG estabelece no artigo 51 todos os atos a serem praticados pela autoridade fiscal quando da fiscalização e da cobrança do crédito tributário, ou seja, trata de uma série de atos a serem praticados pelo agente público com o objetivo de constituir o crédito tributável e torná-lo exigível.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, "formalizar o crédito está no sentido de instituir-se o crédito, pois ao declarar o acontecimento do evento constitui-se o fato jurídico tributário que, por sua vez, faz irradiar a relação entre dois sujeitos, dentro da qual aparece o crédito, como o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir a prestação do tributo. Formalizar significa verter na linguagem competente, e desse modo, *constituir* o crédito tributário" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Editora Saraiva, 1999, p. 270).

E, de acordo com Hugo de Brito Machado, o artigo 173, inciso I do CTN, ao se referir a lançamento, quer dizer o ato pelo qual o Fisco "determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.146).

Neste contexto, a decadência é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Portanto, a decadência pressupõe a inércia do titular do direito e o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

Tendo o fisco emitido o Termo de Ocorrência e intimado regularmente o sujeito passivo, não se pode falar em inércia do titular do direito. Alguns poderiam alegar que apesar de conter a descrição do fato gerador, do sujeito passivo, indicar o *quantum debeatur*, ainda assim a Fazenda não teria agido de forma completa e acabada, face a ausência da lavratura do Auto de Infração.

Neste ponto discutiríamos novamente o fato de que para alguns tributaristas, o Auto de Infração também não concluiria o lançamento, mas apenas a decisão final na esfera administrativa. Existe, portanto, uma clara distinção entre a "constituição definitiva" do lançamento e o marco final da decadência, sendo que este segundo ocorre quando, através da pratica de um determinado ato, legalmente previsto, o agente público constitui o crédito tributário e regularmente intima o sujeito passivo.

Apenas para ilustrar, Hugo de Brito Machado, ao tratar de questões do processo administrativo tributário, define que o lançamento é o procedimento administrativo que somente se completa com a decisão final, vale dizer, com a decisão na qual a administração diz ao sujeito passivo da obrigação tributária, pague tanto, em tal prazo, ou eu promoverei contra você a competente execução fiscal.

A corrente que entende que somente o Auto de Infração é capaz de afastar a decadência apega-se ao artigo 58 da CLTA/MG que estabelece que "o lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração".

Porém, a formalização do crédito tributário está relacionada com a constituição definitiva do crédito tributário (artigo 174 do CTN) e não propriamente com o marco final da decadência.

Por estas razões, parece lógico entender que o Termo de Ocorrência, previsto, à época, no artigo 51, inciso II da CLTA, mesmo não sendo o último ato do lançamento, atende perfeitamente aos mandamentos do artigo 142 do CTN. Mesmo porque, a partir da intimação do TO, o contribuinte está autorizado a se defender e oferecer inclusive os chamados fatos novos (artigo 57, inciso II da CLTA/MG).

Em suma, o CTN trata do lançamento como procedimento e em que pesem as posições contrárias, todos os artigos do mencionado diploma legal seguem nesta trilha.

Portanto, verificados os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, estará constituído o crédito tributário, independentemente da denominação que se dê a peça fiscal lavrada.

Posteriormente, conforme previsto na CLTA/MG, com fulcro no CTN, outros atos administrativos serão praticados para que se conclua definitivamente o lançamento, mas de qualquer forma, a decadência já estaria afastada, frente a manifesta ação do titular do direito.

Logo, na hipótese dos autos, não ocorreu a decadência dos fatos geradores do exercício de 1991, tendo em visto que o Termo de Ocorrência foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996, dentro do prazo de 5 anos previsto no artigo 173 do CTN.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. No mérito, pelo voto de qualidade, em dar provimento ao mesmo, para reformar a decisão da Câmara "a quo". Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (relator), Windson Luiz da Silva e Sauro Henrique de Almeida que negavam provimento ao mesmo. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, o

Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 09/11/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora

ACÓRDÃO: 14.297/01/2ª *(PUBLICADO NO DOE 02/10/01)*

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - Constam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. - Inobservância das determinações expressas no art. 173, inciso I, do CTN-Lei nº 5.172/66, o que determina decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário relativamente aos exercícios de 1.993.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COOBRIGADOS - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão dos Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária por ausência de previsão legal.

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LQFD. Apurada mediante levantamento quantitativo financeiro diário. Procedimento idôneo, previsto no art. 194, inciso III do RICMS/96. Infração caracterizada. Exclusão da MI referente às entradas desacobertadas, por errônea capitulação legal. Exigência parcialmente cancelada.

BASE DE CÁLCULO - SAÍDA COM VALOR INFERIOR AO CUSTO. Constatada a saída de mercadoria com valor abaixo do custo. Infração caracterizada. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exigências mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação fiscal de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, referente ao período de 1993 a 1997e saídas de mercadorias abaixo do custo, nos exercícios de 1994 e 1996.

Inconformados com as exigências fiscais, a Autuada por intermédio de procurador regularmente constituído, e os Coobrigados impugnam tempestivamente o Auto de Infração (fls. 886/897; 1.085/1.091 e 1.095/1.096), requerendo, ao final, a procedência das Impugnações.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 1.103/1.106**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência das Impugnações.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante foi indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fl. 1.114/1.115 dos autos.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.131/1.148, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da perícia requerida, motivo pelo qual não foi dado provimento ao Recurso de Agravo retido.

Não obstante a ausência de manifestação da Impugnante sobre o crédito tributário referente ao exercício de 1993, entende-se que, quando da lavratura do Auto de Infração (08.11.99), o direito do Fisco constituir o crédito tributário já estava decaído.

Nos termos do art. 173, I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado."

Já o parágrafo único do referido artigo estabelece que “o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso de prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

De acordo com o entendimento do Procurador da Fazenda Pública Estadual, Professor José Alfredo Borges, “a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado-membro ou o Distrito Federal têm 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.”

Postula, ainda, que “caso a autoridade lançadora notifique o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável à formalização do crédito tributário antes do termo indicado no parágrafo anterior, o termo inicial para as operações abrangidas pela referida medida preparatória notificada ao sujeito passivo fica antecipado para a data em que ocorrer a mencionada notificação.”

No caso em exame, entende-se pela aplicação da decadência ao crédito tributário relativo ao exercício de 1993, posto que a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder a constituição do crédito tributário iniciou-se em 01.01.94, findando-se em 31.12.98. Destaca-se que o Auto de Infração foi lavrado em 08.11.99, sendo a intimação efetivada na data de 23.11.99.

Cabe salientar que apesar de o TIAF e o TO terem sido lavrados nos exercícios de 1997 e 1998, respectivamente, tal fato não se presta como argumento para o Fisco alongar o prazo decadencial, vez que o disposto no parágrafo único do art. 173 do CTN somente o antecipa em relação à regra geral.

Segundo manifestação da DOT/DLT/SRE (CFC n.° 622/95), “não se deve confundir termo (marco) inicial de contagem com termo (marco) final de contagem. O TIAF, TO e TADO, enquanto medidas preparatórias são, desde que lavrados e notificados antes do primeiro dia do exercício subsequente ao da ocorrência do F.G. e desde que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação no que se refere a ICMS, marco inicial para contagem do prazo decadencial, não marco-final.

Portanto, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas ao exercício de 1993, uma vez que, quando da lavratura do Auto de Infração já havia decaído o prazo para sua constituição.

Mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LQFD, procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso III do RICMS/96, a fiscalização constatou que a Autuada promoveu entradas e saídas de mercadorias (bebidas) desacobertadas de documentação fiscal, conforme demonstrado nos documentos de fls. 825/832.

Para realização do levantamento, o Fisco baseou-se nas notas fiscais de entradas e de saídas da empresa, no estoque lançado no Livro Registro de Inventário, cópia às fls. 673/685, bem como na declaração de fls. 686.

Ao lançar no Demonstrativo Global os estoques inicial e final dos períodos, bem como as entradas e saídas com notas fiscais, a fiscalização apurou as entradas, bem como as saídas reais, de cada exercício, constatando entradas e saídas de mercadorias

desacobertadas de nota fiscal nos exercícios de 1993 a 1997, vide fls. 850, 302/303, 444, 860 e 866.

A Autuada questiona o levantamento feito pela fiscalização, dizendo que ele é pouco apropriado para sua empresa, tendo em vista a natureza de sua atividade.

Tal questionamento não procede, pois a fiscalização utilizou procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194, inciso III do RICMS/96.

Além disso, em se tratando de empresa de pequeno porte, ela fica sujeita à emissão regular de documentos fiscais para acobertar todas as operações que realizar, bem como à escrituração normal dos livros e emissão dos demais documentos fiscais, conforme estabelece o art. 7º do Anexo VIII do RICMS/96, o que fornece condições do Fisco efetuar o levantamento, com base na documentação da empresa.

A Impugnante alega que em sua atividade, utiliza bebida no preparo de diversos pratos, e que não há notas fiscais de saída contendo a discriminação do volume de bebida utilizado na elaboração deste ou daquele prato.

Ela diz, ainda, que, em se tratando de grandes quantidades de alimento, grande também é a quantidade de bebida utilizada, o que, por certo, acusará uma suposta irregularidade no estoque final da empresa.

Conforme informação do Fisco, fls. 1.104, a Autuada “possui duas atividades distintas, o preparo e fornecimento de alimentos e a comercialização de bebidas, alcoólicas ou não, sendo que o Levantamento Quantitativo se restringiu à esta última”.

Por não ter apresentado o Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, mod. 3, solicitado pelo Fisco ou qualquer outro controle de estoque, evidencia que a empresa não possui o livro de controle de estoque ou não tenha escriturado, ou então, que não quer apresentar ao Fisco.

Não se admite que a empresa não tenha o controle das mercadorias destinadas à revenda e à produção.

A fiscalização não pode ficar impedida de efetuar qualquer levantamento, com as dificuldades criadas pelo contribuinte.

Como argumentou o Fisco, “para se impugnar um levantamento quantitativo do setor de comercialização de bebidas o contribuinte teria que, obrigatoriamente, apontar e comprovar, item por item das diferenças apuradas, as supostas falhas no trabalho fiscal. Ou seja, teria quer PROVAR que parte das saídas desacobertadas de documentação fiscal foi canalizada para o setor produtivo da empresa”.

Se a Autuada não apresentou o livro escriturado da forma que determina o RICMS/96 (art. 175 do Anexo V), ela que deve apontar e comprovar os erros no trabalho fiscal.

A Autuada diz que nas notas fiscais emitidas para "*coffee-break*" é comum o lançamento "*coffee-break*" para x pessoas", que inclui, além de biscoitos, pães e geleias, bebidas como água mineral e refrigerantes, a fim de demonstrar que não houve saídas de água mineral e refrigerantes desacobertados de nota fiscal.

Outra dificuldade criada pela Autuada é a não descrição das mercadorias nas notas fiscais, em descumprimento ao inciso VIII do art. 214 do RICMS/91 (redação original), alínea "b" do inciso IV do RICMS/91 (redação dada pelo Dec. 36.652/95, com efeitos a partir de 27.01.95) e art. 2º do Anexo V do RICMS/96, que determinam que a nota fiscal deverá conter a quantidade, marca, tipo, modelo, espécie, qualidade e demais elementos que permitam a perfeita identificação da mercadoria.

Muito embora, a Autuada não descrever de forma correta as mercadorias nas notas fiscais de saída, o fato do ICMS ter incidido sobre o valor total, comprova que as mercadorias referem-se apenas a biscoitos, pães, geleias e artigos do gêneros, uma vez que a Autuada não iria calcular o imposto sobre o valor de água mineral e refrigerantes, cujo valor já tinha sido recolhido por substituição tributária, vide fls. 943/996.

Em sua defesa, a Autuada fala que, em se tratando de mercadorias sujeitas ao regime de recolhimento por substituição tributária, não haveria proveito em promover saídas sem nota fiscal, uma vez que o imposto já havia sido recolhido.

No entanto, como lembra a fiscalização, o trabalho também aponta entradas de mercadorias sem nota fiscal, e quem compra irregularmente, para compensar também vende de forma irregular.

Com relação às notas fiscais relativas ao fornecimento de almoço e jantar, a Autuada diz que, face a dificuldade em discriminar, item por item, o que é consumido num almoço ou jantar para um grande número de pessoas, descreve apenas "despesas" nas notas fiscais, e o valor das bebidas corresponde aproximadamente a 25% do valor das despesas.

Ela pede que seja feita uma revisão de cálculos, a fim de se obter o valor relativo às bebidas servidas como cervejas, refrigerantes, água mineral, vinho e whisky, correspondente ao percentual de 25% do valor das "despesas".

Esse argumento também não procede, pois as bebidas servidas pela Autuada, como cervejas, refrigerantes, água mineral, vinho e whisky têm tratamento tributário diferente da alimentação servida em almoço e jantar.

Tendo em vista que a Autuada calculou o imposto relativo à saída das mercadorias descritas nas notas fiscais com a alíquota de 18%, inclusive com a base de cálculo reduzida, usufruindo do benefício previsto no inciso XXVIII do art. 71 do RICMS/91, com efeitos a partir de 20.10.93, e item 26 do Anexo IV do RICMS/96, vide fls. 993/1030, evidencia que as notas fiscais de despesa referem, tão-somente, à comida, pois na saída de cerveja, refrigerante e água mineral o imposto o imposto é retido, antecipadamente, por substituição tributária, e quanto ao whisky e vinho, a alíquota do imposto é 25%, consoante o art. 59, inciso I subalínea a1, e art. 43, inciso I, subalínea a2 do RICMS/96, com efeitos de 01.08.96 a 31.12.97.

As receitas de pratos apresentadas pela Autuada que no seu preparo têm bebida alcoólica, não comprovam, por si só, as alegações da Autuada, uma vez que os documentos fiscais emitidos pela empresa não demonstram suas assertivas.

Com relação às entradas sem nota fiscal, apuradas também no Levantamento Quantitativo, a Autuada não apresenta nenhum questionamento, considerando, então, os valores corretos, uma vez que o Auto de Infração goza de presunção de legitimidade, que poderá ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo, consoante o art. 109 da CLTA/MG, e, ainda, que para apuração o Fisco utilizou procedimento tecnicamente idôneo, previsto no art. 194 do RICMS/96.

Os erros materiais indicados pela Autuada às fls. 893/894 já tinham sido considerados pela fiscalização quando da apresentação dos Fatos Novos, que resultou na modificação do trabalho fiscal, conforme detalhado às fls. 825/872.

O Auto de Infração foi lavrado considerando as alterações de valores apuradas no Levantamento Quantitativo.

Portanto, correta a manutenção das exigências relativas às entradas e saídas desacobertadas de documentação fiscal, tendo em vista que as alegações da Autuada não alcançaram modificar o feito fiscal. Entretanto, deve ser excluída a Multa Isolada referente a entrada desacobertada por errônea capitulação legal no art. 55, inciso II, da Lei n.º 6763/75.

A fiscalização, mediante o LQFD, também apurou que a Autuada promoveu saídas das mercadorias descritas no documento de fls. 827 abaixo do custo médio, nos exercícios de 1994 e 1996.

Constatada a saída de mercadoria com valor abaixo do custo, corretas estão as exigências capituladas no Auto de Infração relativamente a este item.

A fiscalização arrolou como coobrigado do crédito tributário, o Sr. Renato Diniz, responsável pela contabilidade da Autuada a partir de 05.06.95, conforme consta da Declaração Cadastral do Contabilista e Empresa Contábil, cópia a fls. 1.092.

O Fisco sustenta a inclusão do contabilista como coobrigado, com base no item 3 do parágrafo único do art. 21 da Lei n.° 6.763/75, que dispõe que responde subsidiariamente pelo crédito tributário o contabilista em relação ao imposto devido e não recolhido em função do ato por ele praticado com dolo ou má-fé.

No entanto, não restou comprovado nos autos que o contabilista concorreu com dolo ou má-fé, não se aplicando, então, tal dispositivo.

Além disso, o item 3 do parágrafo único do art. 21 da Lei n.° 6.763/75 referido pela fiscalização refere-se a responsabilidade subsidiária diferente da solidária.

Não se aplica, o disposto no artigo 21, inciso XII, da citada Lei, uma vez não caracterizada nos autos a concorrência do contabilista responsável pela escrituração da empresa para as irregularidades que resultaram no não-recolhimento do tributo devido.

Portanto, deve ser excluído o Sr. Renato Diniz como Coobrigado, por ausência de previsão legal.

Quanto a Impugnação apresentada pela Coobrigada – Vânia Beatriz Ximenes Vasconcelos:

A fiscalização, com fulcro no art. 21, inciso VI da Lei n.° 6.763/75, arrolou como coobrigada do crédito tributário, a Sra. Vânia Beatriz Ximenes Vasconcelos, que permaneceu na Sociedade até 05.06.95, conforme informação do SICAF, a fls. 1.101.

A Coobrigada pede a sua exclusão da lide, por ter transferido, em 1995, suas cotas da sociedade comercial para as atuais sócias e, que, mesmo à época que participava da sociedade, apesar de constar do contrato que ela era responsável pelo gerenciamento da empresa juntamente com as outras duas sócias, tal situação era exercida exclusivamente pela sócia Karen Piroli Machado.

O dispositivo da Lei n.° 6.763/75 (art. 21, inciso VI) citado pela fiscalização, não se refere aos sócios de empresas, mas sim ao representante, mandatário e gestor de negócios.

A rigor, não é obrigatório constar no Auto de Infração os nomes dos diretores, gerentes ou representantes da sociedade autuada. A

responsabilidade dessas pessoas decorre da norma estatuída no art. 135, inciso III, do CTN, assim insculpido, *in verbis:*

"Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I e II - *omissis*

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado." (CTN) (grifos nossos)

Conforme se depreende dos julgados abaixo transcritos, a jurisprudência é pacífica em considerar que a falta de pagamento dos tributos devidos caracteriza a *violação à lei*, referenciada no art. 135, III, do CTN. Vejamos:

"Nos termos do art. 135, III, do CTN, são substitutos na responsabilidade tributária os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Se a firma encerrou suas atividades de forma irregular, pode qualquer uma das pessoas referidas na lei ser citada, com penhora de seus bens, para garantia da execução fiscal. Precedentes na Corte." (STF, RE 113.854, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, ac. de 06/12/1985, RTJ, 117:1155; RE 110.597-RJ, Rel. Min. Célio Borja, ac. de 07/10/1986, RTJ, 119:910). [grifos nossos]

"Infringe a Lei Tributária quem, sujeito ao pagamento de tributo, não o satisfaz no tempo, forma e lugar determinados." (STJ, REsp. 8.584-SP, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 17/04/1991, *Julgados dos Tribunais Superiores,* 24:5). [grifos nossos]

"O não recolhimento do tributo nos prazos legais caracteriza infração a lei, para fins de tornar as pessoas referidas no inciso III do art. 135 do CTN, responsáveis pela obrigação tributária e, destarte, sujeitas à execução fiscal..." (TJMG, Ap. 65.312, Rel. Des. Werneck Cortes, ac. 02/04/85, DJMG, 20/10/87). [grifos nossos]

A jurisprudência é pacífica, também, no sentido de que mesmo na fase de execução judicial da dívida tributária, não é necessário constar os nomes dos diretores, gerentes ou sócios da sociedade autuada, na respectiva Certidão de Dívida Ativa. Confiramos:

"O que a jurisprudência tem admitido é a citação dos sócios-gerentes como responsáveis pela sociedade, embora não tenham eles figurado na referida certidão, para que seus bens particulares possam responder pelo débito tributário, desde que tenham agido com excesso de poderes ou infração de lei ou do contrato social." (STF, RE 95.022, ac. de 04/10/1983, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU, 04/11/1983, p. 17146). [grifos nossos]

"Sempre que a sociedade se dissolver irregularmente, com ofensa à lei e aos estatutos, admissível é a responsabilidade residual dos sócios, nos termos do art. 135, I e III, do CTN, independentemente de não constarem seus nomes na certidão da dívida." (TJSP, AgI 81.377-2, Rel. Des. Marcello Motta, ac. 10/10/1984, RT 593:104). [grifos nossos]

"Infringe a lei o sócio-gerente que deixa de recolher, tempestivamente, os tributos devidos pela firma devedora e, como responsável tributário, pode ser citado e ter seus bens particulares penhorados, mesmo que seu nome não conste da certidão de dívida ativa." (STJ, REsp. 14904-MG, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, ac. de 04/12/1991, DJU, 23/03/92, p. 3437). [grifos nossos]

Assim, o diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica de direito privado assumirão a posição de *sujeito passivo* da execução fiscal, em litisconsórcio eventual com a sociedade devedora. Nesse momento, sim, é que aquelas pessoas deverão ser citadas para o processo, antes de submeter-se à penhora, em observância à garantia constitucional do devido processo legal. Eventual defesa que queiram apresentar, haverá de ser feita por meio de *embargos de devedor,* no curso do processo de execução. [i]

Além disso, na fase da execução fiscal que deverá ser observado também a disposição do art. 133 do CTN.

Diante disso, exclui-se a Sra. Vânia Beatriz Ximenes Vasconcelos como Coobrigada pelo crédito tributário.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) excluir os Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária; 2) excluir a Multa Isolada por entrada desacobertada, erroneamente capitulada no art. 55, inciso II, da Lei n.º 6763/75; 3) excluir as exigências do ano de 1993 nos termos do art. 173, inciso I, do CTN. Vencida, em parte, a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara que não concordava com a exclusão das exigências relativas ao ano de 1993, tendo em vista que o TO foi lavrado e o Contribuinte devidamente intimado, antes do término do período decadencial. articiparam do julgamento, além das signatárias, os

Conselheiros João Inácio Magalhães Filho e Edwaldo Pereira de Salles (Revisor).

Sala das Sessões, 21/06/01.
Cláudia Campos Lopes Lara
Presidenta
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relatora

2001

Acórdão: 14.772/02/2ª (publicado no DOE de 01/03/02)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Documentos extrafiscais apreendidos regularmente no estabelecimento e que refletem, de fato, operações realizadas sem a emissão das notas fiscais correspondentes.
MICRO GERAES – DESENQUADRAMENTO - A multa de revalidação em dobro somente será exigida do contribuinte que se enquadrar como microempresa, empresa de pequeno porte, microprodutor ou produtor de pequeno porte sem ter preenchido os requisitos para o enquadramento ou daquele que permanecer enquadrado após perder a condição para tanto, por excesso de receita bruta ou situação impeditiva prevista no artigo 17 do REMIPE/93. Redução da MR ao percentual de 50%.
CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA - o Termo de Ocorrência, cuja lavratura e intimação ocorreu dentro do prazo previsto no artigo 173, inciso I do CTN, contém todos os elementos descritos no artigo 142 do mesmo diploma legal, sendo portanto capaz de constituir o crédito tributário e afastar a decadência, referente ao período de 1993. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

O Auto de Infração relata que a autuada, no período em que usufruía o benefício da isenção do ICMS concedido às microempresas, abril de 1993 a agosto de 1995, promoveu saídas desacobertadas de documentação fiscal, apuradas com base em análise das Ordens de Serviços (documentos extrafiscais) apreendidas no estabelecimento do contribuinte, por meio do TADO nº 02.000111217.49.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por sua representante legal, Impugnação às fls. 595/596, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 600/602.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls 609/614, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências referentes ao exercício de 1993 (decadência) e para adequar a MR ao percentual de 50%.

DECISÃO

Das Preliminares

A autuada requer a exclusão dos valores referentes aos anos de 1993 e 1994.

Questão que enfrenta controvérsias, mas é de se confirmar, por oportuno, o entendimento que vem se delineando em recentes decisões da Câmara Especial do CC/MG, sobre a matéria, (2483/01/CE, 2510/01/CE e2522/CE).

"O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, em consonância com os mandamentos do art. 173, inciso I da Lei 5.172/66 (CTN).

A dúvida posta nos autos, reside em responder se somente o Auto de Infração é capaz de "constituir" o crédito tributário ou se o Termo de Ocorrência – TO, também teria tal capacidade.

No presente caso, o TO foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996 estando, relativamente aos fatos geradores ocorridos em 1993, dentro do prazo de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, e o Auto de Infração somente foi emitido e recebido pelo sujeito passivo, em 1999, portanto, após o referido prazo.

Para o deslinde da questão posta é importante, de plano, transcrever alguns dos dispositivos legais relacionados à matéria.

> CTN:
>
> *Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
Art. 174 - A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

CLTA/MG:
Efeitos de 11/08/84 a 31/12/98 - Redação original da CLTA:
"Art. 51 - A autoridade administrativa que proceder ou presidir diligência de fiscalização, para verificação do cumprimento de obrigação tributária, lavrará, conforme o caso:"
(...)
"II - Termo de Ocorrência (TO) ou Termo de Apreensão, Depósito e Ocorrência (TADO), em que serão descritas, sumariamente, mas com clareza, as tarefas executadas bem como as irregularidades apuradas;"
III - Auto de Infração (AI).
"Art. 58 - O lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração (AI)."

As questões atinentes ao crédito tributário e ao lançamento são, na doutrina, bastante controversas, sendo que um dos pontos discutidos é se o lançamento é um ato administrativo ou um procedimento.

Segundo Ruy Barbosa Nogueira, em Teoria do Lançamento Tributário. (Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1965), "o lançamento por parte do fisco é um procedimento. Vai desde a ocorrência do fato gerador até a inscrição da dívida ativa para cobrança executiva. O lançamento só se considera efetuado quando finda a instância administrativa, tenha ou não havido recursos do contribuinte".

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, a definição de lançamento, prevista no artigo 142 do CTN, com as adaptações necessárias é a seguinte: "lançamento tributário é o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível".

Neste mesmo sentido também se posicionam Hugo de Brito Machado, Alfredo Augusto Becker e Antônio Roberto Sampaio Dória e em sentido contrário, classificando o lançamento como ato administrativo estão Paulo de Barros Carvalho, Rubens Gomes de Souza, Aliomar Baleeiro e outros.

De fato, se a legislação prevê série de atos para formar o lançamento não há porque não entendê-lo, como estabelece o CTN, como procedimento administrativo.

Parece que não há consenso sobre o lançamento ser ato ou procedimento, mas há consenso acerca dos seus requisitos essenciais e sobre o fato de que o CTN, em seu artigo 142, tratou do lançamento enquanto sendo um procedimento, formado pela combinação orgânica de uma série de atos e termos, com objetivo determinado.

Todos os doutrinadores e tributarista fazem coro ao estabelecer que através do lançamento se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito tributário e estipulando os termos da sua exigibilidade. Some-se a isto a intimação regular do sujeito passivo e a possibilidade de impugnação do lançamento para a revisão pela autoridade que o fez ou pela superior.

Portanto, tendo em vista que o Termo de Ocorrência contém todos os requisitos acima descritos e constantes do artigo 142 do CTN, pode, sem sombra de dúvidas, ser considerado como o lançamento do crédito tributário.

A CLTA/MG estabelece no artigo 51 todos os atos a serem praticados pela autoridade fiscal quando da fiscalização e da cobrança do crédito tributário, ou seja, trata de uma série de atos a serem praticados pelo agente público com o objetivo de constituir o crédito tributável e torná-lo exigível.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, "formalizar o crédito está no sentido de instituir-se o crédito, pois ao declarar o acontecimento do evento constitui-se o fato jurídico tributário que, por sua vez, faz irradiar a relação entre dois sujeitos, dentro da qual aparece o crédito, como o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir a prestação do tributo. Formalizar significa verter na linguagem competente, e desse modo, constituir o crédito tributário" (Curso de Direito Tributário, 11a edição, Editora Saraiva, 1999, p. 270).

E, de acordo com Hugo de Brito Machado, o artigo 173, inciso I do CTN, ao se referir a lançamento, quer dizer o ato pelo qual o Fisco

"determina o valor do crédito tributário e intima o sujeito passivo para fazer o respectivo pagamento" (Curso de Direito Tributário, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.146).

Neste contexto, a decadência é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Portanto, a decadência pressupõe a inércia do titular do direito e o decurso de certo prazo, legalmente previsto.

Tendo o fisco emitido o Termo de Ocorrência e intimado regularmente o sujeito passivo, não se pode falar em inércia do titular do direito. Alguns poderiam alegar que apesar de conter a descrição do fato gerador, do sujeito passivo, indicar o *quantum debeatur*, ainda assim a Fazenda não teria agido de forma completa e acabada, face a ausência da lavratura do Auto de Infração.

Neste ponto discutiríamos novamente o fato de que para alguns tributaristas, o Auto de Infração também não concluiria o lançamento, mas apenas a decisão final na esfera administrativa. Existe, portanto, uma clara distinção entre a "constituição definitiva" do lançamento e o marco final da decadência, sendo que este segundo ocorre quando, através da pratica de um determinado ato, legalmente previsto, o agente público constitui o crédito tributário e regularmente intima o sujeito passivo.

Apenas para ilustrar, Hugo de Brito Machado, ao tratar de questões do processo administrativo tributário, define que o lançamento é o procedimento administrativo que somente se completa com a decisão final, vale dizer, com a decisão na qual a administração diz ao sujeito passivo da obrigação tributária, pague tanto, em tal prazo, ou eu promoverei contra você a competente execução fiscal.

Por estas razões, parece lógico entender que o Termo de Ocorrência, previsto no artigo 51, inciso II da CLTA, mesmo não sendo o último ato do lançamento, atende perfeitamente aos mandamentos do artigo 142 do CTN. Mesmo porque, a partir da intimação do TO, o contribuinte está autorizado a se defender e oferecer inclusive os chamados fatos novos (artigo 57, inciso II da CLTA/MG).

Em suma, o CTN trata do lançamento como procedimento e em que pesem as posições contrárias, todos os artigos do mencionado diploma legal seguem nesta trilha.

Portanto, verificados os requisitos previstos no artigo 142 do CTN, estará constituído o crédito tributário, independentemente da denominação que se dê a peça fiscal lavrada.

Posteriormente, conforme previsto na CLTA/MG, com fulcro no CTN, outros atos administrativos serão praticados para que se conclua

definitivamente o lançamento, mas de qualquer forma, a decadência já estaria afastada, frente a manifesta ação do titular do direito."

Logo, na hipótese dos autos, não ocorreu a decadência dos fatos geradores do exercício de 1993, tendo em visto que o Termo de Ocorrência foi emitido e recebido pelo sujeito passivo em 1996, dentro do prazo de 5 anos previsto no artigo 173 do CTN."

Do mérito

Imputadas saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, apuradas mediante documentação extrafiscal (ordens de serviços) e, em razão disso, o Fisco procedeu ao desenquadramento da Impugnante da condição de microempresa, exigindo o débito de ICMS pelas operações realizadas nos períodos de 04/99 a 08/95, conforme demonstrado nos quadros de fls. 14/15.

O Fisco procedeu, ainda, a recomposição da conta gráfica, conforme quadros de fls. 16/17, concedendo os créditos do imposto lançados no livro Registro de Entradas.

Constam das referidas ordens de serviços o seu número, a data de emissão, os dados do remetente (a Autuada), os dados do cliente (os destinatários), a descrição dos materiais, o valor total, a referência ao técnico responsável e o carimbo constando a indicação "Recebemos" assinado e datado.

Resta então evidenciado que aqueles documentos apreendidos no estabelecimento refletiram, de fato, operações realizadas pela Autuada e que se revelam, portanto, receitas auferidas pelo estabelecimento.

O procedimento do Fisco encontra guarida nos artigos 836 e 845, § 2º do RICMS/96.

A Impugnante não contestou em momento algum os valores apurados, bem como não trouxe qualquer documentação fiscal referente às operações, estando então corretas as exigências fiscais, em face: do disposto no artigo 110, da CLTA/MG, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84, que considera como provada a irregularidade, quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza a conclusão de que houve saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto de provas; e do disposto no artigo 35, inciso V do REMIPE, aprovado pelo Decreto nº 34.566/93, que prevê o desenquadramento na hipótese de ocorrência da infração que foi apurada pelo Fisco.

Entretanto, quanto ao percentual referente à multa de revalidação, que foi exigida em dobro, está incorreta essa exigência,

pois, nos termos dos artigos 46 e 47 do REMIPE então vigente, a previsão para esse agravamento da penalidade aplica-se apenas nas hipóteses de empresa que permanece enquadrada no regime de microempresa após perder essa condição, por excesso de receita bruta ou por ocorrência de situação impeditiva prevista no artigo 17 daquele Regulamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinqüenta por cento). Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) e Úrsula Lopes Gonçalves que excluíam ainda as exigências fiscais relativas ao exercício de 1993 face à ocorrência da decadência. Designada Relatora a Conselheira Lúcia Maria Bizzotto Randazzo (Revisora).

Sala das Sessões, 31/01/02.
Roberto Nogueira lima
Presidente
Lúcia Maria Bizzotto Randazzo
Relatora/Revisora

Acórdão: 2.380/01/CE (publicado no DOE de 18/08/01)

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA. O marco inicial da decadência é contado nos termos do art. 173, inciso I, do CTN e o marco final com a regular intimação do AI. Em relação aos fatos geradores ocorridos em dezembro/93, o Fisco somente poderia exigir o imposto a partir de 01/01/94, iniciando, por conseguinte, em 01/01/95, o prazo para fins de decadência. No caso dos autos, o contribuinte foi regularmente intimado do AI antes de 31/12/99. Em razão disso, devem ser restabelecidas as exigências referentes ao mês 12/93. Reformada parcialmente a decisão recorrida.

CRÉDITO DO ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO/CONSUMO - FALTA DE 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. Constatado que a Autuada aproveitou créditos de ICMS relativos a materiais de uso/consumo em desacordo com a legislação vigente à época além de aproveitar créditos do imposto relacionados a documentos fiscais sem apresentação da 1ª via dos mesmos, nos termos do art. 153 - VI do

RICMS/91. Infrações caracterizadas. Crédito tributário reformulado em razão da apresentação de documentos fiscais que justificavam parte do aproveitamento combatido. Exigências parcialmente canceladas. Mantida a decisão anterior.
CRÉDITO DO ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. Constatado que a Autuada recolheu indevidamente ICMS referente à diferença de alíquotas relativamente à mercadoria *cartão indutivo* e se creditou do mesmo. O Fisco, no Auto de Infração em comento, estornou o referido crédito, não obstante entender legítimo o creditamento referente à mercadoria. Constatado inexistir a infração argüida. Exigência cancelada. Mantida a decisão anterior.
Recurso de Revista conhecido por unanimidade e parcialmente provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS e MR (50%) pela constatação, no período de 1993, 1994, 1995 e 1996, de aproveitamento indevido de créditos do imposto por falta de apresentação da 1ª via das notas fiscais de aquisição e por entrada de materiais para uso, consumo e manutenção da planta de comunicações (AI de fls. 1208/1209 e Termo de Retificação do AI, fls. 1302/1303).

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 14.060/01/2ª, por maioria de votos, manteve parcialmente procedente o lançamento fiscal, excluindo o crédito tributário no exercício de 1993, em razão de atingido pela decadência e mantendo a reformulação do crédito tributário às fls. 1385/1407, excluindo os valores referentes ao diferencial de alíquota às fls. 1431/1436.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revista (fls.1491/1498), por intermédio de sua procuradora, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 11.820/96/1ª(fls. 1505/1509) e 12.623/98/3ª(fls. 1499/1504). Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Recorrida, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado contra-arrazoa o recurso interposto (fls.1521/1529), requerendo, ao final, o seu não conhecimento e o não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1531/1534, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

O direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é de 05 anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173 do CTN.

A questão que gera controvérsias é quanto a formalização do crédito tributário. O CTN dita a regra geral para o lançamento e a Legislação Estadual regulamenta-o. Muito embora o T.O contenha as características exigidas pelo artigo 142 do CTN, o artigo 58 da CLTA/MG (redação original) dispõe que o lançamento do crédito tributário será formalizado mediante o Auto de Infração.

Acredita-se que a CLTA/MG não iria criar dois atos administrativos (T.O e A.I) com a mesma função. Ela definia a competência de um e outro. O T.O é uma medida preliminar ao A.I, enquanto este deve aperfeiçoá-lo e finalizar a constituição do crédito tributário. Tanto assim, que a impugnação, a revelia e a inscrição em dívida ativa só podem ocorrer através do A.I.

No entanto, as exigências referentes ao mês de dezembro de 1993 não se encontram alcançadas pela decadência, pois o vencimento do prazo para pagamento fixado na legislação findou-se em janeiro/94, o que remete para 31.12.99 o prazo final para formalização do crédito tributário atinente àquele período.

Assim sendo, entende-se que o Acórdão recorrido deva ser reformado, para incluir no valor do crédito tributário a ser exigido o mês de dezembro/1993, não atingido pela decadência.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso de Revista nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencidos os Conselheiros José Luiz Ricardo e Cláudia Campos Lopes Lara que davam provimento mesmo. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual o Procurador Carlos Victor Muzzi Filho e pela Impugnante o Advogado Eduardo Maneira. Participaram do julgamento, além dos supramencionados e dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da

Silva, Francisco Maurício Barbosa Simões e Cleusa dos Reis Costa (Revisora).

Sala das Sessões, 29/06/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Antônio César Ribeiro
Relator

5 – Diferimento – Descaracterização

1999

Acórdão: 13.455/99/2ª (publicado no DOE de 01/07/00)

EMENTA

Diferimento - Descaracterização - Substancia Mineral (Calcário) - Constatado a venda de substancia mineral (calcário) ao abrigo indevido do diferimento do imposto pois a mercadoria foi destinada a microempresas, empresas de pequeno porte, órgão, pessoa ou entidade não inscrita como contribuinte do ICMS no Estado. Infração plenamente caracterizada nos termos do art. 19, incisos IV e VI do RICMS/91. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS em decorrência da utilização indevida do diferimento nas saídas de substancias minerais (calcáreo), com destino a microempresas, empresas de pequeno porte, empresas com inscrição Estadual bloqueadas/canceladas, empresas isentas e pessoas ou entidades não inscritas como contribuintes de ICMS no Estado, no período de 01/07/92 a 31/12/94.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 217 a 223, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 232 a 235.

DECISÃO

A fase do diferimento prevista no art. 15, inciso III, do RICMS/91, para saídas de substância mineral ou fóssil, encerra-se quando a mercadoria for destinada a estabelecimento de microempresa, de empresa de pequeno porte, empresas com inscrição Estadual baixada, bloqueada ou cancelada, empresas ou orgãos isentos, pessoas

ou entidades não inscritas como contribuinte do ICMS no Estado ou quando a saída subseqüente for isenta ou não tributada (*art. 19,incisos I,IV e VI do RICMS/91*).

Neste caso, fica a cargo do contribuinte remetente o dever de recolher o tributo incidente na operação, pagamento que, in casu, não foi efetivado pela Impugnante (*art. 17, RICMS/91*), resultando, assim, legitimada a exigência fiscal.

Com efeito, restou caracterizada a infringência aos dispositivos legais elencados no Auto de Infração de fls.211/212.

A irresignação da Impugnante soa no vazio, ante a ausência de prova convincente, que pudesse acolher o seu pleito.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira Salles (Revisor) e Joaquim Mares Ferreira .

Sala das Sessões, 21/10/99.

Antônio César Ribeiro

Presidente

João Alves Ribeiro Neto

Relator

2000

Acórdão: 01.054/00/5ª (publicado no DOE de 01/07/00)

EMENTA

Diferimento – Descaracterização – Café – Operação com Empresa não Preponderantemente – Exportadora. Constatou-se através de levantamento fiscal que a empresa destinatária da mercadoria – café, adquirido com diferimento, não satisfazia a exigência, por não ser preponderantemente exportadora. Exigência fiscal correta. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O autuado promoveu a saída da mercadoria – café, utilizando-se do benefício do diferimento, como se a empresa destinatária fosse preponderantemente exportadora.

Esta condição não se confirmou, conforme demonstrativo elaborado pela Chefia da AF/Manhuaçu, utilizando-se de dados

fornecidos pela própria destinatária do café, através do DAMEF, referente ao exercício anterior àquele relativo às operações, para apurar que a mesma não satisfazia a condição para aquisição do café com diferimento..

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente impugnação às fls. 11/12, contra a qual o Fisco se manifesta às fls.19/21, observando que a utilização do instituto do diferimento foi indevido.

DECISÃO

O autuado se valeu indevidamente do instituto do diferimento nas operações de venda do café beneficiado para a empresa, que teria em suas operações a preponderância nas exportações.

Esta condição não foi confirmada, conforme demonstrado no levantamento efetuado pela Chefia da AF/Manhuaçu, que se utilizou dos dados fornecidos pela própria destinatária das mercadorias, constantes do DAMEF.

O autuado alega que não é responsável pela irregularidade e, dessa forma não deveria ser ele o autuado por ser um terceiro de boa – fé, no que foi contestado pelo fisco, pois a irregularidade se deveu ao uso indevido do diferimento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 5.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora).

Sala das Sessões, 03/05/00.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente
Joaquim Mares Ferreira
Relator

2001

Acórdão: 14.562/01/2ª (publicado no DOE de 11/12/01)

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - CAFÉ CRU EM GRÃO - REMESSA PARA EPP. Constatada a emissão de Nota Fiscal Avulsa de Produtor, sem destaque do imposto, sob justificativa de

operação amparada por diferimento, para acobertamento de mercadoria para empresa enquadrada no "Programa Micro Geraes". Não obstante, conclui-se tratar-se de operação não favorecida pelo instituto do diferimento, conforme inciso V do artigo 12 do RICMS/96, corroborando, assim, a legitimidade do lançamento. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do imposto em operação de remessa de café cru em grão para empresa enquadrada como Empresa de Pequeno Porte. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Inconformados, o Autuado e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 27/31 e 16/21, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 35/38.

DECISÃO

O caso em tela é de rara simplicidade.

O Produtor Rural, ora Autuado, procurou a Repartição Fazendária competente para requerer emissão de nota fiscal avulsa de produtor no intuito de acobertar a venda de café cru em grão para indústria, *in casu* a Coobrigada Café Serra Lima Ltda-EPP.

A Repartição Fazendária emitiu a nota fiscal requerida, sem incidência do imposto, amparada pelo disposto na alínea g, inciso I do artigo 111, Anexo IX do RICMS/96.

> ***Art. 111*** *- O pagamento do imposto incidente nas operações com café cru, em coco ou em grão, fica diferido nas seguintes hipóteses:*
>
> *I - saída da mercadoria de produção própria, em operação interna, promovida pelo produtor rural inscrito, com destino a:*
>
> *a - f - ...*
>
> *g - indústria de torrefação e moagem de café;*

Decerto que o dispositivo supra retrata operações normais com a mercadoria em questão, fora das exceções regulamentares existentes.

Não obstante, o implemento do Programa de Fomento ao Desenvolvimento das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte do Estado de Minas Gerais - MICRO GERAES - trouxe de um lado benefícios para as empresas que se enquadrassem no referido e, de outro, limitações a que estariam submetidos essas empresas e aquelas que com elas transacionassem.

Nesse sentido, considerando-se o percentual de faturamento sobre o qual incide o imposto dentro do programa citado, a Empresa de Pequeno Porte, além de não poder aproveitar créditos relativamente às aquisições que realiza, não pode destacar imposto nas notas fiscais que emitir.

Dessa forma, como a Empresa de Pequeno Porte (EPP) não destaca imposto nos documentos que emite, essa vedação fere frontalmente o fundamento básico do instituto do diferimento, nos casos em que a EPP é destinatária da mercadoria.

RICMS/96 - Parte Geral

*Art. 7º - **Ocorre o diferimento** quando o **lançamento e o recolhimento do imposto** incidente na operação com determinada mercadoria ou sobre a prestação de serviço forem **transferidos para operação ou prestação posterior**.(Grifos)*

Assim, se não vai haver destaque e conseqüente apuração/recolhimento do imposto nas operações realizadas pelas empresas enquadradas no Programa Micro Geraes, inviabilizada está a sistemática de se diferir o imposto para a operação posterior.

Nesse sentido, o Regulamento do ICMS previu expressamente a impossibilidade de se diferir o imposto para as empresas enquadradas no Programa “Micro Geraes”.

RICMS/96 - Parte Geral

*Art. 12 - **Encerra-se o diferimento** quando:*

I - IV -

*V - **a mercadoria for destinada a estabelecimento** de microempresa, **de empresa de pequeno porte**, de microprodutor rural, de produtor rural de pequeno porte, às cooperativas e associações de produtores artesanais e de comerciantes ambulantes ou às associações de pequenos produtores da agricultura familiar, enquadradas no regime previsto no Anexo X, e aos seus cooperados ou associados;*

Efeitos de 1º/01/98 a 31/03/2000 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 11, ambos do Dec. nº 39.394, de 19/01/98 - MG de 20.

> *"V - **a mercadoria for destinada a estabelecimento** de microempresa, **de empresa de pequeno porte**, de microprodutor rural, de produtor rural de pequeno porte, ou às cooperativas de comerciantes ambulantes e de produtores artesanais, enquadradas no regime previsto no Anexo X, e aos seus cooperados;"(Grifos)*

Este é, pois, o fundamento basilar da exigência fiscal sob análise.

Contudo, alguns aspectos presentes no processo merecem ser analisados.

O Autuado, em sua peça de Impugnação, alega que se houve erro ao não se destacar o imposto na nota fiscal emitida pela Repartição Fazendária, esse erro, com suas conseqüências, deve ser atribuído exclusivamente ao Fisco e nunca ao Autuado.

No caso em tela verifica-se que houve, de fato, erro de aplicação da legislação tributária por parte da Repartição Fazendária competente para emissão da nota fiscal avulsa de produtor.

Considerou-se o diferimento previsto para as operações com a mercadoria (café cru em grão) sem atentar-se para a exceção prevista na parte geral do Regulamento do imposto, conforme dispositivo acima transcrito (art. 12, inciso V).

Não obstante, a partir da constatação do equívoco, a Repartição Fazendária intimou o Autuado para que o mesmo providenciasse o recolhimento do imposto, indevidamente diferido, acrescido de multa de mora e juros de mora, como se denúncia espontânea fosse, de acordo com o entendimento do artigo 161, *caput*, do Código Tributário Nacional, do artigo 226 da Lei 6763/75 além dos artigos 167/174 do Título VII da CLTA/MG, dos quais destacam-se os artigos 167, 169, inciso I, 170, *caput*, 173 e 174.

> **CTN**
> ***Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora**, **seja qual for o motivo determinante da falta**, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.(GRIFOS)*
> **Lei 6763/75**

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do ***não-recolhimento de tributo*** *e multa nos prazos fixados na legislação,* ***incidirão juros de mora*** *equivalentes à Taxa Referencial Diária - TRD - acumulada, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento.*
Parágrafo único - Na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais.(GRIFOS)

CLTA/MG
Art. 167 *- O contribuinte que, antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, procurar espontaneamente a repartição fiscal de sua circunscrição para comunicar falha, sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria deverá proceder na forma deste Título.*
Art. 169 *- A denúncia espontânea será instruída, quando for o caso, com:*
I - o comprovante do recolhimento do tributo, ***acrescido da correção monetária e da multa de mora*** *cabíveis;*
Art. 170 *- A comunicação prévia, regularmente complementada, constitui denúncia espontânea* ***excludente da exigência de multa de revalidação ou de multa isolada*** *por infração a obrigações acessórias, a que corresponda a falta confessada.*
Art. 173 *- Recebida a denúncia espontânea, a fiscalização promoverá:*
I - a simples conferência do débito recolhido pelo contribuinte, ou que tenha sido objeto de pedido de parcelamento;
II - o levantamento do débito quando o montante depender de apuração.
§ 1° - ***Na hipótese do inciso I, constatado que o valor recolhido foi inferior ao débito apurado, será lavrado o AI relativo à diferença,***

> ***acrescida de multa de revalidação**.*
> ***rt. 174 -** Caso não aceite o montante arbitrado pelo fisco, quando o valor do tributo depender de apuração, **o contribuinte poderá efetuar o pagamento do que entender devido, com a multa de mora**, no prazo do § 2° do artigo anterior, e impugnar a diferença existente, quando autuado, para pagamento desta, com a **multa de revalidação**.(GRIFOS)*

Verifica-se, pois, que, não obstante o equívoco cometido pela Repartição Fazendária, a mesma procurou sanar a irregularidade dando oportunidade ao Autuado para que o mesmo recolhesse o imposto como se denúncia espontânea fosse.

De outra forma não poderia ter agido a Repartição considerando-se que o ato de lançamento, de acordo com o parágrafo único do artigo 142 do CTN, é vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilização funcional do agente público.

> ***Art. 142 -** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*
>
> *Parágrafo único - **A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional**.(GRIFOS)*

Nesse sentido, o Fisco, como já mencionado, propôs ao Autuado o pagamento do imposto com os acréscimos legais previstos na legislação então em vigor.

Uma vez não cumprido satisfatoriamente o teor da intimação mencionada, outra ação não poderia ter tomado o Fisco senão a de formalizar o crédito tributário pertinente, em razão de não caber ao mesmo (Fisco) decidir sobre a conveniência, oportunidade e o conteúdo do lançamento. O parágrafo único supra não deixa ao Fisco qualquer margem de discrição. Não tendo sido recolhido, o crédito tributário deve compulsoriamente ser exigido.

Sendo assim, não haveria como o Fisco exigir de forma diferente considerando-se a vinculação da exigência ao ordenamento jurídico-legal tributário existente, ou seja, com os acréscimos legais previstos.

Como o Autuado não se dispôs ao pagamento do imposto, com multa de mora e juros legais previstos, lavrou-se o competente Auto de Infração, por sua vez com a substituição da multa de mora pela multa de revalidação, em razão da ação fiscal empreendida, além dos já citados juros legais exigidos.

Por outro lado, no que tange à responsabilidade tributária do Coobrigado, no caso a indústria destinatária da mercadoria, algumas considerações devem ser feitas.

O Código Tributário Nacional prevê, para atender à comodidade do ente tributante, as formas pelas quais podem ser responsabilizados, por um mesmo crédito tributário, mais de um sujeito passivo.

> ***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 solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.*

No inciso I está caracterizada a solidariedade natural. É entendida naqueles casos em que aquelas pessoas que tenham interesse comum no fato gerador da obrigação estejam no pólo passivo dessa obrigação tributária. Um exemplo bastante elucidativo é o dos compradores relativamente ao imposto sobre as transmissões imobiliárias. A lei determina que o comprador é o contribuinte do imposto em questão. Havendo mais de um comprador em comum, relativamente a determinado imóvel, obviamente que eles terão interesse comum e serão solidariamente responsáveis pelo imposto pertinente. Verifica-se que o vendedor também tem interesse comum no negócio. Não obstante, em razão de não estar no pólo passivo da obrigação, não poderá ser arrolado como responsável tributário, em que pese o citado interesse comum.

Verifica-se que *interesse comum* é um critério de certa forma precário e subjetivo para definição de responsabilidade tributária.

Não obstante, o inciso II do dispositivo trata da responsabilidade legal. Esta sim é objetiva e definida por lei, independentemente da

participação do responsável tributário na ocorrência do fato gerador da obrigação.

No caso em tela, a Lei 6763/75 definiu a responsabilidade tributária da Coobrigada nos seguintes termos:

> ***Art. 21 -*** *São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:*
>
> *I - XI -*
>
> *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.*

Considerando-se que ao não se exigir o imposto na operação em questão, o qual, *in casu*, deveria ser recolhido no ato da emissão da nota fiscal em documento de arrecadação, esse fato trouxe conseqüências imediatas que redundaram em diminuição do valor do negócio realizado em relação aos valores normalmente praticados no mercado.

Verifica-se, pois, considerando-se que o Coobrigado em questão comprou café cru em grão de vários produtores rurais no mesmo período, na mesma situação (pautados e julgados 17 processos nessa mesma sessão de julgamento, sendo a Coobrigada responsável tributária e adquirente da mercadoria em todas as autuações), ou seja, sem incidência do imposto, conclui-se, sem maiores dificuldades, que a mesma se omitiu no que concerne ao não recolhimento do imposto, auferindo ganho indevido sobre a infração à legislação tributária.

Dessa forma, evidencia-se claramente a responsabilidade tributária da Coobrigada quanto à sua omissão relativamente ao imposto da operação, resultando em proveito de ambas as partes, no caso do produtor rural remetente e da destinatária indústria adquirente.

Assim, correta a responsabilização tributária da Coobrigada adquirente da mercadoria.

Portanto, restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos

signatários, as Conselheiras Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 11/10/01.
Windson Luiz da Silva
Presidente
Edwaldo Pereira de Salles
Relator

6 – Suspensão – Descaracterização

1999

ACÓRDÃO: 13.262/99/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/05/99)

EMENTA

Suspensão - Descaracterização - Remessa de gado bovino para leilão - Falta de comprovação do retorno de parte - Impugnação parcialmente procedente, de acordo com a reformulação de cálculos da Drct/Baixo Rio Grande de fls. 56 - Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a remessa de gado para leilão, acobertada por notas fiscais de Produtor, sem a comprovação do retorno ou venda de determinada quantidade de animais, conforme relatado no respectivo Auto de Infração.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls., sob o argumento de que parte do gado objeto da autuação teria retornado e parte teria sido vendida, juntando as respectivas notas fiscais, não consideradas no Auto de Infração.

Por determinação do Núcleo Técnico da DRCT/Baixo Rio Grande, o trabalho foi baixado em diligência, e posteriormente reformulado o crédito tributário, com a manifestação favorável do Chefe da Administração Fazendária da circunscrição do Autuado.

O fato foi comunicado ao Patrono da Impugnante, que não mais se manifestou a respeito da matéria, sendo os autos remetidos à DRCT/Baixo Rio Grande, que se manifesta através de Réplica, nos seguintes termos:

que as notas fiscais constantes de fls. 43 a 48 dos autos, já haviam sido consideradas quando da lavratura do TO;

que as demais notas fiscais não se referem aos documentos mencionados no aludido AI;

que não procede o argumento de que todas as notas fiscais acostadas não haviam sido acatadas pelo Fisco;

transcreve Ementa de Acórdão nº 11.382/96/2ª, proferido por este CC/MG, ressaltando que o crédito tributário foi reformulado em decorrência da nota fiscal inicialmente apresentada, primando pela procedência do feito fiscal.

DECISÃO

Restou provado que parte do gado enviado para leilão não retornou à propriedade do autuado, remanescendo um crédito tributário inconteste, no estrito cumprimento ao disposto no artigo 28, § 3º, item 1, do RICMS/91, cuja interpretação, não carece de maiores esforços.

Ressalte-se que este CC/MG., através da 2ª Câmara de Julgamento já se posicionou sobre a matéria, "in casu", conforme Acórdão nº 11.382/96.2ª, dentre vários outros.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações, mormente em relação à legitimidade da exigência, não mais questionada pelo Impugnante, implicando "ipso facto" no seu reconhecimento, conforme preceitua o artigo 110, da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, de acordo com a reformulação de cálculos da DRCT/BAIXO RIO GRANDE, de fls. 56. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Adevaldo Antônio de Castro, Laerte Cândido de Oliveira e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 05/04/99.

Mauro Heleno Galvão

Presidente/Relator

Celso de Oliveira Ferreira

Procurador da Fazenda

ACÓRDÃO: 716/99/4ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/03/00)

EMENTA

Suspensão - Descaracterização - Saída de café em coco ao abrigo da suspensão do imposto, cujo retorno não foi comprovado pelo Impugnante dentro do prazo legal, considerando-se por conseguinte ocorrido o fato gerador na data da remessa, conforme

disposto no Anexo III, item 2 do RICMS/96. Infração caracterizada. Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de 384 arrobas de café em coco acobertada pela NF de produtor nº 810073 AAE de 20/03/97, com suspensão do ICMS cujo retorno não foi comprovado pelo Impugnante dentro do prazo legal, ficando por conseguinte descaracterizada a suspensão.

Lavrado em 22/07/98 AI n.º 02.000117309.31 para cobrança do ICMS, MR pela descaracterização da suspensão e MI de conformidade com Art. 57 da Lei 6763/75.

Inconformada, o Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal Impugnação às fls. 28/29

A DRCT/SRF/Sul apresenta réplica às fls. 36 a 43 refutando as alegações do Impugnante.

DECISÃO

Alega o Impugnante que entregou o café em coco para beneficiamento à empresa Wantuir Martins da Mata, que se obrigou a vender a mercadoria e realizar o pagamento de todas as despesas, inclusive tributos.

Outrossim requer que seja responsabilizado pela infração o destinatário da mercadoria.

No entanto, dispõem os artigos 121 e 123 do CTN:

> *"Art. 121 - Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*
>
> *Parágrafo único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:*
>
> *I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*
>
> *II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei."*
>
> *"Art. 123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."*

Não tendo retornado as mercadorias remetidas para beneficiamento, dentro de 60 dias, conforme preceitua o Anexo III, item 2, notas 1 e 2, do RICMS/96, descaracterizou-se, em conseqüência a suspensão do imposto, considerando ocorrido o fato gerador na data da remessa.

Corretas estão, portanto, as exigências contidas no vertente AI, aplicadas à empresa remetente, ora Autuada.

Diante do exposto, ACORDA a Quarta Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Ruy Barbosa Gonçalves e Ângelo Alberto Bicalho de Lana.

Sala das Sessões, 16/11/99.
João Inácio Magalhães Filho
Presidente
Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

Acórdão: 716/99/4ª (publicado no DOE de 14/03/00)

EMENTA

Suspensão – Descaracterização – Saída de café em coco ao abrigo da suspensão do imposto, cujo retorno não foi comprovado pelo Impugnante dentro do prazo legal, considerando-se por conseguinte ocorrido o fato gerador na data da remessa, conforme disposto no Anexo III, item 2 do RICMS/96. Infração caracterizada. Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de 384 arrobas de café em coco acobertada pela NF de produtor nº 810073 AAE de 20/03/97, com suspensão do ICMS cujo retorno não foi comprovado pelo Impugnante dentro do prazo legal, ficando por conseguinte descaracterizada a suspensão.

Lavrado em 22/07/98 AI n.º 02.000117309.31 para cobrança do ICMS, MR pela descaracterização da suspensão e MI de conformidade com Art. 57 da Lei 6763/75.

Inconformada, o Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal Impugnação às fls. 28/29

A DRCT/SRF/Sul apresenta réplica às fls. 36 a 43 refutando as alegações do Impugnante.

DECISÃO

Alega o Impugnante que entregou o café em coco para beneficiamento à empresa Wantuir Martins da Mata, que se obrigou a vender a mercadoria e realizar o pagamento de todas as despesas, inclusive tributos.

Outrossim requer que seja responsabilizado pela infração o destinatário da mercadoria.

No entanto, dispõem os artigos 121 e 123 do CTN:

> *"Art. 121 – Sujeito Passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*
>
> *Parágrafo único – O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:*
>
> *I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*
>
> *II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa da lei."*
>
> *"Art. 123 – Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."*

Não tendo retornado as mercadorias remetidas para beneficiamento, dentro de 60 dias, conforme preceitua o Anexo III, item 2, notas 1 e 2, do RICMS/96, descaracterizou-se, em conseqüência a suspensão do imposto, considerando ocorrido o fato gerador na data da remessa.

Corretas estão, portanto, as exigências contidas no vertente AI, aplicadas à empresa remetente, ora Autuada.

Diante do exposto, ACORDA a Quarta Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Ruy Barbosa Gonçalves e Ângelo Alberto Bicalho de Lana.

Sala das Sessões, 16/11/99.

João Inácio Magalhães Filho
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

Acórdão: 14.967/01/1.ª (publicado no DOE de 25/08/01)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGITRO DE LIVROS FISCAIS. Exigência da multa isolada prevista no art. 54, II, da Lei 6763/75, face à constatação da inexistência do livro Registro de Inventário e pela falta de registro, na repartição fiscal competente, dos livros RAICMS, Registro de Saídas e Registro de Entradas. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas. Correto o estorno do crédito efetuado pelo Fisco, nos termos dos art. 70, V, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – FALTA DE 1.ª VIA. Aproveitamento de crédito de ICMS destacado em nota fiscal, cuja 1.ª via não se encontra em poder do estabelecimento autuado. Vedação ao crédito prevista no art. 70, VI, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DEMONSTRAÇÃO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – RETORNO. Não se aplica a suspensão do ICMS, em operação interestadual, na saída ou retorno de mercadoria remetida para fins de demonstração, nos termos do item "7", do Anexo III, ao RICMS/96. ICMS corretamente destacado no documento fiscal, não havendo óbice ao seu creditamento. Exigência fiscal cancelada.

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA – DESTAQUE A MENOR DO ICMS. Utilização indevida da redução da base de cálculo prevista no item "9", do Anexo IV, ao RICMS/96. Infração caracterizada e não elidida. Exigências fiscais mantidas.

BASE DE CÁLCULO – NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO. Notas fiscais emitidas ao amparo da não incidência do ICMS, sem a devida caracterização de qualquer das hipóteses previstas no art. 5.º, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

SUSPENSÃO – DESCARACTERIZAÇÃO. Saída de mercadoria ao amparo da suspensão do ICMS, prevista no item "7", do Anexo III, ao RICMS/96, sem o retorno no prazo legal, ensejando a descaracterização da suspensão do imposto, nos termos da nota "2", do mesmo Anexo. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação:

1. Falta do Livro Registro de Inventário;
2. Falta de registro na Repartição Fiscal dos seguintes livros: LRAICMS n.os 05 e 06; LRS n.os 03 e 04 e LRE n.os 03 e 04;
3. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, no período de out./97 a nov./99;
4. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais sem a 1ª via, em julho/93;
5. Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em nota fiscal de retorno de mercadoria enviada para demonstração com ICMS suspenso;
6. Redução indevida da base de cálculo do ICMS em notas fiscais de sua emissão, no período de ago./97 a fev./00, por não haver previsão para tal redução (utilização indevida da redução prevista no item 9 do Anexo IV do RICMS/96);
7. Emissão de notas fiscais de saída sem destaque de ICMS, em junho/98 e em set./98;
8. Saída de mercadorias para demonstração com suspensão do ICMS, no período de abr./97 a nov./99, sendo que tais mercadorias não retornaram no prazo previsto no item 7, notas 1 a 4 do Anexo III do RICMS/96.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 462/466), por intermédio de seu representante legal.

Com relação a falta de registro dos livros na repartição fiscal, concorda que existe previsão legal para cobrança da penalidade. No entanto, pede a aplicação do permissivo legal previsto no § 3º do art. 53 da Lei n.° 6.763/75, a fim de ser excluída a referida multa, ao argumento que possui os Livros contábeis e fiscais devidamente escriturados e que foram apresentados à autoridade fiscais, os quais serviram de base para o trabalho fiscal.

Afirma que nenhum valor deixou de ser recolhido aos cofres públicos, em virtude da falta de apresentação dos livros na repartição fazendária.

Diz que não pode afirmar como teve o seu Livro Registro de Inventário extraviado, pois somente tomou ciência do seu desaparecimento quando solicitado pela fiscalização.

Por isso, pede a exclusão da penalidade, ao fundamento que não pôde efetuar a denúncia espontânea, após a ação fiscal, face o disposto no art. 55 da CLTA/MG.

Com relação ao aproveitamento de créditos destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, observa que não pode estar presente em todos os locais onde efetua sua compras de mercadorias, peças e componentes, pois efetua regularmente a compra por telefone, recebendo as mercadorias de seus clientes, algumas vezes estabelecidos fora do Estado, por meio de transportadoras.

Ressalta que a lei deve adequar-se à realidade, uma vez que está ultrapassada.

Aduz que os Atos Declaratórios de Inidoneidade relativos aos documentos emitidos pelas empresas Tractorpower do Brasil Ltda., Guinness Com. Representações Ltda., Empilhadiesel Equip. e Máquinas Ltda. e Agropeças Máquinas e Motores Ltda. são posteriores às operações de compra por ela realizadas.

Questiona como pode o contribuinte identificar os documentos inidôneos, se até o Estado leva meses para descobri-los.

Entende que o Fisco deveria cobrar o imposto do vendedor que encerrou irregularmente suas atividades.

Acresce que o Fisco mediante um lançamento tributário elege o adquirente da mercadoria como responsável solidário pelo imposto não pago pelo emitente do documento fiscal.

Está convencida que a exigência fiscal não pode prevalecer, por eleição errônea do sujeito passivo.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação, a fim de ser cancelado o Auto de Infração.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 469/471**,** refuta as alegações da defesa.

Observa que, conforme art. 16, inciso II da Lei n.° 6.763/75, o contribuinte é obrigado a manter os livros fiscais devidamente registros na Repartição Fazendária de seu domicílio, pelo prazo previsto na legislação tributária (art. 96, inciso III e § § 1º e 2º do RICMS/96).

Salienta que, como a contribuinte escritura seus livros por PED, os livros deverão ser encadernados e autenticados no prazo de 60 (sessenta) dias, contado do último lançamento, nos termos do art. 30 do Anexo VII do RICMS/96.

Informa as datas em que os livros, objeto da ação fiscal, teriam que ser autenticados.

Sustenta que a penalidade prevista no art. 54, inciso II da Lei n.° 6.763/75 foi aplicada porque os livros não foram devidamente registrados na Repartição Fiscal.

Argumenta que não se trata de extravio ou desaparecimento do Livro Registro de Inventário, mas de falta de livro devidamente registrado na Repartição Fiscal.

Cita o art. 70, inciso V do RICMS/96 e adverte que a Impugnante não apresentou nenhuma prova de pagamento do imposto destacado nas notas fiscais declaradas inidôneas.

Demonstra que, apesar dos Atos Declaratórios de Inidoneidade terem sido publicados após a emissão das notas fiscais, elas foram consideradas inidôneas anteriormente.

Quanto às questões levantadas pela contribuinte a respeito da norma tributária mineira, invoca o art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 479/490, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Não há de se falar em eleição errônea do sujeito passivo, como alega a Impugnante, pois a discussão nos autos é o aproveitamento indevido de créditos, irregularidade esta praticada pela Autuada, conforme comprovado nos autos.

O aproveitamento indevido dos créditos do imposto resultou em recolhimento a menor do ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica.

Dessa forma, é correta a eleição da Autuada como sujeito passivo.

Portanto, a argüição de cancelamento do Auto de Infração não deve ser acatada.

DO MÉRITO

1) Falta do Livro Registro de Inventário (item 1 do AI)

A Autuada não registrou o Livro Registro de Inventário na Repartição Fazendária de sua circunscrição, conforme determina o art. 16, inciso II da Lei n.° 6.763/75.

Nos termos do art. 160, inciso VI e seu § 6º do RICMS/96, o contribuinte do imposto que mantenha ou tenha mantido mercadoria em estoque deverá manter, em cada um dos seus estabelecimentos, o Livro Registro de Inventário.

A Autuada é uma empresa que, pelo seu objetivo social - "comércio de máquinas, vendas de peças para veículos automotivos,

tratores diesel e peças novas e usadas em geral", mantém estoque de mercadorias.

Sendo assim, ela é obrigada a manter o Livro Registro de Inventário em seu estabelecimento devidamente registrado na repartição fiscal.

A Impugnante alega que o referido livro foi extraviado e que não pôde cumprir o disposto no art. 96, inciso XII do RICMS/96, por ter tomado conhecimento do desaparecimento desse livro, quando da solicitação pela fiscalização.

No entanto, tal alegação não procede, uma vez que a empresa, por intermédio do responsável pela sua contabilidade, declarou à fiscalização que o LRI não encontra-se em seu poder, jamais foi escriturado e não tem conhecimento da sua existência, vide documento de fls. 04.

Tendo em vista que o Livro Registro de Inventário não foi apresentado à fiscalização quando solicitado, mediante a intimação de fls. 03, e considerando, ainda, que a própria empresa declarou que tal livro não foi escriturado e não tem conhecimento da sua existência, é legítima a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso II da Lei n.° 6.763/75.

2) Falta de registro na Repartição Fiscal dos seguintes livros: LRAICMS n.os 05 e 06; LRS n.os 03 e 04 e LRE n.os 03 e 04 (item 2 do AI)

A fiscalização constatou que a Autuada deixou de registrar na Repartição Fiscal de sua jurisdição os livros fiscais acima mencionados, cujas cópias encontram-se às fls. 118/218.

Conforme já salientado no item anterior, o art. 16, inciso II da Lei n.° 6.763/75 determina que o contribuinte é obrigado a manter os livros fiscais devidamente registrados na Repartição Fiscal de seu domicílio, no prazo previsto na legislação tributária.

Tal determinação foi recepcionada pelo art. 96, inciso III do RICMS/96.

Conforme se depreende dos autos, e como informa a fiscalização, a Autuada escritura seus livro por Processamento Eletrônico de Dados (PED).

Nesse caso, então, os seus livros deverão ser encadernados e autenticados no prazo de 60 (sessenta) dias, contado do último lançamento, consoante o disposto no art. 30 do Anexo VII do RICMS/96.

Muito embora a encadernação dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS ser facultativa, conforme dispõe o § 2º do art. 28 do Anexo VII do RICMS/96, o registro

dos livros na Repartição Fiscal não é dispensado.

Como demonstrou a fiscalização, o LRAICMS n.° 05, o LRS n.° 03 e o LRE n.° 03, encerrados em 31.12.98, teriam até 01.03.99 para serem autenticados; e os livros RAICMS n.° 06, o RS n.° 04 e o RE n.° 04, encerrados em 31.12.99, até 29.02.00, face as disposições legais acima citadas.

Tendo em vista que os livros não foram registrados na Repartição Fiscal de jurisdição da Autuada no prazo determinado pela legislação tributária, conforme comprova as cópias dos mencionados livros anexados aos autos, fls. 118/218, reputa-se legítima a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso II da Lei n.° 6.763/75.

3) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas, no período de out./97 a nov./99 (item 3.1.1 do AI)

Tendo em vista o aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em documentos fiscais declarados inidôneos relacionados à fl. 22, juntamente com as demais irregularidades descritas no Auto de Infração, o Fisco constatou que a Autuada promoveu o recolhimento a menor do ICMS, mediante a recomposição da conta gráfica, conforme demonstrado nos documentos de fls. 57/60.

Baixando aos autos, tem-se os seguintes dados:

Empresa	Ato Declaratório	Documentos Fiscais atingidos	Motivo	Fls.	Publicação "MG"
Guinness Com. e Rep. Ltda.	13.062.111.01467	Todos emitidos a partir de 01.11.97	Encerram. irregular	28	10.10.98
Palmaq Peças e Máq. Ltda.	13.062.113.00399	Todos emitidos a partir de 01.06.95	Encerram. irregular	29	21.02.97
Jomaq Peças Tratores e Máq. Ltda.	13.186.110.00841	Todos emitidos a partir de 01.04.94	Encerram. irregular	30, 476/477	20.01.95
Aliança Peças e Serviços Ltda.	13.062.113.01105	Todos emitidos a partir de 01.12.96	Encerram. irregular	31	19.12.97
Tractorpower do Brasil Ltda.	13.062.113.01405	Todos emitidos a partir de 01.10.97	Encerram. irregular	32	03.02.99
Giordani & Hott Ltda.	13.062.116.00293	Todos emitidos a partir de 01.06.96	Encerram. irregular	33	09.07.97
Empilhadiesel Equipamentos e Máquinas Ltda.	13.062.260.00503	Todos emitidos a partir de 14.02.96	Encerram. irregular	34	09.11.99
Agropeças Máq. e Motores Ltda.	13.062.260.00836	NF 002601 a 003200	Impressão sem autorização	35	29.04.00
Antônio João Sarah Neto	13.578.060.00526	NF 000201 a 000300	Impressão sem autorização	37	05/05/00

Confrontando os dados da tabela acima com o demonstrativo de fl. 22 e com as cópias das notas fiscais às fls. 275/304, verifica-se que tais documentos, cujos créditos foram glosados pelo Fisco, efetivamente, são inidôneos.

Os documentos fiscais foram declarados inidôneos, face a encerramento irregular de atividades, como também por impressão de documentos sem autorização.

Os atos declaratórios de inidoneidade são precedidos de ampla investigação e são expedidos pela SEF/MG nos termos dos artigos 1° e 3° da Resolução n.° 1.926/89, a qual tem amparo no art. 869 do RICMS/91.

Nos termos do art. 70, inciso V do RICMS/96, a operação acobertada por documento inidôneo não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações posteriores, salvo prova concludente que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago.

A Impugnante não apresentou prova inequívoca de que o imposto devido pelos remetentes relativo às notas fiscais, objeto da autuação, foi integralmente pago.

Os atos declaratórios foram levados a conhecimento público por intermédio do Órgão Oficial do Estado, conforme informações nos autos, que indicam a data da publicação do ato, as quais foram descritas anteriormente.

Sendo assim, o fato da Impugnante realizar compras por telefone e receber as mercadorias dos clientes por meio de transportadoras não lhe socorre, uma vez que os créditos apropriados indevidamente deveriam ter sido estornados, conforme determina a legislação tributária, após a publicação dos atos declaratórios de inidoneidade das respectivas notas fiscais.

A Impugnante relaciona alguns documentos e diz que os atos declaratórios a eles relativos são posteriores às suas operações de compra.

No entanto, cabe salientar que não é o ato declaratório que confere a condição de falso ou inidôneo para os documentos, uma vez que eles já são automaticamente inidôneos ou falsos, por se enquadrarem no disposto nos artigos 133 e 134, ambos do RICMS/96.

Para ilustrar, transcreve-se voto na Ação Anulatória de Débito Fiscal - Processo n.° 17.046/4 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual corrobora nosso entendimento:

> "...AS NOTAS FISCAIS ERAM FALSAS, INIDÔNEAS, **PER SI**, NÃO SENDO ASSIM TORNADAS PELA DECLARAÇÃO DE FALSIDADE, CUJO OBJETIVO É APENAS O DE ALERTAR O CONTRIBUINTES DE SER INDEVIDO O APROVEITAMENTO DO IMPOSTO NELAS DESTACADO, CONCEDENDO PRAZO PARA O SEU ESTORNO E REGULARIZAÇÃO DO RECOLHIMENTO. NÃO OCORRENDO, CONCRETIZA-SE O ILÍCITO FISCAL, JUSTIFICANDO O AUTO DE INFRAÇÃO, CONFIGURANDO ATÉ MESMO A CONIVÊNCIA, A DESPEITO DE "SALVO DISPOSIÇÃO DE LEI EM CONTRÁRIO, A RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INDEPENDE DA INTENÇÃO DO AGENTE OU DO RESPONSÁVEL E DA EFETIVIDADE, NATUREZA E EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ATO" (ART. 136 DO CTN). ALÉM DISSO, O CONTRIBUINTE ADQUIRENTE É OBRIGADO A EXIGIR DO CONTRIBUINTE VENDEDOR, NAS OPERAÇÕES QUE COM ELE REALIZAR, A EXIBIÇÃO DA

> FICHA DE CADASTRO, "SOB PENA DE RESPONDER SOLIDARIAMENTE PELO IMPOSTO DEVIDO, SE DE TAL DESCUMPRIMENTO DECORRER O SEU NÃO RECOLHIMENTO NO TODO OU EM PARTE", CONSOANTE O ART. 16 DA LEI MINEIRA N.° 6.763/75" (G.N.).

Acresce, ainda, que:

> "O CRÉDITO DO IMPOSTO RESULTA DA REGULAR CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA, ACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO FORA ASSIM, INSTITUCIONALIZAR-SE-IA A FRAUDE E CAMPEARIA A SONEGAÇÃO".

Tendo em vista que a Autuada apropriou indevidamente de crédito de imposto destacado em notas fiscais que foram declaradas inidôneas, resultando em falta de pagamento do imposto, apurado em recomposição da conta gráfica, afiguram-se legítimas as exigências fiscais, inclusive a Multa Isolada capitulada o art. 55, inciso X da Lei n.° 6.763/75.

Não obstante, há que se fazer uma ressalva: O art. 4.°, Resolução 1.926/89, preceitua que:

> *"os contribuintes que tenham efetuado registros com base em documentos falsos ou inidôneos sujeitam-se às sanções legais previstas na legislação tributária, sendo-lhe no entanto, facultado promover o recolhimento do ICMS indevidamente aproveitado, monetariamente atualizado e acrescido de mora aplicável ao recolhimento espontâneo, desde que assim procedam antes do início de ação fiscal". (g.n.)*

Conforme se observa dos autos, o Termo de Início de Ação Fiscal foi recebido pela Autuada em 09/03/00, enquanto que os atos declaratórios de inidoneidade, relativos às notas fiscais emitidas pelas empresas Agropeças Máquinas e Motores Ltda. e Antônio João Sarah Neto, foram publicados em 29/04/00 e 05/05/00, respectivamente.

Considerando-se que o TIAF exclui a possibilidade de denúncia espontânea, a Impugnante não pôde utilizar do benefício que o dispositivo acima lhe facultava, pois os referidos atos declaratórios foram emitidos posteriormente ao início da fiscalização.

Assim, delibera esta Câmara pela concessão do prazo de 30 (trinta) dias à Impugnante, para recolher o ICMS indevidamente aproveitado, monetariamente atualizado e acrescido da mora pertinente,

excluindo-se o valor da multa de revalidação e da multa isolada aplicadas, relativamente às notas fiscais emitidas pelas empresas acima mencionadas. Vencido este prazo, sem o recolhimento da quantia devida, as exigências fiscais devem ser recompostas em seus valores originais.

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais sem a 1ª via, em julho/93 (item 3.1.2 do AI)

A fiscalização constatou que a Impugnante aproveitou indevidamente crédito de ICMS destacado na Nota Fiscal n.° 000936, de 14.07.98, emitida por SOBREMETAL – Recuperação de Metais Ltda., cópia a fls. 273, relacionada no documento de fls. 45, devido à falta de apresentação da sua 1ª via, que, juntamente com as demais, resultou em recolhimento a menor do imposto, apurado na recomposição da conta gráfica, doc. fls. 57/60.

Nos termos do art. 63 do RICMS/96, o abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente será permitido mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções previstas na legislação tributária e na hipótese do item 2 do § 1º do art. 63 do RICMS/96.

O art. 70, inciso VI do RICMS/96 determina que o contribuinte não poderá apropriar o imposto quando não possuir a 1ª via do documento fiscal respectivo, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte.

Tendo em vista que a Impugnante não apresentou a 1ª via da Nota Fiscal n.° 000936, de 14.07.98, não apresentou qualquer documento para comprovar a autenticidade do valor que foi abatido sob a forma de crédito, nem tampouco contestou essa irregularidade, e, considerando, ainda, não ocorridas as hipóteses previstas na legislação tributária que dispensam a apresentação do documento, o estorno do crédito promovido pela fiscalização deve ser mantido, face as disposições do Regulamento retromencionadas.

5) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de retorno de mercadoria enviada para demonstração com ICMS suspenso (item 3.1.3)

A fiscalização estorno o crédito aproveitado ela Autuada destacado na Nota Fiscal n.° 054547, de 15.01.98, emitida pela empresa Sotreq S/A., estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, doc. fls. 271, ao fundamento de ser indevido por se tratar de retorno de mercadorias enviadas para demonstração.

Nos termos do art. 19 do RICMS/96 c/c item 7, alíneas “b” e “c” do Anexo III do mesmo Regulamento, o ICMS fica suspenso na saída e no retorno de mercadoria remetida para fins de demonstração, no Estado, mesmo na hipótese do destinatário for pessoa diversa do remetente.

Em analisando a Nota Fiscal n.° 054547, fls. 271, verifica-se que as mercadorias foram remetidas por estabelecimento situado em outro Estado, Rio de Janeiro, não devendo, por isso, ser aplicada a regra do item 7, do Anexo III, do RICMS/96, acima mencionada.

Dessa forma, correto o destaque do imposto na referida nota fiscal, uma vez que a suspensão prevista no item 7 do Anexo III do RICMS/96 não alcança as operações interestaduais, e considerando, ainda, que não existe previsão na legislação tributária suspensão ou não-incidência do imposto para tal operação.

Então, correto o procedimento da Autuada em apropriar o crédito destacado na nota fiscal, tendo em vista que o imposto incide na operação descrita no documento fiscal.

Portanto, deve ser restabelecido o crédito no valor de R$18,00, no mês de janeiro/98 que se refere ao imposto destacado na Nota Fiscal 054547.

6) Redução indevida da base de cálculo do ICMS em notas fiscais de sua emissão, no período de ago./97 a fev./00, por não haver previsão para tal redução (utilização indevida da redução prevista no item 9 do Anexo IV do RICMS/96) (item 3.2 do AI)

A fiscalização constatou que a Autuada reduziu indevidamente a base de cálculo do ICMS relativo às operações descritas nas notas fiscais, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 337/455, e estão relacionadas no quadro de fls. 44/49.

Consoante o item 9, alínea “b” do Anexo IV do RICMS/96, na saída de máquinas, aparelhos e veículos usados, assim entendidos aqueles que guardem as características e finalidades para as quais foram produzidos e já tenham, em qualquer época, pertencido a consumidor final, a base de cálculo é reduzida dos percentuais ali indicados.

A Autuada não contestou essa irregularidade, nem tampouco carreou aos autos a comprovação de que as mercadorias nas notas fiscais tenham pertencido a consumidor final, conforme exige a legislação tributária para usufruição do benefício da redução da base de cálculo.

Verifica-se também que o benefício não se aplica à mercadoria cuja entrada e saída não se realizarem mediante emissão de documento

fiscal próprio, conforme determina o item 9.1 do Anexo IV do RICMS/96.

A Autuada não apresentou a nota fiscal de entrada das mercadorias.

Sendo assim, corretas as exigências fiscais, uma vez que a Autuada não comprovou o atendimento dos requisitos necessários para usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS.

7) Emissão de notas fiscais de saída sem destaque de ICMS, em junho/98 e em set./98 (item 3.3 do AI)

A Autuada emitiu as Notas Fiscais de n.os 000777 e 000838, em 22.06.98 e 30.09.98, respectivamente, cópias às fls. 306/307, sem destaque do ICMS devido pela operação, nas remessas de mercadorias para estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação.

As notas fiscais retromencionadas também foram arroladas no quadro de fls. 44/49.

A Autuada cita no corpo da Nota 000777 que a operação está amparada pela não-incidência. No entanto, a operação descrita nesse documento, bem como naquele de n.° 000838 não se enquadram nas hipóteses previstas no art. 5º do RICMS/96, vigente à época da realização das operações, para o benefício da não-incidência.

Não há previsão na legislação tributária que ampare a não tributação das operações descritas nas referidas notas fiscais.

Ademais, nos termos do art. 2º do RICMS/96, ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Considerando as disposições da legislação tributária, e considerando, ainda, que a Autuada não contestou esta irregularidade, legítimas são as exigências fiscais, nos termos do art. 109 da CLTA/MG.

8) Saída de mercadorias para demonstração com suspensão do ICMS, no período de abr./97 a nov./99, sendo que tais mercadorias não retornaram no prazo previsto no item 7, notas 1 a 4 do Anexo III do RICMS/96 (item 3.4 do AI)

A fiscalização constatou também que a Autuada promoveu saída de mercadorias para demonstração com suspensão do ICMS, mediante as notas fiscais de fls. 309/335, relacionadas no quadro de fls. 44/49, sendo que tais mercadorias não retornaram no prazo previsto no item 7, notas 1 a 4 do Anexo III do RICMS/96.

Consoante o item 7 do Anexo III do RICMS/96, o ICMS fica suspenso na saída de mercadorias para fins de demonstração, devendo ser observado, para garantia do benefício, o disposto nas notas 1 a 4 do mesmo Anexo.

Dispõe o RICMS/96 nas Notas 1 e 2 do Anexo III que:

> *"1 - Nas hipóteses dos itens 2, 4, 7, 8 e 9, o retorno deverá ocorrer dentro de 60 (sessenta) dias, contados da respectiva remessa, prazo este que poderá ser prorrogado, a critério da autoridade fazendária da circunscrição do remetente.*
> *2 - Se a mercadoria não retornar nos prazos estipulados, ficará descaracterizada a suspensão, considerando-se ocorrido o fato gerador do imposto na data da remessa, observando-se o seguinte:*
> *a - no dia imediato àquele em que vencer o prazo para o retorno, o remetente deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto, indicando, como destinatário o detentor da mercadoria, e o número, série, data e valor da nota fiscal que acobertou a saída efetiva da mercadoria;*
> *b - o imposto incidente na operação deverá ser recolhido em documento de arrecadação distinto, com os acréscimos legais".*

A Autuada não apresentou documento que comprovasse o retorno das mercadorias no prazo estipulado na Nota 1 do Anexo III do RICMS/96.

Dessa forma, considera-se ocorrido o fato gerador na data da remessa das mercadorias, ficando descaracterizada a suspensão, conforme preceitua a Nota 2 do Anexo acima citado.

Portanto, corretas as exigências fiscais, uma vez que estão em conformidade com o disposto no Regulamento do ICMS.

Ademais, "o Auto de Infração goza de presunção de legitimidade, que poderá ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo" (art. 109 da CLTA/MG).

Tendo em vista a proposição no item 5, correspondente ao item 3.1.3 do Auto de Infração, de ser considerado o crédito no valor de R$18,00 (original) no mês de janeiro/98, o saldo **original** do mês 01/98 (ICMS e MR) passa a ser o seguinte:

ICMS – R$ 4.022,24
MR – R$ 2.011,22

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar totalmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de ilegitimidade passiva alegada pela Impugnante. No mérito, também à

unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Concede-se, no entanto, prazo de 30 dias à Autuada, para recolhimento do ICMS indevidamente aproveitado, acrescido da mora aplicável ao pagamento espontâneo, excluindo-se, condicionalmente, as multas de revalidação e isolada aplicadas, relativamente às notas fiscais cujos atos declaratórios foram publicados posteriormente ao TIAF (empresas Agropeças Máq. e Mot. Ltda. e Antônio João Sarah Neto). Vencido este prazo, sem o recolhimento da quantia devida, as exigências fiscais serão recompostas em seus valores originais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 20/06/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
José Eymard Costa
Relator

7 – Exportação

1999

Acórdão: 13.513/99/1ª (publicado no DOE de 22/09/99)

EMENTA

Exportação – Descaracterização – Café – Remessa de café para trading company, com o fim específico de exportação, amparado pela não incidência do ICMS. O Remetente não comprovou o embarque da mercadoria para o exterior. Exigência mantida.
Prestação de Serviço de Transporte Rodoviário de Carga – Falta de Pagamento do ICMS – Prestação vinculada à exportação não comprovada. Correta a exigência.
Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre remessa de café para trading company , com o fim específico de exportação, ao amparo da não incidência do ICMS, sem a devida comprovação do embarque da mercadoria para o exterior. Exige-se, ainda, o ICMS sobre a prestação de serviço de transporte em relação à operação mencionada na Nota Fiscal nº

002061, de 24/10/96.

Inconformado, o Autuado interpõe, tempestiva e regularmente, a Impugnação de fls. 18 a 20 e junta os documentos de fls.21 a 28. O Fisco, representado pela DRCT/SRF/Mata, apresenta a Impugnação de fls. 43 a 47.

DECISÃO

A nota fiscal de fl. 07, objeto da autuação, foi emitida em **24/10/96**, e refere-se à remessa de café para trading company, nos termos do disposto no Capítulo XXIX (arts.259 a 270) do Anexo IX do RICMS/96.

O art. 267 do diploma legal supramencionado c/c o art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.763/75, responsabiliza o remetente da mercadoria pelo pagamento do ICMS, quando não se efetivar a exportação.

Ao Autuado foram oferecidas 03 (três) oportunidades para comprovar a exportação: 1ª) TIAF (fl.02), em **21/11/97** (01 ano após a remessa); 2ª) T.O (fl.03); e 3ª) Impugnação ao Auto de Infração.

O Memorando de Exportação foi emitido sem observância das exigências do art. 263 do Anexo IX do RICMS/96. Os documentos de fls. 25 a 28 estão ilegíveis, não se prestando para o fim pretendido pelo Impugnante.

A Réplica (fls. 43 a 47) abordou de forma pormenorizada todos os aspectos destes autos, motivo pelo qual seu inteiro teor deve ser considerado como integrante das razões desta decisão.

A exigência do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte decorre da não comprovação da operação de exportação da mercadoria..

As infringências e as penalidades estão corretamente capituladas no Auto de Infração. A base de cálculo não foi contestada pelo Impugnante.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciano Alves de Almeida e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 19/05/99
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente
Itamar Peixoto de Melo
Relator

Acórdão: 14.850/01/1ª (publicado no DOE de 07/08/01)

EMENTA

EXPORTAÇÃO – NÃO-INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - CAFÉ - Infração caracterizada em decorrência da falta de comprovação do real embarque da mercadoria para o exterior. Lançamentos procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre as imputações fiscais feitas ao Contribuinte de emitir notas fiscais acobertando venda de café para contribuinte do Estado do Espírito Santo, com o fim específico de exportação, sem, contudo, haver comprovado o real embarque da mercadoria para o exterior, razão pela qual ficou descaracterizada a não incidência do imposto.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. dos autos, aos seguintes argumentos:

- afirma que não há que se falar em pagamento de ICMS, visto que as operações são amparadas pela não-incidência do imposto;

- insurge-se contra a alegação fiscal de que não fora comprovado o embarque das mercadorias, pelo que segue:

PTA n.º 01.000114847-62

- efetuou vendas constantes das Notas Fiscais n.º 000617/18/19/20, para a firma "Nichio Sobrinho Café Ltda.", estabelecida em Colatina/ES, sendo que tais mercadorias foram destinadas à exportação;

- afirma que, após a efetivação da referida venda, recebeu da Exportadora o Memorando de Exportação n.º 013/96, do qual constata-se que os produtos, 1.750 sacas de café em grãos, foram exportados, conforme Despacho de Exportação n.º 1960652026/9, datado aos 30/10/96, Registro de Exportação n.º 96/0831232-001, de 18/10/96, bem como Conhecimento de Embarque BL 4511, de 30/10/96;

PTA n.º 01.000118921-51

- ressalta que o café vendido fora exportado para a Suécia pela firma Costa Café – Comércio Exportação e Importação Ltda. através da Guia de Exportação n.º 1980005940/7, de 06/01/98, Registro de Exportação n.º 98/0006742-001, de 06/01/98, Conhecimento de Embarque SNO21FC, de 12/01/98, Nota Fiscal de Exportação n.º 001537, de 06/01/98;

PTA n.º 01.000120757-93

- afirma que o café vendido fora exportado para a França pela firma Costa Café – Comércio Exportação e Importação Ltda. através da Guia de Exportação n.º 1980118612/7, Registro de Exportação n.º 98/00183503-001, de 26/02/98, Conhecimento de Embarque SSZLEHOOO101, de 09/03/98, Nota Fiscal de Exportação n.º 001823, de 27/02/98 e Memorando de Exportação n.º 963 entregue à Repartição Fazendária;

PTA n.º 01.000121241-31

- salienta que o café vendido fora exportado para os Estados Unidos da América pela firma Costa Café – Comércio Exportação e Importação Ltda. através da Guia de Exportação n.º 1980098835/1, Registro de Exportação n.º 98/0152447-001, de 17/02/98, Conhecimento de Embarque CAMNSTSN8M000955, de 21/02/98, Nota Fiscal de Exportação n.º 001777, de 16/02/98 e Memorando de Exportação n.º 909 entregue à Repartição Fazendária;

PTA n.º 01.000123832-77

- afirma que os produtos constantes das Notas Fiscais n.ºs 002688/89/90/91/92/93, vendidos para a firma STOCKLER Comercial e Exportadora de Café S/A., foram exportados para a Iugoslávia através do Registro de Exportação n.º 98/0819784-001, de 24/08/98, Despacho de Exportação n.º 1980564089/2, de 24/08/98, Conhecimento de Embarque ZIMUVTR1344, de 31/08/98, sendo que tal documentação já fora apresentada à Repartição Fazendária, à época própria;

- prossegue sustentando que não infringiu, portanto, a Legislação Estadual e Federal, a Lei Complementar n.º 87/96, bem como o RICMS/96;

- entende que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, porque fora lavrado em total desrespeito à legislação vigente e em ato abusivo por parte dos Fiscais.

Ao final, pede a procedência das Impugnações para que seja decretada a nulidade ou a improcedência dos Autos de Infração.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. dos autos, às seguintes assertivas:

PTA n.º 01.000114847-62

- quanto ao Memorando de Exportação, cita o artigo 263, incisos I, II e IV, do Anexo IX, do RICMS/96, ressaltando que o mesmo visa evitar que um papel seja preenchido de qualquer forma, em qualquer época seja apresentado como documento fiscal, ou seja, trata-se de uma precaução inserta na legislação;

- cita o artigo 150, do RICMS/96, afirmando, em seguida que outros documentos fiscais que venham a ser criados ou aprovados somente poderão ser impressos em estabelecimento gráfico habilitado;

- destaca que, não comprovada a exportação, o ônus do recolhimento do tributo recai sobre o remetente, conforme disposto no artigo 266, do Anexo IX, do RICMS/96;

- quanto às Notas Fiscais emitidas, informa desconhecer a existência, no estabelecimento autuado, alvo de constantes visitas de agentes fiscais, de equipamento classificador por peneiras, formado por um conjunto de 12 peneiras e colunas de ventilação destinado a classificar os grãos pela forma e pelo tamanho e a separar as escolhas, questionando, portanto, se o importador grego, Kernon Trading Ltda. não limitou a quantidade de café pela forma e tamanho, já que das Notas Fiscais não se pode deduzir as quantidades de um ou de outro tipo de café;

- salienta também não ter encontrado no estabelecimento autuado o profissional provador, que emitiria o laudo informando o tipo da bebida, no caso rio zona;

- quanto a Nota Fiscal de Exportação n.º 2705, constata-se que as indicações (n.º, série, data da Nota Fiscal emitida pelo Remetente) foram feitas posteriormente, de forma incontestável. Ademais, do B/L n.º 4511, consta como porto de embarque o de Vitória/ES e da Nota Fiscal de Exportação o de Capuaba – Vila Velha/ES, municípios autônomos;

- quanto ao Conhecimento de Embarque (Bill of Lading – B/L), afirma que a denominação do documento, o número de ordem e da via e identificação do armador deveriam aparecer impressos tipograficamente, conforme o artigo 91, incisos I, II e V, do Anexo V, bem como o artigo 150, ambos do RICMS/96;

- menciona o artigo 5º, § 1º, item 2.4, do RICMS/96 salientando, em seguida, que o Estado exportador emite o Demonstrativo do ICMS, Exportação de Café Cru, documento este não apresentado pela empresa Exportadora;

- destaca, ainda, que o Registro de Exportação não fora acostado aos autos, sendo apenas citado o seu número no ME e no B/L e que, relativamente ao Despacho de Exportação n.º 1960652026/9, fora apresentado o extrato de 14/10/97, sendo que, de acordo com as anotações constantes no ME, data de 30/10/96;

PTA's n.ºs 01.000118921-51/ 01.000120757-93/ 01.000121241-31

- afirma que os Memorandos de Exportação n.ºs 830 e 831, ambos de 31/02/98 (PTA n.º 01.000118921-51 – fls. 53/59), o de n.º

963, de 25/03/98 (PTA n.º 01.000120757-93 – fl. 35) e o de n.º 909, de 13/03/98 (PTA n.º 01.000121241-31 – fl. 38), atendem as disposições contidas na legislação em vigor;

- ressalta que as Notas Fiscais destinadas à Exportadora consignam, na descrição do produto, "café bebida", sendo que, embora não acostadas aos autos as cópias das Notas Fiscais de Exportação, citadas nos ME's, consta dos mesmos, na descrição do produto:

1) PTA n.º 01.000118921-51 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 6 para melhor, pen 17 e abaixo, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98", idêntica descrição constante do Registro de Exportação;

2) PTA n.º 01.000120757-93 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 4 para melhor, pen 16 e acima, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98";

3) PTA n.º 01.000121241-31 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 6 para melhor, pen 17 e abaixo, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98";

- assevera que o Remetente não possui equipamentos que façam o rebeneficiamento do café, em que pese vedado pela legislação (artigo 5º, § 2º, do RICMS/96);

- afirma que, não tendo sido apresentada a Nota Fiscal de Exportação, nada se pode dizer sobre o atendimento às disposições contidas no artigo 262, do Anexo IX, do RICMS/96;

- alega que os Conhecimentos de Embarque SNO21FC (PTA n.º 01.000118921-51), SSZLEHOOO101 (PTA n.º 01.000120757-93) e CAMNSTSN8M00955 (PTA n.º 01.000121241-31) não atendem às disposições contidas na legislação em vigor, pois suas numerações são apostas datilograficamente, quando deveriam ter sido apostas tipograficamente;

- diz que o fato de serem as operações registradas "on line" no SISCOMEX, não comprova o efetivo embarque das mercadorias para o exterior. Deveria o Exportador ter encaminhado ao Remetente cópias dos Demonstrativos do ICMS – Exportação de Café Cru, documentos expedidos pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado Exportador;

PTA n.º 01.000123832-77

- alega que, da análise das Notas Fiscais destinadas à STOCKLER e dos documentos apresentados pelo Exportador, comprova-se não se tratar da própria mercadoria remetida, conforme determina o artigo 5º, inciso III, § 2º, do RICMS/96;

- prossegue dizendo que tal comprovação se dá pelo fato de que nas Notas Fiscais destinadas à STOCKLER (fls. 07/12 dos autos), o

Remetente, na descrição do produto, faz constar “café arábica” e os documentos apresentados pelo Exportador (fls. 14/43) consignam “café cru em grão arábica, não descafeinado, COB 4 para melhor, peneiras 16 e acima, bebidas rio ou rio zona”;

- afirma que o Remetente não possui os equipamentos que façam as classificações acima citadas. Ademais, tais operações são consideradas industrialização do tipo beneficiamento (artigo 222, inciso II, alínea “b”, do RICMS/96) e são vedadas pela legislação, conforme artigo 5º, inciso III, § 2º, do RICMS/96,

- tece comentários acerca do processo de classificação e afirma que o mesmo aperfeiçoa e altera a aparência da mercadoria, sendo vedado pela legislação, portanto as mercadorias ora remetidas não são amparadas pela não-incidência, uma vez que o café exportado não preservou as mesmas características de quando saiu de Minas Gerais e, em seguida transcreve trecho da Consulta Fiscal Direta n.º 830/97 DOT/DLT/SRE corroborando seu entendimento;

- ressalta que as Notas Fiscais de Exportação, apresentadas pela Exportadora, não atendem a nenhuma das disposições contidas no artigo 262, do Anexo IX, do RICMS/96;

- alega que o Despacho de Exportação, no qual constaria o desembaraço da mercadoria a ser exportada, que é o que prova a entrega da mercadoria ao exportador, conforme Decreto-lei n.º 37/66 e artigos 450, § 1º e 451 do Regulamento Aduaneiro, não foi apresentado;

- o registro de exportação no SISCOMEX não comprova o efetivo embarque das mercadorias para o exterior (Decreto n.º 661/92 e artigo 440, do Regulamento Aduaneiro), trata-se de requisito para o despacho aduaneiro de exportação, em que pese não apresentado.

- cita o artigo 266, do Anexo IX, do RICMS/96.

Ao final, pede a manutenção integral dos feitos fiscais.

Da Instrução Processual

PTA n.º 01.000114847-62

A 5ª Câmara de Julgamento deliberou exarar despacho interlocutório, para que o Contribuinte esclareça se possui o maquinário necessário para fazer o beneficiamento descrito nas Notas Fiscais n.º 617 a 620 (fls. 09/12 dos autos), ou se adquiriu e ou remeteu a terceiro para beneficiamento.

Em cumprimento à deliberação supra, o Impugnante afirma, à fl. 49 dos autos, que não possui maquinário para beneficiamento de café e que tal produto é adquirido diretamente do produtor rural já beneficiado.

PTA's n.ºs 01.000118921-51/ 01.000120757-93/ 01.000121241-31/ 01.000123832-77

A 5ª Câmara de Julgamento deliberou exarar despacho interlocutório, para que o Contribuinte esclareça porque as descrições das Notas Fiscais nestes PTA's não foram idênticas às das Notas Fiscais n.º 617 a 620 do PTA n.º 01.000114847-62.

Em cumprimento à deliberação supra, o Impugnante afirma que as mercadorias vendidas são colocadas em sua descrição como sendo "Café Beneficiado: Café Arábica, Café Bebida ou Café cru não descafeinado", tratando-se todas do mesmo produto.

Em seguida, o Fisco comparece novamente aos autos, às seguintes fundamentações:

PTA's n.ºs 01.000114847-62/ 01.000118921-51/ 01.000120757-93/ 01.000121241-31/ 01.000123832-77

- afirma estar comprovada a industrialização (rebeneficiamento) da mercadoria de café, o que não é permitido pela legislação;

- ressalta ser improcedente a alegação do Defendente de que adquirira produtos diretamente do produtor rural já beneficiados, uma vez que não carreou provas de tal situação;

- informa que a manifestação do Impugnante se deu de forma intempestiva, conforme artigo 125, § 2º, da CLTA/MG.

Em conclusão, afirma estar demonstrado que a manifestação do Defendente apenas confirma as imputações fiscais.

DECISÃO

As autuações versam sobre as imputações fiscais feitas ao Contribuinte de emitir notas fiscais acobertando venda de café para contribuinte do Estado do Espírito Santo, com o fim específico de exportação, sem, contudo, haver comprovado o real embarque da mercadoria para o exterior, razão pela qual ficou descaracterizada a não incidência do imposto.

O Impugnante, em suas defesas, afirma existirem documentos fiscais que afastam as imputações a que fora submetido.

Neste ponto cumpre salientar os Despachos Interlocutórios exarados pela 5ª Câmara de Julgamento para que o Impugnante esclarecesse se possuía o maquinário necessário para fazer o beneficiamento descrito nas Notas Fiscais n.º 617 a 620 (fls. 09/12 do PTA n.º 01.000114847-62), ou se adquiriu e ou remeteu a terceiro para beneficiamento e, ainda, o porquê das descrições das Notas Fiscais nos PTA's n.ºs 01.000118921-51, 01.000120757-93, 01.000121241-31, 01.000123832-77 não serem idênticas às das citadas Notas Fiscais constantes do PTA n.º 01.000114847-62.

Em resposta, o Defendente diz que não possui maquinário para beneficiamento de café, sendo tal produto adquirido diretamente do produtor rural já beneficiado e que as mercadorias vendidas são colocadas em sua descrição como sendo "Café Beneficiado: Café Arábica, Café Bebida ou Café cru não descafeinado", tratando-se todas do mesmo produto.

Assim temos:

PTA n.º 01.000114847-62

Quanto ao Memorando de Exportação, dispõe o artigo 263, incisos I, II e IV, do Anexo IX, do RICMS/96 que:

> *"Art. 263 – Relativamente às operações de que trata este Capítulo, o estabelecimento destinatário, sem prejuízo das demais obrigações fiscais previstas neste Regulamento, deverá emitir o documento Memorando-Exportação, em 3 (três) vias, contendo as seguintes indicações:*
> *I – denominação: Memorando-Exportação, impressa tipograficamente;*
> *II – número de ordem e número da via, impressos tipograficamente;*
> *.....*
> *IV – nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento emitente, impressos tipograficamente;*
> *....."*

Tal dispositivo legal visa, de fato, evitar que um papel seja preenchido de qualquer forma, em qualquer época e seja apresentado como documento fiscal, ou seja, trata-se de uma precaução inserta na legislação.

Face o disposto no artigo 150, do RICMS/96, outros documentos fiscais que venham a ser criados ou aprovados somente poderão ser impressos em estabelecimento gráfico habilitado.

Quanto a Nota Fiscal de Exportação n.º 2705, constata-se que as indicações (n.º, série, data da Nota Fiscal emitida pelo Remetente) foram feitas posteriormente, de forma incontestável. Ademais, do B/L n.º 4511, consta como porto de embarque o de Vitória/ES e da Nota Fiscal de Exportação o de Capuaba – Vila Velha/ES, municípios autônomos.

Quanto ao Conhecimento de Embarque (Bill of Lading – B/L), temos que a denominação do documento, o número de ordem e da via e identificação do armador deveriam aparecer impressos tipograficamente, conforme o artigo 91, incisos I, II e V, do Anexo V, bem como o artigo

150, ambos do RICMS/96.

Cumpre destacar que o Estado exportador emite o Demonstrativo do ICMS, Exportação de Café Cru, documento este não apresentado pela empresa Exportadora.

Destacamos também que o Registro de Exportação não fora acostado aos autos, mas apenas citado o seu número no Memorando de Exportação (ME) e no B/L e que, relativamente ao Despacho de Exportação n.º 1960652026/9, fora apresentado o extrato de 14/10/97, sendo que, de acordo com as anotações constantes no ME, data de 30/10/96.

Quanto às Notas Fiscais n.ºs 000617 a 000620, temos que as mesmas constam como descrição do produto "café cru, não descafeinado, em grão, arábica, NY 4, COB 4/5, peneiras 16/17/18, bebida Rio Zona".

PTA's n.ºs 01.000118921-51/ 01.000120757-93/ 01.000121241-31

Os Memorandos de Exportação n.ºs 830 e 831, ambos de 31/02/98 (PTA n.º 01.000118921-51 – fls. 53/59), o de n.º 963, de 25/03/98 (PTA n.º 01.000120757-93 – fl. 35) e o de n.º 909, de 13/03/98 (PTA n.º 01.000121241-31 – fl. 38), atendem as disposições contidas na legislação em vigor.

As Notas Fiscais destinadas à Exportadora consignam, na descrição do produto, "café bebida", sendo que, embora não acostadas aos autos as cópias das Notas Fiscais de Exportação, citadas nos ME's, consta dos mesmos, na descrição do produto:

1) PTA n.º 01.000118921-51 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 6 para melhor, pen 17 e abaixo, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98", idêntica descrição constante do Registro de Exportação;

2) PTA n.º 01.000120757-93 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 4 para melhor, pen 16 e acima, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98";

3) PTA n.º 01.000121241-31 - "café cru, não descafeinado em grão, arábica, COB 6 para melhor, pen 17 e abaixo, bebida dura/riada, esverdeado, safra 97/98".

Os Conhecimentos de Embarque SNO21FC (PTA n.º 01.000118921-51), SSZLEHOOO101 (PTA n.º 01.000120757-93) e CAMNSTSN8M00955 (PTA n.º 01.000121241-31) não atendem às disposições contidas na legislação em vigor (artigos 91 e 94, do Anexo V, e artigos 150 e 157, todos do RICMS/96), pois suas numerações são apostas datilograficamente, quando deveriam ter sido apostas

tipograficamente.

PTA n.º 01.000123832-77

Da análise das Notas Fiscais destinadas à STOCKLER e dos documentos apresentados pelo Exportador, comprova-se não se tratar da própria mercadoria remetida, conforme determina o artigo 5º, inciso III, § 2º, do RICMS/96.

Tal comprovação se dá pelo fato de, nas Notas Fiscais destinadas à STOCKLER (fls. 07/12 dos autos), o Remetente, na descrição do produto, faz constar "café arábica" e os documentos apresentados pelo Exportador (fls. 14/43) consignam "café cru em grão arábica, não descafeinado, COB 4 para melhor, peneiras 16 e acima, bebidas rio ou rio zona".

Ressalta que a Notas Fiscais de Exportação, apresentadas pela Exportadora, a exemplo de fls. 18, 20, 25, 30, 35 e 45, não atendem a nenhuma das disposições contidas no artigo 262, do Anexo IX, do RICMS/96.

Destacamos também que o Despacho de Exportação, no qual constaria o desembaraço da mercadoria a ser exportada, que é o que prova a entrega da mercadoria ao exportador, conforme Decreto-lei n.º 37/66 e artigos 450, § 1º e 451 do Regulamento Aduaneiro, não fora apresentado.

Posto isso, necessário salientar ainda que, o fato de serem as operações registradas "on line" no Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX não comprova o efetivo embarque das mercadorias para o exterior (Decreto n.º 661/92 e artigo 440, do Regulamento Aduaneiro), trata-se de requisito para o despacho aduaneiro de exportação, em que pese não apresentado.

Deveria o Exportador ter encaminhado ao Remetente cópias dos Demonstrativos do ICMS – Exportação de Café Cru, documentos expedidos pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado Exportador, o que não ocorreu.

O Remetente não comprovou que adquirira os produtos diretamente do produtor rural já beneficiados e, tampouco possui equipamentos que façam o rebeneficiamento do café, em que pese vedado pela legislação (artigo 5º, § 2º, do RICMS/96), tais como classificação por peneiras, ventilação de peneiras em mesas disimétricas, catação por processos eletrônicos, portanto evidencia-se impossível alcançar as descrições dos produtos contidas nas Notas Fiscais.

Neste sentido, temos que o processo de classificação aperfeiçoa e altera a aparência da mercadoria (industrialização – beneficiamento), portanto as mercadorias ora remetidas não são amparadas pela não-incidência, uma vez que o café exportado não preservou as mesmas características de quando saiu de Minas Gerais.

Não comprovada a exportação, o ônus do recolhimento do tributo recai sobre o remetente, conforme disposto no artigo 266, do Anexo IX, do RICMS/96.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as argüições de nulidade dos Autos de Infração. No mérito, também a unanimidade, em julgar procedentes os lançamentos, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa e Cleusa dos Reis Costa

Sala das Sessões, 08/05/01.

José Eymard Costa
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

Acórdão: 14.622/01/3ª (publicado no DOE de 26/05/01)

EMENTA

Exportação – Falta de Recolhimento de ICMS – Semi-elaborado. Saída de semi-elaborados constantes do anexo II do RICMS/91 para o exterior direta e através de "trading company" sem destaque e pagamento do ICMS no período de janeiro/93 a junho/94. Exigências canceladas pelo Fisco, em decorrência de prova judicial que definiu a natureza dos produtos exportados como industrial e não semi-elaborados.

Exportação – Descaracterização. Não ICMS pela exportação de produtos semi-elaborads pelo simples fato de que os produtos comprovação da efetiva exportação de semi-elaborados constantes do anexo II do RICMS/91 no período de janeiro/93 a junho/94. Acatamento de parte dos documentos acostados pela Autuada. Reformulação do crédito tributário pelos valores propostos pela Auditoria e com a aplicação da alíquota exigida no Auto de Infração.

Importação – Falta de Recolhimento e/ou Recolhimento a Menor de

ICMS – Ativo Imobilizado. Importação de bens destinados a integrar o ativo fixo sem pagamento do imposto ou com recolhimento a menor uma vez que não fez constar as despesas aduaneiras as quais foram arbitradas pelo Fisco (art. 78, II, RICMS/91). Comprovado parte da exigência fiscal porém com valores inferiores ao devido. Abatimento deste montante do crédito tributário. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 1993 a junho de 1994, de saídas de produtos semi-elaborados constantes do anexo II do RICMS/91 para o exterior sem destaque do ICMS nas respectivas notas fiscais acobertadoras, e sem o conseqüente pagamento do imposto; saídas de produtos semi-elaborados para o exterior sem a comprovação da efetiva exportação e pagamento a menor e/ou falta de pagamento do ICMS decorrente da importação de bens destinados a integrar o ativo imobilizado. Exige-se ICMS, MR (50%), MI (20%, artigo 55,inciso V, da Lei 6763/75).

Inconformada a Autuada apresenta, tempestivamente, por intermédio de seu representante legal, impugnação às fls. 113/125. Aduz, em síntese, que improcede a irregularidade exigida de recolhimento do imposto de por ela exportados são industrializados e não semi-elaborados. Diz que tal circunstância foi reconhecida pelo Poder Judiciário através de medida liminar concedida pelo Juízo da 5.ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, a qual ainda se encontra em pleno vigor. Alega que, todas as saídas de produtos para exportação, tidas como não comprovadas pelo Fisco, foram devidamente registradas em seus livros, bem como que a totalidade dos documentos probantes das referidas exportações encontram-se a disposição para a verificação e análise e acosta aos autos documentos que entende comprovar as exportações. Com relação a exigência da importação de bens para o ativo imobilizado sem pagamento do imposto devido afirma que decorre da falta de cuidado da Fiscalização no exame das importações efetuadas e exemplifica juntando documentação de parte dos processos de importação verificados no trabalho fiscal. Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 283/287 excluindo a exigência relacionada a exportação de semi-elaborados descritos no anexo II do RICMS/91 e intima a Impugnante (fl.313) para que apresente todos os documentos probantes, alegados por ela, relacionados as outras duas irregularidades. Volta a intimar à fl.314 tendo em vista o não cumprimento daquela.

A Impugnante comparece (fl. 315) requerendo o prazo de 90 (noventa) dias para atendimento da solicitação fiscal, e, ainda, pede que seja cientificada do saldo remanescente do crédito tributário.

O Fisco, às fls. 317/318, dando provimento ao disposto no art. 100 da CLTA/MG, apresenta manifestação à Impugnação interposta requerendo a improcedência da Impugnação.

Às fls. 342 o Fisco abre vista dos autos à Impugnante em virtude da reformulação do crédito tributário de fls. 329/340, que não comparece aos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.346/351, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

O Auto de Infração foi lavrado com tres irregularidades a saber: a primeira por dar saída a semi-elaborados constantes do anexo II do RICMS/91 para o exterior direta e através de "trading company" sem destaque e pagamento do ICMS no período de janeiro/93 a junho/94. Relativamente a esta exigência, o Fisco a excluiu em razão de prova judicial que definiu a natureza do produto autuado como industrial e não semi-elaborado não se sujeitando, desta forma, ao pagamento do imposto. Há o comunicado, fl.310, de que a Impugnante logrou êxito na ação declaratória ajuizada na 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Belo Horizonte extinguindo-se, por conseguinte, os créditos tributários vinculados que afirmavam tratar-se de produtos semi-elaborados.

A segunda, saídas de produtos semi-elaborados para o exterior sem a comprovação efetiva da exportação, no mesmo interregno temporal acima citado, condição que lhe retira os benefícios dispensados pela legislação tributária às exportações, mormente quanto à imunidade ao ICMS que a Constituição Federal de 1988 reserva aos produtos industrializados exportados, reconhecida posteriormente aos produtos fabricados pela Impugnante, conforme decisão transita em julgado (fls. 288/312).

Perceptível, por esta razão, que para caracterizar a exigência em tela despicienda é revelar-se a circunstância de ser a mercadoria classificada como industrializada, já que a desoneração engendrada da norma constitucional, requer, em caráter preliminar, o implemento fáctico da destinação da mercadoria para fora do País.

Pela análise dos documentos carreados aos autos pela Autuada só foi possível a comprovação da efetiva exportação pelas notas fiscais de n.ºs 049653 e 050686 (fls. 166/187) uma vez que nas demais inexistia o documento comprobatório da exportação (fls. 34/43 e

319/328), tratado nos arts. 7.º, do Decreto Federal n.º 660/92; 18, da Portaria n.º 2/92, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo; 7.º, da Portaria Interministerial n.º 752/92; e 28, da Instrução Normativa n.º 136/96 da Secretaria de Receita Federal, qual seja, o comprovante de exportação emitido pelo SISCOMEX, autenticado pela SRF.

Sem a prova das saídas das mercadorias para o exterior tem-se como ocorridas internamente e, impede a identificação em documento fiscal de destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinou. Conduta que é sancionada pelo art. 55, inciso V, da Lei 6.763/75, cuja penalidade foi corretamente aplicada.

Urge observar que o Fisco quando da reformulação do crédito tributário ao perceber o engano da alíquota aplicada de 13,5%, corrigiu-a para 18% majorando o valor do débito fiscal o que caracteriza inovação e, desta forma, deverá ser refeito este cálculo nos ditames exigidos no Auto de Infração relativamente a alíquota.

A terceira irregularidade, falta de pagamento do ICMS e/ou pagamento a menor do ICMS devido na importação de bens destinados a integrar o ativo imobilizado tem-se como fundamento legal, quanto a base de cálculo do imposto, o art. 60, I, do RICMS/91.

No tocante a falta de pagamento do ICMS em decorrência das importações implementadas, não foram apresentados ao Fisco os documentos de arrecadação correspondentes, consoante o art. 100 do RICMS/91, que exclusivamente teriam força probatória de certificar os recolhimentos. Prejudicados, portanto, os demais documentos trazidos aos autos pela Impugnante, de fls. 210/276, porque, desacompanhados dos documentos de arrecadação estadual, não permitem a certeza de que se houve efetivado o pagamento do imposto devido na importação.

Ressalva se faz aos documentos de arrecadação de fls. 230 e 270 que comprovam os pagamentos do ICMS decorrente das importações reveladas pelas notas fiscais de entrada n.ºs 003212 e 003084 (fls. 65 e 50 c/c 258 e 260), respectivamente, só que em valores inferiores àqueles apurados pelo Fisco. Deverá ser abatido do montante do crédito tributário esses valores.

No que concerne a infração de recolhimento a menor do ICMS quando da importação de bens para o ativo fixo, atinge especificamente a diferença de recolhimento feita a menor, corretamente apurada pelo Fisco, decorrente da constatação da não inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo para apuração do valor do imposto devido as quais foram arbitradas pelo Fisco com respaldo no art. 78,II, RICMS/91, no percentual de 5 % incidente sobre o valor da importação adicionado da parcela referente ao Imposto de Importação. Arbitramento

não refutado pela Autuada, tornando, assim, aplicável a regra do art. 109 da CLTA/MG.

Em remate, consistirá o crédito tributário da manutenção da reformulação efetuada pelo Fisco em razão do acatamento dos documentos apresentados pela Impugnante, de fls. 166/187, onde estiveram excluídas as parcelas de ICMS e penalidades relacionadas às notas fiscais n.º 049653 e 050868, observando, ainda, que subsistirá, a título de imposto, os valores de Cr$ 41.158.230,78 para o vencimento em 04/02/93 (fls. 329) e de Cr$ 230.236.658,57, para o vencimento em 06/04/93 (fls. 330). Da utilização da alíquota de 13,5% no cálculo das parcelas concernentes à irregularidade disposta no subitem 3.II do AI, conforme originariamente efetuado na peça fiscal.

Outrossim, a computação dos valores recolhidos referentes aos documentos de arrecadação de fls. 230 e 270, no cálculo do ICMS apurado através das notas fiscais n.º 003212 e 003084, relacionados à irregularidade informada no subitem 3.III do AI. Subsistirá, a título de imposto, os valores de Cr$ 7.259.908,80, para o vencimento em 14/01/93 (fls. 329) e de CR$ 18.584,25, para o vencimento em 03/11/93 (fls. 331) e ainda, a adequação da multa de revalidação ao percentual trazido pela Lei 12.729/97.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Din(publicado no DOE de 01/06/99)iz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 04/04/01.
Antônio César Ribeiro
Presidente
Cleusa dos Reis Costa
Relatora

8 – Importação

2000

Acórdão: 13.918/00/2ª (publicado no DOE de 22/11/00)

EMENTA

ICMS - Apuração Incorreta - Divergência de valores entre o DAPI e o LRAICMS. Recolhimento de ICMS a menor que o devido, por consignar no DAPI valor divergente do saldo escriturado no LRAICMS. Infração comprovada nos autos e não contestada. Exigências fiscais mantidas.

Créditos de ICMS - Aproveitamento Indevido - Bens do Ativo Permanente e Energia Elétrica - O artigo 70 do RICMS/96 veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento. Excluídas as exigências relativas aos "outros créditos a estornar -RAICMS Campo 007"(coluna 5 do quadro de fls. 16), tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem dos créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno.

Importação - Base de Cálculo - Despesas Aduaneiras - Constatado o recolhimento a menor do imposto devido na importação de mercadoria, pela não inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo do ICMS conforme determina o disposto no artigo 44, inciso I, do RICMS/96 (artigo 60, inciso I, do RICMS/91). Infração comprovada nos autos e não contestada. Exigências fiscais mantidas.

Importação - Falta de pagamento do ICMS - Importação Indireta – A Autuada adquiriu mercadorias do exterior, com a participação de empresas intervenientes estabelecidas no Estado do Espírito Santo. As mercadorias não transitaram pelos estabelecimentos capixabas. Aplicação do disposto na Instrução Normativa DLT/SRE 02/93. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente - Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - recolhimento de ICMS a menor que o devido, por consignar no DAPI referente ao período de 01 a 31/10/96, valor divergente do saldo escriturado no LRAICMS;

2 - falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS, nos exercícios de 1996 a 1998, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos, os quais foram estornados na Verificação Fiscal Analítica, para fins de recomposição da conta gráfica;

3 - recolhimento a menor de ICMS incidente sobre importação de mercadorias, nos exercícios de 1995 a 1997, decorrente da não agregação à base de cálculo do imposto, dos valores correspondentes às despesas aduaneiras;

4 - falta de recolhimento de ICMS devido nas aquisições de mercadorias importadas do exterior, efetuadas por empresas intermediárias, situadas em outros Estados, mas destinadas ao estabelecimento autuado, simulando operação interestadual.

Exige-se ICMS, MR e MI.

Acompanham a peça fiscal, o Relatório de fls. 07/11 e os Anexos 01 a 04, contendo quadros demonstrativos e documentação respectiva (fls. 15/252).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 255 a 279), aduzindo, em síntese o seguinte:

- a Constituição Federal assegura o princípio da não-cumulatividade do ICMS;

- não é a destinação dada ao bem adquirido (revenda, uso, consumo, integração ao ativo fixo) que irá impedir a fruição do direito à compensação do imposto;

- a Fazenda Pública já havia procedido verificação fiscal anterior, relativa ao mesmo período, e naquela ocasião nenhuma irregularidade fora constatada, restando, pois, homologada a apropriação do crédito do ICMS, ora tido por indevido;

- ainda que se admitisse, hipoteticamente, o creditamento indevido, o tributo somente poderia ser exigido pelo seu valor histórico, dada a homologação feita pelo Fisco Estadual em 30/10/97, à vista do que determina o parágrafo único do artigo 100 do CTN;

- o Ente Público competente para exigir o ICMS na importação é definido pela CF/88, bastando, para isso, identificar a unidade da Federação do estabelecimento destinatário, *in casu*, o Estado de localização do importador;

- o contribuinte do ICMS, na importação, é aquele que, de fato, contrai os direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda internacional;

- o Fisco pretende reduzir a um só, dois negócios jurídicos distintos: importação e posterior revenda de produtos importados;

- o sujeito passivo da obrigação tributária é o importador que, na espécie, não pode ser confundido com a Impugnante, a qual simplesmente adquiriu as mercadorias numa operação de revenda, subsequente à importação;

- não realizou negócio jurídico que pudesse deflagrar a obrigação que lhe fora imputada, uma vez que a importação fora efetuada por terceiros, a quem cumpre o recolhimento do imposto;

- praticou, com os legítimos importadores, negócios lícitos, cujas operações de revenda foram regularmente acobertadas e o imposto devidamente recolhido;

- o Fisco não apresenta provas de que os custos das importações foram arcados pela Autuada, dado que as ordens de compra não se prestam a tal fim;

- os indícios relatados pelo Fisco não são meios idôneos para justificar o lançamento;

- cabe à autoridade administrativa o ônus da prova, quanto a ocorrência do fato gerador, o que não resta caracterizado nos autos;

- a pretensão fiscal é insustentável, uma vez que se pauta em presunção e indícios ao invés de provas;

Requer a procedência da Impugnação.

O Fisco, em Manifestação de fls. 323 a 329, refuta as alegações da defesa, apresentando os seguintes contra-argumentos:

- o estorno de crédito efetuado, não fere o princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que as operações ou prestações realizadas pela Autuada estão fora do campo de incidência do referido imposto, ao contrário, são tributadas pelo ISS;

- não se pode pretender compensar o ICMS incidente sobre a aquisição de bens utilizados em prestações sujeitas a outro tipo de tributo, *in casu*, o ISS;

- é equivocada a afirmação de que o creditamento ora estornado já teria sido homologado pelo Fisco. Em verdade, foram desenvolvidas apenas atividades de acompanhamento fiscal, sem a realização de roteiros de fiscalização ou auditoria sobre a legitimidade dos créditos;

- a exigência relativa ao item 4 do Auto de Infração está amparada em dispositivo constitucional, o qual estabelece que o ICMS, na importação, é devido ao Estado destinatário da mercadoria ;

- o aspecto relevante na definição do sujeito passivo, na hipótese de importação, é o local onde a circulação é concluída, ou seja o local do estabelecimento ao qual a mercadoria real e fisicamente se destina;

- a mercadoria objeto da presente autuação fora remetida do local de desembaraço diretamente para o estabelecimento mineiro, o qual arcara com todos os custos inerentes à importação;

- o contribuinte não mineiro apenas "emprestou" seu nome na operação de importação, consoante faz constar da documentação de fls. 54 e 56;

- a Autuada é, faticamente, a real destinatária da mercadoria importada;

- os documentos acostados aos autos configuram a simulação de operação interestadual quando, na realidade, a natureza da operação é de importação;

- a Consulta de Contribuinte n.º 133/98, bem como o Acórdão 13574/99/3ª, corroboram o entendimento manifestado na peça acusatória.

Pede a manutenção integral das exigências fiscais.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 333, resultando na manifestação de fls. 335 (Termo de Retificação).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 340/347, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

De início, há que salientar que, embora não tenham sido objeto de contestação pelo sujeito passivo, as infrações apontadas nos itens 1 e 3 do Auto de Infração restam devidamente caracterizadas nos autos.

O documento de fl. 103 (RAICMS) aponta para o período de 01 a 31/10/96, saldo devedor de ICMS no valor de R$5.078,77, enquanto que o DAPI e o DAE do mesmo período atestam o recolhimento de apenas R$ 4.078,77 (fls. 99 a 101), caracterizando assim, recolhimento a menor de imposto no valor de R$1.000,00.

Por outro lado, o demonstrativo consolidado(fl.107), acrescido dos documentos de fls. 108 a 209, comprovam ter havido recolhimento a menor de ICMS, no período de 1995 a 1997, em virtude da não agregação dos valores correspondentes às despesas aduaneiras à base de cálculo do imposto incidente sobre a importação de mercadoria do exterior, em inobservância às determinações do artigo 13, inciso I, da Lei 6763/75.

Quanto a infração apontada no item 2 do Auto de Infração, a mesma versa sobre aproveitamento indevido de crédito de ICMS, conforme valores e períodos demonstrados no documento de fl. 16.

A referida irregularidade fora descrita no Relatório de fl. 07 e melhor tipificada pela redação do documento de fl. 335.

Referidos créditos, levados a estorno pelo Fisco, são originários

de ICMS relacionados a bens destinados a compor a ativo fixo da adquirente, acrescidos do valor correspondente ao diferencial de alíquota, além de ICMS relativo a energia elétrica.

Há que se atentar para o que dispõe a legislação tributária sobre a matéria em questão.

Em consonância com o artigo 20, § 1º da LC 87/96, o RICMS/96, em seu artigo 70, veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Por sua vez, o § 3º do citado dispositivo regulamentar define como alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não forem utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A Instrução Normativa DLT/SRE Nº 01, de 06/05/98, define como alheio à atividade do estabelecimento, os bens entrados, inclusive mercadorias ou os serviços recebidos que forem utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do ICMS.

À luz da legislação citada, verifica-se que os créditos apropriados pela Autuada o foram de forma indevida, vez que, os valores de ICMS creditados pela Impugnante são originários, em sua maioria, de aquisição de veículos, consoante demonstram documentos apensos às fls. 63 a 96, os quais certamente foram utilizados nos serviços de construção civil, atividade preponderante da empresa, não sujeita à incidência do ICMS. Indubitavelmente, tais bens não foram comercializados, nem utilizados na produção de mercadorias destinadas a revenda, o que não se constitui objeto social da Autuada.

Assim, em razão da inexistência de operações subsequentes tributadas pelo ICMS não se pode legitimar o procedimento adotado pela Impugnante. Se não houve débito do referido imposto não há que se falar em crédito ou compensação do mesmo, sendo, portanto, pertinente o estorno dos valores provenientes das referidas aquisições, acrescido do diferencial de alíquota relativo a mercadorias alheias à atividade do estabelecimento.

Pelo mesmo motivo, os créditos relacionados ao consumo de energia elétrica também foram apropriados indevidamente pela Impugnante, dada a sua utilização em atividade não alcançada pela incidência do ICMS, o que contraria as determinações do artigo 70, inciso IV, do RICMS/96.

Por outro lado, não procede a alegação do sujeito passivo de que os valores creditados já teriam sido objeto de homologação pela

Fazenda Pública.

As anotações contidas no RUDFTO, à fl. 292, não contêm homologação expressa dos valores ora estornados, salientando-se que o trabalho realizado foi tão-somente de acompanhamento fiscal. Ressalte-se que, ainda que homologado o lançamento declarado pelo contribuinte, observado o prazo decadencial, o Fisco poderia revê-lo, nos termos do artigo 149, do CTN.

Entretanto, devem ser excluídas do crédito tributário, as exigências relativas aos "outros créditos a estornar -RAICMS Campo 007"(coluna 5 do quadro de fls. 16), tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem destes créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno.

A irregularidade descrita no tem 4 do Auto de Infração é originária da falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operação de importação de mercadorias do exterior, destinadas a contribuinte mineiro, realizada por empresas intermediárias, sediadas em outras Unidades da Federação.

Nos termos da Constituição Federal/1988, o ICMS incidente sobre a importação de mercadoria do exterior é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria, (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea "a").

O legislador constituinte procurou destacar o aspecto finalístico da operação de circulação da mercadoria importada, sendo imperioso conhecer, na definição do sujeito ativo da obrigação, o local onde a circulação da mercadoria se concluir.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 11, alínea "d" estabelece que, o local da operação, na importação, será aquele onde estiver localizado o estabelecimento que promover a entrada física da mercadoria.

Esse entendimento foi também adotado pelo legislador mineiro, que assim se posicionou na Lei 6763/75, com redação posterior à LC 87/96:

> *"Art. 33*
> *(...)*
> *§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para efeitos de pagamento do imposto:*
> *1 – Tratando-se de mercadoria ou bem:*
> *(...)*
> *i – importados do exterior:*
> *i – 1 – o do estabelecimento:*
> *(...)*

i .1.3 – destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele."

Diante do que dispõe a legislação tributária, é fundamental que se busque conhecer quem é, de fato, o estabelecimento que promoveu a importação das mercadorias objeto da presente ação fiscal, a fim de se determinar a sujeição passiva da obrigação tributária.

O relatório fiscal anexo às fls. 08 e 09, bem como a documentação complementar trazida nos autos, dão conta de que as mercadorias importadas não transitaram pelos estabelecimentos tidos como "revendedores" das mercadorias. Ao contrário, os produtos foram remetidos do porto, aeroporto ou local de desembaraço diretamente para o estabelecimento da Autuada, real destinatária das mercadorias.

Diversos são os documentos que retratam essa afirmação, a exemplo do pedido de compra 7811 (fls. 219 a 225) correspondentes às Notas Fiscais 000788 e 000789, emitidas por Sudamex Trading Importação e Exportação, bem como a planilha de custo de importação indireta (fl. 226). Tais documentos atestam que as operações de importação foram realizadas com o objetivo prévio de destinar as mercadorias ali elencadas ao estabelecimento da Autuada, tanto assim que a mesma arcara com todos os custos de importação, conforme faz constar da Planilha supracitada.

A salientar que uma das empresas, supostamente revendedora, a Lucent Thecnologies Brasil Ltda, sequer consta do cadastro da Receita Federal como empresa importadora, nos termos da consulta anexa à fl. 251.

Ressalte-se, ainda, que os valores constantes do pedido anexo à fl. 243 a 246, estão expressos em moeda do país exportador (dólar), o que reforça a conclusão de ser a Autuada a real importadora das mercadorias.

Acresça-se, por fim, que o procedimento da Autuada, além de contrariar a norma constitucional e a legislação tributária mineira, citadas anteriormente, deixa de observar a Instrução Normativa nº 02/93, a qual estabelece:

"1 – É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:
(...)

b – por estabelecimento situado em outra unidade da Federação;
(...)
b.2 – quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado; (...)".

Por estas razões, infere-se restarem caracterizadas as infrações apontadas pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir, no que se refere ao item 2 do Auto de Infração, as exigências relativas aos "outros créditos a estornar" (coluna 5 do quadro de fls. 16). Vencido o Conselheiro Wagner Dias Rabelo que excluía as exigências relativas a este item, na sua totalidade. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente, a Dra. Nilber Andrade. Participou do julgamento, também o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 11/10/00.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente
Edmundo Spencer Martins
Relator

2001

Acórdão: 14.999/01/1ª (publicado no DOE de 01/11/01)

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - Descaracterizado o recolhimento do ICMS efetuado, por não restar comprovada a autenticidade das Guias Nacionais de Recolhimento (GNRE). Excluída a Multa Isolada capitulada no inciso XII, artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, por não se enquadrar à hipótese tratada nos autos. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias nos meses de agosto e etembro de 1998, tendo em

vista que foram descaracterizados os recolhimentos efetuados em via GNRE, uma vez que as autenticações constantes nas guias referentes às Declarações de Importação objeto de autuação não foram processadas pelo Banco do Brasil S/A. .

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 188/221, aos seguintes fundamentos:

- a descaracterização das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, referente aos pagamentos efetuados pelo importador das mercadorias, não pode lhe ser atribuída, pois sempre agiu dentro dos princípios éticos e legais;

- desembolsou, mediante ordem de pagamento e documentos, os valores constantes das GNRE's, e enviou às empresas especializadas no desembaraço aduaneiro das mercadorias toda a documentação e numerário necessário para que estas efetuassem o recolhimento dos tributos devidos;

- após o efetivo pagamento essas empresas lhe enviavam cópias dos documentos de arrecadação devidamente autenticados;

- em nenhuma operação de importação que realizou deixou de efetuar o pagamento do ICMS;

- a falsidade das autenticações somente poderia ser constatada através de perícia grafotécnica;

- a própria fiscalização corroborou com seu erro, o qual é perfeitamente escusável, visto que as mercadorias transitaram livremente por diversas barreiras fiscais sem que tivesse sido levantada qualquer suspeita quanto as referidas autenticações bancárias;

- não houve recolhimento a menor do ICMS como afirma a fiscalização;

- o fisco se equivocou ao exigir o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, por estar essa operação submetida às normas do Decreto-lei n.º 406/68;

- a Constituição Federal de 1988 determina que o ICMS incidirá sobre a entrada de mercadoria importada do exterior;

- o Convênio ICMS n.º 66/88 extrapola os limites da legalidade ao dispor que o fato gerador desse imposto ocorre no recebimento pelo importador da mercadoria, o qual se dá com a declaração firmada pelo importador;

- o fato das mercadorias somente poderem desembarcar após o recolhimento do ICMS fere o direito, já que a importação não constitui seu fato gerador, visto ser este o momento da entrada das mercadorias no estabelecimento importador;

- o ICMS foi integralmente recolhido no momento do repasse das mercadorias aos seus clientes, ele era destacado nas notas fiscais de venda das mesmas, sendo recolhido normalmente, inclusive sobre as despesas de importação, após a recomposição de sua conta gráfica;

- cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que diz que a exigência do ICMS no desembaraço aduaneiro não tem fundamentação legal por ocorrer o respectivo fato gerador no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento;

- a jurisprudência e a doutrina se firmam no entendimento de que a não cumulatividade deverá sempre ser respeitada independentemente se o imposto tiver sido recolhido em valor inferior ao devido;

- nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional os juros de mora somente podem incidir à taxa de 1% ao mês. Assim falta suporte jurídico para aplicação da taxa SELIC;

- a penalidade aplicada apresenta natureza confiscatória por não ter efetivamente havido lesão ao direito do fisco.

Requer a produção de prova pericial e ao final a procedência da Impugnação.

A Coobrigada também comparece aos autos às fls. 256/265 com as considerações a seguir:

- o processo fiscal não obedeceu as normas legais, artigo 56 da Lei n.º 11.580/96, devendo ser considerado nulo;

- tem como atividade o desembaraço aduaneiro de cargas, tendo inclusive trabalhado para a Autuada;

- por não ser sócia da Autuada, visto que apenas lhe prestou serviços, deve ser excluída do pólo passivo;

- a comunicação da existência da autuação em questão não foi realizada de acordo com as exigências das normas jurídicas;

- por não ter efetuado operações de importação de mercadorias não pode ser obrigada a recolher tributo de cujo fato gerador não participou;

- a carga tributária foi aumentada pelo fisco sem observância dos princípios da legalidade e da anterioridade;

- não foram apresentados os métodos utilizados pela fiscalização.

Requer a nulidade do lançamento com o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco apresenta réplica às fls. 283/297, aos fundamentos seguintes:

Quanto à Coobrigada

- a solidariedade da coobrigada decorre de dispositivo legal, artigo 21, inciso XII da Lei n.º 6763/75, apesar dele não ter relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária;

- o despachante, representante da contribuinte, concorreu para a prática do ato ilícito, ou seja, por ato ou omissão concorreu para o recolhimento a menor do tributo devido;

- a coobrigada não demonstrou em sua defesa que efetivamente não estava envolvida no ilícito;

- o representante da Coobrigada foi devidamente intimado da lavratura do Auto de Infração nos termos da CLTA/MG;

- no ato de intimação do sujeito passivo também lhe foram encaminhados os Quadros Demonstrativos dos trabalhos fiscais e o relatório fiscal.

O Fisco requer a improcedência desta impugnação.

Quanto a Autuada

- a Lei Complementar n.º 87/96 determina que o fato gerador do ICMS incidente na importação ocorre no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias;

- a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 146 e 155 exige a edição de Lei Complementar para definir as linhas mestras do ICMS;

- o Decreto-Lei n.º 406/68 regulou o ICM durante certo tempo, tendo inclusive adquirido *status* de lei complementar, contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as regras desse Decreto relativas ao antigo ICM foram por ela recepcionadas e editado o Convênio ICMS n.º 66/88 o qual passou a regular este tributo;

- apenas em 16/09/96 foi editada a Lei Complementar n.º 87/96 conforme previa a Constituição Federal de 1988, e é esta que atualmente rege de forma constitucional o ICMS e deve ser aplicada no presente PTA;

- a decisão do Superior Tribunal de Justiça trazida aos autos diz respeito a uma época em que ainda não havia sido publicada a Lei Complementar n.º 87/96;

- o princípio constitucional da não cumulatividade assegura o direito ao crédito pelo imposto pago nas operações de importação;

- a Impugnante no desembaraço aduaneiro deveria ter recolhido o ICMS sobre o valor da mercadoria e demais despesas da importação, para posteriormente abater deste valor o imposto incidente na etapa seguinte;

- não restou comprovado nos autos o correto pagamento do ICMS, e somente esta comprovação daria à Impugnante o direito de creditar-se do imposto cobrado;

- a Impugnante creditou-se do valor recolhido a menor, o qual foi o efetivamente pago;

- as vendas promovidas pela Impugnante a seus clientes representam fato gerador distinto do que ocorre na importação, artigo 12, incisos I e IX da Lei Complementar n.º 87/96;

- as despesas de importação devem compor a base de cálculo do ICMS e seu recolhimento deve ser feito no momento do desembaraço aduaneiro;

- a multa foi aplicada tendo em vista descumprimento de obrigação tributária principal conforme preceitua o Código Tributário Nacional, não configurando portanto confisco;

- a aplicação dos juros SELIC encontra amparo na Resolução n.º 2.880/97;

- cita o artigo 136 do Código Tributário Nacional;

- os documentos juntados nestes autos demonstram a intenção dolosa para com a Fazenda Pública, caracterizando assim crime contra a ordem tributária;

- existe flagrante contradição nos argumentos apresentados na peça de defesa;

- o pedido de perícia deve ser indeferido por apresentarem os autos as provas necessárias para os devidos esclarecimentos.

Por fim pede a manutenção do feito fiscal.

Indeferido o requerimento de prova pericial à fl. 301, não foi apresentado Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 305/315, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias nos meses de agosto e setembro de 1998, tendo em vista que foram descaracterizados os recolhimentos efetuados em via GNRE, uma vez que as autenticações constantes nas guias referentes às Declarações de Importação objeto de autuação não foram processadas pelo Banco do Brasil S/A. .

Da Perícia

Quanto à perícia requerida ressaltamos que a mesma em nada acrescenta aos fatos não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais, a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

Nesta linha entendemos que a perícia pleiteada pela Impugnante além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão.

Portanto, considerando que a negativa de produção de prova pericial não cerceou o direito de defesa da Impugnante, temos por assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988).

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Coobrigada Impugnante invoca a nulidade do Auto de Infração alegando que sua intimação está eivada de irregularidade por não ter sido o responsável devidamente intimado e recebido os documentos relativos ao trabalho fiscal. No entanto, o responsável foi devidamente intimado da lavratura do Auto de Infração, tendo inclusive recebido a cópia de diversos documentos pertinentes ao mesmo (fls. 186/187).

Assim sendo, não há como ser acolhida a argüição de nulidade pretendida pela Impugnante, eis que os fatos acima descritos demonstram ter sido a intimação regular ao sujeito passivo.

Do Mérito

O trabalho realizado pelos fiscais consistiu na verificação de registros fiscais relacionados às entradas de mercadorias importadas diretamente do exterior e recebidas com notas fiscais de entrada pelo contribuinte fiscalizado.

Foram juntados aos autos os quadros onde se relacionou as notas fiscais de entrada relativas ao período apurado, declarações de importação e demais dados essenciais à verificação fiscal.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea 'a' determina que o ICMS incidirá *"sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço."*

Relativamente a alegação da Impugnante de que deve ser aplicado o Decreto-lei n.º 406/68 à incidência do ICMS nas operações de importação que realizou, temos a esclarecer que após a edição da Lei Complementar n.º 87/96, segundo a Constituição Federal de 1988,

esta passou a ser a lei de regência do ICMS. Sendo assim, os Estados também incorporaram essas regras à sua legislação tributária.

Constitui fato gerador do ICMS nas operações de importação a entrada da mercadoria importada do exterior em território nacional, e por uma determinação legal é considerado entrada de mercadoria importada o seu desembaraço aduaneiro, artigo 2º, inciso I do RICMS/MG. Além disso, a própria Lei Complementar n.º 87/96 assim determina:

> *"Art. 2º - O imposto incide sobre:*
>
> *.....*
>
> *§ 1º- O imposto incide também:*
>
> *I – sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;*
>
> *.....*"
>
> RICMS/96
>
> *"Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:*
>
> *I – no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto no parágrafo único;*
>
> *.....*"

Sendo assim, temos como inegável a ocorrência do fato gerador do ICMS na importação em questão.

A fiscalização constatou que as autenticações bancárias constantes das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, referentes às importações realizadas no período fiscalizado, eram falsas e tendo em vista este fato, descaracterizou as mesmas, por não terem sido processadas pelo Banco do Brasil S/A.

Não tendo sido citadas autenticações processadas pelo Banco do Brasil S/A, não temos como comprovar o recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação realizadas segundo as Declarações de Importação relacionadas no Auto de Infração.

Alega a Impugnante que desembolsou os valores referentes ao imposto devido, contudo não juntou aos autos os comprovantes deste pagamento e que além disso o Fisco deixou que as mercadorias transitassem livremente sem levantar suspeitas quanto as autenticações bancárias, o que segundo seu entendimento demonstra a inexistência de irregularidade na importação que promoveu.

Com relação a esta observação final, temos a esclarecer que o trânsito livre autorizado pelo Fisco não tem efeito homologatório, permitindo ao mesmo, quando comprovada qualquer irregularidade,

exigir o imposto incidente na operação.

> *"Art. 358 - O ICMS incidente na entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que se trate de bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, será recolhido no momento do desembaraço aduaneiro:*
> *I - em Documento de Arrecadação Estadual (DAE), modelo 1, previamente visado pelo fisco, quando o desembaraço ocorrer neste Estado;*
> *II - em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), quando o desembaraço ocorrer em outra unidade da Federação.*
> .....
> *§ 3° - Os vistos de que tratam os parágrafos anteriores não têm efeito homologatório, podendo o fisco, comprovada qualquer irregularidade, exigir o imposto devido com os acréscimos legais;*
> ....."

A Impugnante em uma de suas alegações questiona a constitucionalidade de disposições normativas que a seu ver afrontam a Constituição Federal de 1988 ao afetarem o direito à compensação do ICMS, fazendo assim menção ao princípio da não-cumulatividade.

O RICMS/96 em seu artigo 70 determina que:

> *"Art. 70 – Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:*
> .....
> *IX – o pagamento do imposto na origem não for comprovado, na hipótese de existência prevista na legislação tributária;*
> ....."

Entretanto, não é de competência deste Conselho declarar a inconstitucionalidade da legislação aplicada ao feito fiscal pelo que se destaca o artigo 88 da CLTA/MG:

> *"Art. 88 – Não se incluem na competência do órgão julgador:*
> *I – a declaração de inconstitucionalidade ou negativa da aplicação de lei, decreto ou ato normativo;*
> ....."

Como se vê não é o Conselho de Contribuintes hábil a fazer o controle difuso ou direto de constitucionalidade da legislação tributária estadual pelo que rege a Constituição Federal de 1988.

No tocante à afirmação de recolhimento do ICMS nas saídas internas das mercadorias importadas, cumpre lembrar que a cobrança formalizada pelo Auto de Infração em análise diz respeito ao imposto devido pela importação, portanto em operação distinta daquela que se informa o pagamento.

Dispõe o artigo 5º, § 1º, item 5 da Lei n.º 6.763/75 que:

> *"Art. 5º - O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*
> *§ 1º - O imposto incide sobre:*
> .....
> *5) a entrada de mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que se tratar de bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente de estabelecimento, e a aquisição, em licitação promovida pelo poder público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;*
> ....."

Da análise do artigo supracitado, temos que basta a ocorrência do fato gerador, para que o imposto seja integralmente devido. Portanto, diante das operações realizadas pela Impugnante, configurada está sua posição de contribuinte e, como não comprovou o recolhimento correto do tributo relativo às Declarações de Importação constantes do Auto de Infração, e aproveitou indevidamente estes valores a título de crédito, restam devidos os valores apurados.

No que tange a taxa de juros SELIC, utilizada pelo Estado e estabelecida pelo Banco Central, devemos ressaltar que a utilização da mesma segue as determinações do artigo 226, parágrafo único da Lei n.º 6.763/75, bem como da Resolução n.º 2.880/97.

Quanto à natureza confiscatória da Multa aplicada, dispõe o artigo 3º do Código Tributário Nacional que:

"Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada."

Da inteligência do artigo supra, depreende-se que multa não é tributo, tendo em vista que este não constitui uma sanção de ato ilícito. Portanto, considerando que a controvérsia abarca a multa aplicada, improcede a alegação da Impugnante de tributo com efeitos confiscatórios, com base no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Portanto, legítima a exigência fiscal.

No que se refere à penalidade isolada elencada no inciso XII, artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, entendemos que a mesma não se coaduna perfeitamente com as provas existentes nos autos. Não se encontra perfeitamente caracterizado nos autos sob análise que os Impugnantes tenham sido os responsáveis pela adulteração das autenticações mecânicas nas GNRE´s. Desta forma, não devem ser mantidas as exigências de Multa Isolada capitulada ao artigo 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75.

Relativamente à defesa apresentada pela Coobrigada temos que a mesma não tem como prosperar, visto que nos termos da Lei n.º 6.763/75 são solidariamente responsáveis pela obrigação tributária "qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes". E a Coobrigada foi devidamente autorizada pela Impugnante para atuar junto à Receita Federal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, por não estar perfeitamente adequada às provas dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Maria de Lourdes Pereira de Almeida

Sala das Sessões, 03/07/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões

Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão

Relatora

Acórdão: 15.180/01/1ª (publicado no DOE de 02/10/01)

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – LOCAL DA OPERAÇÃO. Caracterizado nos autos que a mercadoria foi importada por contribuinte localizado em outra unidade da Federação com o objetivo prévio de ser destinada à Autuada neste Estado, sem contudo recolher o ICMS devido a Minas Gerais, de acordo com os preceitos contidos no art. 155, § 2º, inciso IX, Alínea "a", da Constituição Federal e item 1, da Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de mercadorias importadas sob acobertamento das Notas Fiscais nº 007.261 e 007.262, de 27/03/2001, e nºs. 007.304, 007.305, 007.308 e 007.310, de 28/03/2001, emitidas pela firma "EMC Computer Systems Brasil Ltda.", situada no Estado de São Paulo, e correspondentes às Declarações de Importação nºs. 01/0285875-0, de 21/03/2001 (NF 007.261), 01/001/0285873-4, de 21/03/2001 (NF 007.262) e 01/0287317-2, de 22/03/2001 (NF 007.304, 007.305, 007.308 e 007.310), com *simulação* de uma operação interestadual destinada ao contribuinte mineiro "Tecnológica Indústria e Comércio de Informática Ltda.", vez que tais produtos foram importados pela referida empresa paulista com objetivo prévio de remetê-los à Autuada.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.40/46), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls.132/138**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 140/145, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Concentra-se a lide na controvérsia acerca da *natureza* das operações objeto deste lançamento: enquanto o Fisco as enquadra como *importações*, atribuindo à Autuada a responsabilidade pelo pagamento do ICMS correspondente às Declarações de Importação nºs. 01/0285873-4, 01/0285875-0 e 01/0287317-2 (fls. 23/26, 31/32 e 09/15, nessa ordem), por entender que tais transações foram predestinadas ao estabelecimento do contribuinte mineiro, a Impugnante alega que

adquiriu os equipamentos, em *operação interestadual*, junto à empresa paulista "EMC Computer Systems Brasil Ltda.", que, por sua vez, foi a importadora dos mesmos.

No que se refere ao tratamento tributário dado à entrada de mercadoria importada do exterior, a incidência do ICMS advém da determinação contida no Artigo 155, § 2º, IX, Alínea "a", da CF/88, que estabelece que *caberá o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço*.

Resta evidente, então, a importância do *"estabelecimento destinatário"* para a definição do Ente Tributante, como bem ressaltou a Divisão de Orientação Tributária, da Diretoria de Legislação e Tributação (DOT/DLT/SRE), em resposta à Consulta de contribuinte nº 133/98 (cópia anexa).

Já o legislador complementar, ao definir o *"local da operação"* e o *"estabelecimento responsável"*, identifica como contribuinte, no que tange à importação, o estabelecimento ao qual se destinar fisicamente a mercadoria, e não aquele que efetuou, juridicamente, a importação, conforme previsão contida no Artigo 11 da Lei Complementar nº 87, de 13/09/96, "in litteris":

> *"Art. 11 – O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*
> *I – Tratando-se de mercadoria ou bem:*
> *(...)*
> *d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;*
> *(...)" (Grifo nosso)*

Na verdade, tem-se claro que tal dispositivo visa resolver conflito de competência tributária, função original da Lei de natureza "Complementar", como bem prescreve a Constituição Federal vigente (Artigo 146, Inciso I).

O critério da *"entrada física"* para determinação do verdadeiro importador da mercadoria e, via de conseqüência, do sujeito ativo da obrigação tributária, aplica-se, dentre outras, quando houver "simulação", assim considerada a hipótese em que o produto importado tenha destinação específica, ou seja, quando esteja predestinado a pessoa diversa daquela que o importou, de modo que, embora conste a empresa "A" na Declaração de Importação, o verdadeiro importador é "B".

Em âmbito estadual, esse foi o entendimento adotado pelo legislador mineiro, estampado no Artigo 33, §1º, Item 1, alínea "i.1.3", da

Lei nº 6.763, de 26/12/75 (redação posterior à LC 87/96), "ipsis litteris", lançado, também, na Instrução Normativa DLT/SRE nº 02, de 12/11/93 - Item 1, alínea "b.2" (cópia anexa):

> *"Art. 33 – (...)*
> *§1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:*
> *1 – tratando-se de mercadoria ou bem:*
> *(...)*
> *i – importados do exterior:*
> *i.1 – o do estabelecimento:*
> *(...)*
> *i.1.3 – destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação, promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele;*
> (Grifo nosso)

Ante as prefaladas considerações, mostra-se patente, na situação em foco, a ocorrência da intitulada **"importação indireta"** das mercadorias por parte do sujeito passivo, haja vista os seguintes elementos de *prova* trazidos aos autos pelo Fisco, a saber:

• *Pedidos de Compra nºs. 024, 026 e 023* (fls. 21, 29 e 35), com identificação de "Faturamento" e "Local de Entrega" para o contribuinte mineiro autuado e englobando, exatamente, os equipamentos descritos nas DIs nºs. 01/0287317-2, 01/0285873-4 e 01/0285875-0 (fls. 09/15, 23/26 e 31/32), respectivamente. Tais *pedidos* foram efetivados junto ao fornecedor estrangeiro "EMC Ireland, LTD" (matriz da empresa paulista "EMC Computer Systems Brasil Ltda.") em 15/03/2001, ou seja, antes dos desembaraços aduaneiros das importações em tela, ocorridos nos dias 27, 26 e 21/03/2001, nessa ordem;

• *Etiquetas* que se encontravam afixadas nas embalagens utilizadas para o acondicionamento dos produtos desde o País de origem (fls. 20, 27 e 34), contendo a indicação da Autuada como *destinatária* (*"Ship to"* = enviar para), e mencionando a numeração das *Faturas* correspondentes (nºs. 114.675, 114.676 e 114.679), citadas, inclusive, nas respectivas Declarações de Importação (fls. 10, 24 e 31);

• consignação das expressões *"Fatura: 114675 (Tecnológica)"*,*"Fatura: 114676 (Tecnológica)"* e *"Fatura: 114679 (Tecnológica)"* no quadro de "Dados Complementares" das

mencionadas *Declarações de Importação* (fls. 10, 24 e 31).

De tais documentos, subtrai-se a "predestinação das mercadorias importadas para a Impugnante", permitindo-se concluir que tais importações, realizadas pela empresa paulista "EMC Computer Systems Brasil Ltda.", não tiveram o intuito de disponibilizar os aludidos equipamentos, no mercado nacional, para revenda a quaisquer interessados, mas, sim, de destiná-los prévia e intencionalmente para o contribuinte mineiro autuado ("Tecnológica Ind. Com. de Informática Ltda.").

Estando, portanto, comprovada a ocorrência da referida **"importação indireta"**, o que atribui cabimento do ICMS correspondente ao Erário mineiro, denotam-se infrutíferos os argumentos da Contestante de que a empresa "EMC Computer Systems Brasil Ltda." emitiu documentos fiscais para a "entrada" e "saída" dos produtos importados em seu estabelecimento (fls. 91/94, 97, 99 e 101/106), e de que o ICMS em questão é de competência do Estado de São Paulo, tendo sido recolhido à esta unidade Federada conforme documentos de fls. 87/89.

Destarte, dentre a vastidão de litígios já julgados pelo C.C./MG envolvendo tal matéria, destaca-se as decisões proferidas nos Acórdãos nºs. 14.776/01/1ª, 14.250/01/2ª, 14.453/00/3ª e 14.486/01/3ª, além de parte do *decisum* referente ao Acórdão nº 14.792/01/1ª, no qual a Autuada figura como sujeito passivo.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Mauro Heleno Galvão e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 10/09/01.
José Luiz Ricardo
Presidente/Relator

Acórdão: 2.307/01/CE (publicado no DOE de 08/06/01)

EMENTA

ICMS - APURAÇÃO INCORRETA - DIVERGÊNCIA DE VALORES ENTRE O DAPI E O LRAICMS. Recolhimento de ICMS a menor que o devido, por consignar no DAPI valor divergente do saldo

escriturado no LRAICMS. Infração comprovada nos autos e não contestada. Mantida a decisão recorrida.
CRÉDITOS DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BENS DO ATIVO PERMANENTE E ENERGIA ELÉTRICA - O artigo 70 do RICMS/96 veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento. Excluídas as exigências relativas aos "outros créditos a estornar -RAICMS Campo 007"(coluna 5 do quadro de fls. 16), tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem dos créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno. Mantida a decisão recorrida.
IMPORTAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - DESPESAS ADUANEIRAS - Constatado o recolhimento a menor do imposto devido na importação de mercadoria, pela não inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo do ICMS conforme determina o disposto no artigo 44, inciso I, do RICMS/96 (artigo 60, inciso I, do RICMS/91). Infração comprovada nos autos e não contestada. Mantida a decisão recorrida.
IMPORTAÇÃO - FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS - IMPORTAÇÃO INDIRETA – A Autuada adquiriu mercadorias do exterior, com a participação de empresas intervenientes estabelecidas no Estado do Espírito Santo. As mercadorias não transitaram pelos estabelecimentos capixabas. Aplicação do disposto na Instrução Normativa DLT/SRE 02/93. Mantida a decisão recorrida.
Recurso de Revista conhecido e não provido. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre (1) recolhimento a menor de ICMS, por se consignar em DAPI valor diverso do RAICMS; (2) falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor em decorrência de aproveitamento indevido de crédito;(3) recolhimento a menor de ICMS na importação, por não inclusão das despesas aduaneiras na BC e (4) não recolhimento do tributo na importação de mercadorias do exterior, através de empresas intermediárias estabelecidas noutros Estados.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.° 13.918/00/2ª, por maioria de votos, excluiu parcialmente as exigências de ICMS e MR do item 2 do Auto de Infração, relativas aos "créditos a estornar - RAICMS campo 007" (coluna 5 do quadro de fl. 16), subsistindo as demais de forma integral, embora em montante ilíquido, dado que ainda por retificar a conta gráfica.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 388 a 390, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.° 23.780/84 e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revela-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão.

Irregularidades 1 e 3

Embora não tenham sido objeto de contestação pelo o sujeito passivo, as infrações apontadas nos itens 1 e 3 do Auto de Infração restam devidamente caracterizadas nos autos.

O documento de fl. 103 (RAICMS) aponta para o período de 01 a 31/10/96, saldo devedor de ICMS no valor de R$5.078,77, enquanto que o DAPI e o DAE do mesmo período atestam o recolhimento de apenas R$4.078,77 (fls. 99 a 101), caracterizando assim, recolhimento a menor de imposto no valor de R$1.000,00.

Por outro lado, o demonstrativo consolidado (fl. 107), acrescido dos documentos de fls. 108 a 209, comprovam ter havido recolhimento a menor de ICMS, no período de 1995 a 1997, em virtude da não agregação dos valores correspondentes a despesa aduaneira à base de cálculo do imposto incidente sobre a importação de mercadoria do exterior, em inobservância às determinações do art. 13, inciso I, da Lei 6763/75.

Irregularidade 2

A infração apontada no item 2 do Auto de Infração em comento, versa sobre aproveitamento indevido de crédito de ICMS, conforme valores e períodos demonstrados no documento de fl. 16.

Cabe salientar que referida irregularidade fora relatada no Anexo de fl. 07 e melhor tipificada pela redação do documento de fl. 335.

Referidos créditos, levados a estorno pelo Fisco, são originários de ICMS relacionados a bens destinados a compor o ativo fixo da adquirente, acrescidos do valor correspondente ao diferencial de alíquota, além de ICMS relativo a energia elétrica.

Há que se atentar para o que dispõe a legislação tributária sobre a matéria em questão.

Em consonância com o art. 20, § 1º da LC 87/96, o RICMS/96, em seu art. 70, veda o aproveitamento de ICMS, a título de crédito, quando o imposto se relacionar à entrada de bens ou recebimento de

serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Por sua vez, o § 3º do citado dispositivo regulamentar define como alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não forem utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

De forma cristalina, a Instrução Normativa DLT/SER Nº 01, de 06/05/98, define como alheio à atividade do estabelecimento, os bens entrados, inclusive mercadorias ou os serviços recebidos que forem utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do ICMS.

À luz da legislação citada, verifica-se que os créditos apropriados pela Autuada o foram de forma indevida. Vejamos: a Defendente possui como objeto social a construção civil, assessoria em projetos de engenharia; revenda, importação, exportação e a prestação de serviços de telemática, conforme consta o art. 3º do seu Estatuto Social (fl. 283).

A atividade preponderante do estabelecimento autuado, ou seja, a construção civil, está inserida no campo da incidência do ISS, imposto de competência municipal, nos termos do item 32 da Lista de Serviços, anexa à LC 56/87.

Pois bem, os valores de ICMS creditados pela Impugnante são originários, em sua maioria, de aquisição de veículos, consoante demonstram documentos apensos às fls. 63 a 96, os quais certamente foram utilizados nos serviços de construção civil, atividade preponderante da empresa, não sujeita à incidência do ICMS. Indubitavelmente, tais bens não foram comercializados, tão-pouco utilizados na produção de mercadorias destinadas a revenda, o que não se constitui objeto social da Autuada.

Assim, em razão da inexistência de operações subsequentes tributadas pelo ICMS não se pode legitimar o procedimento adotado pela Impugnante. Se não houve débito do referido imposto não há que se falar em crédito ou compensação do mesmo, sendo, portanto, pertinente o estorno dos valores provenientes das referidas aquisições, acrescido do diferencial de alíquota relativo a mercadorias alheias à atividade do estabelecimento.

Pelo mesmo motivo, os créditos relacionados ao consumo de energia elétrica também foram apropriados indevidamente pela Impugnante, dada a sua utilização em atividade não alcançada pela incidência do ICMS, o que contraria as determinações do art. 70, inciso IV, do RICMS/96.

Por outro lado, crê-se equivocada a alegação do sujeito passivo de que os valores a si creditados já teriam sido objeto de homologação pela Fazenda Pública.

As anotações contidas no RUDFTO, à fl. 292, não contêm homologação expressa dos valores ora estornados, mesmo porque referem-se a períodos não equivalentes e, ainda, abre margem para que os valores levados a crédito pudessem ser verificados posteriormente, dado que o trabalho realizado naquela ocasião era tão-somente de acompanhamento fiscal.

Entretanto, ainda que homologado o lançamento declarado pelo contribuinte, observado o prazo decadencial, o Fisco poderia revê-lo, nos termos do art. 149, do CTN.

Quanto às exigências relativas aos "outros créditos a estornar - RAICMS Campo 007"(campo 5 do quadro de fls. 16) as mesmas devem ser excluídas, tendo em vista a ausência de informação por parte do Fisco a respeito da origem dos créditos e dos motivos que ensejaram o respectivo estorno.

Irregularidade 4

A presente acusação fiscal é originária da constatação, pelo Fisco, da falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operação de importação de mercadorias do exterior, destinadas a contribuinte mineiro, realizada por empresas intermediárias, sediadas em outras Unidades da Federação.

Razão não assiste à Impugnante em sua tentativa de anular a pretensão fiscal, pelas razões que serão, a seguir, aclaradas.

Nos termos da Constituição Federal/1988, o ICMS incidente sobre a importação de mercadoria do exterior é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria, (Art.155, § 2º, inciso IX, alínea "a").

O legislador constituinte procurou destacar o aspecto finalístico da operação de circulação da mercadoria importada, sendo imperioso conhecer, na definição do sujeito ativo da obrigação, o local onde a circulação da mercadoria se concluir.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 11, alínea "d" estabelece que, o local da operação, na importação, será aquele onde estiver localizado o estabelecimento que promover a entrada física da mercadoria.

Esse entendimento foi também adotado pelo legislador mineiro, que assim se posicionou na Lei 6763/75, com redação posterior à LC 87/96:

"Art. 33
(...)
§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para efeitos de pagamento do imposto:
1 – Tratando-se de mercadoria ou bem:
(...)
i – importados do exterior:
i – 1 – o do estabelecimento:
(...)
i .1.3 – destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele." (grifos nossos)

Diante do que dispõe a legislação tributária, é fundamental que se busque conhecer quem é, de fato, o estabelecimento que promoveu a importação das mercadorias objeto da presente ação fiscal, a fim de se determinar a sujeição passiva da obrigação tributária.

O relatório fiscal anexo às fls. 08 e 09, bem como a documentação complementar trazida nos autos, dão conta de que as mercadorias importadas não transitaram pelos estabelecimentos tidos como "revendedores" das mercadorias. Ao contrário, os produtos foram remetidos do porto, aeroporto ou local de desembaraço diretamente para o estabelecimento da Autuada, real destinatária das mercadorias.

Diversos são os documentos que retratam essa afirmação. Tome-se como exemplo o pedido de compra 7811 (fls. 219 a 225) correspondentes às Notas Fiscais 000788 e 000789, emitidas por Sudamex Trading Importação e Exportação, bem como a planilha de custo de importação indireta (fl. 226). Tais documentos atestam que as operações de importação foram realizadas com o objetivo prévio de destinar as mercadorias ali elencadas ao estabelecimento da Autuada, tanto assim que a mesma arcara com todos os custos de importação, conforme faz constar da Planilha supracitada.

Necessário salientar que uma das empresas, supostamente revendedora, a Lucent Thecnologies Brasil Ltda, sequer consta do cadastro da Receita Federal como empresa importadora, nos termos da consulta anexa à fl. 251.

Ressalte-se, ainda, que os valores constantes do pedido anexo à fl. 243 a 246, estão expressos em moeda do país exportador (dólar), o que reforça a conclusão de ser a Autuada a real importadora das

mercadorias, evidenciando a nítida intenção premeditada da Impugnante de efetuar a importação, utilizando-se da emitente das notas fiscais tão-somente como intermediadora dos serviços afetos à importação.

Acresça-se, por fim, que o procedimento da Autuada, além de contrariar a norma constitucional e a legislação tributária mineira, citadas anteriormente, inobserva a Instrução Normativa nº 02/93, a qual estabelece:

> *"1 – É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:*
> *(...)*
> *b – por estabelecimento situado em outra unidade da Federação;*
> *(...)*
> *b.2 – quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado; (...)" (grifamos).*

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revista. No mérito, também à unanimidade, em negar provimento ao mesmo, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Roberto Nogueira Lima, Francisco Maurício Barbosa Simões, Cláudia Campos Lopes Lara e João Inácio Magalhães Filho .

Sala das Sessões, 14/05/01.
José Luiz Ricardo
Presidente/Revisor
Windson Luiz da Silva
Relator

Acórdão: 2.509/01/CE (publicado no DOE de 29/01/02)

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – LOCAL DA OPERAÇÃO – Caracterizado nos autos que em 04-08-00 a mercadoria foi importada por estabelecimento do mesmo titular localizado em outra unidade da Federação com o objetivo prévio de ser destinada à autuada neste Estado, sem contudo recolher o ICMS devido a Minas Gerais, de acordo com s preceitos contidos

no art. 33 da Lei 6763/75. Base de cálculo alterada, face a aplicação do multiplicador 0,088 previsto no item 20, "a", do Anexo IV, do RICMS/96, com efeitos a partir de 01-08-00. Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre importação indireta de equipamento, oriundo da Itália, através de outra empresa de mesma titularidade estabelecida no Estado de São Paulo. A decisão consubstanciada no Acórdão n.° 14.097/01/2.ª, pelo voto de qualidade, excluiu integralmente as exigências fiscais de ICMS, MR (50%), no valor de R$ 169.344,12.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 79/82).

A Recorrida, tempestivamente, por intermédio de seu procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso (fls. 86/88).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 90/94, opina pelo provimento parcial do Recurso de Revisão, para que seja efetuada a reformulação que demonstra.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.° 23.780/84 e atualizada pelo Decreto n.° 40.380/99, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Decorre a exigência fiscal formalizada da imputação de falta de recolhimento do ICMS em razão da importação de mercadoria, da Itália, através de outra empresa de mesma titularidade.

Analisando-se as peças dos autos, infere-se que trata-se da importação de maquinário destinado a integrar o ativo fixo do estabelecimento da autuada localizado no Município de Extrema-MG, desembaraçado em **04-08-00**, conforme Comprovante de Importação de fls. 44, e que saiu *diretamente* do Porto de Santos-SP, acobertado por notas fiscais antecipadamente emitidas em **02-08-00** pelo estabelecimento industrial da contribuinte localizado em Guarulhos-SP.

Vale destacar que em sua peça impugnatória a própria autuada admite que as mercadorias foram importadas com destino predeterminado ao seu estabelecimento mineiro, circunstância esta que pode ser atestada pelo seguinte trecho de sua impugnação que ora transcrevemos (fls. 20):

> "ACREDITANDO NO POTENCIAL DO PAÍS, DECIDIU AMPLIAR SUAS INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS COM A CONSTRUÇÃO DE UMA MODERNA INDÚSTRIA DE

BISCOITOS, CUJO ESTADO ESCOLHIDO PARA ESSE NOVO EMPREENDIMENTO FOI MINAS GERAIS, MAIS PRECISAMENTE O MUNICÍPIO DE EXTREMA." (GN)

Mais adiante (fls. 21 e 22) afirma que:

"PARA A IMPLANTAÇÃO DESSE NOVO EMPREENDIMENTO, A AUTUADA FIRMOU EM 28 DE SETEMBRO DE 1.999, COM O GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PROTOCOLO DE INTENÇÕES, TENDO POR OBJETIVO A VIABILIZAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DE UMA UNIDADE INDUSTRIAL, VISANDO A FABRICAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, NO MUNICÍPIO DE EXTREMA" (...)

COMO O CITADO EQUIPAMENTO FOI ENTREGUE NO ENDEREÇO DA UNIDADE INDUSTRIAL SITUADO EM GUARULHOS ... E TENDO EM VISTA QUE DEVERIA SER REMETIDO PARA O ENDEREÇO DA AUTUADA, NA NOVA UNIDADE INDUSTRIAL DE EXTREMA-MG, FORAM EMITIDAS AS NOTAS FISCAIS DE REMESSA ... A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO, SEM DESTAQUE DO IMPOSTO (ICMS), POR TRATAR-SE DE OPERAÇÃO ISENTA." (GN)

Isso posto, resta ressaltar que o trabalho fiscal encontra-se alicerçado no que preceitua o art. 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal/88, bem como no artigo 33 da Lei 6763/75 que dispõe sobre o tratamento tributário a ser dispensado nas operações com mercadorias importadas do exterior.

Nesta mesma linha, o item 1 da Instrução Normativa 02/93 é taxativo ao estabelecer que:

"É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:

a - direta ou indiretamente por estabelecimento situado em território mineiro;

b - por estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

***b.1** - pertencente ao mesmo titular, ou que mantenha relação de interdependência com o estabelecimento mineiro, destinatário da mercadoria ou do bem, ou*

***b.2** - quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado." (gn)*

Por sua vez o art. 11 da LC nº 87/96 (que foi recepcionado neste Estado pelo art. 33, § 1º, item 1, alínea "i", da Lei 6.763/75), define claramente o local e o estabelecimento responsável para efeito de cobrança do imposto na operação de importação:

> *"Art. 11 – o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:*
> *I – tratando-se de mercadoria ou bem:*
> *d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física:" (gn)*

Em sendo assim, restou caracterizado nos autos que o maquinário foi importado com o prévio fito de ser especificamente destinado à autuada, circunstância para a qual o fisco agiu corretamente ao exigir, para o Estado de Minas Gerais, o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de importação de mercadoria do exterior em conformidade com o estatuído na legislação tributária acima referida que, a teor do disposto no art. 88, I, da CLTA/MG, é de aplicação obrigatória por parte desta Casa.

No que concerne a base de cálculo do ICMS, infere-se que as operações com aparelhos e equipamentos industriais relacionados no Anexo XIII do RICMS/96, entre os quais se encontra o maquinário importado (NBM 8428.39.90), são beneficiadas por redução de base de cálculo, razão pela qual o fisco aplicou o multiplicador **0,11** para apuração do ICMS devido, retificando assim o crédito tributário originalmente constituído, conforme demonstrativo de fls. 63 dos autos.

Não obstante, verifica-se que o Decreto nº 41.218, de 23-08-00 alterou a redação do item 20, alínea "a", do Anexo IV do RICMS/96, *produzindo efeitos a partir de 01-08-00*, determinando a redução da base de cálculo de 51,11% para tais operações, o que implica no multiplicador opcional de **0,088** para cálculo do imposto, índice este que deve ser utilizado no presente caso, haja vista que o desembaraço da mercadoria ocorreu em 04-08-00.

Assim, conforme demonstrado pela Auditoria Fiscal em seu Parecer, o crédito tributário após a mencionada alteração é o seguinte:

DESCRIÇÃO	**BASE DE CÁLCULO**	**MULTIPLICADOR**	**VALOR (R$)**
ICMS	999.633,84	0,088	87.967,77
MR	87.967,77	50%	43.983,88
Somatório			131.951,65

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão interposto pela Fazenda Pública Estadual. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso para restabelecer as exigências fiscais e adequar o multiplicador utilizado pelo Fisco ao de 0,088, conforme preceituado no item 20, alínea “a” do Anexo IV do RICMS/96, reformulando-se a decisão primeira nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (revisor) e José Luiz Ricardo não adequavam o multiplicador ao de 0,088. Vencido o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho que a ele negava provimento, reafirmando a decisão da Câmara “a quo”. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz murta. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 10/12/01.

José Luiz Ricardo

Presidente

Cláudia Campos Lopes Lara

Relatora

9 – Isenção – Descaracterização

2000

Acórdão: 13.648/00/2ª (publicado no DOE de 13/07/00)

EMENTA

Isenção - Descaracterização - Álcool Hidratado - Constatada a venda de álcool hidratado a Transportador Revendedor Retalhista - TRR utilizando, indevidamente, a isenção prevista no item 109, alínea "b", Anexo I, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a venda de álcool hidratado a Transportador Revendedor Retalhista - TRR - utilizando, indevidamente, a isenção prevista no item 109, alínea "b", Anexo I, do RICMS/96. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 39 a 46, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 66 a 68.

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 06/12/99, deliberou enviar os autos à Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, para sua manifestação a respeito dos processos judiciais informados nos autos, a qual se manifesta às fls. 72 a 85.

DECISÃO

A autuação em questão originou-se do fato de que a Autuada, segundo o Fisco, promoveu a saída de álcool hidratado com isenção do ICMS para destinatário que não é distribuidor de combustíveis, não fazendo jus ao benefício.

O benefício da isenção ocorre em determinadas situações e desde que se cumpra os requisitos previstos no RICMS. O descumprimento de um desses requisitos enseja o seu encerramento e, neste caso, o lançamento retorna a data do fato gerador. Consequentemente, o Sujeito Passivo, responsável pelo ICMS, é aquele que deu a saída da mercadoria.

No caso vertente, de acordo com os dados prestados pela própria Autuada, em documentos de fls. 16 a 22 dos autos, o mesmo utilizou-se de benefício previsto no item 109, alínea "b", Anexo I, do RICMS/96.

O dispositivo retrocitado refere-se à saída, interna e interestadual, de álcool etílico hidratado combustível promovida por usina, destilaria ou importador com destino a distribuidora de combustíveis.

A descaracterização da isenção, se deu em razão do destinatário ser um Transportador Revendedor Retalhista - TRR, estabelecimento autorizado pelo Ministério das Minas e Energia a comercializar exclusivamente o Óleo Diesel, e que o mesmo só pode ser obtido junto às Distribuidoras.

Quanto às Liminares da Justiça Federal, concedidas á destinatária das mercadorias autuadas (Atlanta Derivados de Petróleo Ltda), apresentadas pela Impugnante, não a socorrem pois as mesmas referem-se à liberação de comercialização de outros combustíveis, além do diesel, à Transportadora Revendedora Retalhista - TRR, não alterando a classificação do contribuinte de TRR para Distribuidora.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Evaldo Lebre de Lima e Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora).

Sala das Sessões, 11/04/00.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Jose Mussi Maruch
Relator

Acórdão: 14.330/01/2ª (publicado no DOE de 30/11/01)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Imputação de recolhimento a menor de ICMS, apurado em Verificação Fiscal Analítica. Infração caracterizada à vista da constatação que a Autuada se apropriou indevidamente de créditos de ICMS provenientes de: a) Notas Fiscais que não correspondem a uma entrada ou aquisição de mercadoria, além da Autuada não possuir as 1ªs Vias dos documentos, exige-se ICMS, MR e MI (art.55, Inciso IV); b) antecipação do creditamento do ICMS à entrada da mercadoria no estabelecimento, a infração impõe ao Fisco o estorno dos créditos na conta gráfica da Autuada no período indevido, concedendo-se no período correto; c) falta de estorno proporcional dos créditos de ICMS, relativos às saídas ao abrigo da isenção, a teor do art. 155, Inciso II, da CF/88. Exigências mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – Apropriação indevida de créditos de ICMS escriturados em valores superiores aos destacados na nota fiscal. Excluída a MI prevista no art.55, XV, por falta de previsão legal à época da infração. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO. Falta de destaque e pagamento do imposto devido na operação, em decorrência do uso indevido do benefício da isenção prevista no item 57 do Anexo I, uma vez comprovado que as mercadorias (sacolas plásticas), se destinaram a contribuintes situados em municípios diverso daqueles arrolados no item 57 do Anexo I, do RICMS/96. Corretas as exigências de ICMS e MR.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS período de fevereiro/1996 a outubro/2000, apurado em Verificação Fiscal Analítica, decorrente de:

a) Apropriação indevida de créditos de ICMS lançados no livro fiscal que não correspondem a uma efetiva entrada ou aquisição de mercadoria;

b) Apropriação indevida de créditos de ICMS lançados a maior no LRE;

c) Apropriação indevida de créditos de ICMS lançados antecipadamente nos livros fiscais, antes do recebimento da mercadoria e do respectivo documento;

d) Falta de estorno de crédito de ICMS relativos a fabricação de produtos saídas com isenção, sem direito a manutenção do crédito;

e) Falta de destaque do ICMS devido por saída de mercadorias, decorrente do uso indevido da isenção.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls.440/449, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 652/660.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 667/671, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

A presente peça fiscal versa sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado em Verificação Fiscal Analítica no período de fevereiro/1996 a outubro/2000, decorrente de apropriação indevida de créditos, lançados no livro fiscal e que não correspondem a uma efetiva entrada ou aquisição de mercadoria; lançados a maior no livro Registro de Entradas; lançados antecipadamente nos livros fiscais, antes do recebimento da mercadoria, bem como, falta de estorno de crédito de ICMS relativo a produtos saídos com isenção, e falta de destaque do ICMS por saídas de mercadorias, decorrente de utilização indevida da isenção.

Em relação ao item A do Auto de Infração, segundo informa o Fisco, o procedimento do Contribuinte consistiu em escriturar um documento fiscal fictício, onde o número da nota fiscal, seus valores e demais dados anotados no livro Registro de Entradas eram todos imaginários. Não correspondiam a uma efetiva entrada ou aquisição de mercadorias, e o único intuito era aumentar o valor do crédito do imposto no mês. Assim, procedeu-se ao estorno dos respectivos créditos conforme demonstrado na planilha às fls. 47.

Alega a Impugnante que na realidade as notas fiscais foram extraviadas, e que o Fisco presumiu que as mesmas não correspondem a uma efetiva entrada ou aquisição de mercadoria.

Entretanto, verifica-se que em ambos os casos o crédito de ICMS escriturado nessas condições é ilegítimo, por falta de apresentação da 1ª via da nota fiscal, consoante artigos 63 e 70, inciso VI, do RICMS/96. Ou seja, ainda que se admita que as referidas notas fiscais foram extraviadas, como quer a Autuada, ainda assim o crédito seria indevido.

Quanto a Multa Isolada esta poderia, a princípio, gerar alguma dúvida, já que o Fisco aplicou a penalidade prevista no inciso IV do art. 55 da Lei 6763/75, enquanto pela tese de extravio defendida pela Impugnante, a penalidade a ser aplicada seria a do inciso XII do mesmo artigo.

Porém, observa-se que ambas as penalidades correspondem a 40% (quarenta por cento) do valor das operações, não se vislumbrando qualquer prejuízo financeiro à Autuada, advindo da aplicação de uma ou outra penalidade.

Ocorre que o Fisco, para ser mais fiel aos fatos apurados, optou por aplicar a multa prevista no inciso IV, pois constatou que os documentos fiscais lançados no livro fiscal nunca existiram e seriam fruto da imaginação da Autuada, o que pode ser comprovado por um conjunto de fatos e provas, a seguir relacionados.

Regularmente intimada através do TIAF de fls. 15, a Impugnante não apresentou a totalidade dos documentos que deram origem a escrituração. Intimada novamente, especificamente para apresentação dos documentos em questão (doc. fls. 48/52), não houve manifestação. Posteriormente, por ocasião da apresentação da Impugnação também não trouxe os referidos documentos fiscais, nem cópias dos mesmos, ou outra comprovação da existência das operações.

Ademais, a Impugnante não procedeu conforme determina o art. 96, inciso XII do RICMS/96, deixando de comunicar o suposto extravio dos documentos fiscais, bem como, o art. 70, inciso VI, que prevê que na falta da primeira via do documento fiscal, poderá ser apresentada cópia, devidamente visada pelo Fisco de origem e pela repartição fiscal do contribuinte destinatário.

Fato importante levantado pelo Fisco é que as supostas notas fiscais autuadas estão todas fora de ordem cronológica, apresentando numeração totalmente discrepante da seqüência real da mesma série, utilizada pelo fornecedor.

Como exemplo, citamos o documento às fls. 58, onde consta a nota fiscal nº **009479**, série 1, emitido em **27/09/1999**, supostamente emitido por Ipiranga Petroquímica. Confrontando tal lançamento com o documento de fls. 161, este realmente emitido pela empresa, de nº **89790**, série 1, de data próxima (**29/09/1999),** nota-se a discrepância entre as seqüências numéricas.

A mesma confrontação pode ser feita às fls. 53, onde constam as notas fiscais nºs **009372 e 009359**, série 1, supostamente emitidos em **29/06/1998** e o documento de fls. 143, emitido pela mesma empresa em **29/06/1998**, com o nº **59459**.

Dentre inúmeros outros casos, podemos citar ainda a nota fiscal nº 013098, de 26/05/1999, no valor total de R$ 6.596,40, **emitida por Avel Atacado e Varejo de Embalagens Ltda** (fls. 61), cujo lançamento correto no LRE consta às fls. 60 dos autos. Repare que às fls. 59 consta o lançamento da mesma nota fiscal, com a mesma data, os mesmos valores, porém, constando como emitente a empresa **Ateq Assessoria Técnica em Qualidade Ltda**. O crédito do imposto foi apropriado novamente, sem documento fiscal para embasar o lançamento.

Como visto, existem inúmeras provas da **inexistência** dos documentos fiscais, levando a crer que os lançamentos no LRE foram feitos aleatoriamente, sem corresponder a uma efetiva entrada ou aquisição de mercadorias, com o único intuito de aumentar o valor do crédito de ICMS no período, fato agravado pelas demais infrações apuradas no presente processo.

Alega a Impugnante que o ônus da prova seria do Fisco. No entanto, o conjunto de indícios acima relacionados constitui **prova indiciária,** suficiente para inverter o ônus da prova à Autuada.

Em ambos os casos, se extravio de notas fiscais ou lançamentos que não correspondem a uma efetiva entrada de mercadoria, a contraprova que poderia ilidir a exigência fiscal seria a mesma: a apresentação das primeiras vias das notas fiscais, prova esta não acostada pela Impugnante.

Legítimo, portanto, o estorno dos respectivos créditos e a exigência do imposto não recolhido, acrescido das multas de revalidação e isolada.

No tocante ao item B do Auto de Infração, temos que o Fisco constatou que foram escriturados valores da operação, créditos e alíquotas no livro Registro de Entradas, em valores superiores aos destacados nas notas fiscais. Procedeu-se ao estorno das diferenças apuradas, exigindo-se também a multa isolada de 10% prevista no art. 55, inciso XV da Lei 6763/75, pela prática reiterada da infração,

conforme demonstrativos às fls. 44 e 63.

A Impugnante argumenta o crédito aproveitado a maior deve-se a um erro material no momento do lançamento das notas fiscais de entrada nos livros próprios.

Percebe-se que a Autuada não nega a prática da infração, admitindo que realmente apropriou os créditos em valores superiores aos constantes dos documentos fiscais, sendo legítimo o estorno efetuado. Quanto a ocorrência de erro material, o fato não afasta a responsabilidade pelas infrações, a teor do art. 136 do CTN.

Em relação a multa isolada, verifica-se no demonstrativo às fls. 44 que a penalidade recaiu sobre uma única nota fiscal, de nº 16.519, **emitida em 12/11/96**, que de fato foi escriturada com valor da operação superior ao real.

Ocorre que a redação atual do inciso XV do art. 55 da Lei 6763/75, no qual se baseou o Fisco, somente entrou em vigor em **31/12/97**, com as alterações introduzidas pela Lei 12.729/97, portanto, após a escrituração do documento fiscal, que ocorreu em 18/11/96 (fls. 64).

Assim, deve ser excluída a referida penalidade, (demonstrada às fls. 44/45), por falta de previsão legal à época da infração, e considerando que a legislação tributária que comine penalidades somente pode retroagir para beneficiar o infrator, conforme disposições dos artigos 105 e 106 do CTN.

No item C do Auto de Infração, o Fisco constatou a apropriação de créditos de ICMS de forma antecipada, antes do recebimento da mercadoria e do documento fiscal. O crédito foi estornado naquele mês e concedido no mês correto (mês seguinte), de acordo com as planilhas de fls. 79/81 e VFA às fls. 22/41.

Tratam-se de notas fiscais emitidas nos últimos dias de determinado mês, mas que só chegaram no estabelecimento da Impugnante nos primeiros dias do mês seguinte.

Através de carimbos de postos fiscais, deste e de outros Estados, bem como carimbo aposto pela própria Autuada atestando a data de recebimento das mercadorias, o Fisco apurou a data da efetiva entrada da mercadoria.

A Impugnante, entretanto, ao escriturar referidos documentos, não observou os carimbos com datas posteriores e lançou os documentos na data da emissão, antecipando assim, a apropriação do crédito.

A título de exemplo, temos a nota fiscal de fls. 88, emitida em 29/02/96, cuja saída se deu às 18:29 horas do Rio Grande do Sul. Este

documento foi carimbado pelos postos fiscais de Santa Catarina e de São Paulo em **02/03/96** e pelo almoxarifado da empresa em 01/03/96. No entanto, foi **escriturado em 29/02/96**. Ora, como poderia ser escriturado como sendo entrada de mercadoria em 29 de fevereiro, se em 02 de março ainda estava trafegando pelo Estado de São Paulo?

Da mesma forma, os documentos de fls. 94/95, 105/107 e 122/124 (dentre vários outros), apontam claramente, além da data de recebimento aposta em carimbo da empresa, carimbos de postos de fiscalização, todos com datas posteriores ao da escrituração dos documentos.

O procedimento adotado pela Impugnante contraria o disposto no art. 67 do RICMS/96, que estabelece que o valor a ser abatido a título de crédito deverá ser escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria.

Corretos, portanto, o estorno dos créditos e as exigências do ICMS recolhido a menor no período, e da respectiva multa de revalidação.

Relativamente ao item D do Auto de Infração, a autuação se deu pela falta de estorno proporcional dos créditos de ICMS, relativos aos produtos que saíram ao abrigo da isenção do imposto, sem previsão na legislação tributária para manutenção do crédito.

Argumenta o Contribuinte que se tratam de vendas efetuadas para a Zona Franca de Manaus, amparadas pela isenção do imposto, e com direito à manutenção dos créditos pelas entradas.

No entanto, examinando os documentos de fls. 217/343, nota-se que nenhuma nota fiscal de saída se destinou à **Zona Franca de Manaus**.

Na realidade as mercadorias se destinaram a cidades como Macapá e Santana, no Estado do Amapá, situadas dentro das **áreas de livre comércio da SUFRAMA**, onde existe o benefício da isenção do imposto, mas **não há dispositivo legal que conceda o direito a manutenção do crédito nestes casos**.

De fato, o art. 285 do Anexo IX, do RICMS/96, prevê a isenção do imposto nas saídas de produtos com destino às áreas de livre comércio da Suframa e à Zona Franca de Manaus.

Entretanto, em relação à manutenção do crédito pelas entradas, o **art. 286** do mesmo diploma legal somente dispensa o estorno do crédito quando as saídas tiverem como destino estabelecimento localizado nos municípios de **Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo**, no Estado do Amazonas.

Assim, não havendo regra específica que permita a manutenção do crédito quando das saídas para outros municípios, deverá ser observada a regra geral, inserida na Constituição Federal de 1988, que ao tratar do ICMS, em seu art. 155, inciso II, estabelece:

> *Art. 155 ...*
>
> *II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário na legislação:*
>
> *a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;*
>
> *b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores*.

No mesmo sentido, a legislação estadual, através do art. 31 da Lei 6763/75 e art. 70, inciso II do RICMS/96, veda o aproveitamento do crédito quando a operação subsequente, com a mesma mercadoria ou outra dela resultante, ocorrer com isenção ou não-incidência. Já o art. 71 do RICMS/96, determina o estorno do imposto porventura creditado.

Para proceder ao estorno dos créditos, o Fisco intimou o Contribuinte (fls. 212) a apresentar o montante do crédito apropriado a estornar. Diante de sua omissão e da ausência de contabilidade de custo integrada e coordenada, procedeu-se ao arbitramento, nos termos dos artigos 53, inciso I e 54 inciso IV, do RICMS/96.

O Fisco também pautou-se pelos artigos 292 a 296 do Decreto Federal nº 3.000/99 - Regulamento do Imposto de Renda (fls. 211), utilizado subsidiariamente conforme previsto no art. 196 do RICMS/96, arbitrando o custo dos produtos acabados em 70% (setenta por cento) do maior preço de venda no período.

A Impugnante não contesta objetivamente o arbitramento, conforme lhe faculta o § 2º do art. 54 do RICMS/96, sendo, portanto, legítimo o estorno dos créditos proporcionais e as exigências do ICMS recolhido a menor, acrescido da respectiva multa de revalidação.

Por fim, **quanto ao item E** do Auto de Infração, a autuação se deu por falta de destaque do ICMS em operações tributadas pelo imposto, cujas saídas ocorreram ao abrigo indevido da isenção prevista no item 57 do Anexo I do RICMS/96. As notas fiscais autuadas estão relacionadas às fls. 345 dos autos.

Verifica-se às fls. 346/383 que referidas notas fiscais destinam-se a outros municípios (como Porto Velho, Ji-Paraná, Boa Vista), que não aqueles beneficiados pela isenção prevista no item 57 do Anexo I.

Em sua defesa, a Impugnante confunde este item do AI com o item anterior, alegando que, ou o Fisco cobra o ICMS pelas saídas e mantém o crédito pelas entradas; ou estorna o crédito, mantendo a isenção pelas saídas.

Ocorre que as notas fiscais em questão, constantes às fls. 344/383, são distintas daquelas autuadas no item anterior que se encontram às fls. 177/343.

Ao contrário do item anterior, neste caso a isenção é indevida, pois os municípios a que se destinaram as mercadorias não estão arrolados no item 57 do Anexo I citado pela Impugnante, ou em nenhum outro dispositivo da legislação estadual.

Assim, corretas as exigências do imposto não debitado nas notas fiscais e a respectiva multa de revalidação.

Quanto as alegações de que as multas de revalidação e isolada são confiscatórias, e que a Impugnante seria primária na prática das infrações, são argumentos cuja apreciação fogem a competência deste órgão julgador, tendo em vista o disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, Inciso XV da Lei 6763/75, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Glemer Cássia Viana Lobato.

Sala das Sessões, 03/07/01.

Windson Luiz da Silva

Presidente

Cleusa dos Reis Costa

Relatora

10 – Mercadoria - Entrega Desacobertada

2000

ACÓRDÃO: 13.727/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 22/08/00)

EMENTA

Mercadoria – Entrega Desacobertada – Feijão. Irregularidade apurada por meio de notas fiscais encontradas no veículo transportador sem as respectivas mercadorias. Exigências fiscais mantidas. Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a empresa Santa Rosa Comércio e Empreendimentos Ltda, vendeu para a empresa Pêndulo Atacadista Empreendimentos Ltda, em 25/03/94, 30.000 kg de feijão engopa sem entregar a respectiva nota fiscal ao destinatário das mercadorias, infringindo a legislação em vigor. A operação foi comprovada pela apreensão da nota fiscal nº 014.767, junto ao veículo transportador das mercadorias constantes da NF nº 000.015 de Mauro Vieira Magalhães - PR, em 26/04/94 quando transitava por este posto fiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 30 a 33, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 51 a 55.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 59, que resultam na intimação do Coobrigado Silvano Júnior Leite, da lavratura do AI de fls. 61.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 69, solicitando que a Autuada acoste aos autos, cópia do Registro de Apuração do ICMS e DAPI, comprovando o pagamento do imposto destacado no documento fiscal Autuado.

Tendo sido intimada a Autuada nada manifesta.

Decisão

O feito fiscal em discussão, advém da constatação de entrega de mercadoria sem documento fiscal, tendo em vista que a nota fiscal nº 014767, série B, foi encontrada no veículo interceptado sem a respectiva mercadoria. A exigência é de ICMS, MR e MI.

A impugnante contesta o trabalho fiscal argumentando que a culpa é toda do transportador que deixou de entregar referido documento fiscal, não podendo pois responder pela negligência do outro. Salienta ainda a impugnante, que a nota fiscal autuada foi

devidamente escriturada e o imposto corretamente pago, portanto, exigir ICMS e multas seria o mesmo que cobrar em duplicidade.

"Data venia", a razão está com o fisco, pois a responsabilidade pela operação autuada decorre de lei, portanto, legítima a sua condição de responsável no caso vertente em razão do exposto no artigo 2º, § 1º e § 2º da CLTA/MG, até porque, inexiste nos autos qualquer elemento que registre o fato do transportador ter cometido a infração por seu livre arbítrio.

Relativamente à infração em si, percebe-se que o ordenamento é taxativo no sentido de que a mercadoria, necessariamente deverá ser entregue com a respectiva nota fiscal, o que não ocorreu no caso dos autos, muito ao contrário, pois é fato incontroverso nos autos, que a nota fiscal referida não foi entregue junto à mercadoria.

Assim sendo, descumprido o estatuído no artigo 222, inciso I, alínea "a" do RICMS/91, correto está o trabalho fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Lúcia Maria Bizzoto Randazzo (Revisora), João Alves Ribeiro Neto e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 30/05/00.
Antônio César Ribeiro
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.828/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 08/06/01)

EMENTA

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA - ÓLEO DIESEL. Irregularidade apurada por meio de declaração do motorista confirmando a entrega da mercadoria, com posterior utilização da nota fiscal. Razões da defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação feita ao Contribuinte de promover a entrega de 30.000 litros de óleo diesel desacobertados de documentação fiscal. No ato da abordagem, aos 28/12/00, foi apresentada a Nota Fiscal n.º 007209 de 26/12/00, emitida pela Coobrigada com 30.000 litros de óleo diesel que não correspondiam à mercadoria encontrada no trânsito, pois esta já havia sido entregue, dois dias antes, sem a respectiva Nota Fiscal.

O Auto de Infração informa ainda que, após o início da ação fiscal, o motorista do veículo transportador entregou três outras Notas Fiscais (n.ºs 473742/43/47 - terceiras vias), de emissão da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, que correspondiam à mercadoria efetivamente transportada.

Inconformada, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/30 dos autos, aos seguintes argumentos:

- sustenta que a imputação fiscal a que fora submetido não deve prevalecer, já que, pelas provas dos autos e pelo próprio relatório do Agente Fiscal, contatou-se que a acusação não é verdadeira, pois a operação estava acobertada pela Nota Fiscal n.º 007209;

- prossegue sustentando a atipicidade do fato imputado face a capitulação constante do Auto de Infração. Ocorrera a entrega de 30.000 litros de óleo diesel, no Posto Dom Pedro II Ltda., contudo o motorista deixou de entregar a Nota Fiscal, que acobertava a respectiva operação, infringindo, assim o disposto no artigo 16, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75;

- afirma que a legislação tributária estadual, em nenhum momento, dispõe ser de 40% a multa para o descumprimento do artigo 16, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75, concluindo pela aplicabilidade do artigo 57, do citado Diploma Legal;

- cita o artigo 57, incisos IV e V, da CLTA/MG, bem como Acórdãos do CC/MG, concluindo que o Auto de Infração deve consignar expressamente o dispositivo legal infringido, dando certeza ao contribuinte, para ser mantido, o que não ocorreu;

- alega que a operação estava sob a égide da Substituição Tributária e assevera que o imposto fora regularmente recolhido na origem, conforme consignado na Nota Fiscal n.º 007209, portanto não há que se falar em falta de pagamento do imposto, tampouco pode prevalecer a exigência da multa do artigo 56, inciso II, da Lei n.º 6.763/75;

Por fim, requer a produção de prova pericial e pede a procedência da Impugnação, para anular o Auto de Infração.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 37/38 dos autos, às seguintes assertivas:

- sustenta clareza e precisão do Auto de Infração ao impor-lhe a multa do artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75;

- relativamente à alegada inaplicabilidade do artigo 56, inciso II, do citado Diploma Legal, assevera que não há prova nos autos de pagamento do imposto e que o simples fato de a operação sujeitar-se ao instituto da Substituição Tributária, não significa que imposto tenha

sido efetivamente recolhido;

- afirma que, em se tratando de autuação com operação sem documento fiscal, não há que se falar em substituição tributária;

- salienta, ainda, que a mercadoria óleo diesel não é perfeitamente identificável e a distância entre o remetente e o destinatário é compatível com a possibilidade de mais de uma viagem com a mesma Nota Fiscal, em um mesmo dia.

Ao final, pede a improcedência da Impugnação.

Decisão

A autuação versa sobre a imputação feita ao Contribuinte de promover a entrega de 30.000 litros de óleo diesel desacobertados de documentação fiscal. No ato da abordagem, aos 28/12/00, foi apresentada a Nota Fiscal n.º 007209 de 26/12/00, emitida pela Coobrigada com 30.000 litros de óleo diesel que não correspondiam à mercadoria encontrada no trânsito, pois esta já havia sido entregue, dois dias antes, sem a respectiva Nota Fiscal.

O Auto de Infração informa ainda que, após o início da ação fiscal, o motorista do veículo transportador entregou três outras Notas Fiscais (n.ºs 473742/43/47 - terceiras vias), de emissão da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, que correspondiam à mercadoria efetivamente transportada.

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Sustenta o Defendente a atipicidade do fato imputado face a capitulação constante do Auto de Infração, já que ocorrera a entrega de 30.000 litros de óleo diesel, no Posto Dom Pedro II Ltda., contudo o motorista deixou de entregar a Nota Fiscal, que acobertava a respectiva operação, infringindo, assim o disposto no artigo 16, inciso VII, da Lei n.º 6.763/75.

Destacamos aqui que falta de entrega de documentos fiscais ao destinatário e entrega de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal evidenciam-se como sendo situações idênticas, portanto temos por não acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração ora argüida.

Da Perícia

Quanto à perícia requerida ressaltamos que a mesma em nada acrescenta aos fatos não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

Nesta linha entendemos que a perícia pleiteada pelo Impugnante além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão.

Portanto entendemos que o pedido de perícia não deva ser acolhido.

Do Mérito

De início, ressaltamos a data de emissão da Nota Fiscal n.º 007209, ou seja, 26/12/00, e a data em que foi apresentada à fiscalização, dois dias depois, 28/12/00. Referida nota fiscal não se prestava ao acobertamento das mercadorias que estavam sendo transportadas.

Deve-se, ainda, verificar a declaração do motorista, anexa à fl. 06, que diz: "*declaro para os devidos fins que, no dia 29 de dezembro de 2000, às 18:00, parei no Posto Fiscal de Extrema e entreguei à fiscalização, para carimbar, a Nota Fiscal número 007209, de 30.000 litros de óleo diesel, emitida por Petroazul Petróleo S/A, CGC: 00243259/0005-97, datada de 26/12/00, no valor de 19.800,00. Esta mercadoria tinha sido entregue ao Auto Posto D. Pedro II Ltda., CGC: 2041595/0001-74, I.E.: 245068303.0024, sito na Rodovia Fernão Dias, km 823, no município de Estiva, no dia 26 de dezembro, sem a entrega da respectiva Nota Fiscal".*

Acresça-se, aqui, que o veículo transportador pertencia ao Auto Posto D. Pedro II.

A declaração do motorista, a qual não foi comprovadamente refutada e destituída de verdade nos autos pelo Impugnante, aliada ao fato do veículo transportador lhe pertencer, levam a conclusão de que houve entrega de mercadoria sem a entrega da documentação a ela relativa.

Ademais, como assevera a própria Fiscalização, a distância entre a Remetente e a Destinatária é compatível com a possibilidade de mais de uma viagem com a mesma nota fiscal, em um único dia.

Relativamente ao argumento da defesa de que a operação encontra-se sob a égide do instituto da substituição tributária e de que o imposto fora retido na fonte, temos que não houve comprovação nos autos de recolhimento do imposto.

Portanto, configura a infração ora imputada ao Impugnante, o disposto no artigo 16, incisos VI, VII, IX, XIII, bem como no artigo 39, parágrafo único, ambos da Lei n.º 6.763/75 a saber:

"Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

.....

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

.....

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

.....

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

.....

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.

Parágrafo Único - A movimentação de bens ou mercadorias, bem como prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento."

Arrematando a tese ora desenvolvida, temos por legítimas as penalidades ora aplicadas, ou seja, as previstas nos artigos 55, inciso II e 56, inciso II, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Os demais argumentos apresentados pelo Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de prova pericial por constarem dos autos elementos suficientes para julgamento do mérito. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e Maria de Lourdes Pereira de Almeida (Revisora).

Sala das Sessões, 24/04/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões

Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão

Relatora

11 – Mercadoria - Entrada, Saída e/ou Estoque Desacobertado

1999

ACÓRDÃO: 13.179/99/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 22/09/99)

EMENTA

Mercadoria - Estoque Desacobertado - Estabelecimento Não Inscrito - Constatada a existência de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal no estabelecimento da Autuada. As notas fiscais anexadas aos autos não se referem às mercadorias objeto da autuação. Exigências fiscais mantidas.
Obrigação Acessória - Falta de Inscrição Estadual - Correta a aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso I da Lei n° 6763/75, tendo em vista o descumprimento da obrigação de inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS.
Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada mantinha diversas mercadorias desacobertadas de documentação fiscal estocadas em estabelecimento não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta Impugnação tempestiva às fls. 25/26, contra a qual a DRCT/SRF/Metropolitana apresenta réplica às fls. 51/53.

DECISÃO

O contribuinte foi autuado por manter em estoque as mercadorias relacionadas às fls. 4 desacobertadas de documentação fiscal e por funcionar sem inscrição estadual.

As notas fiscais anexadas aos autos para fins de comprovação do acobertamento das mercadorias (fls. 32/49) não podem ser aceitas porque: as mercadorias especificadas na nota fiscal de fls. 33 não foram objeto de exigência fiscal; a mesa de sinuca, objeto do contrato de locação de fls. 34 também não foi objeto de exigência fiscal; as notas fiscais de fls. 35 a 49 foram emitidas após a ação fiscal; a nota fiscal de fls. 32 refere-se a um refrigerador que não permite perfeita identificação.

A penalidade exigida em razão da falta de inscrição do estabelecimento no cadastro estadual, afigura-se legítima.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, também, as Conselheiras Ana Esther Avelar Paculdino Ferreira (Revisora) e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 22-06-99.
Antônio César Ribeiro
Presidente
João Inácio Magalhães Filho
Relator

2000

ACÓRDÃO: 14.245/00/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 06/06/00)

EMENTA

Mercadoria - Saída Desacobertada - Nota Fiscal Inidônea - Resolução 2929/98 - Comprovada a saída de combustíveis através de documentos fiscais inidôneos - Impugnação improcedente - Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de MI (art.55, X da Lei 6763/75), tendo em vista que o Contribuinte promoveu a saída de combustíveis de seu estabelecimento através de documentos considerados inidôneos, nos termos do § 4º da Resolução 2.929/98.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 39/54, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 61/64.

DECISÃO

O trabalho fiscal está embasado na resolução 2.929 de 24 de julho de 1998 que estabelece condições para utilização de documentos fiscais autorizados:

> *"Art.1º - O documento fiscal autorizado para contribuinte que exerça a atividade de Posto Revendedor de combustível ou Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis acoberta exclusivamente operação com mercadorias destinadas ao consumo do adquirente, inclusive em processo de industrialização.*

§ 1º a 3º - "Omissis"

§ 4º - Considera-se inidôneo o documento fiscal que não atender ao disposto neste artigo."

O art. 134, inciso X do RICMS/96 dispõe sobre a inidoneidade de documento fiscal "que for assim considerado em Resolução do Secretário de Estado da Fazenda", o que é o caso dos documentos com os quais o Impugnante recebeu mercadorias.

Desta forma, mercadoria que dá saída de estabelecimento de contribuinte com documento fiscal inidôneo, é considerada desacobertada de documento fiscal, nos termos do art. 149 do RICMS/96.

Toda a argumentação do Impugnante está em que, em seu entendimento, a Resolução 2929/98 é inconstitucional o que, por restrições impostas pelo disposto no art. 88, inciso I da CLTA/MG, não pode ser considerado por este Conselho.

Cumpre, no entanto, ressaltar que, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, nos termos do art. 100 da Lei 5.172/66.

Além do mais, também entende o próprio Impugnante, que "a Lei Estadual é de uma clareza invulgar: **TODOS OS ASPECTOS FORMAIS E OPERACIONAIS DOS DOCUMENTOS FISCAIS DEVEM SER DISPOSTOS EM REGULAMENTO.** *A contrario sensu,* **nenhum outro tipo de ato administrativo normativo que não o regulamento pode estabelecer requisitos formais ou operacionais de documentos fiscais."**

Transcreve o art. 134 do RICMS/96 para fundamentar seu entendimento, olvidando-se, no entanto, do inciso X, que certamente por descuido, deixou de transcrever, sendo este, exatamente o dispositivo que dá suporte legal para a restrição estabelecida na Resolução 2929/98, a qual, por sua vez, foi editada tendo em vista Lei Federal, e a portaria nº 09/97 do Ministério de Minas e Energia, que dispõe sobre a atividade de Revendedor Varejista de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, que dispõe:

"Art.2º - O exercício da atividade de revenda no varejo depende do atendimento, em caráter permanente, dos seguintes requisitos e condições essenciais:

(...)

III- adquirir a granel e revender os produtos no

varejo
(...)
Art.9º - É vedada a alienação, empréstimo e permuta de combustíveis automotivos entre Revendedores Varejistas."

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva, Maria de Lourdes Pereira de Almeida e Luiz Fernando Castro Trópia

Sala das Sessões, 27/04/00.
Enio Pereira da Silva
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.503/00/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 26/01/01)

EMENTA

Mercadoria - Saída Desacobertada - Conta Caixa/Saldo Credor - Situação que induz saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, conforme previsto no § 3º, do artigo 194 do RICMS/96. Infração caracterizada. Legítimas as exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação feita a Contribuinte de incorrer na seguinte irregularidade: mediante levantamento baseado na DAMEF/97 e em planilhas de detalhamento preenchidas pela contribuinte, constatou-se saldo credor da conta caixa caracterizando saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme previsto no artigo 194, § 3º, do RICMS/96.

Houve manifestação da Autuada, com juntada de documentos, às fls. 16/30, sobre os fatos apontados na fase de Termo de Ocorrência, contudo não acatada pelo Fisco.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 46/48 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- afirma que a exigência fiscal não pode prosperar, eis que se exige recolhimento de imposto sem a ocorrência do fato gerador;

- informa que as inclusas cópias dos demonstrativos do "Livro-Caixa", onde todas as receitas e despesas do ano de 1997 encontram-se devidamente escrituradas em ordem cronológica, com base em documentos que comprovam os fatos e a prática dos atos administrativos, espelham com clareza a movimentação financeira ocorrida no período;

- prossegue dizendo que tais demonstrativos atendem às disposições da legislação do Imposto de Renda, a qual determina que todas as empresas optantes pelo "Simples", estão obrigadas a escriturar o "Livro-Caixa", constando toda sua movimentação financeira;

- destaca que a cópia da sexta alteração contratual comprova o aumento do capital social de R$ 0,01 para R$ 15.000,00, além das alterações quanto ao endereço e ao quadro societário da empresa. No mesmo sentido, as cópias das declarações de Imposto de Renda das pessoas físicas dos sócios, comprovam a origem e destinação dos recursos, para o aumento do capital social e suprimento de caixa;

- salienta, ainda, que não movimenta conta bancária e que a legislação não obriga a tal procedimento considerando que a entrega dos recursos foi feita diretamente ao "caixa", contudo só estaria obrigada a escriturá-la, caso a movimentasse;

- alega que, diante da comprovação insofismável da realidade da conta "Caixa", tem-se por arbitrária e abusiva a pretensão fiscal, visto que baseada em documentos (DAMEF e planilhas) preenchidos erroneamente.

Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 76/78 dos autos, às seguintes assertivas:

- destaca que o erro no preenchimento das DAMEF e/ou planilhas fora da própria Impugnante, ademais houve oportunidade de comprovar o erro em diversos momentos (fatos novos, impugnação), mas a mesma não o fizera;

- quanto ao aumento do capital social, alega que a Impugnante não comprovou inequivocamente a origem do dinheiro. Ainda assim, tal aumento só teria efeito legal a partir de 12/06/97, data em que foi registrada a alteração na Junta Comercial. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades afins e a Lei Federal n.º 8.934/94 dispõe que a alteração contratual deve ser apresentada para arquivamento na Junta dentro de 30 dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento, fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder, neste caso, em 12/06/97 e não como quer a Impugnante, em 28/02/97,

data em que foi assinada a alteração;

- alega que a declaração de Imposto de Renda – Pessoa Física dos Sócios prova a capacidade financeira destes, porém não prova que a transferência para a pessoa jurídica da Impugnante se originou do patrimônio dos sócios, o que teria que ser comprovado através de documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, inclusive Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física para análise da variação patrimonial dos sócios;

- cita acórdãos do Conselho de Contribuintes corroborando seu entendimento.

Por fim, pede a manutenção integral do feito fiscal.

A 4ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 82, para que a Contribuinte anexe ao PTA:

1) cópia do Registro da Alteração Contratual, referente à integralização do Capital Social;

2) o respectivo lançamento no Livro Diário e a correspondente documentação;

3) documentação que prove a capacidade financeira dos Sócios para arcarem com o respectivo ônus.

Em cumprimento ao Despacho supra, a Impugnante anexa aos autos, às fls. 85/111, cópias do instrumento de sexta alteração contratual, do Livro Caixa de janeiro a dezembro de 1997, das declarações de Imposto de Renda – Pessoa Física dos Sócios da empresa.

O Fisco, em nova manifestação de fl. 116, ratifica seu entendimento anterior ao fundamento de já ter analisado os documentos então solicitados pela Conselho de Contribuintes, quando dos Fatos Novos, bem como da Réplica.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação feita a Contribuinte de incorrer na seguinte irregularidade: mediante levantamento baseado na DAMEF/97 e em planilhas de detalhamento preenchidas pela contribuinte, constatou-se saldo credor da conta caixa caracterizando saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme previsto no artigo 194, § 3º, do RICMS/96.

Inicialmente, salientamos o Despacho de fl. 82 dos autos, que requereu a Defendente a juntada dos seguintes documentos:

1) cópia do Registro da Alteração Contratual, referente à integralização do Capital Social;

2) o respectivo lançamento no Livro Diário e a correspondente documentação;

3) documentação que prove a capacidade financeira dos Sócios para arcarem com o respectivo ônus.

Insta destacar aqui que, como medida de instrução processual, a finalidade do citado Despacho era a constatação inequívoca da origem do dinheiro que proporcionou o aumento do capital social da empresa, tendo em vista que a imputação de infração à legislação tributária, no caso em análise, é decorrente da constatação de saldo credor no caixa da Defendente. Assim sendo, para o deslinde da questão, cumpre verificar se a mesma carreou aos autos tal prova inequívoca.

A Impugnante anexou, às fls. 85/111, cópias do instrumento da sexta alteração contratual, do Livro Caixa de janeiro a dezembro de 1997, das declarações de Imposto de Renda – Pessoa Física dos Sócios da empresa (Ano Calendário – 1997).

Da análise destes documentos, especificamente quanto aos de fls. 91, 95, ou seja, declaração do Imposto de Renda das Pessoas Físicas dos Sócios, bem como o de fl. 100 (cópia do Livro Caixa relativo ao mês de fevereiro de 1997), temos que a defesa comprova a utilização do "quantum" de R$ 15.000,00 na integralização de cotas da sociedade.

Contudo, a declaração do Imposto de Renda ora citada refere-se ao Ano-Calendário de 1997, sendo assim, conforme já explicitado, a Impugnante não atendeu à finalidade do Despacho, ou seja, não carreou aos autos prova inabalável acerca da origem idônea do dinheiro gerador do aumento do capital social da empresa, não nos restando outra conclusão, senão a de que o mesmo é oriundo de saídas desacobertadas de documentação fiscal.

Dispõe o artigo 194, § 3º, da Parte Geral do RICMS/96 que :

> *"Art. 194 – (...)*
>
> *§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente à manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal;*
>
> ....."

Configurada, portanto, a infração, por parte da Impugnante, à legislação tributária. Os demais argumentos apresentados não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos

signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e José Eymard Costa (Revisor).

Sala das Sessões, 26/09/00.
Enio Pereira da Silva
Presidente
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

ACÓRDÃO: 13.982/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 26/01/01)

EMENTA

Pedido de Perícia - Constam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Decisão preliminar tomada à unanimidade de votos.

Mercadoria - Entrada Desacobertada - Nota Fiscal Inidônea - Constatado entradas de combustíveis acobertadas por notas fiscais reputadas inidôneas, conforme Ato Declaratório, hipótese em que a mercadoria é considerada desacobertada, nos termos do art. 149, inciso I do RICMS/96, parte geral. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, desacobertadas de documentação fiscal regular, ocorrida no período fevereiro e março de 1998, apurada através da conferência de idoneidade das notas fiscais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 77 a 79, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 84 a 91.

DECISÃO

Da Preliminar

Prova pericial

A Impugnante requereu a produção de prova pericial, sem justificá-la ou mesmo apresentar os quesitos, o que é indispensável para a apreciação de tal pedido e para realização da prova, se deferida. Não o fazendo, descumpriu o art. 98, III, da CLTA, rejeitando-se pois o pedido de perícia.

Do mérito

Funda-se a autuação no fato de terem sido declaradas inidôneas as Notas Fiscais de nºs. 000969 e 000954, fls. 11 e 12, com

as quais se pretendia acobertar entrega de combustível. Tais notas foram declaradas inidôneas em razão de o emitente das mesmas ter encerrado irregularmente a sua atividade e por, de fato, inexistir o estabelecimento (fls. 13), tudo consoante do dispositivo do inciso II e III do art. 134 da Parte Geral do RICMS/96.

O ato declaratório recebeu o nº 13.067.110.00107 e, dos autos consta a informação de que foi ele publicado no Minas Gerais, em 05-06-98, sendo o ato datado de 29/04/98, atendendo-se, pois, o princípio da publicidade (art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Consta, ainda, dos autos que, pelo Despacho nº 159/CGAB/DNC, do Ministério das Minas e Energia, datado de 18/09/97 e publicado no DOU em 22/09/97, tornou-se inabilitada a Coobrigada para operar com combustíveis e derivados de petróleo (fls. 92).

Não resta dúvida de que as notas fiscais de fls. 11 e 12 são anteriores ao ato declaratório, porém são posteriores ao ato federal retro referido e, portanto, irregulares. Ressalta-se, entretanto, que o ato declaratório foi anterior à ação fiscal. Porém, mesmo sendo o ato declaratório posterior à emissão das notas fiscais, são elas alcançadas pelo mesmo, na forma do parágrafo único do art. 135, da Parte Geral do RICMS/96. Trata-se de ato de invalidação e "os efeitos desses atos retroagem para desconstituir o ato inválido (nulo) no seu nascedouro. A retroação, no caso é da própria essência do ato de invalidação"(GASPARINI, Diógenes. Direito Adminstrativo. Editora Saraiva. 4ª Edição. 1995. São Paulo.).

Consta mais que, já em 10/11/97, a inscrição estadual da Coobrigada foi bloqueada, ao se apurar, em diligência, a inexistência do seu estabelecimento no endereço cadastral (fls. 40/41).

Inexistindo a Coobrigada no endereço (fls. 41), estando impedida de comercializar combustíveis derivados de petróleo e estando com a inscrição estadual bloqueada, é simplesmente inacreditável que tenha havido a operação mercantil das notas fiscais alcançadas pelo ato. Soma-se, ainda, o fato de não conterem elas o carimbo do Posto de Fiscalização Aroldo Guimarães, que situa-se na BR-040, próximo de Sete Lagoas, exatamente no trajeto remetente/destinatário.

A responsabilidade da Autuada pela obrigação decorrente do Auto de Infração está prescrita no art. 29, § 1º, do RICMS/96.

A responsabilidade da Coobrigada, por sua vez, está prescrita no art. 24 da Parte Geral do RICMS/96, já que competia a ela reter o tributo próprio, o que não se provou em momento algum nos autos presentes. Chamada a integrar a lide a Coobrigada, não atendeu ou

sequer defendeu-se, tornando-se revel na forma do art. 61 da CLTA (fls. 64).

Por toda a extensão dos autos, não há prova de que fora o tributo recolhido ou escriturado, nem pela Coobrigada e nem mesmo pela Autuada. Se não foi ele recolhido, não há que se falar em bitributação.

Quanto à alegação de que não houve dolo ou má fé por parte da Autuada, esta não se constitui em elemento capaz de desobrigá-lo, pois não constitui fato suficiente para eximi-lo obrigação. Como prescreve o art. 2º e seu § 2º, da CLTA, para a responsabilização não importa a intenção.

Assim, pois, o ato fiscal está integralmente respaldado na legislação vigente e os argumentos da impugnação não encontram guarida no texto legal, razão pela qual é integralmente refutada.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, indeferir o pedido de perícia realizado pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cleomar Zacarias Santana (Revisor) e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 21/11/00.

Antônio César Ribeiro

Presidente

Francisco Maurício Barbosa Simões

Relator

ACÓRDÃO: 13.758/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/11/00)

EMENTA

Mercadoria - Saídas sem estoque e desacobertadas de documento fiscal - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - Evidenciado nos autos saídas de mercadorias sem estoque e desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, cotejando-se as notas fiscais de entrada e de saída. Razões da Impugnante insuficientes para ilidir as exigências. Infrações caracterizadas. Exigências mantidas. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A exigência fiscal em comento, versa sobre as seguintes irregularidades:

- saída de óleo diesel sem estoque (a somatória de todas as entradas da mercadoria foi inferior à somatória de suas saídas mais seu estoque inicial, perfazendo uma diferença de 134.457 litros);
- saída de 30.160 litros de óleo diesel desacobertados de documento fiscal;

Na apuração das referidas irregularidades, o Fisco realizou um levantamento quantitativo diário de todas as entradas e saídas físicas, mediante notas fiscais.

Na instrução do trabalho realizado, foi acostada aos autos uma declaração da Autuada informando que não tinha estoque de mercadorias para revenda na data de 01.08.97, 31.12.97, 31.12.98 e 31.12.99.

Insurgindo-se contra o feito fiscal, a Autuada, por intermédio de seu representante legal, apresenta a Impugnação de fls. 50/54, alegando, em síntese, o seguinte:

- feito fiscal não foi elaborado de forma regular, vez que não considerou nem o critério de exercício aberto, nem fechado;
- o procedimento fiscal, em sua forma de operacionalizar, restou prejudicado pela maneira em que foi realizado;
- a forma de faturamento que faz em seu dia-a-dia não guarda sintonia com o sistema de apuração diário feito pelo Fisco no trabalho desenvolvido;
- as pequenas divergências encontradas no levantamento feito tendo em vista o que existe nos romaneios e nos documentos fiscais, se dá pela temperatura em que se encontra o óleo diesel quando do seu carregamento. Em momentos diferentes o produto está em elevada temperatura e em outro momento no seu estado natural. Faz, nesse sentido, um demonstrativo para buscar rechaçar o trabalho fiscal.

Por fim, pede que a sua Impugnação seja acolhida.

Em réplica, de fls. 69/72, o Fisco se manifesta nos autos, aos seguintes fundamentos:

- trabalho fiscal está correto e razões impugnantes não são suficientes a ilidir a cobrança em discussão;
- em verdade, o trabalho foi feito dentro de um exercício aberto;

-

- não procede a tese defendida pela Impugnante acerca das temperaturas sugeridas, pois, ao contrário do alegado pela Defesa, não houve confronto de romaneio e notas fiscais, vez que o trabalho fiscal pautou-se pela análise das notas fiscais de aquisição e de saída do produto;
- ainda sobre a influência da temperatura, deve ser observado que Impugnante não possui estoques em seu estabelecimento autuado, não se podendo, pois, falar em alterações de temperatura;
- as notas fiscais, que a Impugnante sugere não terem sido consideradas no levantamento, efetivamente o foram e as demais que foram apresentadas não fazem prova inequívoca em favor da defesa, até porque, apresentadas fora do prazo legal.

Ao fim, pede a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A exigência fiscal em comento decorre da constatação de saídas de mercadorias – óleo diesel – sem estoque (ou entradas desacobertadas) de 134.457 litros e saídas sem notas fiscais de 30.160 litros. Tais irregularidades foram constatadas através de levantamento quantitativo financeiro diário. Exige-se ICMS, MR e MI.

Impugnando o feito, a Defesa argüi que o trabalho fiscal não adotou o critério de exercício aberto ou fechado, com contagem inicial e final, utilizando-se, somente, de uma análise diária. Acrescenta também, que o Fisco deixou de considerar o efeito da temperatura sobre o peso e litragem dos produtos "autuados".

Aduz, ainda, a Impugnante que o trabalho fiscal não considerou também as notas fiscais de entrada.

Não assiste razão à Impugnante, pois, ao contrário do que sustenta em sua defesa, emerge dos autos que o trabalho fiscal fora realizado dentro de um exercício aberto, estando inclusive explicitado o período fiscalizado, ou seja, 01.08.97 até 31/10/99.

É de se observar, também, que às fls. 42 a 45 dos autos está registrado, em declarações da própria Impugnante, os estoques iniciais e finais relativos ao período focalizado.

De outra forma, é de se verificar que estes estoques, informados pela Autuada e considerados no trabalho fiscal, estavam todos "zerados", o que, também, legitima o trabalho fiscal.

O levantamento quantitativo financeiro diário elaborado pelo Fisco retrata todas as irregularidades enxergadas no presente feito, pois leva em consideração todo o estoque inicial e final, como também o total

de entradas e saídas de mercadorias, espelhadas, as últimas, pelas notas fiscais emitidas pela Impugnante.

A Defesa não apontou nenhum elemento de ordem material que pudesse ilidir o trabalho fiscal.

Inocorreu, no caso vertente, qualquer confronto entre notas fiscais e romaneios, conforme sugerido na Defesa, e sim o cotejo entre o que foi adquirido, noticiado pelas notas fiscais de compra junto a PETROBRÁS, e as saídas, retratadas pelas notas fiscais de saída emitidas pela Autuada.

Não procede, também, a alegação da Impugnante de que não foi considerada a influência de temperaturas na mercadoria estocada, tendo em vista que, não possuindo esta tancagem em seu estabelecimento, conseqüentemente não possui estoques. Ou seja, está demonstrado nos autos que a Impugnante não possui tancagem em seu estabelecimento a justificar diferenças de temperaturas na forma sugerida na impugnação.

Aliás, todo o movimento físico é processado na PETROBRÁS como bem informa a fiscalização em sua manifestação de fls. 69/72.

Em momento algum, o levantamento fiscal deixou de considerar os documentos pertinentes aos fatos autuados e apresentados no prazo regulamentar pela Autuada.

Em relação àqueles não apresentados ao Fisco em tempo apropriado, não obstante, ter sido a Impugnante regularmente intimada por escrito a juntá-los, após requisição verbal, "ex-vi" do art. 193, I, RICMS/96, quedando-se silente no prazo legal, resta óbvio que tais documentos não produzem a prova colimada pela Defesa.

Em verdade, os documentos fiscais trazidos a destempo pela Impugnante não fazem prova inequívoca a refutar o trabalho fiscal, pois a Autuada não demonstrou de maneira objetiva a repercussão delas no trabalho fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Itamar Peixoto de Melo (Revisor), João Alves Ribeiro Neto e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 16/06/00.
Antônio César Ribeiro
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.045/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 07/07/00)

EMENTA

Mercadoria – Entrada, Estoque e Saída Desacobertada – Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – Café Beneficiado – Exigências fiscais canceladas.

Base de Cálculo – Saída com Valor Inferior ao Custo - Exigências fiscais canceladas. Impugnação procedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acima identificado foi lavrado para formalizar a exigência de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, no valor total de R$ 72.147,78 (valor adequado à Lei 12.729/97)), por haver sido constatado, em Levantamento Quantitativo Financeiro diário, referente ao período de 16/09/96 a 31/12/96 e de 01/01/97 a 13/08/97, que o contribuinte promoveu saídas, estoque de mercadorias e entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, e saídas abaixo do custo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 120 a 125, contra a qual a DRCT/SRF/Mata apresenta réplica às fls. 148 a 151.

A 3ª Câmara de Julgamento exara a decisão de fls. 156, pela qual o processo foi retirado de pauta da Sessão do dia 18/11/1999 face ao adiantado da hora.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 154 e 155, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

Com referência à entrada, saída e estoque de café desacobertado de documentação fiscal, e tendo em vista que a Auditoria Fiscal abordou todos os pontos controversos, transcreve-se abaixo seu parecer, sendo este o fundamento da decisão no que se refere particularmente a estas irregularidades autuadas.

Das preliminares

"Em análise detida do processo pudemos verificar que a questão está centrada apenas em três aspectos:

1 – Nota fiscal 194.021, de 23/11/96, referente aquisição de 50 (cinqüenta) sacas de resíduo de café (fls. 127), não considerada pelo Fisco, ao argumento de tratar-se de mercadoria diferente da objeto de levantamento;

2 – Erro na escrituração do Livro Registro de Inventário, ao argumento de que, ao escriturar-se a contagem de estoque do estabelecimento em 31/12/96, foi indevidamente subtraído o estoque em poder de terceiros;

3 – Saídas abaixo do custo, pois mesmo quando ocorridas com valor unitário superior ao preço médio do dia (apurado pelo Fisco), conforme notas fiscais 000460/fls. 77, 000480/fls. 77, 000503/fls. 78, 000519/fls. 78, 000542/fls. 79, etc, fora relatadas saídas abaixo do custo, colocando sob suspeita os cálculos inerentes a este item.

Do Mérito

Com relação ao resíduo de café, temos que:

O Livro Registro de Inventário apresenta apenas um tipo de mercadoria (café beneficiado);

No período fiscalizado de 1.996, com exceção das notas fiscais 000443, 000551 e 000764, tadas as outras, no intervalo de 000426 a 000839, foram listadas como entrada/saída de café beneficiado, conforme fls. 60 a 71;

O Fisco não comprova que o contribuinte tenha efetuado vendas de outros tipos de mercadoria, principalmente resíduo de café.

Daí, tem-se que o resíduo foi comercializado (vendido) como café beneficiado, e assim, justo se faz considerar a aquisição objeto da nota fiscal 194021, como entrada de café beneficiado.

Com este procedimento, a quantidade apurada pelo Fisco, em fls. 71, passará de 4.690 para 4.740 sacas, e a diferença, a título de saídas desacobertadas, para 762 sacas, no exercício de 1.996.

A respeito do erro na escrituração do Livro Registro de Inventário, considerando que no exercício de 1.997 foi apurado desacobertamento fiscal, no estoque em 05 sacas, e nas entradas em 756 sacas, que somadas perfazem 762 sacas, fica claramente comprovado o argumento do contribuinte, pois que, a diferença de 1.996 repetiu de maneira inversa em 1.997."

No que se refere às saídas abaixo de custo, observa-se não constar dos autos memória de cálculo para a formação do "%LBC" (lucro bruto sobre custo), ou das Saídas Abaixo do Custo. Ocorre que, considerados os argumentos impugnatórios acima concernentes à entrada, estoque e saídas de café desacobertado, há repercussão direta no preço médio diário do estoque, alterando-se ainda o valor das saídas a este título.

Logo, entende-se totalmente prejudicada a exigência fiscal também concernente ao item citado (saídas abaixo de custo).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar procedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e João Alves Ribeiro Neto.

Sala das Sessões, 28 de Março de 2000.

Mauro Heleno Galvão

Presidente

Antonio Leonart Vela

Relator

ACÓRDÃO: 14.146/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/11/00)

EMENTA

Mercadoria - Estoque e Saída desacobertada - Levantamento Quantitativo - Constatado a saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas através de Levantamento Quantitativo, em exercício aberto. Acatadas as razões da defesa alterando-se o crédito tributário em relação às saídas desacobertadas. Exigências mantidas em parte. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas através de Levantamento Quantitativo, em exercício aberto. Exige-se ICMS, MR e MI.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 120/126, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 138/141**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 144/148, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

Preliminarmente, a Impugnante alega ser inadmissível a utilização do relatório de fls. 30/46 como meio de prova, à vista do disposto no art. 5°, LV da Constituição Federal.

Entretanto, verifica-se que tal relatório não foi obtido por meio ilícito, vez que o procedimento do Fisco em examinar toda a documentação, bem como arquivos magnéticos da Impugnante encontra respaldo nos artigos 195 do CTN, 191 e 193, do RICMS/96.

Ademais, a própria Impugnante declarou, conforme documento de fl. 03, que as mercadorias constantes do relatório encontravam-se em estoque no seu estabelecimento, àquela época.

Dessa forma, legítimo é o procedimento do Fisco, estando correta a utilização do citado relatório de forma a comprovar o estoque real de mercadorias existente no estabelecimento da Impugnante, à época.

Quanto à alegação de que o Fisco utilizou, ainda, como meio de prova, notas promissórias, verificamos que a Impugnante encontra-se equivocada. Tais documentos não foram utilizados no roteiro desenvolvido pelo Fisco, tendo sido apenas mencionado nas notas explicativas ao TO (fls. 07) que a Autuada trabalhava com vendas a crédito.

Quanto ao mérito, foram efetuadas alterações do valor do crédito tributário tendo em vista: o acolhimento pelo Fisco de alguns itens argüidos em fatos novos; a constatação de reincidência e a adoção de novo critério para arbitramento dos preços das mercadorias.

Todas as alterações ocorreram ainda em fase de TO, tendo os prazos sido reabertos, conforme fls. 96 e 114 dos autos.

Assim, correto o procedimento do Fisco, inclusive com relação ao agravamento da multa isolada, posto que a reincidência encontra-se plenamente caracterizada, conforme documento às fls. 93.

A Impugnante, nos fatos novos apresentados, discordou do procedimento do Fisco em não considerar nas saídas das mercadorias "Guarda roupa 8 portas", "Rack TV Vídeo Som Bar" e "Jogo de sofá ENB" aquelas discriminadas como "Duplex Paulus 8 Portas"(fls. 62), "Rack Mogno"(fls. 63) e "Jogo de Sofá Chevilar"(fls. 64) respectivamente, tendo o Fisco mantido seu entendimento sobre citadas mercadorias, conforme justificativa às fls. 81/82.

No entanto, não há nos autos elementos que indiquem, com certeza, que não se trata de um mesmo tipo de mercadoria, mesmo porque, como afirma o próprio Fisco à fl. 140, a Autuada não discrimina os produtos na nota fiscal de forma pormenorizada. Desse modo, deve-se aplicar o disposto no art. 112, II, do CTN.

Vale ainda ressaltar, com relação à mercadoria "rack", que o levantamento abrangeu vários tipos, conforme demonstrativo às fls. 109, sendo que o "Rack Mogno" da nota fiscal 1343 (fl. 63) não foi considerado em nenhum deles.

Portanto, devem ser consideradas as saídas das mercadorias "Duplex Paulus 8 Portas"(fls. 62), "Rack Mogno"(fls. 63) e "Jogo de Sofá Chevilar" (fls. 64), como requer a Impugnante, alterando-se o valor das

saídas desacobertadas, conforme demonstrado a seguir:

CÓDIGO MERCADORIA SAÍDAS DESACOBERTADAS (R$)

916 G. roupa 8 portas sucup. 3.367,00

384 Jogo de sofá ENB 700,00

920 Rack TV Vídeo Som Bar 857,61

Quanto à alegação de que o feito fiscal deve ser anulado porque contém, ainda, outros erros que não foram evidenciados na impugnação, não assisti razão à Impugnante. Cumpre observar que cabe à mesma apontar de forma objetiva todos os pontos de discordância encontrados no trabalho fiscal, o qual não pode ser anulado pela simples alegação de que as falhas apontadas na impugnação são apenas exemplificativas. Com efeito, dispõe o art. 98, II da CLTA que na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento, com indicação precisa da matéria objeto da discordância, inclusive quantidades e valores.

O Fisco agiu acertadamente em cobrar o ICMS à alíquota de 18%, mesmo estando a Impugnante enquadrada no MICRO GERAES (fls. 74 e 76), face ao que dispõe o art. 30, incisos VII e VIII, do Anexo X, do RICMS/96.

Assim sendo, deve-se reformular o crédito tributário, para que seja considerado o valor de R$ 178.309,97 como base de cálculo referente às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio Leonart Vela e José Mussi Maruch.

Sala das Sessões, 18/05/00.

Mauro Heleno Galvão

Presidente/Revisor

Crispim de Almeida Nésio

Relator

ACÓRDÃO: 14.382/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 03/02/01)

EMENTA

Mercadoria – Estoque desacobertado – Evidenciando, por meio de contagem física de mercadorias no estabelecimento do Autuado, a existência de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, justifica-se a exigência do ICMS, MR e MI, conforme reformulação procedida pelo Fisco. Contudo a multa isolada (art. 55, inciso II da Lei 6763/75) deve ser reduzida a 20%, nos termos da legislação vigente. Lançamento Parcialmente Procedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre as exigências de ICMS e multas de revalidação e isolada, uma vez constatado pela Fiscalização, no estabelecimento do sujeito passivo, através de contagem física, a existência de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Inconformada, a Autuada tempestivamente apresenta, através de procurador regularmente constituído, impugnação de fls. 20/21, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 29/30.

DECISÃO

Os argumentos da Impugnante são no sentido de requerer a apensação aos autos das notas fiscais 1030, 000155 e 000154, com o objetivo de estas serem consideradas como documentos válidos na compensação do débito apurado pelo Fisco.

Diz ainda, que somente agora foi possível localizar referida documentação, uma vez que o encarregado e sócio gerente têm negócios na cidade do Rio de Janeiro e o estabelecimento de São Lourenço, ora Autuado, não teve condições de ofertar tais documentos ao Fisco, à época da autuação.

A fiscalização, por sua vez, não aceita os argumentos da Impugnante dizendo que as notas fiscais apresentadas não se prestam para o devido acobertamento da mercadoria objeto da autuação.

Os documentos apresentados após a ação fiscal, como é o caso dos autos, via de regra não são aceitos pela fiscalização, entretanto, analisando as notas fiscais 000154 e 000155, de Comércio de Peças Atip Ltda, empresa sediada em São Paulo (SP), o Fisco mineiro consultou o paulista e a Receita Federal, obtendo informações de que referida empresa se encontra "não habilitada desde 31/12/98", conforme documentos de fls. 31,32,33 e 34.

Com relação à nota fiscal 1030 de fls. 23, de emissão de Eillen Presentes Ltda, empresa sediada no Rio de Janeiro (RJ), o Fisco alega que referida nota apresenta, em seu corpo, indícios de presunção de

irregularidade na sua emissão, como utilização de dois tipos de tinta, azul e preta, diferentes caligrafias, retificações, material de marcenaria em loja de presentes, somadas ao fato de encontrar-se tal empresa como "ativa não regular", conforme informações obtidas pela Receita Federal às fls. 35.

No dia 06 de junho de 2000, o Fisco solicitou diligência, para fins de confirmação da idoneidade do documento constante de fls. 23 dos autos, ou seja, a nota fiscal nº 1030 de emissão de Eillen Presentes Ltda.

Em resposta, veio aos autos a informação objetiva de que a nota fiscal 1030 foi emitida dentro da sequência cronológica do talonário e que a empresa comercializa todos os produtos discriminados no referido documento fiscal, conforme se verificou pela exposição dos produtos naquele estabelecimento.

Vieram, ainda, aos autos, cópias da 2ª via da nota fiscal 1030, de sua AIDF correspondente, do Livro de Registro de Saídas, folha de registro da nota e dos termos de Abertura e Encerramento.

Com base nestas informações, às fls. 54/55 o Fisco retifica o crédito tributário inicial, considerando a nota fiscal 1030 como acobertadora das mercadorias inicialmente consideradas desacobertadas de documento fiscal. Procede também a reformulação da contagem física de mercadorias às fls. 56/57.

Feito isto, o crédito tributário remanescente deve ser aprovado, visto estar correto e devidamente demonstrado nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação de fls. 54/55 e, ainda, para que seja reduzida a penalidade isolada a 20%, nos termos do art. 55, II, letra a, da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Glemer Cássia Diniz Viana Lobato.

Sala das Sessões, 31/10/2000.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor
Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

ACÓRDÃO: 14.886/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 15/09/01)

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEIS. Constatado mediante levantamento quantitativo a realização de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Infração plenamente caracterizada. Redução, da Multa de Revalidação para de 50%(MR em dobro) e, da Multa Isolada aplicada a 40%, para 20%, respectivamente, nos termos dos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, alínea "a", ambos da Lei nº 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas e saídas de mercadorias (combustíveis), desacobertadas de documentação fiscal, apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, no período de 18/09/2.000 a 20/09/2.000. Exige-se ICMS, MR(100%) e MI`s (20% e 40%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 57 a 71, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 82 a 84.

DECISÃO

Analisando as peças que compõem os autos, verifica-se que o trabalho fiscal revestiu-se de métodos técnicos para serem apuradas as diferenças apontadas, mas sempre utilizando a documentação da escrita fiscal da autuada.

O levantamento quantitativo realizado indica com precisão as diferenças de entradas e saídas de mercadorias sem a competente cobertura de documentação fiscal.

O procedimento fiscal está previsto no art. 194, inciso III do RICMS/96, é considerado tecnicamente idôneo, não deixando o Fisco de observar as determinações nele previstas, especialmente a de permitir ao contribuinte fazer por escrito as observações que julgar convenientes.

No LQFD, exercício aberto, as quantidades apuradas não se originaram simplesmente do levantamento físico das mercadorias existentes, mas também, dos documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal do contribuinte.

Concernente ao arbitramento da base de cálculo do imposto, foi adotada a média ponderada dos preços das mercadorias declaradas pela própria Autuada nas notas fiscais de saída. O procedimento encontra-se embasamento legal no art. 194, § 4º, do RICMS/96, verbis:

"Art.194.....

§ 4º - Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, se devidos, tomando como critério o preço unitário das saídas ou entradas, ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

Desta forma, indubitavelmente restou provado nos autos a licitude do procedimento adotado pelo Fisco, não tendo a Autuada, em matéria de prova, acrescentado nenhum elemento.

È interessante lembrar que no "Levantamento Quantitativo", quando apura-se diferenças, presume-se saída e/ou entrada de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Face às evidências da existência do fato gerador da obrigação tributária, o ônus da prova, neste caso, inverte-se e fica por conta do contribuinte.

Entretanto, como o trabalho fiscal foi elaborado com base nos documentos fiscais do Contribuinte, a MI aplicada a 40%, deve ser reduzida a 20%, nos termos da alínea "a" do inciso II, do art. 55, da Lei nº 6763/75.

Imprópria, também, é a majoração da multa de revalidação determinada pelo § 2.º, do art. 56, da Lei 6.763/75, porquanto sua prevalência requer como conduta infracional do substituto tributário a não retenção do imposto ou a falta de recolhimento do imposto retido. No presente caso, uma vez que a Autuada não figura na condição de substituta tributária, a obrigação que lhe recai, por determinação expressa do § 1.º, 1, do art. 375, do Anexo IX, do RICMS/96, é apenas de recolher, e não reter, a complementação do imposto.

Deste modo, deverá prevalecer a Multa de Revalidação no percentual de 50% (cinqüenta por cento), previsto no art. 56, II, da Lei 6.763/75, incidente sobre a parcela do imposto que deixou de ser recolhida.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para reduzir a Multa de Revalidação para 50% (cinqüenta por cento) e, a Multa Isolada aplicada a 40%, para 20% (vinte por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além do signatário, os

Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 30/05/01.

José Luiz Ricardo

Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 15.269/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 18/12/01)

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – COMBUSTÍVEIS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado através de levantamento quantitativo a realização de entradas de óleo diesel e Saídas de óleo combustível desacobertadas de documentação fiscal. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário pelo Fisco, adequando, ainda, a Multa Isolada ao disposto no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas de óleo diesel e saídas de óleo combustíveis desacobertadas de documentação fiscal, apuradas por meio de Levantamento Quantitativo, no período de 01/01/00 a 08/12/00.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 108/114, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 158/161.

O Fisco acata as correções pleiteadas pela Impugnante e altera o crédito tributário, doc. de fls. 127, esclarecendo que, com tais números o óleo diesel deixou de se ter entradas sem documento fiscal e passou-se a ter saídas sem documentos fiscais. Foi reaberto, às fls. 129, o prazo ao Contribuinte.

DECISÃO

À primeira vista até poderia transparecer incongruente a acusação fiscal ser fundada nos art. 29 e 96 do RICMS/96. Mas, observa-se que a acusação se funda em duas mercadorias distintas: óleo combustível tipo A e óleo diesel. A conclusão do trabalho fiscal se deu em razão de levantamento quantitativo. No entanto, os dados dos levantamentos de cada qual das mercadorias são distintos, o que implicou, em princípio, em acusações distintas: saída desacobertada para óleo combustível tipo A e entrada desacobertada para óleo diesel.

O art. 29 do RICMS se aplicaria à acusação de entrada desacobertada e o art. 96 se aplicaria à acusação de saída desacobertada. Já seria o bastante para se refutar a alegação preliminar do contribuinte de nulidade do Auto de Infração.

Efetivamente, esta alegação se esvai, ao momento da reformulação, às fls. 127, quando tão somente resta uma única acusação, que é a de saída desacobertada, seja para óleo diesel seja para óleo combustível tipo A, capitulada no art. 96 do RICMS/96.

Nem mesmo a alegação formulada pelo contribuinte, de que o fator de equivalência de que se serviu o Fisco para o óleo combustível tipo A não está previsto na legislação é suficiente para abalar a acusação fiscal.

É bem certo que esta matéria é de mérito. No entanto, respeitando-se a linha de raciocínio do contribuinte em sua peça impugnatória, mesmo porque foi tratada como matéria de nulidade do Auto de Infração, em preliminar também será ela tratada.

Realmente, o fator utilizado pelo Fisco para a conversão de litros para kg não se encontra previsto expressamente na legislação. No entanto, já se vê do Levantamento Quantitativo, de fls. 06, tal fator, citado claramente, observando-se mais que tal levantamento foi assinado por quem representava o contribuinte, naquele momento. Acaso discordasse, seja dos números, seja de qualquer dado constante do levantamento ou mesmo do fator de conversão, poderia muito bem não assiná-lo. Ao contrário, o contribuinte, por seu representante, assinou o referido levantamento. Além do mais, o próprio patrono do contribuinte autuado, ao apresentar as razões de defesa, disse também expressamente: “(...) realmente este é um dos fatores de conversão (...)” (fls. 111).

Reconhece-se que a elevação de temperatura eleva o volume, tornando o óleo combustível tipo A menos denso. No entanto, a medição realizada pelo Fisco é habitual ao contribuinte, para o seu próprio controle e aferição de estoque, razão pela qual a representante do contribuinte apresentou o fator de conversão para aquele local onde se armazena o referido combustível.

Sendo o Levantamento Quantitativo um meio idôneo para apuração fiscal, inclusive previsto na legislação, da forma como realizada pelo Fisco, respaldada em dados colhidos do próprio contribuinte, não se pode afirmar que este trabalho esteja viciado.

Por estas razões, refuta-se a alegação de nulidade do Auto de Infração.

As alegações do contribuinte, no mérito, demonstram um zelo de seu procurador em aferir os dados, ao ponto de indicar precisamente três incorreções, que foram acatadas pelo Fisco, integralmente, que reformulou o crédito tributário.

O Fisco, no momento da reformulação (fls. 127), não trouxe os cálculos demonstrativos dos valores por ele encontrados, como o fizera ao tempo do Auto de Infração, em seus anexos. No entanto, como os equívocos foram quantificados, identificados em produto, data e volume, todos se tratando de dados de saída, basta se alterar tais valores e refazer os cálculos, na mesma ordem original, que se alcançará, sem qualquer erro, o valor alcançado pelo Fisco, na sua reformulação.

No que se refere a óleo diesel, o totalizador das saídas do mês de julho de 2000 está incorreto. Estando incorreto, do total das saídas de óleo diesel do ano de 2000, deduz-se integralmente o valor errado (648.964,00 litros). Soma-se a litragem correta (612.250,00 litros). Assim, o total de litros de óleo diesel, em 2000, no período fiscalizado, totaliza 6.219.350 litros. Soma-se 10.000 litros saídos e lançados erroneamente na coluna do óleo combustível tipo A e deduz-se 4.000 litros saídos e lançados erroneamente também na coluna do óleo diesel, totalizando as saídas do período fiscalizado, 6.225.350 litros. Subtraída a saída apurada (6.232.000 litros) da saída retro referida (6.225.350 litros), chega-se à diferença de 6.650 litros, em saída desacobertada. Multiplicado este valor pelo preço médio (R$0,52), tem-se o valor da base de cálculo, que, por sua vez, multiplicado pela alíquota de 40%, tem-se a exigência de R$1.383,20, que se refere, repete-se, a óleo diesel.

No mesmo percurso do cálculo retro, segue-se com o óleo combustível tipo A, chegando-se ao valor de R$64.359,99, que somado à exigência referente a óleo diesel, tem-se a exata exigência demonstrada na reformulação pelo fisco, às fls. 127.

Como não se vislumbra nada que possa fazer ruir o crédito e nem mesmo pelo contribuinte foi apresentada qualquer matéria que fadasse o lançamento do êxito, conclui-se que o trabalho fiscal de fls. 127 não merece reparos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, julgou-se parcialmente procedente o lançamento para acatar a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco às fls 127 e, ainda, adequar a Multa Isolada ao disposto no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos

Paixão que o julgava parcialmente procedente para, ainda, excluir as exigências referentes a “óleo diesel”. Participaram também do julgamento os Conselheiros Edmundo Spencer Martins e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 16/10/01.
Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

Acórdão: 15.248/01/1ª *(publicado no DOE de 30/11/01)*

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA E ESTOQUE DESACOBERTADO. Constatadas mediante LQE, a saída e a manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documentação fiscal. Infração caracterizada. Redução da Multa Isolada a 20% (vinte por cento), com fulcro no artigo 55, inciso II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75. Exigências parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Inobservância das disposições contidas no artigo 1º, parágrafos 3º e 4º da Resolução n.º 2.929/98. Exigência apenas da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso X da Lei n.º 6.763/75. Infração caracterizada. Exigências mantidas. Acionado o permissivo legal, artigo 53, § 3□ da Lei n□ 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada a 30% (trinta por cento) de seu valor. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

- saída e estoque de mercadoria desacobertada de documentação fiscal;

- saída de combustíveis acobertados por documentação fiscal inidônea nos termos da Resolução nº 2.929/98.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 166/174, aos seguintes argumentos:

- a diferença constatada através do levantamento quantitativo de estoques é insignificante, sendo de apenas R$ 121,44, ou seja, é inferior ao limite tolerável pela legislação, correspondente à quebra por

evaporação equivalente a 0,4% a 0,6% sobre o montante do estoque. Desta forma não resta diferença;

- não é possível a manutenção da cobrança da multa isolada por não ter informado a placa do veículo abastecido no campo "informações complementares" das notas fiscais de saída, visto que desta forma estaria sendo ferido o princípio da legalidade tributária. Referida exigência foi prescrita por Resolução do Secretário de Estado da Fazenda e não por lei, como deveria ter sido, ou seja, esta medida introduziu exigências não previstas em lei;

- deve ser aplicado o artigo 112 do Código Tributário Nacional;

- a multa aplicada apresenta valor muito alto ferindo assim o princípio da capacidade contributiva e da vedação de confisco, para tanto apresenta entendimentos doutrinários e jurisprudenciais;

- todas as saídas foram corretamente contabilizadas e lançadas no livro Registro de Saídas.

Requer ao final a votação em separado das duas irregularidades apontadas no Auto de Infração e a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 240/245, aos fundamentos que se seguem:

- a perda por evaporação deve ser registrada no Livro de Movimentação de Combustíveis, o que não foi feito;

- na hipótese dos autos estamos diante de um acréscimo de combustíveis e portanto, não é possível falarmos em perda por evaporação;

- a regularidade da emissão da documentação fiscal foi analisada não apenas sob a ótica da Resolução nº 2.929/98 mas também com base em toda a legislação tributária. Nos termos do Código Tributário Nacional as Resoluções também foram incluídas no rol da legislação tributária;

- mesmo que se admitisse serem as notas fiscais constantes dos autos como notas fiscais globais, estas também não informavam todos os requisitos exigidos pela legislação tributária;

- foi verificada também a existência de notas fiscais de saída com volumes superiores ao registrado no LMC, demonstrando assim que as operações não correspondem fisicamente ao realmente ocorrido;

- nas hipóteses em que o volume lançado na nota fiscal poderia vinculá-la a um abastecimento, apesar de não ter sido observada a Resolução nº 2.929/98, foi aplicado o artigo 112 do Código Tributário Nacional;

- a documentação apresentada pelo Impugnante demonstra que

o mesmo estava ciente das condições exigidas para emissão das documentação fiscal.

Requer a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 268/274, opina pela procedência parcial do lançamento para que se reduza a multa isolada a 50% do seu valor.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

1- saída e estoque de mercadoria desacobertada de documentação fiscal;

2- a saída de combustíveis acobertados por documentação fiscal inidônea nos termos da Resolução nº 2.929/98.

Das Preliminares

Preliminar 1:

A Impugnante entende que não deve prevalecer a exigência de multa isolada pela falta de informação, nas Notas Fiscais, das placas dos veículos abastecidos, porque tal exigência advém de uma Resolução e não de lei, ferindo o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, insculpido na Constituição Federal de 1988.

No tocante a tal alegação lembramos as disposições insertas nos artigos 96 e 97 do Código Tributário Nacional.

Do primeiro pode-se extrair que a amplitude do termo "legislação tributária" é de tal monta que abarca inclusive as normas complementares que versam sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. Nesta linha temos que a Resolução, como ato expedido por autoridade administrativa, pode, em alguns casos, ser entendida como uma dessas normas complementares, consoante o disposto no artigo 100, inciso I do mesmo Código Tributário Nacional.

O artigo 97 do Código Tributário Nacional delimita competências afetas exclusivamente às leis.

Destarte, não há que se falar em insubsistência do feito fiscal por ter o mesmo se alicerçado na Resolução 2.929/98.

Preliminar 2:

A Impugnante pretende que se faça uso da equidade para excluir-se a multa que considera confiscatória e cita que vários doutrinadores e a jurisprudência entendem que alguns tribunais administrativos fiscais têm competência para, em certos casos, dispensar multas, fundados na equidade.

Relativamente a este item, esta Câmara de Julgamento ressalta a limitação de competência estatuída no artigo 88, inciso II, da

CLTA/MG.

Mérito

Irregularidade n.º 1

A Impugnante, com relação à primeira irregularidade apontada, fundamenta sua defesa com base em diferencial de volume tendo em vista a ocorrência de evaporação. Observando ainda que a diferença apurada é insignificante, sendo inferior ao percentual correspondente à quebra por evaporação admitido.

Temos no entanto que na hipótese dos autos estamos diante não só de saídas desacobertadas, mas também, de manutenção de estoque de combustíveis desacobertado e portanto, não é possível admitir a defesa com base em alegação de perda por evaporação. Ressalte-se ainda que o trabalho realizado pelo Fisco para a chegar a esta conclusão foi o levantamento quantitativo de estoques.

O Fisco está a questionar diferença para mais no tanque de gasolina comum e não diferença para menos, o que comprovou o estoque desacobertado de documentação fiscal.

E com relação a esta irregularidade entendemos que merece ser reduzida a multa isolada nos termos do artigo 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade n.º 2

Relativamente à saída de combustível acobertada por documentação fiscal inidônea, observa inicialmente o Impugnante que as exigências contidas na Resolução nº 2.929/98 não podem prevalecer tendo em vista que as mesmas não foram veiculadas em meio próprio, qual seja, Lei.

É necessário no entanto, tecer alguns comentários acerca da Resolução como meio próprio para estabelecer alguns procedimentos no âmbito do Direito Tributário. O Código Tributário Nacional determinou em seus artigos 96 e 100 que a Resolução está compreendida na expressão legislação tributária e portanto podem também versar sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, como explicitado na questão preliminar.

Da análise dos autos verificamos que não foram observadas as determinações constantes da Resolução nº 2.929/98 para a emissão das devidas notas fiscais, e assim foram consideradas inidôneas e consequentemente desacobertadas as saídas das mercadorias.

Para isso, destaca-se o teor do artigo 1º da Resolução nº. 2.929, de 24/07/98:

> *"Art. 1º - O documento fiscal autorizado para contribuinte que exerça a atividade de Posto*

Revendedor de combustível ou Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis acoberta exclusivamente operação com mercadorias destinadas ao consumo do adquirente, inclusive em processo de industrialização.

§ 1º - No campo "Informações Complementares" da Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, autorizada para o contribuinte de que trata o "caput", será impresso tipograficamente, de forma destacada, a expressão "ESTE DOCUMENTO ACOBERTA SOMENTE OPERAÇÃO DESTINADA A CONSUMIDOR".

.....

§ 3° - O Posto Revendedor de combustível que acobertar as operações de que trata este artigo utilizando-se da Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, informará no campo "Informações Complementares" a placa do veículo abastecido.

§ 4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica na hipótese de emissão de nota fiscal na forma prevista no § 3º do artigo 12 do Anexo V do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 38.104, de 28 de junho de 1996.

§ 5º - Considera-se inidôneo o documento fiscal que não atender ao disposto neste artigo."

Sendo, portanto, considerados os documentos como inidôneos, aplica-se o disposto no artigo 149, inciso I, do RICMS/96, devendo ser considerada desacobertada a movimentação de mercadoria.

Os demais argumentos apresentados pelo Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as argüições feitas pelo Impugnante. No mérito, por maioria de votos em julgar parcialmente procedente o lançamento para reduzir a Multa Isolada relativa ao item "1" do Auto de Infração a 20% (vinte por cento), com fulcro no artigo 55, inciso II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75. Vencida em parte, a Conselheira Cleusa dos Reis Costa (Revisora) que o julgava procedente. Em seguida, à unanimidade, em acionar o permissivo legal, artigo 53, § 3□ da Lei n□ 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada relativa ao item "2" do Auto de Infração a 30% (trinta por cento) de seu valor. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Janir Adir Moreira e pela Fazenda Estadual o

Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além da supramencionada e dos signatários, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 03/10/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

ACÓRDÃO: 14.487/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 30/08/01)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Evidenciada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante conclusão fiscal para baixa de inscrição. Reformulação do crédito tributário pelo Fisco, que excluiu da conclusão fiscal o período em que a Autuada estava enquadrada como microempresa sem emissão de notas fiscais. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante conclusão fiscal para baixa de inscrição, pelo que exige-se o pagamento do tributo acrescido de MR e MI.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 09/10), por intermédio de representante legal, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 17**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A 2ª Câmara de Julgamento exara a diligência de fl. 20. O Fisco se manifesta a respeito (fls. 21/23), reformulando o crédito tributário.

DECISÃO

Em razão de promover saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, exige-se do contribuinte o crédito tributário estampado à folha 5 dos autos.

Ao aduzir suas razões de defesa a Autuada não trouxe qualquer elemento probatório que possa lhe socorrer, ou mesmo para dar escora aos argumentos deduzidos na peça de bloqueio.

Restou inequivocamente caracterizada a infringência imputada pelo Fisco.

Portanto, considera-se pertinente a exigência fiscal de ICMS, MR e MI estipulada no art. 55, inciso II, Alínea "a" do RICMS/96, devendo, porém, ficar adstrita à reformulação acostada à folha 22, efetuada pelo Fisco.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento conforme reformulação do crédito tributário às fls. 22. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 01/02/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor
Luciano Alves de Almeida
Relator

ACÓRDÃO: 14.595/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 10/05/01)

EMENTA

Mercadoria - Estoque Desacobertado - Levantamento Quantitativo - Constatado pelo Fisco estoque de óleo diesel desacobertado de documentação fiscal. Entretanto, devem ser excluídas as parcelas relativas a entrada desacobertada por não estar referida irregularidade discriminada no Auto de Infração. A constatação de reincidência, determina o agravamento da penalidade prevista, sendo esta majorada em 50%, nos termos do art. 53, § 7º da Lei 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre estoque de óleo diesel desacobertado de documentação fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de mercadorias.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 12/16), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 26/27 **,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 36/39, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

Mediante *verificação fiscal,* abrangendo o período de 26/10/99 a 11/11/99, constatou o Fisco que o Sujeito Passivo mantivera em estoque **93.921,30** litros de ***óleo diesel*** desacobertados de documentação fiscal.

Do que consta dos autos, os agentes autuantes promoveram duas contagens de mercadorias no estabelecimento da Contribuinte: uma em **26/10/99** e outra em **11/11/99**. Os estoques de combustíveis encontrados naquelas datas foram nomeados, respectivamente, por ***estoque inicial*** e ***estoque final***, para efeito da verificação efetivada.

No quadro de fls. 6, o Fisco lançou os estoques, *inicial* e *final*, e as entradas e saídas de *óleo diesel* ocorridas no período. Vê-se que, no período fiscalizado, ocorreu tão-somente a entrada acobertada pela nota fiscal n.º 222874, sendo que, no documento de fls. 7, o representante legal da empresa declarou que não promoveu mais nenhuma aquisição de mercadorias. Não obstante, a Contribuinte efetivou diversas saídas (vendas) de produtos, no mesmo espaço de tempo, devidamente acobertadas, conforme se pode comprovar a partir dos documentos de fls. 31 a 33 (*Cupons do ECF*).

Uma análise atenta do demonstrativo de fls. 6 evidencia que os agentes autuantes cometeram um equívoco que, inevitavelmente, irá repercutir no valor da exigência fiscal. O montante de **93.921,30** litros de ***óleo diesel***, lançado no Auto de Infração, não corresponde integramente a ***estoque*** do produto desacobertado de documentação fiscal. Ao que se dessume, a quantidade de *óleo diesel* encontrada no estabelecimento em 11/11/99 (***19.998,00*** **litros**) representa o verdadeiro estoque desacobertado. Os outros **73.923,30** litros do combustível são, na realidade, relativos a aquisições (***entradas***) efetivadas sem a regular cobertura fiscal.

Em face do erro detectado, propõe se a alteração do crédito tributário, conforme demonstrado a seguir:

Base de Cálculo = 19.998 litros x R$0,59 (preço do litro) = R$ 11.798,82

ICMS = 18% s/ R$ 11798,82 = R$ 2.123,79
M.R. = 50% s/ R$ 2.123,79 = R$ 1.061,89
M.I. = 80% s/ R$ 11.798,82 = R$ 9.439,06
TOTAL ..... = R$ 12.624,74

Por oportuno, cabe salientar que fica resguardado o direto do Fisco de exigir o tributo e penalidades cabíveis, mediante emissão de novo Auto de Infração, no que concerne à parcela expurgada do

presente feito, referente às *entradas* de *óleo diesel* desacobertadas de documentação fiscal.

É de se notar que o Fisco aplicou a penalidade prevista no inciso II do artigo 55 da Lei 6.763/75 em dobro, nos termos dos parágrafos 6º e 7º do artigo 53 do referido Diploma legal. Agiu corretamente o Fisco, visto que caracterizada a dupla reincidência na prática de infração de um mesmo dispositivo da legislação tributária.

Se observar, por exemplo, o Auto de Infração n.º 01.000115292.43 (*em fase de execução fiscal*) e o Termo de Apreensão Depósito e Ocorrência n.º 02.000116807.72 (*quitado*), verifica-se que nas duas autuações ficou caracterizada a infringência ao *inciso VII do artigo 16 da Lei 6.763/75* (*ou inciso X do art. 96 do RICMS/MG, de mesmo teor*). Com efeito, a Contribuinte, quando das aquisições das mercadorias descritas nas aludidas peças fiscais, não exigiu dos remetentes as notas fiscais hábeis ao acobertamento das operações realizadas. Os documentos em anexo corroboram os fatos.

Diz a Impugnante que o trabalho fiscal alcançou resultados imprecisos, visto que, no momento da contagem dos produtos na empresa, os agentes autuantes não se utilizaram de instrumentos adequados à medição. A alegação não procede. Conforme afirma o Fisco, as quantidades dos combustíveis estocadas em cada tanque do estabelecimento foram aferidas por meio de "*réguas de medição*", mantidas pela própria Contribuinte por determinação legal. Ademais, o processo de contagem dos produtos foi devidamente acompanhado pelo responsável pela empresa (*vide docs. de fls. 7 e 10*).

O feito fiscal não está lastreado em meras suposições, como cogita a Defendente. Os elementos carreados aos autos demonstram, inequivocamente, que a Contribuinte agiu em desacordo com a legislação tributária, mantendo em estoque produto (*óleo diesel*) desacobertado de documentação fiscal.

Quanto às penalidades aplicadas, cabe, tão-somente, a analisar o aspecto da estrita legalidade. As exigências têm perfeita conformação com os limites traçados na Lei 6.763/75, que instituiu o ICMS no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal de fls. 36/39 dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os

Conselheiros Wagner Dias Rabelo e Lúcia Maria Bizzoto Randazzo (Revisora).

Sala das Sessões, 22/03/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente
Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

12 – ECF – Equipamento Emisor de Cupom Fiscal

1999

ACÓRDÃO: 755/99/4ª (PUBLICADO NO DOE DE 03/02/00)

EMENTA

Máquina Registradora - Uso Irregular - Falta de autorização. Apuradas saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal tendo em vista o uso de máquina registradora não autorizada. Infração caracterizada. Impugnação Improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos exercícios de 1996 e 1997 apuradas através do uso de máquina registradora (mod. 2412-7227, série 6.17702292) não autorizada pelo Fisco.

Lavrado em 10/03/98 - AI nº 01.000116283/22 para cobrança do ICMS, MR e MI devidos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente através de seu representante legal, Impugnação de fls. 53 e 54.

O Fisco apresenta réplica de fls. 87 e 88, refutando as alegações da Impugnante.

DECISÃO

Preceituam os artigos: 134, inciso VI e 149, inciso I, do RICMS/96:

> *"Art. 134 - Considera-se inidôneo o documento:*
>
> *.....*
>
> *VI - emitido por Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), Máquina Registradora (MR)*

ou Terminal Ponto de Vendas (PDV) deslacrado ou sem autorização para uso;"

"Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou inidôneo:"

Conforme "Termo de Visita", às fls. 09 dos autos, o Fisco constatou que a Autuada utilizava em seu estabelecimento 04 (quatro) máquinas registradoras, para registrar suas operações de saídas. No entanto restou provado nos autos que a máquina registradora (mod. 2412-7227, série 6.17702292), caixa 3, não havia sido autorizada pela SEF para uso no estabelecimento da Impugnante.

Alega a Impugnante que adquirira a máquina registradora não autorizada através da NF de n.º 157, emitida em 25/07/97, por Oliveira Máquinas para Escritório Ltda, Taguatinga/DF, estando, assim incorreto o período autuada, visto conter datas anteriores a aquisição do mencionado equipamento.

No entanto, através de diligência constante dos autos, fls. 27 a 39, feita junto ao estabelecimento emissor da nota fiscal retro mencionada, comprovou o Fisco que tal documento havia sido emitido anteriormente à autorização para sua impressão. (AIDF datada de 01/09/97 conforme documento de fls. 38).

Por estar a Autuada apurando o imposto pelo regime de estimativa e comprovado pelo Fisco que o valor estimado para as operações de saídas da empresa Autuada, eram inferiores ao somatório das vendas realizadas nas outras 03 (três) máquinas autorizadas, corretas foram, portanto, as exigências do ICMS, MR e MI constantes do presente AI, visto que os valores pertinentes às saídas registradas pela máquina registradora não autorizada devia, também, compor o somatório das saídas, nos termos dos artigos: 167, do RICMS/91 e Art. 8º, §§ 1º e 2º, Anexo X, do RICMS/96, vigentes à época dos fatos geradores.

"Art. 8º - A base de cálculo mensal do imposto será o produto do número de UFIR pelo seu valor, vigente no mês de referência.

§ 1º - Para a apuração do imposto devido, o contribuinte adotará o procedimento previsto nos incisos III a V do artigo 14 deste Anexo.

§ 2º - O valor constante nos documentos fiscais ou o valor lançado nos livros fiscais ou

contábeis, desde que superior, prevalecerá sobre o valor estimado." (grifo nosso)

Quanto à presença do Fisco no estabelecimento da Autuada no dia 21/02/97, o qual não teria detectado a presença da máquina registradora não autorizada, segundo alegação da Impugnante, de plano está refutada, face as provas acostadas aos autos sobre as irregularidades do documento de aquisição do equipamento, bem como por ter sido a mencionada visita fiscal apenas para conferência do Livro Registro de Entradas, ou seja, especificamente para averiguar as operações de aquisição de mercadorias.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a Quarta Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade julgar Improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Ângelo Alberto Bicalho de Lana e Ruy Barbosa Gonçalves.

Sala das Sessões, 29/11/99.
João Inácio Magalhães Filho
Presidente
Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora

2002

ACÓRDÃO: 15.650/02/1ª *(PUBLICADO NO DOE DE 19/06/02)*

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – O aproveitamento do imposto em desacordo com as normas regulamentares, torna legítimo os estornos promovidos pela fiscalização. Corretas as exigências fiscais, que foram reconhecidas e recolhidas pela Autuada.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Mediante a análise de fitas-detalhe, constatou-se que a Autuada promoveu a aplicação incorreta de alíquota sobre operações de saída ou deixou de tributar as saídas de mercadorias normalmente alcançadas pela tributação do ICMS. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Aplicando os índices extraídos da amostragem contida no Anexo II dos autos sobre os valores de saída consignados nos demais cupons fiscais não analisados, o Fisco apurou o imposto suprimido dos cofres públicos. A metodologia utilizada é idônea, viabiliza o lançamento e admite prova em contrário. Corretas as exigências fiscais.
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AÇÚCAR – ARTIGOS DE HIGIENE – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – A Autuada não recolheu o ICMS/ST relativamente à entrada de açúcar e de mercadorias arroladas no art. 237 do Anexo IX do RICMS/96, recebidas de outros Estados da Federação sem a retenção do imposto devido. Corretas as exigências fiscais.
NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS – Constatação de falta de destaque do imposto em notas fiscais relativas às operações de transferências de mercadorias para outro estabelecimento, normalmente tributadas pelo ICMS, em desacordo com o disposto no artigo 2º, do Anexo VI, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.
CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA – Constatada a apropriação indevida de créditos de ICMS destacado em notas fiscais declaradas inidôneas. Infração caracterizada nos termos do disposto no artigo 70, inciso V do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco.
BASE DE CÁLCULO – VENDAS A PRAZO – NÃO INCLUSÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS. A Impugnante não incluiu na base de cálculo do ICMS os encargos financeiros cobrados sobre vendas a prazo, em desacordo com o art. 50, inc. I do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.
Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do imposto, no exercício de 1999, decorrente das seguintes irregularidades:

1) Apropriação indevida de crédito de ICMS no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo I;

2) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom iscal, apurada

mediante conferência de fitas detalhe, no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo II;

3) Falta de recolhimento de ICMS/ST referente aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelo remetente, no exercício de 1999, conforme demonstrado no Anexo III;

4) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante arbitramento, no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo IV;

5) Emissão de notas fiscais sem o destaque do ICMS devido na operação, no período de janeiro a junho de 1999, conforme demonstrado no Anexo V;

6) Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas, no período de janeiro a julho, e nos meses de outubro e novembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo VI;

7) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas, no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo VII.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.347/1.369, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.390/1.408.

Tendo em vista a reformulação do crédito tributário, conforme documentos de fls. 1409/1415, foi reaberto prazo de 10 dias para a Autuada, para vista dos autos e pagamento ou parcelamento do crédito tributário. A Autuada não mais se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1420/1450, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme crédito tributário reformulado pelo Fisco às fls.1413/1414.

DECISÃO

Inicialmente, destaca-se que, o pedido de prova pericial formulado pela Impugnante não foi apreciado pela Auditoria Fiscal, face o não atendimento do disposto no artigo 98, inciso III da CLTA/MG.

Quanto ao mérito, analisa-se cada uma das irregularidades separadamente, como se segue:

Item 1 - Apropriação indevida de crédito de ICMS, conforme demonstrado no – Anexo I:

A fiscalização constatou que a Autuada apropriou indevidamente os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais relacionadas no Anexo I, doc. fls. 12/29, face os motivos descritos no Quadro Resumo do Estorno de Crédito, doc. fls. 30.

Tendo em vista que o estorno dos créditos resultou em

recolhimento a menor do ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica, doc. fls. 63, legítimas as exigências fiscais.

A Impugnante reconheceu a legitimidade dos estornos de créditos procedidos pelo Fisco, promovendo o recolhimento das exigências fiscais (DAE de fl. 1.452), com os benefícios previstos no art. 10, da Lei nº 14.062/01.

Item 2) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal apurada mediante conferência de fitas detalhe, no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo - II, e

Item 4) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, no período de janeiro a dezembro de 1999, apurada mediante arbitramento, conforme demonstrado no Anexo – IV:

Ao conferir as fitas detalhes dos meses de janeiro a dezembro de 1999, a fiscalização verificou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do imposto e/ou não tributou saídas promovidas por meio de cupom fiscal, conforme demonstrado no Anexo II, doc. fls. 31/54.

No Anexo II do trabalho fiscal (item 2) o Fisco analisou, por amostragem, em todos os meses de 1999, cupons fiscais relativos às vendas realizadas e constatou que a Autuada utilizou incorretamente alíquotas do ICMS ou deixou de tributar saídas promovidas.

Os valores apurados pelo Fisco e consubstanciados no Anexo II são reais, foram extraídos dos cupons fiscais emitidos pela Autuada através dos ECFs (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal). Não representam a totalidade das operações praticadas no período, posto que o Anexo II decorre da amostragem realizada em aproximadamente 500 fitas detalhe que contêm dezenas de milhares de cupons fiscais e centenas de milhares de operações de venda.

A planilha contida no Anexo II é o espelho fiel do tratamento tributário dado àqueles produtos vendidos, no que se refere à classificação fiscal para fins de tributação ou não das mercadorias, como também no que se refere à alíquota aplicada a cada produto em confrontação com aquelas previstas na legislação.

Ao conferir as fitas detalhes emitidas pela Autuada, o Fisco constatou inúmeras operações de saídas que ocorreram sem a devida tributação por terem, as respectivas mercadorias, sido cadastradas indevidamente no ECF como isentas, não-tributadas, substituição tributária ou com alíquotas menores que as previstas na legislação para a respectiva operação.

A fiscalização exigiu o valor do ICMS correspondente a diferença não levada a tributação, conforme valor totalizado à fl. 52.

No trabalho fiscal não foram analisadas, devido à grande quantidade de operações, aquelas tributadas com as alíquotas de l8, 25 e 30%.

Ressalte-se que a Impugnante não apontou neste Anexo nenhum erro capaz de desqualificá-lo e, tendo em vista que a aplicação incorreta da alíquota ou a falta de tributação resultou em falta de recolhimento do ICMS, conforme demonstrado no Anexo II e no Resumo de fls. 52/53, reputam-se legítimas as exigências fiscais.

Com base nos índices apuradas no Anexo II o Fisco elaborou o Anexo IV (fls. 56/57), ou seja, utilizou os dados reais contidos nas fitas detalhes emitidas pela Autuada, apurou os respectivos índices para aplicação nos montantes mensais das saídas através de ECF e conseqüentemente, apurou o valor da base de cálculo não levada a tributação e o ICMS devido.

Os índices foram obtidos pela confrontação das bases de cálculo apuradas com o valor total do Cupom (vide Anexo II).

Verifica-se que o Fisco apurou o percentual não levado a tributação relativamente à base de cálculo das operações mencionadas nos cupons fiscais analisados.

Tomando-se, como exemplo, o mês de janeiro/99, verifica-se que 4,24% da base de cálculo do valor dos cupons analisados foram tributados indevidamente com alíquota de 12%, quando o correto seria 18%. Temos, ainda, que 0,51% das operações tributadas a 7% não foram tributadas; 0,07% tributadas a 18%, foram tributadas a 7%; 0,46% não tributadas, são tributadas a 12% e 5,89% das operações tidas como não tributadas, são tributadas a 18% (fl. 56).

No mês de janeiro de 1999, sobre R$ 198.432,95 (representa 4,24% da base de cálculo total), o Contribuinte deveria ter aplicado a alíquota de 18%, mas aplicou apenas 12%. O Fisco exigiu a diferença de 6% (fl. 56).

Observe-se (fls. 56/57) que os índices apurados são bastante semelhantes relativamente a cada grupo de base de cálculo/alíquota analisado. Por exemplo, a base de cálculo que foi tributada a 12% pelo Contribuinte quando na realidade o correto seria 18% (diferença 6%) representa, em relação às saídas totais, no decorrer dos 12 meses do exercício de 1999, respectivamente: 4.24, 4.82, 4.87, 4.95, 4.28, 4.00, 5.64, 4.42, 3.72, 4.60, 4.74, 4.35.

Portanto, como demonstrado, a amostra utilizada pelo Fisco logrou comprovar a prática da irregularidade em todos os meses do

exercício. As irregularidades constatadas em diversos caixas, em diversos dias, evidencia que a Autuada, com o fim de reduzir o débito produzido, promoveu, com habitualidade, a aplicação incorreta de alíquotas ou a não tributação de operações que seriam normalmente tributadas.

Conclui-se então que o trabalho fiscal, relativamente ao item 4 do Auto de Infração, consistiu em apurar índices reais (Anexo II), resultantes da análise, por amostragem, dos próprios números apresentados nos cupons fiscais da Autuada e aplicá-los sobre as demais operações descritas em cupons não manuseados.

A necessidade de adoção desta metodologia por parte do Fisco decorre da conjunção de vários fatores, a seguir analisados.

Primeiramente deve-se registrar que, apesar de não terem sido desclassificados ou desconsiderados os cupons fiscais emitidos pela Autuada, os valores consignados em seus livros fiscais, no tocante à apuração do imposto, não merecem fé, posto que deliberadamente a Autuada reduziu ou suprimiu alíquotas com o objetivo único de diminuir o débito produzido em cada mês.

O contribuinte conhecia as alíquotas corretas a serem aplicadas para cada um dos produtos, conforme estabelecido na legislação tributária, porém, alterou-as, reduzindo substancialmente o imposto devido.

Conforme afirmado pelo Fisco às fls.1401, em praticamente 100% dos cupons analisados foi constatada a prática retro descrita.

Ademais, a Autoridade fiscal, após verificar a irregularidade, não fica livre para lançar ou não o Contribuinte, ou mesmo para escolher a oportunidade de lançá-lo. O parágrafo único do artigo 143 do CTN imprime expressamente caráter "vinculado e obrigatório" à atividade de lançamento "sob pena de responsabilidade funcional" do agente público.

Segundo Maria Rita Ferragut, em Presunções no Direito Tributário (Ed. Dialética, 2001), "*a fiscalização tem o dever-poder de constituir o crédito tributário todas as vezes em que tomar conhecimento de fato jurídico, se o aplicador, constatando a presença de indícios que lhe confiram certeza da ocorrência do fato, não efetuar o lançamento, aí sim estará agindo de forma não-vinculada, incorrendo em responsabilidade funcional*".

Detectada a prática de atos que resultam em falta de recolhimento do tributo devido, o Fisco tem o dever de apurar o imposto suprimido dos cofres públicos e para tanto precisa utilizar de meio e técnica idôneos para viabilizar a apuração dos valores.

O interesse público não só requer, mas mpõe, que diante de

atos simulatórios o Fisco, repita-se, utilizando-se de meios idôneos, viabilize o lançamento e apure o imposto devido.

A Autuada, detentora de meios, inclusive informatizados para contestar os valores apurados pelo Fisco, não o fez. Renunciou ao seu direito de apresentar contra-provas, possivelmente porque não está obrigada a apresentar provas contra si.

O Fisco chamou a metodologia utilizada incorretamente de arbitramento. Porém, como se depreende dos elementos constantes dos autos, não houve qualquer tipo de arbitramento.

O artigo 52 e seguintes do RICMS/96 tratam da possibilidade de arbitramento do valor da operação. No caso em tela, os valores das operações não foram arbitrados, mas extraídos dos documentos, cupons fiscais, emitidos pela Autuada.

O fato do Fisco ter mencionado no Auto de Infração os artigos 52, 53 e 54 do RICMS/96 em nada prejudica o feito fiscal. A metodologia utilizada não foi alterada por estas citações, tampouco ficou prejudicado o entendimento da matéria por parte da Impugnante.

Ademais, o artigo 60 da CLTA/MG prevê que "*as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida*".

O que o Fisco fez, na verdade, foi presumir que em todos os cupons fiscais não analisados as alíquotas foram também reduzidas ou suprimidas e nas mesmas proporções verificadas naqueles cupons analisados (Anexo II).

Presunção, segundo Clovis Beviláquia é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido.

De acordo com Maria Rita Ferraguti, a presunção hominis ou juris tantum, caracteriza-se como uma proposição individual e concreta reveladora de um raciocínio lógico presuntivo realizado pelo aplicador da norma, que a partir do conhecimento de indícios, da inexistência de provas em sentido contrário a eles, e da relação de implicação estabelecida segundo o que ordinariamente acontece, forma sua convicção, declarando normativamente a existência de fato jurídico indiretamente conhecido.

Segundo a mesma autora, a presunção pode ser aplicada no direito tributário, sem ferir qualquer de seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, ou seja, as relações do fato conhecido com o fato desconhecido sejam tais que a existência de um estabelece, por uma forte indução, a existência do outro; inexista prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-las.

Por fim, haja impossibilidade ou razoável dificuldade para que o Fisco busque com exatidão a verdade real ou a comprovação da simulação promovida pelo contribuinte.

Presentes tais requisitos, o que é incontroverso, resta concordar com a metodologia empregada pelo Fisco. Metodologia esta calcada em critérios estatísticos aceitáveis, aplicados sobre dados reais.

Resumindo, o Fisco, ao se deparar com procedimentos do Contribuinte que deliberadamente reduzem o imposto devido, tem o dever vinculado de apurar o imposto devido e exigir os valores que foram suprimidos dos cofres públicos. O Fisco elegeu metodologia idônea para apurar tais valores, sem contudo impedir a apresentação de contra provas, o que efetivamente não ocorreu. O Fisco provou, por meio de provas indiciárias, a ocorrência de fato jurídico típico, previsto na regra-matriz de incidência do imposto. O fato típico efetivamente ocorreu e a certeza jurídica encontra-se presente.

Deve-se observar ainda que a fiscalização deduziu do valor apurado no Anexo IV aquele constante do Anexo II, eis que exigido no item 2. Portanto, no presente caso, não ocorreu o "*bis in idem*" como entendeu a Impugnante, posto que no item 2 foram exigidas as diferenças apuradas nas fitas detalhes analisadas, conforme Anexo II e no item 4, exigiu-se os valores recolhidos a menor, porém apurados através da aplicação dos índices apurados no Anexo II. Dos valores constantes do Anexo IV foram excluídos para fins de exigência, aqueles valores apurados no Anexo II, já exigidos no item 2 do Auto de Infração.

Com relação à decisão citada pela Impugnante às fls. 1.357/1.359 (Acórdão 14.607/01/3ª), ressalta-se que ela produz seus efeitos somente entre as partes envolvidas, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Além disso, conforme comentou o Fisco, "os fatos ali narrados não guardam qualquer semelhança com o presente feito".

Item 3) Falta de recolhimento de ICMS/ST referente aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelo remetente, no exercício de 1999, conforme demonstrado no Anexo III:

A fiscalização constatou que a Autuada não recolheu o ICMS/ST relativo às aquisições das mercadorias descritas nas notas fiscais arroladas no Anexo III, doc. fls. 55, cuja retenção do imposto não foi feita pelo remetente.

Conforme notas fiscais anexadas às fls. 1.216/1.239, tratam-se de aquisições de açúcar, de fraldas descartáveis e absorventes

higiênicos.

Nos termos do art. 102 do Anexo IX do RICMS/96, "*na saída de açúcar de cana de estabelecimento industrial, inclusive empacotador, com destino a estabelecimento comercial atacadista ou varejista, situados no Estado, o imposto devido por este será cobrado pelo remetente, na condição de responsável, no ato da saída da mercadoria*".

O § 3º do mencionado artigo, assim, determina:

> *"§ 3º - O estabelecimento varejista que receber a mercadoria sem a retenção do imposto será responsável pelo respectivo pagamento, no mês subseqüente ao da sua entrada no estabelecimento, no prazo previsto para o recolhimento do imposto devido por suas operações próprias, em documento de arrecadação distinto".*

Consoante o art. 237 do Anexo IX do RICMS/96, com efeitos de 21/11/97 a 31/03/2001, o estabelecimento industrial fabricante e o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, nas remessas para contribuinte deste Estado, de fraldas, descartáveis ou não, de absorventes higiênicos, bem como de outros produtos ali relacionados, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

O item 4 do § 1º do referido artigo preceitua que a responsabilidade instituída no artigo aplica-se "*ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE*".

O art. 29 e seu § 1º do RICMS/96 determinam, expressamente, que:

> *"Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a*

retenção do imposto.

*§ 1º - Nas hipóteses do **caput**, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado".*

Tendo em vista que a Autuada recebeu produtos listados no art. 102 e no art. 237, ambos do Anexo IX do RICMS/96 sem a retenção do imposto devido, e não efetuou o recolhimento do ICMS/ST relativo a entrada de tais mercadorias em seu estabelecimento, e considerando que ela é responsável pelo seu recolhimento, nos termos da legislação tributária vigente à época, reputam-se legítimas as exigências fiscais.

A Impugnante alega que não dispõe de elementos necessários para verificar se realmente as operações estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, dizendo que o Anexo III especifica apenas os valores contidos nas notas fiscais.

Tal alegação não procede, haja vista que o mencionado Anexo III, doc. fls. 55, fornece todas as informações necessárias relativas às notas fiscais autuadas, como número do documento, data de emissão, Estado de origem, número do Livro Registro de Entradas e da folha onde os documentos foram registrados.

Além das cópias ou via do Fisco/destino das notas fiscais integrarem o presente processo, fls. 1.216/1.239, tais documentos devem estar arquivados no prazo previsto no § 2º do art. 96 do RICMS/96.

Basta recorrer aos mencionados documentos que a Autuada terá ciência das mercadorias que foram comercializadas e confirmar que estavam sujeitas ao regime da substituição tributária.

Sendo assim, não ficou configurado cerceamento de defesa.

Item 5) Emissão de notas fiscais sem o destaque ou com destaque a menor do ICMS devido na operação, conforme demonstrado no Anexo V:

A fiscalização constatou que a Autuada promoveu a saída de mercadorias descritas nas notas fiscais relacionadas no Anexo V, doc. fls. 58, sem o destaque ou com o destaque a menor do ICMS devido na operação, no período de janeiro a junho de 1999.

Conforme se infere das notas fiscais, cópias às fls. 1.240/1.258, tratam-se de operações normalmente tributadas pelo ICMS.

Tratam-se de transferências de mercadorias para o refeitório da empresa, conforme consta da observação nas notas fiscais.

Nos termos do art. 2º, inciso VI do RICMS/96, ocorre o fato gerador "*na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*".

Para cálculo do imposto, o Fisco observou as alíquotas determinadas no RICMS/96, no art. 43, inciso I, subalíneas "b.1" e "b.2" e alínea "f".

Tendo em vista que a Autuada não destacou o ICMS nas notas fiscais relativas à transferência de mercadorias para outro estabelecimento, e, conseqüentemente, não promoveu o seu recolhimento, corretas as exigências fiscais.

Com relação a esta irregularidade, a Impugnante diz que improcede a exigência do ICMS, ao fundamento que a falta de destaque do ICMS na nota fiscal é considerada obrigação acessória, conforme se infere do julgamento da 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, conforme Acórdão n.° 12.729/97/3ª.

A Impugnante não tem razão, eis que, além da penalidade isolada, o ICMS e respectiva Multa de Revalidação são devidos, pois a falta de destaque resultou em não recolhimento do imposto devido na operação.

Por ser vedada a inovação fiscal, não tem como exigir nesta fase a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei n.° 6.763/75, pela falta de requisitos nas notas fiscais em tela.

Item 6) Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas:

Imputado o aproveitamento de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas inidôneas, no período de janeiro a julho e outubro e novembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo VI, fls. 59/60, reformulado às fls. 1.409/1.410.

As telas do SICAF com as informações relativas aos atos encontram-se às fls. 1.259/1.261 e foram sintetizadas em quadro elaborado pela Auditoria Fiscal em seu parecer (fl.1.446).

Os documentos fiscais foram declarados inidôneos nos termos do art. 134, inciso III, do RICMS/96.

O crédito tributário foi formalizado em 24.10.01, vide doc. fls. 05, posteriormente às datas de publicação atos declaratórios.

O Ato Declaratório de inidoneidade decorre de realização de diligência especialmente efetuada para a investigação real da situação do contribuinte e das operações por ele praticadas, providenciado nos termos do artigo 1º da Resolução n° 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida

resolução.

É pacífico na doutrina o seu efeito “ex tunc”, pois não é o Ato em si que impregna os documentos de inidoneidade ou falsidade, uma vez que tais vícios os acompanham desde suas emissões.

O Ato Declaratório tem o condão apenas de atestar uma situação que não é nova, não nascendo essa com a publicação do mesmo no Diário Oficial do Estado, a qual somente visa tornar pública uma situação preexistente.

Consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória.

De conformidade com o disposto no artigo 4º da Resolução n° 1.926/89, é facultado ao contribuinte que tenha efetuado registro de documento fiscal inidôneo ou falso promover o recolhimento do imposto indevidamente aproveitado, atualizado monetariamente e acrescido de multa de mora, desde que assim o faça antes da ação fiscal.

O procedimento fiscal encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso V, do RICMS/96, uma vez que não foram carreados aos autos quaisquer comprovantes de recolhimento do imposto.

Não se discute ainda a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações.

Entretanto, com relação ao Ato Declaratório de Inidoneidade nº 13.186110-00852, de 28/12/1.994, o Fisco reconheceu que ele foi incluído indevidamente no levantamento, vez que o mesmo foi cancelado em 08/01/1.999.

Assim, procedeu-se a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 1.409 a 1.415.

Item 7) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas, no período de janeiro a dezembro de 1999, conforme demonstrado no Anexo VII:

O Fisco constatou que a Autuada não incorporou na base de cálculo do ICMS os juros cobrados de seus clientes nas vendas a prazo com financiamento próprio. Sobre os valores apurados exigiu-se o ICMS e a Multa de Revalidação correspondente.

Os registros procedidos pela Autuada no Razão Analítico comprovam o recebimento de juros pelas vendas a prazo, haja vista os lançamentos “juros recebidos n/ data cheque tartaruga” e “juros sobre vendas a prazo”, conforme fls. 1.297/1.344.

Os juros financeiros recebidos pelo Contribuinte do ICMS, em

conseqüência de financiamentos concedidos a seus clientes, devem ser tributados, como prevê o artigo 50, inciso I do RICMS/96, adiante transcrito, que recepcionou o art. 13, § 2º, item 1, alínea "a" da Lei n.° 6.763/75:

> *"Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:*
>
> *I - nas operações:*
>
> *a - todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa".*

A legislação tributária determina, expressamente, que as despesas financeiras auferidas pelo contribuinte integram a base de cálculo do ICMS.

O Fisco arbitrou a alíquota média de cada mês, com base nas operações realizadas em cada período, conforme Anexo VII, fls. 61.

Utilizando as alíquotas arbitradas, o Fisco calculou o ICMS devido relativo aos juros cobrados em cada período, conforme 2º quadro do Anexo VII, fls. 61.

Entende-se correto tal procedimento, tendo em vista a impossibilidade de determinação sobre quais operações incidiram os juros.

O Fisco nada exige em relação a valores cobrados por agentes financeiros, mas, tão-somente, em relação àqueles auferidos pela Autuada.

A Impugnante admite que exigiu juros dos seus clientes nas vendas a prazo, no entanto entende que o ICMS só poderia incidir sobre valores que integram a operação de compra e que nas vendas financiadas ou a prazo a diferença acrescida cobre simplesmente o custo do dinheiro, sendo uma operação de crédito completamente desvinculada da operação mercantil.

Diz que deve incidir sobre os juros relativos às vendas a prazo o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e não o ICMS, acrescentando que houve uma invasão de competência por parte do Estado, ferindo, por isso, o princípio da reserva das competências impositivas.

Conforme observado pela fiscalização, a Impugnante tenta desqualificar-se da condição de empresa comercial, ramo hipermercado, com atividade única de vendas de mercadorias, e enquadrar-se como instituição financeira envolvida em operações de crédito, o que não encontra amparo legal.

Como advertiu a fiscalização, "a empresa para praticar operações de concessão de créditos, financiamento etc., terá

primeiramente que se regularizar perante órgãos como o Banco Central, Receita Federal e afins, na qualidade de instituição financeira".

Somente no caso dos acréscimos cobrados nas vendas a prazo serem financiados por agente financeiro para isso credenciado, mediante contrato firmado entre as partes e, se integralmente auferidos pela instituição financeira, tal quantia deixará de ser tributada pelo ICMS, eis que, como operação de crédito, passa a ser objeto de tributação pelo IOF, hipótese esta não caracterizada nos autos.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça descritas a fls. 1.368, não se aplicam ao presente caso, eis que os juros cobrados pela empresa e que motivaram a exigência não são oriundos de operações de financiamentos concedidos por Instituições Financeiras, nem tão pouco de vendas mediante Cartão de Crédito.

Aliás, conforme Lei 5.474/1.968, vendas com prazo de 30 dias são consideradas vendas à vista.

Portanto, configurada como está a infração, e legalmente enquadrada, as exigências do imposto e respectiva Multa de Revalidação devem ser mantidas.

Quanto às argüições de desrespeito às normas constitucionais, lembre-se novamente que não se inclui na competência do CC/MG, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, nos termos do artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar totalmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em acostar aos autos o requerimento do Contribuinte protocolizado em 21/05/2001, porém em não acatá-lo, tendo em vista já ter ocorrido o julgamento do PTA nº 01.000137715-81. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para acatar a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1413/1414 dos autos, considerando-se ainda os pagamentos efetuados pelo Contribuinte com base na Lei 14.062/01 (Lei da Anistia). Vencido, em parte, o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor) que o julgava parcialmente procedente para que, além de acatar a reformulação efetuada pelo Fisco e pagamentos efetuados pelo Contribuinte, fossem excluídas as exigências fiscais relativas ao item IV do Auto de Infração. Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro retro citado, as

Conselheiras Cláudia Campos Lopes Lara e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 29/05/02.
José Luiz Ricardo
Presidente/Relator

13 – Nota Fiscal – Desclassificação

1999

ACÓRDÃO: 13.309/99/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/05/99)

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Data de Saída Posterior à Ação Fiscal. Infração caracterizada. Impugnação improcedente. Permissivo legal aplicado, para reduzir multa isolada a 20% do seu valor. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de estar o autuado transportando mercadorias acobertadas por Nota Fiscal com data de saída posterior à ação fiscal.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por seu titular, Impugnação às fls. 45/49, alegando em síntese que quem efetivamente cometeu o erro não foi o autuado, e sim, o funcionário do sindicato Rural de Coromandel conforme faz prova a declaração anexa firmada por aquele funcionário (fl.47). A DRCT/SRF apresenta réplica às fls. 52/57, contestando as arguições do Autuado aduzindo que o funcionário do sindicato apenas emite o documento em seu nome, cabendo a ele Autuado conferir dito documento.

DECISÃO

Nos termos do art.134, inciso VIII, do RICMS/96, "considera-se inidôneo o documento emitido sem datas de emissão e saídas, com datas de emissão e saídas rasuradas ou cujas datas de emissão e/ou saídas sejam posteriores à ação fiscal".

Por força do art. 149, inciso I do mesmo diploma legal, "considera-se desacobertada para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria com documento fiscal falso ou inidôneo", culminando com a infringência ao parágrafo único, do art. 39, da Lei n.º 6.763/75.

O RICMS/96 contempla, em seu Anexo V, art.39, a possibilidade de emissão da Nota Fiscal de produtor rural pelo sindicato. Todavia, não se exime, o requerente da responsabilidade pela obrigação tributária decorrente, já que era de sua competência conferir os dados ali consignados, portanto, correta a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Acionado porém o permissivo legal, art.53, § 3.º da Lei n.º 6.763/75 para reduzir a multa exigida, a 20% do seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Itamar Peixoto de Melo e Eduardo Grandinetti de Barros.

Sala das Sessões, 29/03/99.
Enio Pereira da Silva
Presidente
Windson Luiz da Silva
Relator
Carlos José da Rocha
Procurador da Fazenda

ACÓRDÃO: 13.642/99/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 03/08/99)

EMENTA

Nota Fiscal – Desclassificação – Combustíveis – Inidoneidade e Divergência Quanto à Mercadoria – Considera-se desacobertada para todos os efeitos, a movimentação de mercadoria acompanhada de documentação fiscal inidônea e com discriminação de mercadoria diversa da efetivamente transportada, nos termos do art. 149, incisos I e III, do RICMS/96. Legítimas as exigências fiscais. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, em 31/05/98, no Posto Fiscal Orlando Alves de Lima, em Paracatu/MG, de que a Autuada transportava 38.000 litros de gasolina, sendo que no momento da autuação, foi apresentada a nota fiscal nº 001050, de 30/05/98, que foi desclassificada pelo Fisco, tendo em vista que o emitente (Coobrigada) encontrava-se com a inscrição estadual bloqueada por inexistência de fato do seu estabelecimento, e ainda, a mercadoria descrita no documento fiscal (óleo diesel) era divergente da efetivamente transportada (gasolina), conforme Termo de Contagem Física.

Mercadoria avaliada pelo valor total e R$ 25.809,60, sobre o

qual exige-se ICMS, MR (50%) e MI (40%), no valor total de R$ 13.033,85.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 88 a 90, pedindo o acolhimento de suas alegações e o cancelamento das exigências fiscais.

O Fisco se manifesta às fls. 92 a 94, requerendo ao final, a improcedência da impugnação.

DECISÃO

A nota fiscal em questão, número 001050, emitida em 30/05/98 pela Coobrigada Vectra Distribuidora de Combustíveis Ltda, é documento inidôneo, nos termos do art. 134, inciso II e III, do RICMS/96, já que a emitente estava com sua inscrição estadual bloqueada por inexistência de estabelecimento no local inscrito, conforme documentos de fls. 22/23.

Referido documento fiscal, já foi inclusive declarado inidôneo, de acordo com o Ato Declaratório de Inidoneidade nº 13067110-00107 (fls. 29).

Não bastasse, a nota fiscal objeto da autuação ainda discrimina mercadoria divergente da efetivamente transportada, ou seja, a nota fiscal refere-se a óleo diesel, ao passo que no veículo transportador continha gasolina.

Dessa forma, agiu corretamente o Fisco, ao desclassificar o documento fiscal, amparado no art. 149, incisos I e III, do RICMS/96, que considera desacobertada para todos os efeitos, a movimentação de mercadoria com documentação fiscal contendo estas irregularidades.

Não procede o argumento de que desconhecia a situação da remetente perante o Fisco Estadual e que não agiu com dolo, não burlou a lei, sendo "terceira de boa fé".

A Impugnante, na qualidade de transportadora e destinatária das mercadorias, é responsável pelo pagamento do imposto e acréscimos legais, conforme disposto no art. 56, inciso II, alínea "d", e inciso III, do RICMS/96.

Por força do art. 16, inciso X, da Lei 6763/75, a Autuada estava obrigada a exigir do remetente da mercadoria a exibição de sua ficha de inscrição estadual, procedimento que, se fosse adotado, revelaria a situação do remetente perante o Fisco.

Ademais, o cometimento de infração independe da intenção do agente, como se extrai do art. 2º, § 2º, da CLTA/MG, e art. 136 do CTN.

Restaram, portanto, devidamente configuradas as infringências à legislação tributária, sendo legítimas as exigências fiscais constantes

do Auto de Infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Luigi Cesare Iannone.

Sala das Sessões, 22/06/99.

Windson Luiz da Silva

Presidente

Cleomar Zacarias Santana

Relator

ACÓRDÃO: 14.063/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 04/05/00)

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Inidoneidade - Cerveja - Infração caracterizada, haja vista que a nota fiscal objeto da autuação foi emitida por estabelecimento que encerrou irregularmente as suas atividades, conforme art. 134, III do RICMS/96. Impugnação Improcedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a venda de mercadorias acobertadas pela nota fiscal 000209, de 10.05.98, considerada inidônea pelo Fisco por ter sido emitida por estabelecimento que encerrou irregularmente suas atividades, conforme art. 134, inciso III do RICMS/96. Segundo declaração do destinatário e comprovante de pagamento, em anexo, cópia do cheque de fls.11, a mercadoria teve como origem estabelecimento da Autuada – Adega – Araguari Distribuidora de Bebidas Ltda -.

Inconformada, a coobrigada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 32/42, contra a qual o Fisco apresenta manifestação fiscal às fls. 45/48.

DECISÃO

A Impugnante aduz que não tinha conhecimento de que a nota fiscal que acobertava as mercadorias por ela adquiridas se tratava de documento inidôneo, não lhe cabendo verificar a regularidade da emitente da nota fiscal perante o Estado.

Aduz, ainda, que foi eleita como sujeito passivo indevidamente, já que não há comprovação de que agiu com má-fé, inclusive registrou a

nota fiscal em seu Livro Registro de Entradas.

Inicialmente, é necessário ressaltar que a infração à legislação tributária é objetiva, isto é, não é da sua essência que haja dolo ou culpa do sujeito passivo.

A eleição da coobrigada como sujeito passivo solidário com a remetente da mercadoria tem seu fundamento no art. 21, inciso VII da Lei 6763/75, que prescreve:

> *Art. 21 – São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:*
>
> *...*
>
> *VII – a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;*

Portanto, a solidariedade acima referida tem a sua origem no art. 124, II do CTN. O interesse comum do art. 124, inciso I, refere-se à solidariedade natural. É o caso de dois irmãos que são co-proprietários "pró-indiviso" de uma gleba de terra.

De outro modo, a solidariedade do art. 124, II do CTN é a chamada solidariedade legal, instituída por lei (não havendo necessidade da pessoa praticar o fato gerador ou dele participar). Aqui se busca a garantia do crédito tributário, unindo-se pela solidariedade prevista na lei, diversas pessoas.

Relativamente ao mérito, a nota fiscal é inidônea por disposição expressa do art. 134, inciso III, do RICMS/96, que dispõe:

> *Art. 134 – Considera-se inidôneo o documento:*
>
> *...*
>
> *III – de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade.*

Deste modo, tem-se que a movimentação de mercadorias acompanhadas por documentação inidônea as faz desacobertadas de nota fiscal, portanto, sujeitas à autuação fiscal, conforme dispõe expressamente do art. 149, inciso I do RICMS/96.

O fundamento da multa isolada com base no art. 55, inciso X da Lei 6763/75, se justapõem à espécie dos autos, configurando a tipicidade tributária.

Também, não há os pressupostos para a aplicação do art. 112 do CTN, visto que a infração está configurada, não havendo qualquer dúvida sobre as circunstâncias materiais do fato, além da capitulação adequada da infração cometida, bem como das penalidades aplicadas.

Não há qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato à norma.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão, Antônio Leonart Vela e João Alves Ribeiro Neto.

Sala das Sessões, 13/04/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.363/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 24/01/01)

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Inidoneidade - Omissão de Datas de Emissão e Saída. A nota fiscal apresentada ao Fisco foi desclassificada por omitir as datas de emissão e saída. Infração caracterizada nos termos dos arts. 134, inciso VIII e 149, inciso I, ambos do RICMS/96, parte geral. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, face à desclassificação da nota fiscal apresentada por inexistência de indicação de datas, de emissão e saída. Exige-se ICMS, MR e MI.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 51 a 57, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.80 a 84.

A 4ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 87, o qual não foi cumprido pela Autuada.

DECISÃO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal hábil.

No momento da abordagem foi apresentada a Nota Fiscal n° 01949 (fls. 08) emitida por Longo Madeiras Ltda, considerada inidônea pôr não consignar datas de emissão e saída.

A Autuada alega que não houve dolo, má fé, Simulação, que o imposto foi recolhido, e que o carimbo da unidade fiscal de origem

convalida o documento segundo orientação do SINISEF- Serviço Nacional de Informações Fiscais.

Como se depreende dos autos, bem como das provas que o instruem, a infração apurada é objetiva ou seja, o contribuinte não cumpriu o que estabelece os art. 39, parágrafo único e art. 16, inciso VI, ambos da Lei nº 6763/75.

O Anexo V, do RICMS/96, contém as disposições gerais a respeito dos documentos e livros fiscais, predispondo o seguinte com relação a nota fiscal de saída Modelo 1:

> *Art.2° - A nota fiscal conterá, nos quadros e campos próprios, observada a disposição gráfica dos modelos 1 e 1-A, as indicações do quadro a seguir:*

QUADROS	CAMPOS	OBS.
EMITENTE	1 a 17 – "OMISSIS" 18- a data de emissão da nota fiscal. 19- a data da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento; 20 - a hora da efetiva saída da mercadoria do estabelecimento ;	(...)

Sendo claras as infringências ao art. 19, inciso. I, Alíneas "S" e "T" do Convênio do SINIEF – SN°/70 C/C O art. 134, inciso VIII, do RICMS/96, in verbis, de que faltando a data de emissão e saída, considera-se inidôneo o documento fiscal, e, sendo inidôneo o documento fiscal, desacobertada se encontra a operação nos estritos termos do art. 149, inciso I, do RICMS/96, in verbis.

> *Art. 134- Considera-se inidôneo o documento:*
>
> *VIII- sem datas de emissão e saída, com datas de emissão e saída rasuradas ou cujas datas de emissão e/ou saída sejam posteriores á da ação fiscal;*
>
> *Art. 149 – Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:*
>
> *I- Com documento fiscal falso ou inidôneo.*

Comprovada a irregularidade, tornam-se corretas as exigências do ICMS, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e da

Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6763/75.

Nenhum argumento apresentado pela Impugnante e nenhuma prova material acostada aos autos- NF com carimbo da AF de origem do contribuinte – tem o poder de anular a infração constatada.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cleusa dos Reis Costa (Revisora) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 17/10/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Relator

ACÓRDÃO: 14.615/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 24/05/01)

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Divergência de Destinatário – Café – A nota fiscal apresentada ao Fisco foi desclassificada por consignar destinatário divergente daquele a quem a mercadoria efetivamente se destinava, sendo a mercadoria considerada desacobertada de documentação fiscal. Razões de defesas incapazes de elidir o feito fiscal. Infração caracterizada. Lançamento Procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, através de levantamento quantitativo de estoque, realizado no momento da ação fiscal, confrontado com o Livro Controle da Produção e Estoque de Café, de entrega de 250 sacas de café arábica tipo 7 desacobertadas de documentação fiscal. A Nota Fiscal nº 000329, emitida por Caf Torres, apresentada no ato da abordagem foi desclassificada pelo Fisco por não ser documento hábil para acobertar a operação.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.33/37), requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 51/53**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Analisando as peças que compõem os autos, verificamos que o trabalho fiscal encontra-se revestido de todas as cautelas, não tendo a Impugnante conseguido trazer provas irrefutáveis para ilidir o feito fiscal.

O presente litígio versa sobre a desclassificação da Nota Fiscal nº 000329, emitida em 29/08/00, por ser inábil para acobertar a operação, uma vez que a emitente Caf Torres, destinava a mercadoria para a Matriz, situada na Rua Honorina Barros nº 89, bairro Centro, Divino-MG, e a mercadoria destinava-se a Filial, estabelecida à Av. Profª. Eunice Souza Gonçalves nº 581, bairro Givisiez, Divino-MG.

O Fisco agiu corretamente ao desclassificar a Nota Fiscal nº 000329, emitida pela Caf Torres, uma vez que a movimentação da mercadoria, 250 sacas de café arábica tipo 7, encontrava-se desacobertada de documentação fiscal, nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei nº 6.763/75.

A jurisprudência desta corte é pacífica quanto à desclassificação de documentação fiscal, quando presente divergência de dados essenciais, entre o documento fiscal e a realidade fática, o que ocorre no presente caso.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 29/03/01.

Aparecida Gontijo Sampaio

Presidente/Revisora

Luiz Fernando de Castro Trópia

Relator

14 – Obrigação Acessória

1999

ACÓRDÃO: 702/99/4ª *(PUBLICADO NO DOE DE 02/03/00)*

EMENTA

Nota Fiscal - Destinatário Diverso - Mencionado no "Quadro Descrição dos Produtos" na nota fiscal local de entrega divergente daquele constante no "Quadro Destinatário". Impugnação Improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a menção de destinatários diversos daqueles a quem as mercadorias realmente se destinavam, nas notas fiscais de números: 004688, 004689, 005249, 005261 e 005280 emitidas pela Autuada.

Emitido AI nº 02.000125704/58 para cobrança de Multa Isolada pela infração cometida.

Inconformada, a Autuada apresenta Impugnação de fls. 23 e 24, tempestivamente por procurador regularmente constituído; contra a qual a DRCT/SF Metropolitana apresenta réplica às fls. 42 a 46 .

DECISÃO

Alega a Impugnante que a divergência entre o local de entrega e o endereço constante nas notas fiscais vem traduzir erro de fato, não constituindo sonegação de tributo nem trazendo qualquer prejuízo aos cofres públicos

No entanto, na legislação mineira existe apenas 3(três) dispositivos regulando a colocação na nota fiscal de local de entrega diverso do endereço do destinatário são eles: Armazém Geral (Anexo IX, art.53), Depósito Fechado (Anexo IX, art.67) e Construção Civil (Anexo IX, art.183).

As notas fiscais objeto da presente autuação não se referem a nenhuma das 03 (três) hipóteses anteriormente mencionadas.

Afirma, ainda, a Autuada que em momento algum agiu com dolo ou tentou sonegar qualquer valor.

Entretanto, prevê o § 2º, do Art. 2º, da CLTA/MG, Decreto nº 23.780/84, abaixo transcrito:

> *"Art. 2º - Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária que importe em inobservância, por parte de pessoa física ou*

jurídica, de norma estabelecida por lei, regulamento ou ato administrativo de caráter normativo.

.....

§ 2º - Salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato."

Não havendo qualquer dúvida em relação à capitulação legal do fato, à sua natureza ou suas circunstâncias materiais ou natureza e extensão dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade ou punibilidade, ou quanto à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação, estando o ilícito fiscal perfeitamente caracterizado, não se aplica, portanto o Art. 112 do CTN ao vertente caso.

Os demais argumentos e citações apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a Quarta Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar Improcedente a Impugnação. Vencido o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho (relator), que a julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Ruy Barbosa Gonçalves e Ângelo Alberto Bicalho de Lana.

Sala das Sessões, 09/11/99.
João Inácio Magalhães Filho
Presidente
Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora/ Designada

ACÓRDÃO: 13.456/99/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 24/06/00)

EMENTA

Nota Fiscal - Prazo de Validade Vencido - CTRC - Emissão Fora do Prazo. Emissão de CTRC para acompanhar nota fiscal, após o vencimento do prazo de validade da mesma. Infração caracterizada nos termos dos arts. 59, inciso II e § 2º e 67, inciso I, ambos do Anexo V, do RICMS/96. Impugnação improcedente. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, § 3º do art. 53, da Lei nº 6763/75, para reduzir a MI aplicada a 30%(trinta por cento) de seu valor.

Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadoria em 31/05/97, acobertada pela Nota Fiscal nº010.267, emitida em 22/05/97 e com data de saída rasurada, acompanhada do CTRC nº 000265, de 28/05/97, portanto, quando já vencido o prazo de validade da nota fiscal , já que a data de saída estava rasurada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 15 a 18, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 33 a 36.

DECISÃO

Analisando as peças que compõe os autos verificamos que a infração está caracterizada e devidamente comprovada nos termos dos arts. 59, inciso II e § 2º, e 67, inciso I, ambos do Anexo V, do RICMS/96.

A Impugnante, empresa de transporte de cargas, foi autuada por receber mercadorias para prestação de serviços de transporte e, somente emitiu o CTRC quando já vencido o prazo de validade da nota fiscal.

A emissão de notificação fiscal para correção da data de saída da nota fiscal, não a socorre, pois, tal comunicação é vedada para substituir ou suprir data de saída de mercadoria, conforme dispõe o art. 96, inciso XI, Alínea "c.2".

De outro lado, descabida a requerida produção de prova pericial, por ausência, para tanto, dos pressupostos fixados no art. 114, da CLTA/MG.

Assim, o simples confronto entre a nota fiscal e o CTRC permite verificar que o prazo de validade dessa está vencido, o que dá respaldo ao procedimento da fiscalização.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, indeferir o pedido de perícia, formulado pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a Multa Isolada aplicada a 30% (trinta por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, Edwaldo Pereira Salles (Revisor) e Joaquim Mares Ferreira. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Sávio Napoleão de Medeiros e, pela Fazenda estadual o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

Sala das Sessões, 21/10/99.

Antônio César Ribeiro

Presidente

João Alves Ribeiro Neto

Relator

ACÓRDÃO: 12.913/99/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/05/99)

EMENTA

Obrigação acessória - Transporte de mercadorias desacompanhado da Nota Fiscal do Armazém-Geral - Constatado nos autos transporte de mercadorias que se encontravam depositada em Armazém Geral sem a completa documentação prevista na legislação. Inobservância do disposto no art. 53, inciso II, Anexo IX do RICMS/96. Impugnações improcedentes. Decisão por maioria de votos. Aplicado o permissivo legal para cancelar a multa isolada. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de mercadorias que se encontravam depositadas em Armazém-Geral acobertadas, unicamente, pela Nota Fiscal emitida pelo Produtor Rural, contrariando o disposto no art. 53, inciso II, Anexo IX do RICMS/96, que exige neste caso, a emissão de Nota Fiscal pelo Armazém-Geral no ato da saída da mercadoria.

Inconformada, a Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos Impugnações, contra as quais a DRCT/SRF/Paranaíba apresenta Réplica.

DECISÃO

A legislação contida no anexo IX, do RICMS/96 prescreve em seu artigo 53, inciso II, que na saída da mercadoria depositada em armazém geral situado no Estado com destino a outro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, o Armazém emitirá Nota Fiscal em nome do estabelecimento depositante.

A informação de que as mercadorias encontravam-se depositadas em Armazém-Geral constam das próprias Notas Fiscais interceptadas, no campo reservado aos dados dos produtos.

Assim sendo, constatando o Fisco o descumprimento da obrigação acessória, aplicou corretamente a penalidade capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

A própria Impugnante admite, em sua defesa, que as mercadorias estavam acobertadas apenas pelas Notas Fiscais emitidas pelos produtores rurais.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente a mpugnação,

vencido o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho (Relator) que as julgavam procedentes. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal para cancelar a multa isolada. Participaram do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro Mauro Rogério Martins.

Sala das Sessões, 25/03/99.

Antônio César Ribeiro

Presidente

Ana Esther Avelar Paculdino Ferreira

Relatora

Elaine Coura

Procuradora da Fazenda

2000

ACÓRDÃO: 13.948/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 21/12/00)

EMENTA

Nota Fiscal - Prazo de Validade Vencido - Operação Interestadual. Constatado o transporte de mercadoria acobertado por notas fiscais com prazos de validade vencidos para o percurso dos 100 KM iniciais. Inobservância às disposições expressas no art. 59, inciso II, do Anexo V, do RICMS/96. Razões de defesa insuficientes para ilidir o feito fiscal. Exigência fiscal mantida. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o transporte de mercadorias em 21/03/1.999, acobertadas pelas Notas Fiscais nºs 010.646, 010.647 e 010.648, com datas de emissão saída de 19/03/1.999, estando, portanto, com seus prazos de validade vencidos para o percurso dos 100KM iniciais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 50 a 52, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.56 a 58.

DECISÃO

A documentação que acobertava a circulação das mercadorias (fls. 03/08) consta, no campo das informações complementares, que tratava-se de retorno de material enviado para reparo. Tal fato não é objeto de discussão nestes autos.

O que foi objeto da autuação foi o transporte das mercadorias

em retorno, acobertadas por documentação fiscal, esta, porém, com o prazo de validade vencido.

As notas fiscais foram emitidas em 19 de março de 1999. Das mesmas, constam ainda, a data de saída 19 de março de 1999. A abordagem se deu, quando do transporte, em 21 de março do mesmo ano, no Posto Fiscal Geraldo Arruda, que se situa na BR-040, no município de Moeda. Do local da saída da mercadoria ao local da abordagem, a distância é inferior a 100km.

Sendo inferior a 100km, na forma do art. 59, inciso II, do Anexo V do RICMS/96, o prazo de validade das notas fiscais inicia-se na data da saída do estabelecimento do contribuinte, tem por validade 3 três dias, mas os 100 (cem) primeiros quilômetros o prazo de validade se estende até as 24 horas do dia imediato àquele em que tenha ocorrido a saída. Assim, o prazo de validade das notas fiscais expirou-se na última hora do dia 20 de março de 1999.

Entretanto, como se trata de mercadoria ao abrigo da suspensão tributária, restaria analisar o prescrito no art. 64 do Anexo V do RICMS/96. Consta, entretanto, do inciso II do referido artigo, que não se aplica o prazo de validade da nota fiscal, quando haja possibilidade da identificação perfeita da mercadoria pela quantidade, qualidade, marca, modelo, tipo e número de série de fabricação, descrita na documentação. Como se pode verificar nos autos, mesmo que fosse a mercadoria passível de identificação na forma legal, não fora ela descrita com tais dados nas notas fiscais que acobertavam o transporte. Com isto, o contido no art. 64 do Anexo V do RICMS/96 não se aplica.

Assim, estava a documentação fiscal que acobertava as mercadorias em circulação com o prazo de validade vencido, o que implica em aplicação da penalidade isolada contida no art. 55, inciso XIV, da Lei nº 6763/75.

O defeito mecânico alegado pela Impugnante seria fato justificável e aceito para se ter a revalidação das notas fiscais (art. 62, do Anexo V, do RICMS/96) e não para se justificar o trânsito da mercadoria em transporte, com o prazo de validade vencido. Tratando-se de fim de semana, no próprio Posto Fiscal em que se deu a abordagem, poderia o transportador apresentar a documentação válida que provasse o impedimento do transporte e as notas fiscais, estas antes do seu prazo de validade vencido, que as mesmas seriam revalidadas, o que não se deu. Entretanto, ao tempo da abordagem, as notas fiscais já estavam com o prazo de validade vencido e não havia, pois, que se falar em revalidação.

O § 3° do art. 53 da Lei nº 6763/75 permite a este Conselho a

faculdade da redução ou do cancelamento da obrigação acessória. Porém, para tal, há que se atender ao contido no § 5° do mesmo art., dentre as exigências, que não se tenha a reincidência. Às fls. 63 dos autos, tem-se que a autuada é reincidente. Sendo assim, não se é permitida a redução ou o cancelamento da obrigação acessória.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cleomar Zacarias Santana (Revisor) e João Inácio Magalhães Filho .

Sala das Sessões, 31/10/00.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente
Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

ACÓRDÃO: 14.006/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 01/07/00)

EMENTA

Obrigação Acessória - Falta de Entrega do Mapa Resumo de Entradas de Combustíveis - Reincidência. Exigência da multa isolada capitulada no art. 54, inciso III da Lei nº 6763/75. A constatação de reincidência, determina o agravamento da penalidade prevista, sendo esta majorada em 50%, nos termos do art. 53, § 7º da Lei 6763/75. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Impugnações improcedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de entrega do Mapa de Resumo de Entradas de Combustíveis no período de abril a junho de 1998.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração, por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Analisando as peças que compõem os presentes processos, verifica-se estar devidamente comprovada a infração.

Não têm as impugnações argumentos suficientes para elidir o

feito fiscal. Limitando-se a meras alegações sem entretanto comprovação das mesmas.

Restou inequivocamente evidenciado nos autos o descumprimento ao disposto no artigo 6º, § 2º do RICMS/96, c/c art. 16 da Lei nº 6.763/75.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedentes as Impugnações. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Lúcia Maria Martins Perissé.

Sala das Sessões, 02/03/00.

Luciana Mundim de Mattos Paixão

Presidente/Revisora

Thadeu Leão Pereira

Relator

2001

ACÓRDÃO: 14.966/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 11/08/01)

EMENTA

NOTA FISCAL - DESTINATÁRIO DIVERSO. Vendas de mercadorias em nome de empresas destinatárias localizadas nas regiões Nordeste e Centro-oeste que declaram não ter adquirido e nem recebido as mercadorias. As exigências de ICMS e MR foram objeto de parcelamento, subsistindo o contencioso em relação à MI. Comprovada nos autos a irregularidade imputada, mantém-se a penalidade, prevista no art. 55, inciso V da Lei n.º 6763/75. Lançamentos procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre recolhimento a menor de ICMS decorrentes da emissão de notas fiscais, mod. I, de operações interestaduais, com destaque do imposto à alíquota de 7%, indicando destinatário diversos. As exigências de ICMS e MR foram objeto de parcelamento, conforme Autos de Infração complementares, lavrados nos termos do art. 8º da Resolução 3070/00, subsistindo o contencioso em relação à MI.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente os Autos de Infração, por intermédio de representante

legal, aos seguintes fundamentos:

Alega que aderiu ao programa de parcelamento do valor cobrado a título de ICMS - principal - bem como a Multa de Revalidação conforme faz provas os comprovantes de pagamento (DAE) ora anexados;

Esclarece que, em decorrência do parcelamento deferido pela autoridade fazendária, foram lavrados novos Autos de Infração, quais sejam, 01.000137521-01, 01.000137520-21, 01.0000137526-91, 01.000137529-34, 01.000137528-53 e 01.000137533-53, que discriminam os saldos remanescentes;

Enfatiza que são constantes as intimações do Fisco solicitando livros e notas fiscais da empresa, e que quase sempre tais documentos estão de posse dos Fiscais;

Ressalta que a MI aplicada no elevado patamar de 20% revela-se absurdamente exagerada, considerando-se que não se vislumbra a prática de dolo e má-fé;

Discorre, ainda, sobre dispositivos da Legislação Tributária de Minas Gerais que prevêem a possibilidade de redução ou cancelamento da Multa Isolada. Faz citações a autores com publicações a respeito de multas com caráter confiscatório. E questiona a legalidade da cobrança de juros selic. Requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta manifestação**,** refutando as alegações da defesa:

- A Impugnante não contesta o feito fiscal em si, até porque o reconheceu quando requereu e confirmou o parcelamento com o pagamento da entrada prévia do ICMS e Multa de Revalidação referente a infração cometida;

- as alegações de que são constantes as intimações do Fisco solicitando livros e notas fiscais da empresa, e que quase sempre tais documentos estão de posse dos Fiscais não correspondem aos fatos;

- o grupo tem uma logística operacional em que as mercadorias comercializadas pelos estacionamentos varejistas são remetidas em transferência pelo estabelecimento sede, que centraliza as compras e mantém os estoques para suprimento;

- apesar de a Reclamante insistir na argumentação de que não houve dolo ou má-fé, que as vendas foram feitas diretamente à Srª. Neci Nunes Martins, em nenhum momento se dispôs a apresentar quaisquer documentos comprobatórios, como: recibos financeiros, comprovantes de recebimentos, cópias de cheques, extratos bancários e outros.

Requer, ao final, a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

As autuações versam sobre recolhimento a menor de ICMS decorrentes da emissão de notas fiscais, mod. I, de operações interestaduais, com destaque do imposto à alíquota de 7%, indicando destinatário diversos. As exigências de ICMS e MR foram objeto de parcelamento, conforme Autos de Infração complementares, lavrados nos termos do art. 8º da Resolução 3070/00, subsistindo o contencioso em relação à MI.

Assim, analisa-se aqui apenas as questões pertinentes a Multa Isolada.

A Impugnante não contesta o feito fiscal em si, até porque o reconheceu quando requereu e confirmou o parcelamento com o pagamento da entrada prévia do ICMS e Multa de Revalidação referente à infração cometida. Apenas faz argumentações vagas sobre determinados fatos e se insurge quanto à aplicação da norma tributária referente à Multa Isolada e o juros selic.

Quanto à pretensão da Reclamante de ter a Multa Isolada excluída ou reduzida ao grau mínimo, não comporta razoabilidade, as evidências verificadas na infração cometida indicam que houve a intenção deliberada de acertar, a cada mês, o estoque de mercadorias pagando menos imposto.

A Reclamante apesar de insistir na argumentação de que não houve dolo ou má-fé, em nenhum momento se dispôs a apresentar quaisquer documentos comprobatórios necessários.

No tocante a questão de direito, a reclamante insurge contra a aplicação da norma legal vigente, considerando ser exorbitante e de caráter confiscatório o percentual aplicado a título de Multa Isolada, e argüindo a legalidade, inclusive a constitucionalidade.

Verifica-se que a peça fiscal foi elaborada em observância e na forma da legislação vigente, não assistindo, portanto, razão a Autuada.

No que concerne às questões constitucionais argüidas pela Impugnante, ressaltamos a limitação de competência estatuída no art. 88, I, da CLTA/MG.

Comprovadas nos autos a irregularidade imputada , mantém-se a exigência de MI (art. 55, inciso V da Lei n.º 6763/75).

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedentes os lançamentos, mantendo-se as exigências fiscais, devendo ser considerado o parcelamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os

Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 20/06/01.
José Luiz Ricardo
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.830/01/1ª *(PUBLICADO NO DOE DE 12/12/01)*

EMENTA

MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO – ESTABELECIMENTO NÃO INSCRITO - Estoque de mercadorias desacobertado de documentos fiscais apurado por meio de contagem física de mercadoria no estabelecimento, relacionadas no Termo de Apreensão. Infração caracterizada.
OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – A Autuada mantinha estabelecimento comercial em funcionamento, sem inscrição estadual. Aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso I, da Lei nº 6.763/75. Exigências fiscais mantidas.
Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que, a Autuada mantinha um estabelecimento comercial em funcionamento, sem inscrição estadual, à rua José dos Reis Vilela, nº 02, Centro, em Lavras. Constatou-se, ainda, o estoque de mercadorias desacobertadas de nota fiscal, relacionadas no Termo de Apreensão, em anexo. No momento da ação fiscal foram apresentadas notas fiscais da Autuada, as quais foram desclassificadas por não acobertarem a operação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 64/66, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 132/133.

DECISÃO

A Autuada alega que tem um estabelecimento, situado no município de Itaúna, e que faz distribuição das mercadorias na região de Lavras, tendo pontos de vendas com a distância de até 260 km da sede. Na cidade de Lavras, apenas para uma questão operacional, à noite, guarda veículos da Autuada. De manhã, uma carreta traz as mercadorias do estabelecimento de Lavras, com as mercadorias da região, que são transferidas para três veículos menores, os quais fazem as entregas.

Inclusive, no dia da ação fiscal, quando a mercadoria foi transferida para o último caminhão, deu-se a ação fiscal.

A alegação da Autuada não procede. Primeiro, pelo fato de constar dos autos do Levantamento Quantitativo, de fls. 50, e o Termo de Apreensão, devidamente assinados por representante da Autuada. Conforme consta, do Levantamento Quantitativo, a relação das mercadorias foram fornecidas pela própria Autuada (doc. de fls. 61). Em segundo, pelo que consta da manifestação fiscal, as mercadorias encontravam-se em um galpão de aproximadamente 1.500m² , com escritório de vendas e funcionários (item 1, fls. 132). E, em terceiro, consta, ainda, da mesma manifestação, que a mercadoria, no momento da ação fiscal estava sendo transportada do galpão para caminhão, não havendo nenhum outro veículo no local (item 2, fls. 132).

Diante destes fatos e das características do local, tem-se um estabelecimento, nos exatos termos do art. 58, I, da Parte Geral do RICMS/96. Sendo um estabelecimento, nos termos do art. 96, I, do RICMS/96, era obrigação do Contribuinte inscrevê-lo na repartição fazendária competente. Não o fazendo, incorreu em infração, pelo que se faz correta a exigência do art. 54, I, da Lei nº 6.763/75.

Encontrando-se mercadorias no estabelecimento, o Fisco procedeu ao Levantamento Quantitativo, apurando-se o estoque desacobertado, em razão do que fez exigir o ICMS, MR e MI, na forma capitulada no Auto de Infração.

Com as Notas Fiscais de fls. 11/58, tentou o contribuinte acobertar as mercadorias. No entanto, tais notas fiscais não se prestam a tal, pois foram emitidas pelo estabelecimento da Autuada, que é de Itaúna e destinavam-se terceiros diversos. Portanto, se as mercadorias se encontravam em estoque, estas notas fiscais não se prestavam a tal, pois tratavam de operação entre o estabelecimento de Itaúna diretamente com terceiros. Além do mais, cada estabelecimento deve emitir o seu documento fiscal, nos termos do art. 143 da Parte Geral do RICMS/96. Assim, também corretas as exigências fiscais e a desconsideração fiscal aos documentos de fls. 11/58.

Quanto ao argumento denominado "Argumento definitivo", às fls. 65, também não tem como o mesmo ser acolhido, pois a se exigir da Autuada o cumprimento da obrigação tributária decorrente da autuação, fê-lo com fulcro no art. 60 da Parte Geral do RICMS/96.

Assim, as alegações levantadas pela Autuada em sua peça impugnatória não foram capazes de elidir o feito fiscal, pelo que não merece o mesmo qualquer reparo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do

CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Cleusa dos Reis Costa, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 26/04/01.
Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.672/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 09/0301)

EMENTA

Mercadoria - Entrada Desacobertada - Levantamento Quantitativo - Restou evidenciada nos autos a entrada de mercadoria desacobertada de documentação fiscal. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exigências mantidas.
Obrigação Acessória - Falta de Registro de Nota Fiscal - Evidenciada a falta de registro da nota fiscal. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, alínea "b" da Lei n.º 6.763/75. Exigências mantidas.
Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a autuação (fls. 10/11) sobre a constatação de que, em levantamento quantitativo realizado no período de 01-12-99 a 30-03-00, foi constatado que o Autuado deu entrada de gasolina desacobertada de documento fiscal e deixou de registrar, em Livro Registro de Entrada, uma nota fiscal. Pela primeira infração, foi exigido ICMS, MR e MI. Pela segunda, multa isolada no valor de 2% sobre valor da nota.

Em sua Impugnação de fls. 23, a autuada alega, em síntese: 1) que o levantamento quantitativo deve ser feito com critério, mencionando os artigos a que se refere, o estoque existente, as entradas e saídas no período considerado, conforme deliberação nº 6.921 do CC/MG; 2) que o Fisco desprezou a nota fiscal 065754, que se encontrava devidamente registrada no seu LREM; 3) que a escrituração se deu antes de ser autuada, sem qualquer prejuízo para os cofres do Estado e que a deliberação 7.058 do CC/MG diz não se aplicar penalidade por registro intempestivo de documentos; 4) que seja cancelado o AI.

O Fisco, por sua vez, em Réplica (fls. 27), manifesta-se da forma seguinte, em síntese:

1) que às fls. 10 a 14 estão relacionadas às notas fiscais de

entradas e de

saídas e os estoques inicial e final;

2) que, no momento da ação fiscal, a nota não estava registrada.

DECISÃO

Primeiramente, o levantamento quantitativo é procedimento idôneo previsto na legislação, mais especificamente no art. 194, II, do RICMS/96.

Os dados que o Fisco considerou para constatar a infringência estão contidos no quadro de fls. 11, sendo que as entradas estão discriminadas às fls. 12 e os volumes em 01/12/99 e em 30/03/00.

Sem dúvida que o Fisco poderia ter juntado aos autos as notas fiscais e cupons de saída do combustível. Porém o fato de não tê-las relacionado, em nada implica, pois a Autuada é detentora dos blocos de notas fiscais e dos registros de cupons de saída e poderia ela muito bem verificar pelos mesmos e impugnar trazendo dados sólidos para se contraporem aos dados fiscais constantes dos autos.

Os dados estão nos autos e acompanharam todos eles o Auto de Infração, não havendo dúvida tratar-se de gasolina, conforme consta do relatório do mesmo Auto de Infração (fls. 06) e como resta claro pelo Relatório de Notas Fiscais de Entrada de Combustíveis (fls. 12).

Utiliza-se a Autuada a expressão deliberações do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, citando números das deliberações. Com todo respeito, está ele equivocado, pois as deliberações são tomadas pelo Conselho Pleno e não se alcançou, sequer, uma centena de deliberações, até a presente data. Assim, desconhece-se de onde teria a Autuada retirado tais números e textos.

Alega, ainda, que o Fisco desconsiderara a Nota Fiscal 065754. Outro equívoco cometeu a Autuada ao afirmar isto, pois, como se vê pelo Relatório de Notas Fiscais de Entradas de Combustíveis, às fls. 12, a nota foi considerada, uma vez está ela dentro do período fiscalizado.

Por fim, conforme se pode verificar pelo documento de fls. 15, em 30/03/2000, a Nota Fiscal 065.754, de 14/02/2000, de emissão da ALE COMBUSTÍVEIS LTDA., não havia sido escriturada. O Termo de Início da Ação Fiscal foi lavrado em 24 de abril de 2000, mesma data em que a Autuada escriturou-a (fls. 25) no Livro Registro de Entradas. Assim, já estava ele sob a ação fiscal, sendo, portanto correta a exigência do Fisco, na multa isolada.

Aliás, verificando-se o teor da Impugnação, apenas afirma a Autuada "que não se aplica penalidade por registro intempestivo de documentos." Realmente, correta estaria a Autuada se tivesse

escriturado tal documento antes da ação fiscal. Como prescreve o art. 51 da CLTA, a ação fiscal se iniciou com a lavratura do TIAF- Termo de Início da Ação Fiscal (documento de fls. 02). Portanto, sendo constatada a infringência, correta a exigência.

Assim, o trabalho fiscal não merece reparo.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão e Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 13/02/01.
José Luiz Ricardo
Presidente/Revisor
Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

ACÓRDÃO: 14.747/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 23/10/01)

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - LOCAL DA OPERAÇÃO - Caracterizado nos autos que a mercadoria foi importada por contribuinte localizado em outra unidade da Federação com o objetivo prévio de ser destinada à Autuada neste Estado, sem contudo recolher o ICMS devido a Minas Gerais, de acordo com os preceitos contidos no artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal, artigo 11, inciso I, "d" da Lei Complementar n.º 87/96, artigo 61, inciso I, "d.1' e "d.3" do RICMS/96 e artigo 1º, item 1, subalínea B.2, da Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - Falta de emissão de notas fiscais de entrada relativas às mercadorias importadas do exterior. Exclusão da MI capitulada no artigo 57, da Lei nº 6763/75, por não restar caracterizado o descumprimento de obrigação acessória. Exigência fiscal cancelada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre: a) - falta de recolhimento do ICMS incidente sobre operações de importações de mercadorias do exterior, uma vez descaracterizadas as aquisições de mercadorias importadas, remetidas por "Barter Ltda", sediada no Estado do Espírito Santo (exercícios de 1996 a 1999), eis que as importações foram atribuídas à Autuada; b) - falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes as operações de importações acima evidenciadas.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1387/1401), por intermédio de procurador regularmente constituído.

Afirma que atua no segmento da comercialização e assistência técnica de aparelhos de ar condicionado e sistemas de ventilação e refrigeração, sendo que por razões de praticidade, celeridade e economia, adquiriu da Barter Ltda, empresa registrada no FUNDAP (programa instituído pelo Estado do Espírito Santo para o financiamento, pelo Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, da parcela dos valores destinados ao recolhimento do ICMS devido nas operações de importação praticadas pelas empresas nele registradas), as mercadorias importadas que lhe eram necessárias. Assim, as aquisições envolveram duas etapas distintas: a primeira, a importação, pela Barter Ltda, dos bens em questão, e a segunda, a aquisição, pela Autuada, dos bens já importados por aquela outra.

Faz a seguinte indagação: se existe uma determinada sociedade especializada na importação e armazenagem de mercadorias originárias do exterior (*in casu* – Barter Ltda) e que, ainda por cima, oferece vantagens econômicas em virtude de financiamento concedido pelo Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, porque deveria a Impugnante adotar outro procedimento que lhe seria mais oneroso, não só do ponto de vista técnico, mas também do financeiro?

Ressalta que não realizou qualquer operação ilegal ou simulada, mesmo porque as declarações e guias de importação, as notas fiscais emitidas pela empresa importadora à adquirente, os contratos de operação de câmbio e venda celebrados pela Barter Ltda com o Banco do Brasil, o contrato social desta empresa e o certificado de registro da mesma no FUNDAP, demonstram que as importações foram realizadas pela Barter Ltda.

Aduz que o negócio jurídico efetuado entre as partes é previsto na Lei n.º 2.508/70 do Estado do Espírito Santo, Comunicados da Cacex 133/85 e 204/88, Portaria 8/91 da Decex e pelo Convênio ICM 12/79 ratificado nacionalmente através do Protocolo ICM 6/80, no qual o

Estado de Minas Gerais figurou como um dos subscritores.

Assevera que a obrigação tributária foi extinta, eis que o imposto foi recolhido aos cofres do Estado do Espírito Santo, pela Barter Ltda, não podendo outra Unidade da Federação intervir, sob pena de restarem feridos os constitucionais e legais princípios da legalidade, da territorialidade e da vedação ao "bis in idem".

Afirma que o Fisco não apresentou argumentação ou prova para descaracterizar a importação realizada pela Barter Ltda, para considerá-la como tendo sido praticada pela Impugnante.

Transcreve parecer doutrinário sobre o recolhimento do ICMS pelas empresas registradas no FUNDAP bem como dispositivos legais para concluir que o imposto exigido no AI é de competência do Estado do Espírito Santo.

Diz que a multa isolada pela falta de emissão da nota fiscal de entrada é indevida, eis que o real estabelecimento importador é a Barter Ltda, empresa que emitiu corretamente os documentos fiscais próprios.

Anexa cópia dos Acórdãos 931/00/4ª e 938/00/4ª desta Casa.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 1449/1459**,** refuta as alegações da defesa.

Argumenta que a autuação teve origem em operação especial de fiscalização que consistiu na análise de registros fiscais relacionados às entradas de mercadorias importadas do exterior e recebidas, de estabelecimentos, com endereços no Estado do Espírito Santo.

Ressalta que "ao se usar o programa FUNDAP, a nacionalização da mercadoria é feita em nome da empresa mutuária do FUNDAP, a qual obtém do Estado do Espírito Santo uma "Declaração de Exoneração do ICMS na Entrada de Mercadoria Estrangeira", com base na Guia de Importação. Após a emissão da Nota Fiscal de Venda da empresa mutuária do FUNDAP para o cliente, o Estado do Espírito Santo concede um prazo médio de 75 dias para o recolhimento do imposto ICMS destacado na Nota (operação interestadual, quase sempre com a alíquota de 12%)." – (Fonte: Rede Mundial de Computadores – www.fundap.com.br).

Cita vários dispositivos legais com o fito de salientar que a legislação tributária atribui ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço, o ICMS devido na importação de mercadoria do exterior.

Aduz que no caso, as mercadorias de procedência estrangeira saíram diretamente dos portos, aeroportos e estações aduaneiras do interior, para o estabelecimento situado em território mineiro, sendo que,

grande parte dos despachos aduaneiros aconteceram no terminal de cargas do aeroporto de Confins, neste Estado.

Anexa diversos documentos no sentido de comprovar que a Barter Ltda agiu, tão-somente, como intermediária nas importações, sendo que os produtos não foram importados com a finalidade de colocá-los no mercado e revendê-los a qualquer cliente, mas sim para destiná-los, não ao estabelecimento do suposto importador, mas exclusivamente ao estabelecimento da Policomex.

Ressalta que a multa isolada tem aplicação de acordo com o artigo 57 da Lei 6763/75 c/c artigo 219, § 1º, e artigo 220 do RICMS/96.

Afirma que a PFE interpôs Recurso de Revisão em relação às decisões arroladas pela Impugnante e que existem outros acórdãos favoráveis ao Fisco (13.891/00/2ª, 14.198/00/3ª e 13.886/00/2ª). Anexa Consultas respondidas pela SLT, 093/98, 133/98, 157/98 e 172/99.

Requer a improcedência da Impugnação.

Face a juntada de documentos o Fisco concedeu vista dos autos à Autuada que, embora regularmente intimada (fls. 1627/1628), não se manifestou.

DECISÃO

O Auto de Infração n.º 01.0000136495.81 formalizou-se as exigências de ICMS, MR e MI, face a constatação da falta de recolhimento do ICMS incidente nas importações de mercadorias do exterior bem como da falta de emissão de notas fiscais para acobertar a entrada dos produtos no estabelecimento da Autuada.

A propósito, o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal/88, determina que o ICMS incidirá também:

> *"sobre a entrada de mercadoria importada do exterior ... cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço"*

Com base nesse dispositivo legal, foi editada a Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93 que dispõe sobre o tratamento tributário a ser dispensado nas operações com mercadorias importadas do exterior.

O item 1 da referida norma é taxativo ao estabelecer que:

> *"É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:*
>
> *a - direta ou indiretamente por estabelecimento situado em território mineiro;*
>
> *b - por estabelecimento situado em outra unidade da Federação:*

b.1 - pertencente ao mesmo titular, ou que mantenha relação de interdependência com o estabelecimento mineiro, destinatário da mercadoria ou do bem, ou

b.2 - quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado."

Por sua vez o artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96, que foi recepcionado neste Estado pelo artigo 33, § 1º, item 1, alínea "i", da Lei n.º 6.763/75, define claramente o local e o estabelecimento responsável para efeito de cobrança do imposto na operação de importação:

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

I – tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física:"

Os autos noticiam que a Autuada, "Policomex do Brasil Ltda", encontra-se estabelecida no Município de Belo Horizonte/MG e a "Barter Ltda" localiza-se no Município de Vitória, Estado do Espírito Santo, sendo devidamente inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do aludido Estado (IE 081.59738-0 – CGC 20.633038/0001-09).

O trabalho fiscal consistiu basicamente em analisar as operações de importação de mercadorias do exterior e exigir, para o Estado de Minas Gerais, o recolhimento do ICMS concernente as mesmas, haja vista que restou caracterizado que as referidas operações, ocorridas nos exercícios de 1996 a 1999, constantes dos Quadros de fls. 17/21, foram prévia e especificamente destinadas à Policomex.

A própria Impugnante admite que a empresa Barter Ltda é "registrada no Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias – FUNDAP – programa instituído pelo Estado do Espírito Santo para o financiamento, pelo BANDES – Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, de parcela dos valores destinados ao recolhimento do ICMS devido nas operações de importação".

Saliente-se que, muito embora o "campo 08" das Declarações de Importação identifiquem a empresa Barter Ltda como "importador", no campo "Dados Complementares" de algumas DIs esta empresa passa a constar como "consignatário" e a Policomex como "importador" (vide, a exemplo, fls. 1266/1267, 1282/1283 e 1308/1309/1311).

Tal procedimento se justifica face ao disposto no artigo 14 do capítulo VII da Portaria DECEX 08/91, que permite que nos documentos de importação possa ser designado consignatário diferente do importador, desde que a empresa designada como consignatária seja integrante do Sistema FUNDAP:

No caso dos autos infere-se que o "campo 15" de grande parte das Declarações de Importação consignam o Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Confins/MG como "zona primária (local de entrada da mercadoria)".

Outros documentos acostados aos autos pelo Fisco também servem para atestar que a empresa Barter Ltda é mera intermediária nas importações, haja vista que as mesmas se deram com o objetivo de destinar fisicamente os produtos à Autuada, quando do desembaraço. A título ilustrativo pode-se citar:

- fls. 26 a 36 - autorização da Policomex para debitar em sua conta corrente nº 760.680-X (Ag. 0033-7 ou 1614-4 do Banco do Brasil – Belo Horizonte) o IPI, II e a Taxa Siscomex referente às importações, objeto do presente;

- fls. 1466 a 1508 – contratos de câmbio constando como contratante a Barter Ltda, sendo que a Policomex é quem assume o ônus do desembolso, mediante débito em sua C/C acima;

- fls. 1509 a 1517 – contratos de câmbio constando como contratante a própria Policomex;

- fls. 1240 e 1568/1569 – Invoice nº 99-com-005 e 10980248 constando a Policomex como importador.

Assim, restou caracterizado nos autos ser a Autuada o efetivo estabelecimento destinatário das mercadorias, mesmo porque as mesmas sequer entraram fisicamente no estabelecimento da Barter Ltda, mas foram transportadas, após o desembarque, diretamente para a Policomex, sediada em Belo Horizonte/MG.

Nesse sentido também a destacar que no corpo de algumas notas fiscais emitidas pela Barter para acobertar a remessa das mercadorias para a Policomex, constam observações do tipo: "mercadoria importada por conta e ordem de terceiros" (fl. 1472, 1474) e "remessa de mercadoria recebida em consignação no exterior" (fls. 1496, 1513).

Portanto, o Fisco agiu corretamente ao exigir, para o Estado de Minas Gerais, o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de importação de mercadoria do exterior, em conformidade com o estatuído na legislação tributária em vigor, sendo que o ICMS dito recolhido ao Estado do Espírito Santo, não tem o condão de elidir o feito, vez que o

domicílio fiscal do destinatário final da mercadoria é o que define a unidade da Federação competente para cobrar o ICMS.

Relativamente às alegações concernentes à inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, deve-se invocar as disposições do art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

No tocante aos acórdãos trazidos à colação pela Autuada, registre-se que as decisões foram tomadas pelo "voto de qualidade" e a FPE interpôs o competente Recurso de Revisão, ainda pendente de julgamento. Outrossim, os Acórdãos 13.891/00/2ª, 13.886/00/2ª e 14.198/00/3ª (fls. 1609/1623), tiveram decisões favoráveis ao Fisco. Acrescente-se ainda o entendimento da SLT sobre a matéria, conforme Consulta 093/98 (fls. 1624/1626).

Foi imputada ainda à Impugnante irregularidade concernente à falta de emissão de notas fiscais de entrada correspondentes às operações de importação.

O Fisco busca respaldar o seu procedimento no disposto no inciso VI do artigo 20 do Anexo V do RICMS/96.

No entanto, a multa capitulada no artigo 57 da Lei nº 6763/75, aplicada em decorrência da falta de emissão de notas fiscais para acobertar a entrada das mercadorias importadas no estabelecimento da Autuada, configura-se indevida tendo em vista a não caracterização da infração, já que a mercadoria deu entrada no estabelecimento acobertada por notas fiscais emitidas pela Barter Ltda. Assim, não havendo o alegado descumprimento da obrigação acessória, deve ser excluída do crédito tributário, a respectiva exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a multa isolada. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Ricardo Alves Moreira e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Élcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 20/03/01.
Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente
Edmundo Spencer Martins
Relator

ACÓRDÃO: 14.809/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 20/10/01)

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO. Descumprimento do item III do art. 1º do Regime Especial n.º 10.00.3890-2/SLT, que condiciona a fruição do diferimento ao desembaraço da mercadoria em território mineiro. Infração caracterizada. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Exigências mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS e MR, em razão da Autuada ter promovido importação de cloreto de potássio sem efetuar o pagamento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro, ocorrido no Porto de Paranaguá, no Estado do Paraná, embasando-se indevidamente no Regime Especial nº 10.00.3890-2 que, não obstante autorizar o diferimento, condiciona o desembaraço da mercadoria em território mineiro.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.13/18), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls.66/69**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 72/75, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O Auto de Infração em contenda versa sobre as exigências de ICMS e MR, em razão da Autuada ter promovido importação de cloreto de potássio sem efetuar o pagamento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro, ocorrido no Porto de Paranaguá, no Estado do Paraná, embasando-se indevidamente no Regime Especial nº 10.00.3890-2 que, não obstante autorizar o diferimento, condiciona o desembaraço da mercadoria em território mineiro.

Ressalte-se que em momento algum a Impugnante nega as acusações imputadas na peça fiscal. Todavia, tenta se eximir da obrigação tributária argüindo que possui Regime Especial para importar mercadorias para industrialização, nos termos do item 24, alínea a, do Anexo II, do RICMS/96, ou seja, ao abrigo do diferimento.

Todavia, esquece a Impugnante que é imprescindível o cumprimento de todas as ondições estabelecidas no Regime Especial

para que possa adquirir o direito de usufruir do diferimento do ICMS.

No presente caso, conforme se observa no Regime Especial nº 10.00.3890-2 (PTA 16.000045744.23), acostado às fls. 58 a 61 dos autos, o art. 1º é incisivo quanto às condições nele previstas:

> *"Art. 1º- Fica autorizado o diferimento do pagamento do ICMS incidente sobre a entrada de mercadorias relacionadas no Anexo I deste Regime, em decorrência de importação do exterior, para operação subsequente praticada por PATUREBA FERTILIZANTES S/A, desde que:*
>
> *..... III- o desembaraço aduaneiro ocorra em território deste Estado." (g.n.)*

Vale recordar que o diferimento não é benefício concedido pela legislação tributária, mas, sim, uma técnica de tributação que consiste em postergar o pagamento do tributo devido em determinada operação ou prestação para operação ou prestação posterior.

Destarte, não tendo o desembaraço ocorrido em território mineiro, era obrigação tributária por parte da Autuada providenciar o recolhimento do ICMS no momento de sua ocorrência.

Depreende-se, portanto, que o diferimento previsto no item 24, alínea *a*, do Anexo II, do RICMS/96, está condicionado à autorização de Regime Especial e, por conseguinte, às regras estabelecidas nele. O não atendimento de uma destas condições sujeitará a importação prevista no preceito supracitado às regras gerais, ou seja, ao art. 358, do Anexo IX, do mesmo Diploma Legal.

Concernente à "Guia para Liberação da Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS" estar visada pela AF/Patos de Minas (fls. 09), reiteramos a alegação do autuante de que o respectivo visto não tem efeito homologatório, conforme preceitua o § 3º, do art. 358, do Anexo IX, do RICMS/96, **podendo o Fisco, comprovada qualquer irregularidade, exigir o imposto devido com os acréscimos legais**.

No tocante à argüição expendida pela Autuada, de que obteve informação do Sindicato dos Importadores de Fertilizantes, de que estarão os importadores desobrigados do desembaraço em território mineiro para usufruir do diferimento do ICMS, mediante a publicação de uma resolução, a própria Impugnante refuta tal argumento ao afirmar que trata-se de "**informação oficiosa**".

Frise-se o fato do Regime Especial acostado aos autos estar em vigor e até o presente momento não ter sofrido nenhuma alteração

pertinente à matéria ora enfocada.

A respeito da base de cálculo, por se tratar de infração constatada no trânsito, correto o valor obtido por meio do documento constante de fls. 09, posto que infere-se agregado o valor correspondente à despesa com o frete de Paranaguá/Patos de Minas. Quanto ao ICMS devido sobre as despesas aduaneiras, deveria a Autuada ter procedido nos termos do art. 47, § 3º, do RICMS/96.

Ademais, cumpre ressaltar que em momento algum a Impugnante questionou o valor da base de cálculo.

Desse modo, conclui-se que o lançamento encontra-se revestido de todos os pressupostos necessários a sua eficácia, não havendo dúvidas quanto a sua natureza ou circunstância material do fato, bem como quanto à natureza ou extensão de seus efeitos.

Cumpre salientar que as demais alegações apresentadas pela Impugnante não foram suficientes para descaracterizar a infração cometida por ela.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria fiscal. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) que o julgava improcedente, nos termos do art. 112, do CTN. Designada Relatora a Conselheira Lúcia Maria Bizzoto Randazzo (Revisora). Assistiu ao julgamento, representando a Impugnante, o Dr. Reinaldo Roberto Alves. Participaram do julgamento, além das supramencionadas e dos signatários, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida.

Sala das Sessões, 09/04/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões

Presidente

Lúcia Maria Bizzoto Randazzo

Relatora

15 – Prestação de Serviço de Transporte

2000

ACÓRDÃO: 13.899/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 17/02/01)

EMENTA

Nota Fiscal - Desclassificação - Divergência Quanto a Natureza da Operação - Evidenciado o transporte de mercadoria, em devolução, acompanhado de nota fiscal em desacordo com as disposições contidas no art. 78 do RICMS/96. Exigências mantidas.

Obrigação Acessória - Emissão de Documento Fiscal com Falta de Requisito Previsto em Regulamento - Exclusão da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por não se enquadrar no caso dos autos.

Prestação de serviço de transporte Rodoviário de Carga - CTRC - Falta de Emissão - Inobservância das disposições contidas no art. 148 do RICMS/96. Exigência mantida.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Em 10 de fevereiro de 2000, apurou-se que a autuada transportava 184,32m² de piso semi-acabado, referência 4040, desacobertado de documento fiscal. No momento da ação fiscal foi apresentada a nota fiscal de fls. 05/06, que foi desclassificada por estar em desacordo com o art. 20, I, § 1º, do anexo V, do RICMS/96. Constatou-se ainda que não havia documento fiscal referente ao serviço de transporte.

Inconformada, a coobrigada apresentou impugnação, às fls. 26/28, onde consta, em síntese: 1) que tratava-se de mercadoria em retorno ao estabelecimento da Unipiso, recusada pela Impugnante por conter ela irregularidade quanto ao material encomendado; 2) que a mercadoria não entrou no estabelecimento da Impugnante; 3) que a nota fiscal está em conformidade com o art. 78 do RICMS e que, em conformidade com o § 2º do mesmo art., não está ela obrigada a declarar o motivo da devolução da mercadoria; 4) que, portanto, não é ela devedora do montante lançado pelo Fisco. Requer, por fim, a improcedência da ação fiscal, cancelando-se a exigência do crédito tributário e multas.

O Fisco, em sua Réplica (fls. 64/65), alega: 1) que a empresa Unipiso não poderia emitir a nota fiscal de fls. 05, infringindo o art. 20, I, do Anexo V do RICMS/96, pois o remetente da mercadoria era a

Coobrigada/Impugnante; 2) que, para o caso do retorno da mercadoria, deveria ter sido utilizada a mesma nota fiscal, como prescreve o art. 78, § 1º, I, do RICMS, e somente emitida a nota de fls. 05/06 quando da chegada da mercadoria ao local de origem. Por fim, requer a improcedência da impugnação.

DECISÃO

A Impugnante afirmou em sua impugnação (fls. 7, item 3 e 3.1.) que, na época da construção de sua sede, encomendou material de construção da emitente da nota fiscal de fls. 05. Como havia irregularidade no material encomendado, recusou o recebimento deste, o que implicou no retorno à origem. Portanto, na forma da impugnação, tratava-se de retorno de mercadoria recusada pelo destinatário (Impugnante) ao remetente da mesma.

Sendo assim, tal matéria é regulada pelo art. 78, § 1º, 1, do RICMS/96, ou seja, para o retorno da mercadoria, o transporte dar-se-ia acobertado pela mesma nota fiscal que acobertou a saída. Nesta mesma nota, constaria a declaração do transportador, datada e assinada, no seu verso daquela (nota fiscal), constando o motivo pelo qual não se entregou a mercadoria.

Quanto ao transportador, a declaração é obrigatória, como prescreve o art. 78, §2º, do RICMS/96, sendo, porém facultativo ao destinatário, prestar tal declaração.

A nota fiscal que acobertava o transporte não era a nota de saída, mas a nota fiscal de entrada (fls. 05 e 06), que somente deveria ter sido emitida pela Unipiso Revestimentos Técnicos Ltda., quando do recebimento da mercadoria em retorno ao estabelecimento de origem, tal como está prescrito no art. 78, I do RICMS/96. Na forma do citado art. 78, § 1º, 1, do RICMS/96, a nota fiscal de fls. 05/06 não se presta para acobertar o transporte de retorno de mercadoria recusada em seu recebimento pelo destinatário. Soma-se ainda, que se fazia necessária a apresentação do CTRC (item 2 do mesmo artigo e parágrafo retro citados), o que também não foi apresentado.

Assim, estava desacobertada de documentação fiscal a mercadoria transportada.

Mesmo que sendo remetente da mercadoria a Impugnante, também estaria ela desacobertada de documentação fiscal, pois, para tanto, deveria ser a nota fiscal de saída emitida pela Impugnante, o que também não se encontrou ao tempo da ação fiscal e nem mesmo veio aos autos a qualquer tempo.

Não há prova nos autos de que trata-se de mercadoria que esteja sendo devolvida pela Impugnante ao remetente. A prova que há

nos autos é que a mercadoria houvera saído do estabelecimento da Impugnante, situado em Belo Horizonte-MG e destinava-se a estabelecimento da Unipiso Revestimentos Técnicos Ltda., situado no município do Rio de Janeiro-RJ.

O material que estava sendo transportado desacobertado de nota fiscal era 184,32m² de piso semi acabado, referência 4040. Tal metragem demonstra tratar-se de resíduo, sobretudo por se tratar de metragem fracionada inclusive em casa centesimal. Tratando-se de resíduo, obviamente, teve a mercadoria entrada no estabelecimento da Impugnante e, consequentemente, estava ela obrigada ao cumprimento do art. 20, I, do Anexo V, do RICMS/96.

Portanto, a Impugnante é contribuinte do imposto, na forma do "caput" do art. 55 do RICMS, e tem a transportadora, na forma do art. 56, II, "c", do mesmo Regulamento, a obrigação solidária pelo pagamento do imposto, seus acréscimos legais e multas.

É de se ressaltar, ainda, que a nota fiscal de fls. 05 tem o seu texto a maior que a via carbonada, às fls. 06, seja no campo da identificação do placa do veículo transportador, seja no campo da data da emissão da nota fiscal e da data da saída/entrada.

Portanto, o lançamento consubstanciado no auto de infração de fls. 18/19 está correto e a impugnação, com todo o respeito, não foi capaz de invalidá-lo, salvo quanto a penalidade capitulada no art. 54, VI, da Lei Estadual nº 6763/75.

Tal inciso se refere a emissão de nota fiscal com falta de requisito ou indicação exigida em regulamento. A nota fiscal de fls. 05/06 não foi emitida por qualquer das partes Impugnante/Coobrigada ou Autuada. Assim, não cabe a elas tal penalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a MI capitulada no Auto de Infração no art. 54, inciso VI da Lei nº 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e Cleomar Zacarias Santana (Revisor).

Sala das Sessões, 28/09/00.
Antônio César Ribeiro
Presidente
Francisco Maurício Barbosa Simões
Relator

ACÓRDÃO: 14.802/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 24/05/01)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS - Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Diversas Irregularidades. Constatado o aproveitamento indevido de créditos fiscais decorrentes de: recolhimentos efetuados em outras unidades da Federação relativos a prestações realizadas naqueles Estados; aquisição de mercadorias utilizadas em veículos de terceiros; documentos emitidos por microempresas com destaque do ICMS retido por substituição tributária; entradas de mercadorias e outros produtos utilizados em veículos de transporte pessoal; imposto correspondente a combustíveis, pneus e materiais de limpeza, acima do estritamente necessário às prestações iniciadas neste Estado; falta de estorno de crédito proveniente da entrada de bens do ativo imobilizado, na proporção das prestações iniciadas em outra unidade da Federação. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE CARGAS - Alíquota de ICMS - Diferencial - Operação Interestadual - Ativo Imobilizado. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado. Infração caracterizada nos termos dos artigos 43, § 1º e 44, inciso XII, ambos do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE CARGAS Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Combustíveis, Lubrificantes, Pneus e Câmaras de Ar. Infração não caracterizada, tendo em vista que o ICMS/ST foi retido pela remetente, sendo, portanto, correto o aproveitamento do crédito pela destinatária, nos termos do artigo 27, do RICMS/96. Exigências fiscais canceladas.

Lançamento parcialmente procedente . Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

1) aproveitamento indevido de créditos do ICMS;

2) falta de pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas, pela aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado;

3) falta de estorno de créditos de ICMS, na proporção do valor das prestações de serviços de transporte iniciadas em outra unidade da Federação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 145/147 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- quanto aos créditos relativos aos recolhimentos efetuados em outras Unidades da Federação, alega que não ocorreu aproveitamento indevido, uma vez que se tratam de prestações de serviços iniciadas em outros Estados, no qual foi recolhido o ICMS, cabendo apenas a compensação da diferença de alíquota, o que sempre foi feito corretamente;

- afirma não proceder a cobrança do diferencial de alíquota, sobre a aquisição do Gol 1000, já que possui filial no Estado onde o mesmo foi adquirido e lá foi recolhido o ICMS;

- alega que, de fato, utiliza veículos de terceiros para prestar serviços à empresa, no transporte de mercadorias, podendo, nesse caso, creditar-se do ICMS decorrentes das mesmas;

- sustenta ser inverídica a alegação do Fisco de que foi constatada falta de destaque ou destaque incorreto do ICMS, não havendo portanto que se falar em estorno;

- assevera não proceder o estorno de crédito relativo à entrada de gasolina consumida em veículo destinado a transporte pessoal, pois o veículo está em nome da empresa e se presta a servir quem nela trabalha;

- não procedem os estornos relativos a combustíveis, lubrificantes e pneus, ainda que utilizados em veículos de terceiros, vez que era ela quem arcava com esses gastos, não havendo que se falar em apropriação de créditos alheios.

Ao final, pede a procedência da Impugnação.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 183/187 dos autos, às seguintes assertivas:

- referente às prestações de serviços iniciadas em outros Estados, afirma não proceder a alegação da Impugnante de que deve ser feita apenas a compensação da alíquota do ICMS recolhido àqueles Estados, pois tal procedimento não está em consonância com o artigo 9°, do Anexo IX, do RICMS/96;

- ressalta que a cobrança da parcela de ICMS relativa a diferença de alíquota se justifica pelo fato da Autuada ter promovido a entrada de mercadoria adquirida em outro Estado, destinada a uso, consumo ou imobilizado;

- sustenta que, em face do disposto no artigo 68, do RICMS/96, correto é o estorno do ICMS não destacado ou destacado incorretamente nas notas fiscais correspondentes;

- prossegue sustentando ser correto também o estorno de crédito relativo a mercadorias (combustíveis, pneus), utilizadas em veículos de terceiros, tendo em vista que o artigo 66, § 1°, item 4, do RICMS/96, prescreve que o aproveitamento do crédito se restringe às mercadorias empregadas ou utilizadas exclusivamente em veículos próprios;

- salienta serem condições necessárias ao aproveitamento, que os produtos ou mercadorias sejam:

1) estritamente necessários à prestação;

2) empregados em prestações de transportes tributadas;

3) utilizadas em prestações iniciadas neste Estado;

4) utilizadas exclusivamente em veículos próprios;

- afirma que não geram direito a crédito as entradas de mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, assim considerados os bens não utilizados direta ou indiretamente na prestação de serviços, portanto a alegação de que as mercadorias destinadas aos veículos de transporte pessoal geram crédito não procede;

- destaca que os documentos anexados pela Impugnante em nada alteram o lançamento, primeiro por se referirem a veículos de propriedade de outras filiais da empresa, e segundo pelo fato de já terem sido os veículos de propriedade da Autuada, considerados para efeito do cálculo das prestações realizadas por veículo próprio.

Por fim, pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 193/196 dos autos, propugna pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

1) aproveitamento indevido de créditos do ICMS;

2) falta de pagamento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas, pela aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado;

3) falta de estorno de créditos de ICMS, na proporção do valor das prestações de serviços de transporte iniciadas em outra unidade da Federação.

Em princípio, cumpre observar que a técnica utilizada pelo Fisco, para apuração do crédito tributário em análise, consistiu na elaboração de Verificação Fiscal, tendo sido os créditos e débitos

indevidos levados à conta gráfica da Impugnante, mediante a adoção do seguinte procedimentos:

1) lançou à débito na conta gráfica da empresa (aumentou-se o débito), os valores apurados em decorrências das irregularidades relacionadas às prestações (saídas), no total de R$ 34.824,49, compreendendo: as importâncias recolhidas em outros Estados referentes às prestações lá iniciadas; as parcelas de imposto correspondente a combustíveis, pneus e câmara de ar, acima do estritamente necessário às prestações iniciadas neste Estado; o imposto creditado pela entrada de ativo imobilizado e não estornado na proporção das prestações iniciadas em outros Estados, demonstradas às fls. 96/98.

Ressaltamos que, para efeito de recomposição da conta gráfica, foram estornados os débitos no importe de R$ 24.879,05 (diminuiu-se o débito declarado pela autuada), referentes a destaques indevidos de ICMS nos CTRC's relativos às prestações iniciadas em outros Estados, conforme demonstrado às fls.80/95.

2) estornou créditos na conta gráfica da empresa (diminuiu-se o crédito), no montante de R$ 56.447,88, relativos a valores de ICMS provenientes de entradas de mercadorias, cujo aproveitamento o Fisco entendeu indevido, conforme razões descritas..

Atente-se aqui para o fato de o Fisco ter estornado crédito para lançar as parcelas de ICMS relativas à diferença de alíquota devida na entrada de bens destinados ao ativo imobilizado não recolhida, conforme se verifica às fls.27, 36, 50 e 61 dos autos.

Em face do exposto, e à vista da documentação constante nos autos, depreende-se que a revisão do presente lançamento, se prende basicamente à análise de duas questões: a primeira diz respeito à forma de apuração do crédito tributário adotada pelo Fisco, enquanto a segunda está relacionada ao mérito das exigências, em face de equívocos cometidos pelo Fisco.

Importa ressaltar, ainda, que o fato de o Fisco ter levado à conta gráfica, os valores relativos à diferença de alíquota não recolhida, não prejudicou a Impugnante, porquanto o procedimento adotado resultou na postergação do prazo de recolhimento do imposto, já que em determinados períodos a mesma possuía saldo credor de ICMS, conforme se verifica, por exemplo, no confronto entre os valores devidos a título de diferença de alíquota, demonstrados pela Fiscalização, às fls. 27, 50 e 61, com os valores das diferenças a recolher apuradas à fl.17.

Vencidas as questões atinentes aos aspectos formais do presente lançamento, passamos à análise do mérito das exigências.

1) Aproveitamento indevido de crédito de ICMS, provenientes de:

1.1) recolhimentos efetuados em outros Estados. Infração caracterizada estando os valores devidamente demonstrados à fl. 08. As alegações da Impugnante em relação à esta infração não ilide a acusação imputada na peça fiscal. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação;

1.2) documentos fiscais relativos a aquisição de mercadorias utilizadas em veículos de terceiros. Infração caracterizada. O fato da Impugnante arcar com as despesas relativas às mercadorias utilizadas em veículos de terceiros, não lhe assegura o direito ao crédito correspondente. Correto o estorno dos valores demonstrados às fls. 21 a 78, cuja irregularidade foi identificada pelo Fisco com os códigos 03 e 04;

1.3) documentos fiscais relativos à aquisição de combustíveis, lubrificantes, pneus, câmaras de ar, cujo imposto foi retido (ICMS/ST), pelo remetente. Infração não caracterizada. Em se tratando de empresa de prestação de serviço de transportes, é permitido o aproveitamento do crédito do ICMS retido por substituição tributária, já que essas mercadorias são consideradas como insumos para as transportadoras. Inteligência do artigo 27, do RICMS/96. Os documentos anexados por amostragem às fls.100, 102 a 105, 107, 109 e 110 dos autos revelam que o imposto foi corretamente informado na nota fiscal respectiva. Interpretação equivocada dada pelo Fisco ao disposto no artigo 21, do RICMS/96;

Incorreto, portanto, o estorno do ICMS decorrente dessas entradas, nos seguintes meses e valores, cujos documentos foram identificados pelo Fisco com os códigos 05 e 09, e estão relacionados às fls.21 a 78 dos autos:

MÊS (1997)	**VALORES**
JANEIRO	R$ 1.248,53
FEVEREIRO	R$ 1.805,12
MARÇO	R$ 3.518,16
ABRIL	R$ 2.012,55
MAIO	R$ 1.384,68
JUNHO	R$ 2.872,37
JULHO	R$ 2.699,03
AGOSTO	R$ 1.206,80
SETEMBRO	R$ 2.288,49
OUTUBRO	R$ 1.501,30
NOVEMBRO	R$ 1.180,21
DEZEMBRO	R$ 562,91

1.4) documentos fiscais emitidos por microempresas, com destaque do ICMS retido por Substituição Tributária. Infração caracterizada. A entrada de mercadoria adquirida de microempresa não gera direito a crédito. Correto o estorno promovido pelo Fisco;

1.5) entrada de mercadorias (gasolina, veículos) e outros produtos utilizados em veículos de transporte pessoal, portanto alheios às atividades da empresa. O artigo 70, inciso XIII, do RICMS/96, veda o aproveitamento de crédito decorrente das operação em questão. Correto o estorno promovido pelo Fisco;

1.6) imposto correspondente a combustíveis, pneus, e materiais de limpeza, acima do estritamente necessário às prestações iniciadas neste Estado. Infração caracterizada. Inobservância pela Impugnante do disposto no artigo 66, item 4, § 1°, do RICMS/96. Corretas as exigências demonstradas à fl.12.

2) Falta de recolhimento de ICMS relativo à diferencial de alíquota devido nas aquisições de bens destinado ao ativo imobilizado.

Infração caracterizada. Nos termos do artigo 43, § 1°, do RICMS/96, é devido o diferencial de alíquota na entrada de bens destinados ao ativo imobilizado, em decorrência de operação interestadual. Corretas as exigências demonstradas às fls. 27, 36, 50 e 61 dos autos. Atente-se para o fato das mesmas terem sido, indevidamente, levadas pelo Fisco à conta gráfica da Impugnante, procedimento este que apesar de incorreto, favorece à autuada, conforme já abordado inicialmente.

3) Deixou de estornar o crédito proveniente da entrada de bens do ativo imobilizado, na proporção das prestações iniciadas em outra Unidade da Federação.

Infração caracterizada. Inobservância pela Impugnante do disposto no artigo 71, § 6º, do RICMS/96. Corretas as exigências dos valores demonstrados à fl.13 dos autos.

Os demais argumentos apresentados pela impugnante não são suficientes para descaracterizar totalmente a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Crédito tributário indeterminado, para apuração nos termos do artigo 45, § 1º, do Regimento Interno do CC/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 05/04/01.
Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

ACÓRDÃO: 14.967/01/3ª *(PUBLICADO NO DOE DE 11/12/01)*

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO – O crédito de ICMS aproveitado extemporaneamente não pode ser corrigido monetariamente, por falta de previsão na legislação tributária mineira. Aplicação da Súmula 01 e da Súmula 04 do CC/MG, uma vez que o contribuinte já havia se beneficiado da redução de base de cálculo, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, sendo-lhe vedado, portanto, o aproveitamento de quaisquer outros créditos relativos a entradas tributadas. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento extemporâneo de créditos de ICMS considerados indevidos, à vista do seguinte:

- no período de 01.01.94 a 31.12.96, o contribuinte já havia se beneficiado da redução de base de cálculo, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, sendo-lhe vedado, portanto, o aproveitamento de quaisquer outros créditos relativos a entradas tributadas, conforme previsto no item 11 do Anexo IV do RICMS/96;

- no período de 01.01.97 a 31.12.98, o contribuinte já havia se beneficiado do crédito presumido, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, sendo-lhe vedada a utilização de quaisquer outros créditos relativos a entradas tributadas, conforme previsto no art. 75, inciso VII, alínea "a", do RICMS/96;

- os valores originais foram corrigidos monetariamente através da UFIR e da utilização de juros.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 477/494, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 504/510.

DECISÃO

Preliminarmente, rejeitou-se a argüição de nulidade do Auto de Infração, uma vez que, ao contrário do alegado pela Impugnante, a lavratura do Auto de Infração atendeu aos elementos indispensáveis para tal, enumerados no artigo 57 da CLTA/MG. A simples leitura do relatório do Auto de Infração permite perfeito entendimento da irregularidade apurada pelo Fisco, os dispositivos legais citados, encontram-se em estrita consonância com a acusação fiscal e os

valores lançados, perfeitamente discriminados.

A matéria discutida nos autos se enquadra nas Súmulas 01 e 04, da Portaria nº 06/2001 do CC/MG:

"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."

"Súmula 04 - Exercida a opção pela redução da base de cálculo ou crédito presumido, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, é vedada a utilização de quaisquer outros créditos."

Observe-se que a Autuada apresentou saldos devedores no período de referência da autuação – abril e maio/99, conforme documentos de fls. 15 e 17, não sendo, pois, necessária a recomposição da conta gráfica para efeito de estorno dos créditos.

Relativamente às considerações da Impugnante concernentes à multa de revalidação e à taxa de juros aplicada, vale destacar que tais acréscimos foram calculados nos termos do art. 56, II, da Lei 6.763/75 e artigos 1º e 2º da Resolução 2.880/97, sendo esses dispositivos de aplicação obrigatória por parte desse Egrégio Conselho, a teor do estatuído no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Ressalte-se que, ao contrário do que alega a Impugnante, o crédito tributário não foi corrigido monetariamente, como se vê do documento de fls. 6.

A Impugnante requereu a produção de prova pericial, sem, no entanto, formular os quesitos. Desse modo, resta prejudicado o exame do pedido, nos termos do art. 98, III, da CLTA/MG.

Assim sendo, reputam-se legítimas as exigências de ICMS e MR.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, julgou-se procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos das Súmulas nºs 01 e 04 do CC/MG. Participaram também do julgamento, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Luciano Alves de Almeida.

Sala das Sessões, 12/09/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente
Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

16 - Substituição Tributária

2000

ACÓRDÃO: 14.485/00/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 18/01/01)

EMENTA

Substituição Tributária - Refrigerantes - Recolhimento a menor do ICMS - Constatação fiscal de recolhimento a menor do ICMS/ST nas remessas de mercadorias do fabricante para varejista deste Estado, face a agregação indevida do percentual de 70% (setenta por cento) na composição da base de cálculo. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, por parte do Autuado , na condição de substituto tributário, face a não utilização correta do percentual de agregação, nas saídas subsequentes de refrigerantes. Exige-se ICMS/ST e MR.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 92/93), por representante legal, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 100/103**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Restou evidenciado nos Autos do Processo a acusação fiscal de ter a Autuada, na condição de substituta tributária, retido e recolhido a menor o valor do imposto, por não utilização correta do percentual de agregação, nas saídas subsequentes de refrigerantes(Pet de 2 l.).

A argumentação da Autuada de que o preço lançado nas Notas Fiscais representa o valor real praticado pelos revendedores e de que nada teria a mais para complementar, por si só, não tem o condão de desonerá-la das exigências contidas no Auto de Infração, face aos dipositivos legais que regem a matéria .

De fato, as vendas foram realizadas diretamente pelo fabricante ao comércio varejista estando pois, submetida a regra do art.156,alínea "a "do inciso I (Anexo IX do RICMS/96), que determina a agregação da margem de lucro de 140%.

Sendo a regra objetiva e não tendo a Impugnante sequer comprovado as alegações contidas em sua impugnação ou nos demonstrativos de fls. 11, devem prevalecer as exigências contidas no Auto de Infração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que a julgava improcedente. Participaram do julgamento, além da supramencionada e dos signatários, o Conselheiro José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 14/09/00.
Enio Pereira da Silva
Presidente/Revisor
Windson Luiz da Silva
Relator

ACÓRDÃO: 13.847/00/2ª (PUBLICADO NO DOE DE 14/11/00)

EMENTA

Substituição Tributária – Combustível – Distribuidora – Falta de Recolhimento do ICMS/ST – Constatou-se que a Autuada, situada em outra unidade da Federação, deixou de recolher o ICMS/ST, através de GNRE, por ocasião da saída de combustíveis de seu estabelecimento, tendo em vista a utilização de inscrição estadual de outro contribuinte substituto na NF autuada, bem como por estar omisso de entrega de DAPI/ST por 2 (dois) meses consecutivos. Infração caracterizada. Lançamento Procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento de ICMS/ST, através de GNRE, por ocasião da saída de 5.000 litros de gasolina do estabelecimento da Autuada, visto que a mesma deixara de entregar DAPI/ST por 2 (dois) meses consecutivos, bem como utilizou na nota fiscal n.º 002.223 de 07/04/2000 que acobertava o transporte da mercadoria, inscrição estadual de outro contribuinte substituto (JOMAP Distribuidora de Petróleo Ltda. - Inscrição Estadual nº 367.330380-0040).

Lavrado em 11/04/2000 – AI n.º 02.000148967-17 para cobrança do ICMS e MR devidos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído Impugnação de fls. 13/16.

O Fisco manifesta refutando as alegações da Autuada.

DECISÃO

Dispõe o art. 377, inciso I, Anexo IX, do RICMS/96:

> *"Art. 377 - O contribuinte localizado em outra unidade da Federação, que realizar as operações previstas no item 1 do § 2º do artigo 372 deste Anexo deverá:*
>
> *I – inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, observado o disposto no artigo 31 deste Regulamento:"*

O art. 31, parte geral do RICMS/96, prevê em seu § 3º, ***que deverá ser recolhido o ICMS/ST, por ocasião da saída da mercadoria, através de GNRE, quando o contribuinte localizado em outra unidade da Federação, inscrito como substituto tributário neste Estado, deixar de entregar o DAPI/ST por 2 (dois) meses consecutivos ou alternados.***

Constata-se às fls. 06 dos autos que a empresa ora Autuada deixou de entregar DAPI/ST dos meses de janeiro a março/2000, ficando por conseguinte responsável pelo recolhimento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, o qual deveria ter sido pago através de GNRE – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Vale acrescentar que os DAPI/ST de fls. 17/19 apresentados pela Autuada não contêm data de recebimento aposto pela SEF.

Ressalta-se que **na nota fiscal n.º 002.223**, emitida pela Impugnante em 07/04/2000, para acobertar o transporte de 5.000 litros de gasolina, **foi utilizada a inscrição de substituto tributário da empresa JOMAP Distribuidora de Petróleo Ltda**. conforme comprava-se pela tela SICAF de fls. 07.

Equivoca-se a Autuada ao alegar que é descabida a pretensão fiscal de cobrar o pagamento de um imposto que já foi recolhido pelo contribuinte substituto, visto que até o momento da autuação nenhum tributo havia sido recolhido ao Estado de Minas Gerais sobre a mercadoria descrita na NF retro mencionada.

Outrossim, ao remeter combustível para este Estado, a Autuada deveria observar a legislação mineira, mais especificamente o "Capítulo XLIX, Anexo IX do RICMS/96", que disciplina os procedimentos para este tipo de operação. Salienta-se que a legislação mineira foi redigida em perfeita harmonia com o Convênio n.º 03, de 14/04/99.

Diante do exposto, ACORDA a Segunda Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar Procedente o Lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os

Conselheiros: Francisco Maurício Barbosa Simões e Cleomar Zacarias Santana.

Sala das Sessões, 30/08/00.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Relatora

ACÓRDÃO: 14.914/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 30/11/01)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL - ENTRADA DESACOBERTADA – INIDONEIDADE - Constatada a entrada de mercadorias acompanhadas de notas fiscais inidôneas. Razões de defesa incapazes de elidir o feito fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a autuação sobre a constatação, através de conferência de documentos de entrada da Autuada, de compra de combustíveis com documentação considerada inidônea, conforme Ato Declaratório de fls. 16, pelo que se exige ICMS/ST, MR e MI.

Inconformada a Autuada apresenta Impugnação tempestiva e por representante legal de fls. 43/46, contra a qual o Fisco apresenta manifestação de fls. 61/63.

DECISÃO

A presente autuação se deu em virtude de aquisição pela Autuada, de combustíveis constantes das Notas Fiscais nºs 000321 e 000331 de fls. 09/10, ambas de emissão de Vectra Distribuidora de Combustíveis Ltda., consideradas inidôneas, conforme Ato Declaratório de fls. 16.

Os argumentos da Impugnante não são capazes de elidir o feito fiscal, tendo em vista a total falta de amparo legal para o seu procedimento.

A empresa Petropalma Ltda., citada pela Impugnante, não possui inscrição estadual, opera sem registro perante a Agência Nacional de Petróleo e, ainda assim, oferece combustível à Autuada.

Para proceder ao pagamento do referido combustível, a Autuada emite cheques em nome das empresa Mercantil FC Ltda., e Distribuidora de Petróleo Guaicuí (docs. de fls. 49), sendo que tais pagamentos são repassados aos motoristas no momento do recebimento da mercadoria e as respectivas notas fiscais, frise-se, são emitidas por Vectra Distribuidora de Combustíveis, que também teve seu

registro caçado junto à Agência Nacional de Petróleo.

As declarações de fls. 17/35 dos autos, atestam que nenhuma das distribuidoras declarantes forneceu combustíveis à Vectra Distribuidora de Combustíveis, levando a crer que a Impugnante realmente adquiriu combustível de origem clandestina, acobertado pelas notas fiscais inidôneas de fls. 09/10.

Por outro lado, não existem nos autos qualquer tipo de prova por parte da Impugnante, de que a mercadoria objeto do presente Auto de Infração foi adquirida de forma legal, como documentos comprobatórios de pagamento ou de circulação efetiva da mercadoria.

Assim, legítimas são as exigências de ICMS, MR e MI formalizadas no Auto de Infração, pelo que devem ser mantidas na sua integralidade.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se a exigência fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Mauro Rogério Martins.

Sala das Sessões, 20/08/01.

Antônio César Ribeiro

Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia

Relator

ACÓRDÃO: 15.081/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 11/12/01)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – Na aquisição de combustível sem retenção e recolhimento do ICMS/ST pelo remetente da mercadoria, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária é atribuída à Autuada, nos termos do art. 29, *caput*, e art. 374, do Anexo IX, do RICMS/96. Exigências fiscais parcialmente mantidas, conforme reformulação do crédito tributário de fls. 71/73. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na entrada de combustível sem retenção do imposto, amparada em medida liminar judicial que tinha suspenso seus efeitos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 22/40, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 68/71.

A Auditoria Fiscal exara Despacho Interlocutório às fls. 82/83, que não foi atendido pela Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 86/90, opina pela procedência parcial do lançamento, para que seja aprovado o crédito tributário conforme reformulação promovida pelo Fisco de fls. 71/73.

DECISÃO

A exação decorre da falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, na entrada de combustível sem retenção do imposto, amparada em medida liminar judicial que tinha suspenso seus efeitos.

Fato incontroverso nos presentes autos, a liminar concedida em Mandado de Segurança havia sido suspensa pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, anteriormente à ocorrência das operações reveladas no feito, de modo que não mais amparava a não retenção do ICMS/ST (fls. 06/12).

Neste compasso, não tendo havido a retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS/ST pelo remetente da mercadoria, a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação impunha-se à Autuada, por força dos arts. 29, *caput*, e 374, do Anexo IX, do RICMS/96.

Almejando elidir tal responsabilidade, a peça defensória invoca e existência de fatos impeditivos ao lançamento do crédito tributário, manifestados pela devolução à origem das mercadorias referentes às notas fiscais n.º 015943, 015944 e 015945 (fls. 13/15), e pela remessa em operações interestaduais daquelas consignadas nas notas fiscais n.º 015776 e 015777 (fls. 16/17).

Todavia, referidas proposições defensórias diluem-se, mesmo, frete aos documentos trazidos aos autos pela própria Impugnante.

Com efeito, são das vias fixas ao bloco para exibição ao Fisco, as cópias das notas fiscais de fls. 50/52 (2.ª via). Carecia, entretanto, para ter-se revelada a circulação da mercadoria, que fosse apresentada cópia da 1.ª via do documento, a qual acompanha o produto até o seu destino. Isto não se dignou, contudo, a Impugnante demonstrar, embora requerido por esta Auditoria Fiscal no Despacho de fls. 82/83.

As notas fiscais avulsas emitidas para a apreensão da mercadoria, de fls. 53/55, são referentes às notas fiscais n.º 000005, 000006 e 000007, e não àquelas de fls. 50/52. Há, também, que os aludidos documentos avulsos foram emitidos anteriormente aos

documentos fiscais de fls. 50/52.

De igual modo acontece com as notas fiscais n.º 000002 e 000003, de fls. 56 e 57. Inexiste possibilidade de correlacioná-las às notas fiscais n.º 015776 e 015777 (fls. 16/17), primeiramente, porque não há qualquer referência desses documentos, indicando tratar-se da mesma mercadoria, no corpo dos documentos fiscais emitidos pela Autuada (fls. 56/57). E depois, porque solicitada a apresentação do seu Livro Registro de Entradas (fls. 82), para aferir-se o ingresso de combustíveis no estabelecimento e verificar possível identidade das mercadorias, como propôs a Defesa, não atendeu ela a solicitação, em ônus que lhe cabia, nos termos do art. 396, do CPC. Destarte, tal circunstância faz emergir a regra do art. 125, § 2.º, da CLTA/MG:

> "*Art. 125 – (...)*
> *(...)*
> *§ 2.º - Ao sujeito passivo será dado o prazo de 10 (dez) dias para cumprimento de despacho interlocutório, findo o qual, verificado o não atendimento, julgar-se-á a questão de acordo com os elementos de prova constantes dos autos." (grifo nosso)*

Como bem se vê, não há como acolher os motivos invocados pela Impugnante, porquanto é impossível correlacionar o combustível acobertado pelos documentos por ela trazidos (fls. 50/57), àquele referente às notas fiscais atingidas pelo feito (fls. 13/17).

A base de cálculo utilizada pelo Fisco, por seu turno, encontra guarida no art. 375, incisos I e II, *a.2*, do Anexo IX, do RICMS/96, conforme se refiram as operações com óleo diesel ou gasolina. Quanto ao óleo diesel, a Autuada fora beneficiada pela errônea utilização do valor de R$ 0,632 (fls. 04), relativo ao preço máximo de venda desse produto a consumidor no Município de Montes Claros, previsto na Portaria Interministerial MME/MF n.º 295/99, quando o correto seria R$ 0,666, pois, no interregno em que ocorridas as operações, já se encontrava em vigor a Portaria n.º 69/2000, que revogou aquela.

No que concerne às operações com gasolina, para todas o Fisco considerou o preço do produto apenas na proporção que ele integra na formação da "gasolina tipo C", correspondente ao percentual de 76% (setenta e seis por cento). Excluiu-se do cálculo, portanto, a parcela relacionada ao álcool etílico anidro, de 24% (vinte e quatro por cento), conforme previsto nos Decretos Federais n.º 2.607, de 28/05/98, art. 1.º, e 3.552, de 04/08/00, art. 1.º, *p. ú.* (fls. 03).

Por tudo, resta claro não persistirem dúvidas sobre a

procedência do feito, que reclame a aplicação do regramento erigido do art. 3, da CLTA/MG, corolário do art. 112, do CTN.

Não assiste, desta forma, razões à Impugnante, sendo legítima a exigência do ICMS devido, acompanhado da multa de revalidação capitulada no art. 56, II, da Lei 6.763/75, no percentual corretamente aplicado pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação do crédito tributário de fls. 71/73 dos autos, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram também do julgamento, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 25/10/01.
Roberto Nogueira Lima
Presidente
Antônio César Ribeiro
Relator

17 - Responsabilidade Tributária

2000

ACÓRDÃO: 13.921/00/2ª *(PUBLICADO NO DOE DE 14/02/01)*

EMENTA

Mercadoria – Saída Desacobertada – Veículo – Constatou-se que a Autuada promoveu saídas de veículos desacobertados de documentação fiscal, sob alegação de tratar-se de vendas diretas do fabricante, estabelecido no Paraná, para consumidor final neste Estado. Entretanto, restou comprovado nos autos tratar-se de vendas normais da Autuada/Concessionária mineira. Acolhimento parcial das razões da Autuada para conceder-lhe o crédito de 12%(doze por cento) sobre o valor das notas fiscais, objeto da autuação. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

Responsabilidade Tributária - Coobrigadas - Eleição Errônea - Exclusão das Coobrigadas Transportadora Fernandes & Matias Ltda e Sudameris Arrendamento Mercantil S/A (de ofício) (destinatárias das mercadorias) da condição de sujeitos passivos

no presente AI, por falta de previsão legal. Decisão unânime.
Responsabilidade Tributária - Coobrigada - Eleição Errônea. Exclusão da Coobrigada Volvo do Brasil Veículos Ltda., do polo passivo da obrigação tributária, por falta de provas de sua participação no ilícito fiscal. Decisão tomada pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria (veículo), no período fiscalizado de maio de 1.997, sem emissão de nota fiscal, sob a alegação de tratar-se de venda direta do fabricante ao consumidor final. Exige-se ICMS, MR e MI.

Inconformadas, a Autuada e as Coobrigadas apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 177 a 191(Aut/Jaíba), 55 a 78 (Coob./Volvo) e 219 a 242 (Coob/Transp.Fernandes), respectivamente, contra as quais o Fisco apresenta manifestação às fls. 271 a 278.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 283, 284 e 287/288, que resultam nas manifestações de fls. 289 a 295.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 296 a 305, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar:

Nulidade do AI:

A formalização do presente crédito obedeceu rigorosamente os requisitos exigidos pelo Art. 59, da CLTA/MG, Decreto n.º 23.780/84, vigente à época, porquanto não devem ser acatadas as exaustivas alegações de nulidade do AI por falha material ou violação a qualquer princípio de direito.

Note-se que a Autuada e as Coobrigadas, contestando o feito fiscal, comparecem aos autos trazendo vasta doutrina e jurisprudência relacionadas à matéria ora em discussão, o que comprova o pleno conhecimento e entendimento da acusação fiscal que lhes era imputada.

Do Mérito

Versa o presente litígio sobre a exigência de ICMS (12%), Multas de Revalidação (50%) e Isolada (40%), por ter constatado o Fisco que a Autuada, na condição de concessionária, efetuou vendas de mercadorias (caminhões) em operação interna, com faturamento direto da fábrica, sem emissão de Notas Fiscais e recolhimento do imposto devido, haja vista o disposto no art.6l, inciso I, letra "m", do RICMS/96.

Em princípio cumpre esclarecer que a Autuada (Jaíba) é Concessionária os produtos de fabricação da "VOLVO", os quais lhes

são fornecidos pela Volvo do Brasil Veículos Ltda**.** (Coobrigada), estabelecida no Estado do Paraná, para comercialização na área do Triângulo Mineiro, em caráter de exclusividade, fato este plenamente admitido pela Impugnante, porquanto considerado incontroverso.

A tese de defesa da Impugnante/Coobrigada está calcada no entendimento de que as operações, objeto das exigências em análise, tratam-se de "venda direta" realizada pelo Fabricante a consumidor final estabelecido neste Estado, segundo ele, considerados compradores especiais definidos em Convenção da Marca.

Saliente-se que as operações praticadas pela Autuada, nestas condições, abrange os exercícios de 1996 a 1999 e resultaram em 23 autuações.

O cerne da questão, conforme se observa, reside em definir se as operações questionadas estão enquadradas como "venda direta" do fabricante ao consumidor ou como vendas normais da Concessionária.

Da análise do item 2.1, do Contrato Social da Autuada, acostados às fls. 86, depreende-se que o objeto social da empresa compreende o *comércio de veículos e máquinas automotores ...comercialização de caminhões...*, cuja atividade econômica está enquadrada no CAE 41.8.1.20-4 (fls.09), qual seja, o Comércio varejista de caminhões e ônibus novos, peças e acessórios (concessionária).

Recorde-se que a comercialização de veículos rodoviários automotores, encontra-se disciplinada pela Lei 6.729 de 08 de Novembro de 1.979, que dispõe sobre a concessão comercial entre Produtores e Distribuidores de veículos automotores de via terrestre, incluindo-se o caminhão e o ônibus, nos termos do Inciso I, do art. 2º, da citada Lei.

Registre-se que a denominada "venda direta", está contemplada no art. 15 da Lei 6729/79, o qual estabelece as hipóteses em que o fabricante poderá realizar vendas diretas a consumidor, estando a matéria também regulada, por força de disposição legal, no Capítulo XVII, da PCCE (fls.95 a 135),e no Capítulo XVI, Seção I e II, da Convenção da Marca Volvo (fls.136 a 175).

Acrescente-se ainda que, por força do disposto no art.15, inciso I, "b" da Lei 6729/79, a possibilidade do fabricante realizar vendas diretas, se restringe aos compradores considerados especiais, definidos em Convenção da Marca, consoante o disposto no art.17 da lei retrocitada, dentre os quais o adquirente da mercadoria**,** objeto da operação em análise, não se enquadra, vejamos:

Capítulo XVII - da PCCE

" Art. 1 ° - São considerados compradores

especiais do produtor:

(...)

VI – demais previstos em Convenção da Marca"

Capítulo XVI – da Quarta Convenção da Marca

"Art.74 – Não obstante a faculdade legal do produtor efetivar venda direta à administração pública direta ou indireta, ou ao corpo diplomático, independentemente da autuação ou pedido do distribuidor, o mesmo procurará fazê-lo sempre com a interveniência do distribuidor da área demarcada respectiva, reservando-lhe uma margem de comercialização a ser definida em cada transação.

Art.75 – Relativamente aos compradores especiais do produtor previstos no art. 1° do Capítulo XVII da PCCE, que não se enquadram no conceito geral supra, admitir-se-ão vendas:

I – a jornalistas.....

II – a instituições filantrópicas....

III – a empresas que sejam controladoras do produtor ou por ele controladas....

IV – a empresas que sejam direta ou indiretamente fornecedoras habituais.....

V – a indústria produtora de veículos e congêneres."

Vale lembrar que as restrições legais e regulamentares impostas às vendas diretas visam manter a integração entre os Estados Produtores e os Estados Consumidores, de forma a garantir o equilíbrio econômico e a arrecadação dos tributos decorrentes da produção e da circulação.

À vista do disposto na legislação supra, pode-se concluir indubitavelmente, que as operações em questão, não se enquadram como "vendas diretas" do Fabricante, porquanto devem ser enquadradas como vendas normais da Concessionária.

O que ocorreu na verdade foi o desvirtuamento do disposto no art. 15 da Lei 6.729/79, com o propósito de omitir a operação entre o Distribuidor/Jaíba e o Consumidor.

Ademais, o conhecimento de transporte comprovando a entrega do caminhão no estabelecimento da Autuada/Jaíba (fls.16), o recibo de

fls. 93, vinculando a "Jaíba Minas" às operações, bem como a respectiva fatura de "Comissão Fatura Direta" emitidas pela Jaíba (fls.14), revelam que, de fato, as mercadorias foram comercializadas pela Autuada.

Inadmissível portanto a alegação de que a Autuada seja "*mero entregador"* das mercadorias, e que sua participação se restringe a efetuar a revisão dos produtos da marca, haja vista que, na qualidade de distribuidor/concessionária, cabe a ela realizar a venda.

Tratando-se de vendas normais da concessionária, fica esta sujeita ao cumprimento das obrigações tributárias acessória (emissão de documento fiscal) e principal (recolhimento do imposto) decorrente das respectivas saídas de mercadorias, haja vista que tais operações constituem fato gerador do ICMS, previsto no Inciso VI, do art.6º, da Lei 6763/75, com redação dada pela Lei 12.423/96.

Correto portanto o procedimento do Fisco em eleger a Concessionária, Jaíba Minas Ltda., como sujeito passivo da autuação.

No tocante aos aspectos quantificativos do fato gerador (alíquota e base de cálculo), em face do disposto no artigos 53, inciso III c/c artigo 54, inciso VI, do RICMS/96, reputa-se correto o arbitramento promovido pelo Fisco, bem como a aplicação da alíquota (12%) prevista no art. 43, inciso I, "b.4", do RICMS/96.

Como é sabido, as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação de pagar um tributo são solidariamente obrigadas a esse pagamento, mesmo que a lei específica do tributo em questão não o diga. É uma norma geral, aplicável a todos os tributos.

No presente caso, a responsabilidade solidária da Fabricante/Volvo, na condição de Coobrigada, não restou plenamente caracterizada, devendo, portanto, ser a mesma excluída do polo passivo da obrigação tributária.

Em relação às empresas Sudameris Arrendamento Mercantil S/A e Transportadora Fernandes & Matias Ltda, na condição de consumidoras, também não restou caracterizada a participação das mesmas no ilícito, logo, não há previsão legal para responsabilizá-las, razão pela qual devem ser excluídas do pólo passivo da obrigação.

Assim, estando devidamente comprovado nos autos a ocorrência do fato gerador (saída de mercadoria), sem o correspondente cumprimento da obrigação fiscal (emissão de documento fiscal e pagamento do imposto), reputa-se correto as exigências fiscais.

Entretanto, deve-se conceder à Autuada o crédito de 12% (doze por cento) sobre o valor das notas fiscais emitidas pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, que deram origem ao vertente PTA, face à não

cumulatividade do imposto, prevista no art. 28 da Lei nº 6763/75.

Não bastasse isso, há nos autos evidências de que a Volvo do Brasil Ltda é quem efetivamente recebeu o numerário produto da venda dos veículos autuados.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para alterar o presente crédito tributário, concedendo à Autuada Jaíba Minas Ltda crédito de 12% sobre o valor das notas fiscais emitidas pela Volvo do Brasil Veículos Ltda, que deram origem ao vertente PTA..Vencidos os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora) e Cleomar Zacarias Santana que não o concediam, face ao disposto no art. 30 da Lei nº 6763/75. Ainda, pelo voto de qualidade, excluiu-se a Coobrigada Volvo do Brasil Veículos Ltda do polo passivo. Vencidos os Conselheiros retro mencionados que a mantinham, com fulcro no art. 124, inciso II do CTN C/C art. 21, inciso XII da Lei nº 6763/75. À unanimidade, excluiu-se da sujeição passiva, as Coobrigadas Transportadora Fernandes & Matias Ltda e Sudameris Arrendamento Mercantil S/A, esta excluída de ofício. Por maioria de votos manteve-se a Autuada Jaíba Minas Ltda no polo passivo. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro(Revisor). Participou também do julgamento, o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho. Decisão sujeita ao disposto no art. 129, § 2º da CLTA/MG, salvo na hipótese de interposição de Recurso de Revisão pela Fazenda Pública Estadual. Designado Relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, pela Autuada Jaíba Minas Ltda, o Dr. Liopino Lourenço Araújo Neto e pela Coobrigada Volvo do Brasil Veículos Ltda, o Dr. Rogério Andrade Miranda.

Sala das Sessões, 17/10/00.
Antônio César Ribeiro
Presidente/Relator

ACÓRDÃO: 14.037/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 04/0500)

EMENTA

Responsabilidade Tributária – Substituto Tributário – Mantida a Autuada no pólo passivo da autuação na condição de contribuinte substituto, por força do artigo 124, I do CTN c/c artigos 22, I da Lei 6763/75 e 237, § 1º, item 4 do Anexo IX do RICMS/96. Não compete

ao Conselho de Contribuintes manifestar-se sobre argüição de ilegalidade e inconstitucionalidade da eleição da Autuada como responsável pelo ICMS/ST, em razão do que preceitua o artigo 88, I, da CLTA/MG.
Obrigação Acessória – Falta de Registro de Notas Fiscais – Referentes a aquisição de mercadorias. Exigências fiscais mantidas.
Substituição Tributária – Medicamentos e Outros Produtos – Falta de Recolhimento do ICMS/ST – Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e adquiridas, para fins de comercialização, do Estado de São Paulo no período de 01/01 a 31/03/1999 sem a retenção e recolhimento do imposto. Exigências fiscais mantidas. Impugnação improcedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acima identificado foi lavrado para formalizar a exigência de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, no valor total de R$ 17.802,74 (valor original), por haver sido constatado que o contribuinte recebeu mercadorias do estado de São Paulo, sujeitas ao regime de substituição tributária, sem retenção e recolhimento do ICMS devido, no período de 01/01 a 31/03/1999; e que o contribuinte deixou de registrar em livros próprios as notas fiscais de nºs. 408058, 450453 e 450454, emitidas por Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., referentes a aquisição de mercadorias.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25 a 34, ou contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 47 a 49.

A 3ª Câmara de Julgamento exara a decisão de fls. 53, pela qual o processo foi retirado de pauta da Sessão do dia 30/11/1999 face ao adiantado da hora.

DECISÃO

Preliminarmente, informa a Autuada que a Multa Isolada por descumprimento de obrigação acessória referente ao não registro em livros próprios de notas fiscais de entrada (artigo 55, I da Lei 6763/75) encontra-se paga conforme DAE de fls. 44, pelo que o montante recolhido deverá ser abatido do total do Crédito Tributário.

Entende a Autuada que improcede a presente autuação pelo fato de que o sujeito passivo eleito pela Lei é o substituto tributário, a saber, Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda., e o não o substituído (a Autuada).

Alega ainda que o substituído não tem responsabilidade nem subsidiária nem solidária em relação ao débito em questão, por entender

que o Decreto Estadual nº 38.104/96, como regulamento à Lei Estadual 6763/75 não tem poder legiferante ao ponto de criar obrigações que não estejam prévia e expressamente disciplinadas em referida Lei.

Cabe na oportunidade ressaltar que o Estado de São Paulo, por intermédio do Decreto nº 42.346, de 17/10/1997, publicado no Diário Oficial do Estado de 18/10/1997, com efeitos a partir de 1º/11/1997, **denunciou o Convênio ICMS 76/94**, de 30/06/1994, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, conforme ATO/COTEPE/ICMS nº 15, de 20 de outubro de 1997.

Como conseqüência, o artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96 teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 39.274, de 26/11/1997, e publicado no MG de 27/11/1997, com efeitos a partir de 21/11/1997, excluindo o Estado de São Paulo do regime especial nele regulamentado.

Dessa maneira os contribuintes estabelecidos no Estado de São Paulo deixaram de ser obrigados, a partir de 21/11/1997, a recolher ICMS/ST aos cofres mineiros, em razão das operações de saída, de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, com destino a distribuidores/atacadistas deste Estado.

Tal responsabilidade foi repassada ao contribuinte mineiro que recebesse mercadoria sem a retenção do imposto no caso de desobrigado o remetente (como São Paulo), devendo ser observado o prazo estipulado no artigo 85, II, subalínea "a3", ou seja, até o dia 09 (nove) do mês subseqüente.

Devido a posteriores alterações advindas para o período fiscalizado, foram alteradas tanto a redação do item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX, quanto a dos dispositivos pertinentes ao prazo para o recolhimento, constantes do artigo 85 do RICMS/96, que passaram a determinar, *verbis*:

> *RICMS/96 – ANEXO IX*
>
> *Artigo 237 - O estabelecimento industrial fabricante ou o estabelecimento importador, situado em outra unidade da Federação, exceto no Estado de São Paulo, nas remessas para contribuinte deste Estado, dos produtos a seguir relacionados, classificados nos respectivos códigos ou posições da NBM/SH, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário:*

§ 1º - A responsabilidade instituída neste artigo aplica-se:

4) ao contribuinte mineiro que adquirir mercadoria, de outra unidade da Federação, sem a retenção do imposto, para fins de comercialização, uso ou consumo do adquirente, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE.

Efeitos de 21/11/97 a 14/06/98- Acrescido pelo artigo 2º e vigência estabelecida pelo artigo 3º, ambos do Dec. nº 39.274, de 26/11/97 - MG de 27:

"4) ao contribuinte mineiro que receber mercadoria sem a retenção do imposto, ainda que não obrigado o remetente ou alienante, para fins de comercialização, uso ou consumo, observado o disposto no artigo 85, inciso II, subalínea "a.3"."

RICMS/96 – PARTE GERAL

Artigo 85 - O recolhimento do imposto será efetuado:

II - relativamente ao imposto devido por substituição tributária:

Efeitos de 24/07/98 a 13/09/99 - Redação dada pelo artigo 1º do Dec. nº 39.767, de 23/07/98 - MG de 24 e ret. no de 29/08.

"c - no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses previstas no § 7º do artigo 192, no item 4 do § 1º do artigo 237 e no § 1º do artigo 278 do Anexo IX;"

Efeitos de 15/06 a 23/07/98 - Revigorada com a redação dada pelo artigo 3º do Dec. nº 39.547, de 08/04/98 - MG de 09 e ret. no de 21 e alterado pelos Dec.(s) nº(s) 39.555, de 17/04/98 - MG de 18, e 39.625, de 02/06/98 - MG de 03:

"c - no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, na hipótese prevista no item 4 do § 1º do artigo 237 do Anexo IX;"

Logo, a exigência do ICMS constante dos autos está embasada nos ditames da legislação tributária mineira, que atribui a responsabilidade do pagamento relativo ao ICMS /ST, nas remessas de medicamentos oriundas do Estado de São Paulo ao contribuinte mineiro destinatário das mercadorias, no presente caso, a Impugnante, devendo o pagamento ser efetuado quando da entrada das mercadorias em território mineiro.

Impugnante centraliza suas razões de defesa na suposta ilegalidade e inconstitucionalidade da sua eleição como sujeito passivo do trabalho fiscal, por entender não existir lei disciplinando a responsabilidade solidária do substituído pelo débito do substituto tributário nos casos de "substituição tributária para frente".

Não obstante a determinação do artigo 88, I da CLTA/MG, o qual reza que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, não é excessivo lembrar que no caso, por haver o Estado de São Paulo denunciado o **Convênio ICMS 76/94**, de 30/06/1994, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, a Impugnante não é mais o contribuinte substituído, e sim o próprio contribuinte substituto.

Ademais, a base legal de sua responsabilidade advém do artigo 22, I da Lei 6763/75 pois, segundo tal norma, ocorre a substituição tributária quando o recolhimento do imposto devido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a **responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria**, ou do destinatário ou do usuário do serviço.

Por derradeiro, nada obsta invocar o artigo 124, inciso I do CTN, que diz serem solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Dispensável discorrermos acerca do interesse da Impugnante na situação do feito fiscal, revestida que está a Autuada da qualidade de adquirente das mercadorias.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de eleição errônea do sujeito passivo. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, devendo, quando da liqüidação do crédito tributário ser considerado o montante recolhido conforme DAE de fls. 44. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros

Laerte Cândido de Oliveira e Wallisson Lane Lima.

Sala das Sessões, 23 de Março de 2000.
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente
Antonio Leonart Vela
Relator

2001

ACÓRDÃO: 14.762/01/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 31/07/01)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ELEIÇÃO ERRÔNEA DO SUJEITO PASSIVO – COOBRIGADO – A responsabilidade solidária decorre da Lei, sendo que no caso sob análise o fiel depositário somente poderia ser incluído na lide acaso enquadrasse em alguma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso I, do artigo 21, da Lei 6763/75, o que não restou provado. Devendo, portanto, ser excluído do pólo passivo o Coobrigado elencado no AI. Decisão unânime.

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO – Constatou-se que o Autuado transportava feijão carioca desacobertado de documentação fiscal. O documento fiscal posteriormente apresentado não era hábil para acobertar a operação, tendo em vista a divergência na quantidade do produto, bem como pela incompatibilidade do trajeto percorrido pelo transportador, quando da abordagem pelo Fisco.

Lançamento Parcialmente Procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de 500 sacas de 60 kg de feijão carioca desacobertado de documentação fiscal. A abordagem se deu na Rodovia MG 400, Km 22, Zona Rural de Buritis/MG. (Consta do Boletim de Ocorrência, fls. 05, emitido pela PMMG em 10/02/2001, que quando da interceptação o condutor do veículo não apresentou o documento fiscal da carga transportada, motivo pelo qual foi solicitada a presença do Fisco Estadual, para que fosse tomada as providências cabíveis.)

Lavrado em 12/02/2001 – AI n.º 02.000200189-71 exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75).

Inconformados, o Autuado e Coobrigado apresentam,

tempestivamente e por procurador regularmente constituído Impugnação de fls. 19/23.

O Fisco manifesta às fls. 33/34 refutando as alegações dos Impugnantes.

DECISÃO

Constatou-se o transporte desacobertado de documentação fiscal de 500 sacas de feijão carioca.

A abordagem se deu na Rodovia MG 400, km 22, na Zona Rural de Buritis/MG pela Polícia Militar. (Naquele momento nenhum documento fiscal acobertador da carga transportada fora apresentada. Motivo pelo qual foi solicitada a presença do Fiscal Estadual, para que tomasse as providências cabíveis.)

Segundo os Impugnantes a mercadoria transportada estava acompanhada da nota fiscal nota fiscal de produtor n.º 001.130, emitida em 09/02/2001 por Norberto Manica, com propriedade em Unaí/MG.

No entanto, conforme demonstrou o Fisco, pelo mapa acostado aos autos, fls. 36, o itinerário percorrido pelo transportador, quando da abordagem era totalmente incompatível com aquele constante da nota fiscal (origem e destino da mercadoria).

A quantidade do produto transportado, (500 sacas), demonstrado pela contagem física assinada pelo transportador, às fls. 06, era divergente daquela descrita na nota fiscal de fls. 30, (450 sacas).

Desta forma, não restou inequivocamente provado que existia documento hábil emitido antes da ação fiscal.

A dedução do crédito do ICMS, levado a efeito pela AF de Unaí, constante da nota fiscal de fls. 30, não traz qualquer prejuízo ao emitente da mesma, visto tratar-se de outra operação, diversa da ora autuada.

Entretanto, deve ser excluído do pólo passivo o Coobrigado Valmor da Cunha Lima, visto que a responsabilidade solidária decorre da Lei, sendo que no caso sob análise o fiel depositário somente poderia ser incluído na lide acaso enquadrasse em alguma das hipóteses previstas nas alíneas do inciso I, do artigo 21, da Lei 6763/75, o que não restou provado.

Estando caracterizada a infração, corretas são as exigências constantes do presente AI.

Diante do exposto, ACORDA a Terceira Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para excluir do pólo passivo o Coobrigado elencado no AI (Valmor da Cunha Lima) por falta de previsão legal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros: Luiz Fernando

Castro Trópia (revisor), Edmundo Spencer Martins e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 18/06/01.
Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Relatora

ACÓRDÃO: 2.470/01/CE (PUBLICADO NO DOE DE 28/11/01)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COOBRIGADO - Revela-se cabível o restabelecimento da empresa Volvo do Brasil Veículos Ltda no pólo passivo da obrigação tributária, uma vez comprovada a sua participação no evento e o interesse comum. Decisão reformada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - VEÍCULO – Constatou-se que a Autuada promoveu saídas de veículos sem emitir as notas fiscais correspondentes às operações efetivamente realizadas, sob alegação de tratar-se de vendas diretas do fabricante, estabelecido no Paraná, para consumidores finais. Entretanto, restou comprovado nos autos tratar-se de vendas normais da Autuada/Concessionária mineira. Manutenção da decisão da Câmara *a quo*, no sentido de conceder os créditos correspondentes a 12% (doze por cento) sobre o valor das notas fiscais objeto das autuações, emitidas pela Coobrigada. Decisão mantida.

Recursos de Revisão parcialmente providos. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias (veículos), no período fiscalizado, sem a emissão de notas fiscais correspondentes às operações efetivamente realizadas, sob a alegação de tratar-se de venda direta do fabricante aos consumidores finais. Exige-se ICMS, MR e MI(40%) prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

As decisões consubstanciadas nos Acórdãos n.° 13.920/00/2ª, 13.921/00/2ª, 13.922/00/2ª, 13.923/00/2ª, 13.924/00/2ª, 13.925/00/2ª, 13.926/00/2ª, 13.927/00/2ª, 13.928/00/2ª e 13.929/00/2ª, pelo voto de qualidade excluíram a Coobrigada Volvo do Brasil do pólo passivo, além de terem concedido à Autuada, Jaíba Minas, o crédito de 12% sobre as notas fiscais que originaram as autuações, emitidas por aquela Coobrigada.

Por sua vez, foram mantidas as autuações, com exigências de ICMS, MR (50%) e MI (40%), as quais não foram objeto de recurso por parte da Autuada.

Inconformada, a Recorrente, FPE, interpõe, tempestivamente, os presentes Recursos de Revisão, por intermédio de procurador legalmente habilitado.

Manifesta-se às fls. 408 a 412 (PTA nº 01.126085-97); fls. 254 a 260 (PTA nº 01.125524-86); fls. 328 a 333 (PTA nº 01.125528-93); fls. 319 a 325 (PTA nº 01.126156-82); fls. 315 a 319 (PTA nº 01.126105-59); fls. 259 a 265 (PTA nº 01.125531-30); fls. 267 a 273 (PTA nº 01.126119-62); fls. 276 a 282 (PTA nº 01.126301-00) e fls. 298 a 304 (PTA nº 01.126117-09).

As Recorridas, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, contra-arrazoam os recursos interpostos, requerendo, ao final, o seu não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer, opina pelo provimento dos Recursos de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Da Preliminar

Relativamente à suposta intempestividade dos Recursos de Revisão atinentes aos PTA nº 01.125528-93, 01.126156-82, 01.126119-62, 01.126301-00 e 01.126117-09, temos que realmente os protocolos destes apresentam a data rasurada de 09-02-01.

Entretanto, considerando a republicação dos Acórdãos, em 14.02.01, conforme certidões às fls. 318 e 326 (PTA nº 01.126156-82); fls. 326 e 334 (PTA nº 01.125528-93); fls. 266 a 274 (PTA nº 01.126119-62); fls. 275 e 283 (PTA nº 01.126301-00) e fls. 297 e 305 (PTA nº 01.126117-09), cabe ressalvar que o prazo para recurso, que anteriormente expirava-se no dia 12.2.01, foi renovado, prejudicando a preliminar de intempestividade.

Por outro lado, o patrono da Recorrida e Coobrigada Volvo do Brasil Veículos Ltda, renunciou, da tribuna, à preliminar arguída.

Do Mérito

Versam as presentes autuações sobre saídas de mercadorias (veículos), no período fiscalizado, sem a emissão de notas fiscais correspondentes às operações efetivamente realizadas, sob a alegação de tratar-se de venda direta do fabricante aos consumidores finais. Exige-se ICMS, MR e MI(40%) prevista no art . 55, inciso II, da Lei nº

6763/75.

Verifica-se nos autos que as autuações não se basearam em meras saídas físicas ocorridas após revisões procedidas nos veículos, mas na realidade, houve o entendimento de que a concessionária, no caso a Autuada Jaíba Minas, efetuou vendas de veículos para consumidores finais/arrendadores, sendo que o acobertamento fiscal correto teria sido aquele que contemplasse as operações fabricante - concessionária e, a seguir, concessionária - consumidor final ou arrendador, e não o ocorrido, fabricante - consumidor final ou arrendador, com uma simples passagem dos veículos, para revisões, pela concessionária, que teria feito jus a "comissões" por tais procedimentos.

Em que pese a Coobrigada Volvo do Brasil pretender afastar da discussão a legislação que rege a relação que mantém com suas distribuidoras, como a Lei nº 6.729/79; a "Primeira Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e da Categoria Econômica dos Distribuidores de Veículos Automotores" (fls. 145 a 185 do PTA nº 01.126301-00) e a "Quarta Convenção da Marca Volvo" (fls. 186 a 226 do mesmo PTA), encontramos nestas vários fundamentos para a manutenção dos feitos fiscais.

Quanto ao pleito de exclusão da Volvo do Brasil do pólo passivo da relação jurídico-tributária, temos que a sujeição desta mostrou-se plenamente caracterizada à luz da acusação fiscal de saídas desacobertadas de documentação fiscal, conforme artigo 124, I do CTN c/c o artigo 21, XII da Lei nº 6.763/75.

A Volvo do Brasil, fabricante localizada no Estado do Paraná, ao emitir notas fiscais diretamente a consumidores finais ou arrendadores evidentemente praticou um ato que contribuiu para que uma de suas concessionárias, que deveria ter sido a destinatária, não recolhesse nenhuma parcela de ICMS em favor do Estado de Minas Gerais.

Além disso, as decisões da Egrégia Câmara entenderam que houve um "desvirtuamento do disposto no artigo 15 da Lei 6729/79, com o propósito de omitir a operação entre o Distribuidor/Jaíba e o Consumidor".

E este desvirtuamento foi provocado também pela Volvo do Brasil, que emitiu notas fiscais para outros destinatários; pagou "comissões" à Autuada pelas vendas e realizou a chamada "venda direta" à margem da legislação.

No tocante ao mérito propriamente dito, cabe inicialmente, destacar alguns conceitos.

Diz o eminente civilista Orlando Gomes, que o *distribuidor* ou

concessionário de venda exerce a atividade de "revenda de produtos, mercadorias ou artigos que compra ao fabricante e distribui com exclusividade, comercializando-os em certa zona, região ou área.

A *concessão de venda* formaliza-se mediante *contrato de adesão*. Para todos os distribuidores da rede o fabricante estabelece *condições gerais*, isto é, *cláusulas uniformes*, aceitas sem discussão.

A contrapartida das vendas que faz não é, como sucede com os *agentes*, uma *comissão* calculada sobre o preço, mas o *lucro* obtido com as revendas, feitas que são no interesse próprio, enquanto o agente, mesmo exclusivo, vende mercadoria de outrem, por conta e no interesse deste..." (Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 374).

O contrato de distribuição é denominado concessão comercial no diploma legal próprio, Lei n.º 6.729/79, alterada pela Lei n.º 8.132/90, sendo seu objeto "a comercialização dos bens produzidos e fornecidos pelo fabricante. Completa-se, não raro, com a obrigação de prestar assistência" ...e deve possuir em seu conteúdo condições indeclináveis, "tais como a especificação do produto, a demarcação da área, a quota mensal de compra". (op. cit. , p. 375)

Já a intermediação (corretagem) é atividade sujeita ao ISS, conforme item 50 da Lista de Serviços, devendo, porém, observar certos requisitos (artigo 36 e seguintes do Código Comercial) para caracterizar-se como tal.

Dentro disso, temos que o artigo 59 proíbe que o corretor, por exemplo, contraia sociedade ou se encarregue de cobranças ou pagamentos por conta alheia.

Segundo o autor citado, "consiste a atividade do corretor em aproximar pessoas que desejam contratar, pondo-as em contato." (op. cit. , p. 380)

Em relação ao contrato de representação comercial, por sua vez, leciona que "uma das partes obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização, por conta da outra, em determinada zona, de operações mercantis, agenciando pedidos para esta." (Op. cit. , p. 365)

De acordo com o artigo 2º da Lei n.º 4.886/65, deve o representante comercial registrar-se como tal.

Ocorre que a Autuada, Jaíba Minas, não demonstrou possuir o referido registro, além de incorrer nos impedimentos acima mencionados.

Assim sendo, a Autuada, pelas características dos contratos acima, reforçadas por suas próprias afirmações, trata-se tão somente de concessionária, sendo uma impropriedade o que recebe ter a

denominação de comissão.

Cabe destacar que os valores percebidos a este título, chegam até a 14% (catorze por cento) do valor do veículo, sendo claro, portanto, que não se trata de comissão, mas sim de margem de lucro na atividade comercial.

Retornando à já mencionada Lei n.º 6.729/79, concernente à concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, temos que seu artigo 15 dispõe a respeito das situações que possibilitam ao concedente (fabricante) efetuar vendas diretas de veículos automotores.

Dispõe o referido artigo:

> *"Art. 15 – O concedente poderá efetivar vendas diretas de veículos automotores:*
>
> *I – independentemente de atuação ou pedido de concessionário:*
>
> *a)à Administração Pública, Direta ou Indireta, ou ao Corpo Diplomático;*
>
> *b)a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição;*
>
> *II – através da rede de distribuição:*
>
> *a)às pessoas indicadas no inciso I, "a", incumbindo o encaminhamento do pedido a concessionário que tenha esta atribuição;*
>
> *b)frotistas de veículos automotores, expressamente caracterizados, cabendo unicamente aos concessionários objetivar vendas desta natureza;*
>
> *c)a outros compradores especiais, facultada a qualquer concessionário a apresentação do pedido.*
>
> *§ 1º - Nas vendas diretas, o concessionário fará jus ao valor da contraprestação relativa aos serviços de revisão que prestar, na hipótese do inciso I, ou ao valor da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida, na hipótese do inciso II deste artigo.*
>
> *§ 2º - A incidência das vendas diretas através de concessionário, sobre a respectiva quota de veículos automotores, será estipulada*

entre o concedente e sua rede de distribuição."

Apesar de mencionada no dispositivo legal acima, a efetivação das vendas a "compradores especiais" não foi demonstrada em nenhum dos PTA, quer seja através de um ajuste entre os contratantes, quer seja através de um pedido da concessionária, ora Autuada.

Por sua vez, o artigo 19 da mesma lei elenca as diversas matérias para as quais as convenções de marca deverão estabelecer normas e procedimentos, sendo que o inciso XIV refere-se às vendas diretas, incluindo a especificação dos compradores especiais.

Dentro disso temos que a **"Primeira Convenção da Categoria Econômica dos Produtores e da Categoria Econômica dos Distribuidores de Veículos Automotores",** ou **"PCCE"**, realizada em 1983, refere-se às vendas diretas pelo produtor no seu capítulo XVII, às fls. 169 a 171 do PTA nº 01.126301-00.

Por sua vez, os destinatários consignados nas notas fiscais emitidas pela Volvo do Brasil, atinentes às dez autuações, apenas seriam considerados compradores especiais enquadrando-se no item "demais previstos em convenção da marca".

Ocorre que a "Quarta Convenção da Marca Volvo", realizada em 1987, no seu capítulo XVI, às fls. 216 a 219 do PTA nº 01.126301-00, ao referir-se às vendas diretas pelo produtor, independentemente ou através das concessionárias, não contempla também as operações em questão (foi dado, isso sim, um especial destaque às vendas efetuadas à administração pública).

Apenas o artigo 89 poderia amparar o entendimento das Recorrentes, pois prevê, mesmo na hipótese de venda normal do distribuidor, a possibilidade de faturamento direto do produtor, "por conveniência do negócio".

Contudo, contrapõe-se ao estatuído no artigo 123 do CTN, a seguir transcrito:

> *"Art. 123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes."*

Por outro lado, fatos e documentos juntados aos autos também revelam que as mercadorias não foram simplesmente "revisadas" pela Jaíba Minas, conforme a seguir transcrito:

- PTA nº 01.126119-62: a observação "Jaíba Minas", consignada nos recibos da Volvo do Brasil para Geral o Comércio

Arrendamento Mercantil e Santander Brasil Arrendamento Mercantil, de fls. 138 e 140, as "Comissões s/Fatura Direta", de fls. 14 e 15, e os CTRC, de fls. 16 e 17, contendo dados da Jaíba Minas, além de carimbos dos setores contábil e de vendas;

- PTA nº 01.125528-93: a "Comissão s/Fatura Direta", de fl. 20;

- PTA nº 01.125524-86: a observação "Jaíba Minas", consignada nos recibos da Volvo do Brasil para Dibens Leasing S/A, de fls. 205 e 207, e a "Comissão s/Fatura Direta", de fl. 17;

- PTA nº 01.126156-82: a observação "Jaíba Minas", consignada no recibo da Volvo do Brasil para Sudameris Arrendamento Mercantil, de fl. 93, a "Comissão s/Fatura Direta", de fl. 14, e o CTRC, de fl. 16, contendo dados da Jaíba Minas, além de carimbos dos setores contábil e de vendas;

- PTA nº 01.126301-00: a observação "Jaíba Minas", consignada no recibo da Volvo do Brasil para Rodoverde Transportes e Representações, de fl. 142, a "Comissão s/Fatura Direta", de fl. 15, e o CTRC, de fl. 16, contendo dados da Jaíba Minas, além de carimbos de seus setores contábil e de vendas;

- PTA nº 01.126117-09: a observação "Jaíba Minas" consignada nos recibos da Volvo do Brasil para Agro Industrial Volta Grande, de fls. 173 e 175, as "Comissões s/Fatura Direta", de fls. 16 e 21, e os CTRC, de fls. 17, 22, 23 e 24, contendo dados da Jaíba Minas, além de carimbos dos setores contábil e de vendas;

- PTA nº 01.125531-30: a observação "Jaíba Minas" consignada nos recibos da Volvo do Brasil para BCN Leasing e Noroeste Leasing, de fls. 133 e 135, e as "Comissões s/Fatura Direta", de fls. 16 e 18;

- PTA nº 01.126085-97: a observação "Jaíba Minas" consignada no recibo da Volvo do Brasil para Transbittar, de fl. 262, as "Comissões s/Fatura Direta", de fls. 19 e 24, e os CTRC, de fls. 20 a 22, contendo dados da Jaíba Minas, além de carimbos dos setores contábil e de vendas;

- PTA nº 01.126105-59: a observação "Jaíba Minas" consignada nos recibos da Volvo do Brasil para Comércio e Transportes Rodrigues, de fls. 194, 196, 197e 198, as "Comissões s/Fatura Direta", de fls. 16, 17, 19 e 20, e, à fl. 10, publicidade relativa a uma das vendas efetuadas ao cliente acima, publicada à pagina 3 do jornal "Correio", de Uberlândia, de 14-5-98.

Além disso, temos que em todas as "Comissões s/Fatura Direta" (emissões foram da Autuada) constam, lado a lado, um número de pedido e os termos "Vend : 316", "Vend: 317" ou "Vend : 311".

Isso posto, as operações em questão não e enquadram como

"vendas diretas" do fabricante, como entendem as Recorridas, mas sim como vendas normais da concessionária Jaíba Minas.

Assim, os fatos geradores mostraram-se configurados e as operações ocorreram em Minas Gerais, conforme inciso VI do artigo 6º e alínea "h" do item 1, § 1º do artigo 33, Lei n.º 6763/75; alínea "o" do inciso I do artigo 95, RICMS/91; alínea "m" do inciso I do artigo 61, RICMS/96; e inciso I do parágrafo único, artigo 121 do CTN.

Da mesma forma a segunda parte da alínea "m" do inciso I, artigo 61 do RICMS/96, abaixo transcrito:

> *"Art. 61 – O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:*
>
> *I – tratando-se de mercadoria ou bem:*
>
> *...*
>
> *m - o do estabelecimento, no Estado, que efetuar venda a consumidor final, <u>ainda que</u> a mercadoria tenha saído de estabelecimento do mesmo contribuinte, localizado fora do Estado, diretamente para o adquirente; (g.n.)*

Quanto aos julgados do Egrégio STJ concernentes a remessas de mercadorias para consumidores finais através de estabelecimentos distintos daqueles que as teriam vendido, temos que, naqueles casos, contrariamente aos presentes, os estabelecimentos pertenciam ao mesmo titular (envolviam matriz e filial).

Em relação ao leasing, arrendamento mercantil, cumpre observar que as exigências referem-se às operações da Jaíba Minas (Autuada) para os arrendadores/instituições financeiras, tendo em vista a Volvo do Brasil ter faturado diretamente para estes, conforme notas fiscais constantes em vários dos PTA acima (o Fisco, tal qual a Volvo do Brasil em tais operações, utilizou indevidamente a alíquota de 12%, quando o correto seria a alíquota de 18%).

Por sua vez, o crédito do imposto deve ser ofertado à Autuada, uma vez que se ocorreu uma saída de mercadoria foi devido a uma anterior entrada, que, *in casu,* por si só, deve ensejar direito ao crédito.

Assim, não obstante a inexistência de documentação adequada e regular escrituração para creditar-se, a concessão dos créditos correspondentes a 12% (doze por cento) sobre o valor das notas fiscais emitidas pela Volvo do Brasil é um imperativo de justiça e se amolda ao princípio da não cumulatividade, uma vez que foi efetivamente pago na operação anterior.

Neste caso, ão deve o Fisco se apegar ao disposto no art. 23

da LC 87/96 e 30 da Lei 6763/75, uma vez que foram desclassificadas as operações de remessa das mercadorias da Volvo para os adquirentes. Portanto, não poderia a empresa apresentar os documentos fiscais regularmente escriturados para obtenção dos créditos, haja vista que, sob sua ótica, não ocorreram as operações alinhavadas pelo Fisco.

Diante do exposto, em preliminar, quanto a alegação de intempestividade dos Recursos, a Recorrida, através do seu Patrono, expressamente desistiu da mesma. No mérito, por maioria de votos, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em dar provimento parcial aos Recursos de Revisão, para restabelecer a condição de Coobrigada da Volvo do Brasil Veículo Ltda. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor) que negava provimento aos mesmos. Participaram do julgamento, além dos signatários e já citado, os Conselheiros Windson Luiz da Silva, Francisco Maurício Barbosa Simões e Cláudia Campos Lopes Lara. Pela Autuda, sustentou oralmente o Dr. Liopino L. A. Neto e pela Coobrigada o Dr. Fernando T. Ishikawa, enquanto pela Fazenda Pública, sustentou o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

Sala das Sessões, 05/10/01.
José Luiz Ricardo
Presidente
Roberto Nogueira Lima
Relator

18 - Restituição

1999

ACÓRDÃO: 13.503/99/2ª *(PUBLICADO NO DOE DE 31/05/00)*

EMENTA

Restituição - ICMS e Multas. Pedido de restituição de ICMS,MR e MI recolhidas, relativas ao transporte de mercadorias (Motocicletas) desacobertadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Restando comprovado o pagamento do ICMS por substituição tributária, relativamente a uma das motocicletas objeto da autuação, tal valor deverá ser restituído ao contribuinte. Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R$ 1.840,00, ao argumento de que trata-se de uma simples operação de demonstração, operação acessória, sem débito ou crédito de ICMS, lastreado em substituição tributária e que lamentavelmente, por omissão, o transporte foi efetuado sem a documentação em destaque.

O Chefe da AF/Itaúna, em despacho de fls.18/19, decide indeferir o Pedido.

O Superintendente da SRF/Oeste, referendando parecer de sua Assessoria, indefere o Pedido, conforme despacho de fls. 21/22.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de seu representante legal, apresenta Impugnação de fls.26/27, requerendo a sua procedência.

O Fisco, apresenta a manifestação de fls.29/33**,** refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 34/36, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

Versa a presente lide sobre o pedido de restituição de tributos e multas exigidos por ter sido constatado que o Contribuinte transportava duas motocicletas Honda, desacobertadas de documentação fiscal.

Não restam dúvidas quanto a questão de fato. O próprio Impugnante demonstra reconhecer, nos termos de sua impugnação, que a mercadoria transitava desacobertada de documentação fiscal. Portanto, o que se discute é o direito à restituição dos valores pagos em função das mercadorias autuadas estarem sob o regime de substituição tributária.

A Impugnante apresenta, posteriormente, duas notas fiscais de aquisição de motocicletas, onde se constata a retenção do ICMS devido por substituição tributária.

Entendemos estar correto a cobrança de ICMS, Multa de Revalidação e multa Isolada pelo transporte desacobertado no que diz respeito à motocicleta modelo 200NX, a qual não teve o pagamento do imposto devido por sua saída comprovado. Também não ficou comprovado, de forma inequívoca, a emissão de documentação fiscal habilitador de sua circulação em momento anterior ao feito fiscal.

Relativamente a motocicleta modelo C100 Dream, restou comprovado a existência de documentação habilitadora de circulação emitida anteriormente ao feito fiscal e o destaque do ICMS apurado sob regime de substituição tributária, em nota fiscal de aquisição, ls. 17.

Assim, subsistirá, neste caso apenas a Multa Isolada por descumprimento de obrigação acessória.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, para prevalecer o valor a restituir de R$ 457,60 (quatrocentos e cinqüenta e quatro reais e sessenta centavos), conforme demonstrado pela Auditoria Fiscal às fl.36 dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro Edwaldo Pereira Salles.

Sala das Sessões, 18/11/99.

Mauro Rogério Martins
Presidente

João Alves Ribeiro Neto
Relator

ACÓRDÃO: 1.072/00/5ª *(PUBLICADO NO DOE DE 01/07/00)*

EMENTA

Restituição – ICMS e Multas Pagas Através de DAF – Trânsito de Mercadorias – Não demonstrado nos autos o recolhimento indevido do imposto e das multas aplicadas. As notas fiscais apresentadas no momento da ação fiscal, foram corretamente desclassificadas pelo Fisco. Exigências fiscais, assim como o indeferimento do pedido de restituição, mantidas. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente PTA versa sobre Pedido de Restituição sob a alegação de pagamento indevido de crédito tributário recolhido através da DAF 04.000174615.13 (fl. 31), de 03/12/98, emitida no Posto Fiscal João Ricarti Teixeira – Andradas/MG, o qual foi indeferido pelo Chefe da AF/Alfenas, conforme documento de fls. 53.

O valor total requerido é de R$ 5.381,50, sendo R$ 2.279,22, a título de ICMS, R$ 569,81, de Multa de Revalidação e R$ 2.532,47, de Multa Isolada.

Inconformada, a Impugnante apresenta Impugnação tempestiva ao Indeferimento (fls. 55/57), por intermédio de seu representante legal, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação, recolhendo a taxa de expediente conforme DAE de fls. 58.

Alega que o pedido de restituição decorre de pagamento em duplicidade de ICMS, conforme comprovam os documentos juntados na inicial (fls. 04 a 28).

Informa ser estabelecimento filial cuja matriz (também depósito central) está localizada na cidade de Salto/SP, atuando no ramo varejista de eletrodomésticos e móveis.

Explica que muitos dos produtos vendidos saem fisicamente do estabelecimento situado em Salto diretamente para entrega ao comprador final da região de Alfenas, o que aconteceu em 03.12.98. Ao adentrar no Estado de Minas Gerais, o veículo transportador foi interceptado pela fiscalização da barreira, no município de Andradas, que desconsiderou as notas fiscais, exigindo o pagamento de R$ 5.381,50 referente a ICMS e acréscimos, conforme DAF 04.000174615.13, que foi recolhido apenas para que o caminhão pudesse seguir viagem.

Aduz que anexou ao pedido cópias das fls. do LRS demonstrando o lançamento das notas fiscais em pauta, bem como das DAE's de pagamento de ICMS apurado no período, demonstrando assim que o ICMS exigido era indevido.

Requer a recuperação do ICMS pago em duplicidade seja em forma de crédito, de restituição ou de autorização para estorno do ICMS debitado nos livros fiscais, relativamente às notas fiscais desconsideradas.

O Fisco, na Réplica de fls. 63 **,** refuta as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

Informa que as notas fiscais relacionadas foram desclassificadas por não acobertarem a operação em tela, uma vez que as mercadorias provinham de Salto-SP. Além disto, nos documentos estavam consignadas datas de saídas posteriores à ação fiscal, o que, por si só, configuraria a infração prevista nos artigos 134, inciso VIII e 149, inciso I, do RICMS/96, sendo os documentos considerados inidôneos, estando, portanto, desacobertada a mercadoria.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 65 a 68 , opina pela improcedência da Impugnação, mantendo-se o indeferimento do presente pedido de restituição.

DECISÃO

O presente pedido de restituição é relativo ao pagamento de ICMS, MR e MI exigidos através da DAF 04.000174615.13 de 03/12/98, no valor total de R$5.381,50 (cinco mil, trezentos e oitenta e um reais e cinqüenta centavos).

A Autuação consistiu na desclassificação pelo Fisco dos documentos fiscais cujas cópias se encontram anexadas aos autos às fls. 04 a 28.

Tratam-se de documentos emitidos por Lojas Cem /A,

estabelecida à Rua Francisco Mariano, 127 – Centro – Alfenas/MG, cujos destinatários são pessoas físicas domiciliadas em Alfenas e outros municípios vizinhos. A data de emissão é 02/12/98 e todos consignam a **data de saída de 04/12/98**. A **abordagem fiscal**, conforme demonstra o Documento de Arrecadação Fiscal à folha 31 dos autos, **ocorreu em 03/12/98**.

A imputação fiscal é de que as mercadorias estavam desacobertadas para todos os efeitos legais, tendo em vista que provinham de Salto/SP, portanto tais notas fiscais não se prestavam a acobertar a operação em tela, e ainda que a data de saída era posterior à ação fiscal, caracterizando a inidoneidade dos documentos e o desacobertamento da operação nos termos da legislação tributária pertinente.

O DAF, cuja cópia está anexada às fls. 31, traz capitulados os artigos 3º-V e 134-VIII do RICMS/96 e a título de penalidades, os artigos 55-II e 56-II da Lei 6763/75.

O artigo 3º-V do decreto regulamentar dispõe que se considera saída do estabelecimento situado neste Estado, a mercadoria por ele vendida a consumidor final e remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado.

Não nos parece adequado citar tal artigo na situação em foco, uma vez que o mesmo se aplica aos casos em que o Fisco comprova que a mercadoria foi vendida pelo estabelecimento mineiro e, no entanto, foi entregue aos compradores diretamente com notas fiscais emitidas por estabelecimento do mesmo titular situado fora do estado, em detrimento da parcela de imposto devida ao Estado mineiro, o que não corresponde ao fato ora sob enfoque. As notas fiscais que acompanhavam o trânsito e que foram desclassificadas são de emissão da filial mineira, estabelecida em Alfenas/MG.

No entanto, tal fato não prejudicou a ação fiscal, tendo em vista que o artigo 134-VIII, do RICMS/96, dispõe expressamente que é considerado inidôneo o documento cuja data de saída seja posterior à ação fiscal, situação esta devidamente comprovada nos autos e não ilidida pela Impugnação apresentada. A mercadoria deve, portanto, ser considerada desacobertada, a teor do disposto no artigo 149-I do mesmo diploma legal.

Ademais, está correta a afirmação do Fisco de que tais documentos não acobertavam a operação em tela, uma vez que as mercadorias provinham de Salto/SP, fato reconhecido pela Impugnante, e as notas fiscais foram emitidas pela filial de Alfenas. Estabelecimentos de idêntica titularidade situados em áreas diversas são autônomos para

efeitos tributários, tendo em vista o disposto no artigo 59, inciso I do decreto regulamentar, além do fato de que notas fiscais emitidas pelo estabelecimento mineiro não se prestam a acobertar o trânsito de mercadorias oriundas da matriz estabelecida em Salto/SP.

Estando a mercadoria desacobertada para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 149, inciso I, do RICMS/96, correta a aplicação da alíquota interna, tendo em vista que o artigo 61, § 4º, item 1, do mesmo diploma legal, dispõe que considera-se mineira a mercadoria encontrada sem documento fiscal, sendo o imposto exigível em função da norma inserta no artigo 89, inciso I (*considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto relativamente à operação com mercadoria cujo transporte ocorra sem documento fiscal*).

Observe-se, ainda, que é impossível estabelecer relação inequívoca de tais mercadorias com os documentos em questão, tendo em vista não serem passíveis de identificação, por não caracterizarem mercadorias perfeitamente identificáveis, assim entendidas aquelas que possuem número de série individualizado. Não se caracteriza, portanto, o pagamento em duplicidade alegado pela Impugnante. Tais documentos, emitidos em 02/12/98, eram passíveis de ser utilizados no acobertamento do trânsito de mercadorias semelhantes em Alfenas e municípios vizinhos.

Os argumentos trazidos aos autos pela Impugnante não ilidem, portanto, o feito fiscal, que está corretamente embasado na legislação tributária.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 5.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato e Joaquim Mares Ferreira.

Sala das Sessões, 10/05/00.
Laerte Cândido de Oliveira
Presidente
José Eymard Costa
Relator

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS/ST, MR e MI - Não caracterizada a vinculação das operações de entradas às saídas das mercadorias, bem como não apresentou as indispensáveis autorizações consoante o art. 166 do CTN. Provas dos autos insuficientes e/ou contraditórias para fundamentar o direito a repetição de indébito. Mantido o indeferimento do pedido de restituição. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Impugnante requer a restituição do imposto destacado e recolhido por Substituição Tributária em notas fiscais que forma objeto dos Autos de Infração nº 094806 de 06/12/93, 095703 de 14/12/93 e 094847 de 04/01/94, tendo sido Autuada a Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda e a requerente como Coobrigada. Tendo o pleito indeferido pelo Superintendente Regional da Fazenda/Oeste.

Inconformada, tempestivamente, impugna, neste ato representada por procurador legalmente constituído, apresentando suas razões às fls. 64/80.

O Fisco, refuta as alegações apresentando as contra razões, fls. 82/84.

A Auditoria fiscal em parecer conclusivo e fundamentado opina pela improcedência da impugnação.

Em sessão de julgamento desta Câmara no dia 18/11/99, é exarado Despacho interlocutório, fls. 88. A Impugnante retorna aos autos e junta documentos, fls. 94/101 e após a Auditoria aprecia o Despacho às fls.102/104.

DECISÃO

Pelos fatos e provas trazidos aos autos, verifica-se que a Autuada, Cervejaria Kaiser do Brasil Ltda, efetuou o recolhimento do ICMS/ST, quando da quitação integral dos 3 AI em que figurava como sujeito passivo, pela não retenção do imposto. Após, orientado pelo AF/Passos, fls. 57, "*cumpriu o que determinava a legislação vigente na época, ou seja, escriturou as notas fiscais de aquisição relacionadas, aproveitando o crédito do imposto, e emitiu notas fiscais nas saídas, debitando-se do imposto nas operações próprias, e também, destacando-se o ICMS/ST, previsto nas operações subsequentes, e ressarcindo-se do imposto retido junto aos varejistas*..." . Com base nestes fatos entende que houve duplicidade de pagamento do imposto incidente nas operações.

Como se trata de mercadorias não perfeitamente identificáveis, necessário se faz estabelecer, no mínimo, uma cronologia entre as datas das notas fiscais daquelas mercadorias adquiridas sem a retenção do imposto relativo ao ICMS/ST e as datas das notas fiscais de saídas das mesmas mercadorias.

Veja que a Impugnante não atendeu o que lhe fora solicitado pela Egrégia 6ª Câmara de Julgamento, pois não apresentou uma única autorização, de qualquer destinatário da mercadorias, outorgando-lhe o direito de solicitar a restituição do ICMS retido por substituição tributária, consoante o art. 166 do CTN.

Nas relações de notas fiscais apresentadas, faz-se alusão às respectivas notas fiscais que acobertaram as mercadorias até seu estabelecimento e que foram objeto de autuação, afirmando às fls. 02 que "*efetuou a venda destes produtos adquiridos pelas notas fiscais citadas com o devido destaque e recolhimento aos cofres estaduais"*, e às fls. 95 sustenta que "*tratou imediatamente de recolher o imposto, que destacou nas notas fiscais de vendas ocorridas logo após a entrada das mercadorias*".

Porém observa-se nestas relações, que a Impugnante deu saída a mercadorias em datas anteriores às datas de interceptação do Fisco, constante dos AI's, donde conclui-se que as notas fiscais de saída relacionadas às fls. 05/10 não se referem, pelo menos em sua totalidade, às mesmas mercadorias adquiridas sem retenção do ICMS/ST, tais divergências são individualmente tratadas no parecer da Auditoria Fiscal, fls. 104, demonstrando claramente a ausência de vinculação das operações, ficando prejudicada a afirmação da Impugnante de que o imposto incidente foi pago em duplicidade.

O certo é que a Impugnante, ainda que razões lhe assista, fez anexar aos autos relato impuro sobre a vinculação das notas fiscais de entradas das mercadorias as de saídas, bem como não apresentou as indispensáveis autorizações solicitadas pela Egrégia 6ª Câmara de Julgamento, não havendo como obter sucesso em sua pretensão.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 10/07/01.

Antônio César Ribeiro

Presidente/Revisor

Maria de Lourdes Pereira de Almeida

Relatora

19 – ITCD

2000

ACÓRDÃO: 14.079/00/3ª (PUBLICADO NO DOE DE 19/05/00)

EMENTA

ITCD - Falta de Pagamento - Espólio - Caracterizado nos autos que não houve o pagamento do ITCD devido, embora a inventariante tenha entregue o dinheiro à agente pública que não o recolheu aos cofres públicos, de conformidade com o art. 9º da Lei 12.426/96. Crédito tributário não extinto pela modalidade prevista no art. 156, inciso I do CTN. Exigências fiscais mantidas.

Responsabilidade Tributária - Coobrigada - Eleição Errônea - Em preliminar, pelo voto de qualidade, deliberou a câmara pela exclusão da coobrigada Rozângela Teixeira, haja vista que a Lei 12.426/96 não prevê responsabilidade tributária para os ilícitos praticados por ela. Também, não se verifica a solidariedade natural do art. 124, I do CTN.

Impugnação Improcedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

O lançamento tributário teve como gênese o levantamento nos autos de inventário número 2.680/94 - espólio de Osmar Fernandes Lopes - quando constatou-se o recolhimento do ITCD em desacordo com a resolução SEF 2.501, de 18/02/94.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 18/20, contra a qual o Fisco apresenta manifestação fiscal às fls. 30/34.

DECISÃO

Preliminarmente, há de se analisar os sujeitos passivos da obrigação tributária, especialmente os designados de coobrigados.

O contribuinte do ITCD é o herdeiro - art. 7º da Lei 12.426/96 - no caso sob análise Luiz Carlos Fialho Lopes.

A inventariante - Flor de Lys Fialho Lopes - é responsável solidária na impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, conforme art. 134, inciso IV do CTN.

A coobrigada Rozângela Teixeira deve ser solidária por um dos incisos do art. 124 do CTN, que prescreve:

> *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 solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

A solidariedade prevista no art. 124, inciso I do CTN, refere-se à solidariedade natural. É o caso de dois irmãos que são co-proprietário "pró-indiviso" de uma gleba de terra. **Todavia não é o caso dos autos**.

A solidariedade do art. 124, inciso II do CTN é a chamada solidariedade legal. **Na Lei 12.426/96 não há previsão de responsabilidade solidária para os fatos praticados por Rozângela Teixeira**.

Portanto, na espécie analisada está descartada a chamada solidariedade legal, que deve, obviamente, ser instituída expressamente por lei (não havendo necessidade da pessoa praticar o fato gerador ou dele participar). O que se busca é a garantia do crédito tributário, unindo-se pela solidariedade prevista na lei, diversas pessoas.

Assim, por mais condenável que seja a conduta de Rozângela Teixeira, a lei não prevê responsabilidade tributária para ela. Todavia, a mesma está sujeita às responsabilidades das esferas civil e criminal.

Relativamente ao não recolhimento do ITCD, uma vez que os valores correspondentes foram entregues a Rozângela Teixeira, o art. 9º da Lei 12.426/96 prevê a forma e o local do pagamento. Senão Vejamos.

Art. 9º - O ITCD será recolhido mediante documento de arrecadação, em modelo instituído por resolução do Secretário de Estado da Fazenda, após o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 12 desta lei.

Parágrafo único - O documento de arrecadação poderá ser preenchido pelo contribuinte e não necessita de visto de repartição fazendária para ser pago em estabelecimento bancário autorizado a receber o tributo.

A entrega de valores a Rozângela Teixeira, agente público, não está entre as formas previstas na lei para o pagamento de ITCD e a conseqüente extinção do crédito tributário pela modalidade prevista no art. 156, I do CTN.

Acrescente-se, ainda, conforme consta da réplica, fls. 34, o

recolhimento do imposto não entrou para os cofres públicos, conforme foi verificado através do BRAE - Boletim de Recolhimento de Arrecadação Estadual, documento este que encaminha à Repartição Fazendária as 2ªs vias dos DAEs.

Portanto, verifica-se nos autos que o ITCD devido não foi recolhido aos cofres públicos.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, excluir da sujeição passiva a coobrigada Rozângela Teixeira. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (revisora) e o Conselheiro João Alves Ribeiro Neto que não admitiam a exclusão. No mérito, à unanimidade, julgou-se improcedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão, João Alves Ribeiro Neto e Lúcia Maria Martins Périssé.

Sala das Sessões, 18/04/00.
Mauro Heleno Galvão
Presidente/relator

2001

ACÓRDÃO: 14.913/01/1ª (PUBLICADO NO DOE DE 22/09/01)

EMENTA

ITCD – FALTA DE PAGAMENTO – Na transmissão de bens, decorrentes da doação de recursos financeiros correspondentes a nua-propriedade do imóvel, incide o ITCD, nos termos do art. 1º, inciso III, § 3º, da Lei nº 12.246/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ITCD devido na transmissão de bens, decorrentes da doação dos recursos financeiros correspondentes a nua-propriedade do imóvel, conforme escritura pública lavrada em 26/06/97, às fls. 270/273, do Livro 275, do Cartório do Terceiro Ofício de Notas.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 10/17, contra a qual o Fisco se manifesta às fls.22/28.

DECISÃO

O presente litígio versa sobre falta de recolhimento do ITCD devido na transmissão de bens, decorrentes da doação dos recursos financeiros correspondentes a nua-propriedade do imóvel, conforme escritura pública lavrada em 26/06/97, às fls. 270/273, do Livro 275, do Cartório do Terceiro Ofício de Notas.

A alegação de cerceamento do direito de defesa não foi acatada pela Douta Câmara de Julgamento, uma vez que não há norma legal que limite o número de autos de infração a serem lavrados contra o sujeito passivo, bem como que tal fato possa, de alguma forma, restringir o direito do reclamante de apresentar impugnação dentro do prazo.

Rejeitou-se, também, a preliminar de ilegitimidade passiva, argüida pela Autuada, pois o disposto no art. 134, VI do CTN, torna responsáveis solidariamente com o contribuinte os tabeliães e serventuários de ofício. Solidariza pela negligência em velar que sejam pagos os tributos nos atos que celebram, como o ITCD no caso dos autos.

A incidência do ITCD sobre as doações em dinheiro está prevista no art. 155, inciso I da CF/88, art. 1º, inciso III, § 3º, da Lei Estadual nº 12.426/96, a seguir transcritos:

> **CF/1988:**
>
> *Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *I – transmissão causa mortis e doações de quaisquer bens ou direitos.*
>
> **Lei Estadual 12.426/96:**
>
> *Art. 1º - O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD – incidirá:*
>
> *.....*
>
> *III – na doação a qualquer título, ainda que em adiantamento da legítima.*
>
> *.....*
>
> *§ 3º - Para os efeitos deste artigo, considerar-se-á doação o ato ou fato em que o doador, por liberalidade, transmitir bens, vantagens ou direitos de seu patrimônio ao donatário, que os aceitará, expressa, tácita ou presumidamente, incluindo-se as doações efetuadas com encargos ou ônus.*

O Professor Aliomar Baleeiro, na obra "Direito Tributário Brasileiro", Ed. Forense, 1999, 11ª edição, no Capítulo III, que trata dos Imposto sobre o Patrimônio e a Renda, mais especificamente na Seção III (que trata do antigo ITBI), esclarece que: "As doações puras, que envolvem a transferência do bem em favor do donatário sem nada lhe ser exigido, nem encargos, nem tampouco implemento de condição, estão sob o campo de incidência exclusivo do imposto estadual. Observe-se, finalmente, que a pessoa que adquire bens por meio de herança ou doação tem acréscimos patrimoniais líquidos e gratuitos. Não se trata de renda, tributável pelo imposto de competência da União, a qual é sempre pessoal e advém de fonte produtora (patrimônio) da própria pessoa, enquanto as aquisições causa mortis e a doação são simples transferências de capital de um para outro patrimônio".

No caso dos autos, o objeto da presente exigência fiscal é a falta de recolhimento do ITCD, que incide sobre a doação do recurso financeiro.

O dinheiro (recurso financeiro), ao contrário do que alega as Impugnantes, se enquadra na categoria de bens móveis, conforme se verifica do disposto no art. 150, inciso I da CF/88, já transcrito.

Dentre os bens móveis, tem-se a classificação de bens fungíveis e infungíveis. Os bens fungíveis são aqueles que se podem substituir por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

A título de exemplo cita-se trecho da obra "Instituições de Direito Civil", de E.R. Limongi França: .... *"uma saca de arroz ou feijão constitui um bom exemplo de coisa fungível. O dinheiro, por sua vez, é bem fungível por excelência".*

Portanto, o dinheiro (recurso financeiro) enquadra-se perfeitamente na categoria de bens móveis elencados pelo Código Civil, sendo correta a exigência do ITCD, nos termos do art. 1º, inciso III, § 3º, da Lei nº 12.246/96.

O procedimento correto a ser adotado pelos Cartórios de Notas seria a lavratura da escritura de compra e venda da propriedade plena seguida da doação da nua-propriedade (doação com reserva de usufruto), geralmente em favor dos filhos do comprador, sobre a qual incide o ITCD.

Cabe esclarecer que um só instrumento (escritura) pode conter dois ou mais atos jurídicos, dois ou mais fatos geradores de obrigação tributária, portanto, não se pode confundir ato jurídico com o seu instrumento.

Assim, a escritura lavrada da forma como a que se apresenta nos autos, está sendo recusada pelo próprios Cartórios de Registro do município de Uberaba, que mudaram de comportamento, por entenderem estar havendo uma dissimulação (ocultação) do ato não oneroso (doação da nua-propriedade), pois passaram a exigir antes o recolhimento do ITCD devido sobre a doação do recurso financeiro.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as argüições de cerceamento do direito de defesa e ilegitimidade passiva propostas pelo Impugnante. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento mantendo-se as exigências fiscais. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) que o julgava improcedente. Participou também do julgamento o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 06/06/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator

RELAÇÃO DOS PRESIDENTES E VICE-PRESIDENTES DO CC/MG - PERÍODO: 1973 a 2002

1973 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1974 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1975 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1976 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1977 - Presidente: Paulo Rotsen de Mello
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1978 - Presidente: Paulo Rotsen de Mello
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1979 - Presidente: Paulo Rotsen de Mello
Vice-Presidente: Álvaro Málio Brandão
1980 - Presidente: Paulo Rotsen de Mello
Vice-Presidente: Moisés Candini
1981 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Moisés Candini
1982 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Moises Candini
1983 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: José Geraldo de Resende
1984 - Presidente: Nilo Antônio Gazire
Vice-Presidente: Onaldo Franco Jannotti
1985 - Presidente: Olney Brito de Carvalho
Vice-Presidente: Nilo Antônio Gazire
1986 - Presidente: Hélio Campos
Vice-Presidente: Olney Brito de Carvalho
1987 - Presidente: Olney Brito de Carvalho
Vice-Presidente: Hélio Campos
1988 - Presidente: Lauro dos Santos Cançado
Vice-Presidente: Delcismar Maia Filho
1989 - Presidente: Delcismar Maia Filho
Vice-Presidente: Lauro dos Santos Cançado
1990 - Presidente: Lauro dos Santos Cançado
Vice-Presidente: José Geraldo de Resende
1991 - Presidente: José Geraldo de Resende
Vice-Presidente: Lauro dos Santos Cançado

1992 - Presidente: Rogério Lanza Tolentino
Vice-Presidente: Nelson Pereira de Carvalho
1993 - Presidente: Nelson Pereira de Carvalho
Vice-Presidente: Rogério Lanza Tolentino
1994 - Presidente: Windson Luiz da Silva
Vice-Presidente: Francisco Mota Santos
1995 - Presidente: Francisco Mota Santos
Vice-Presidente: Windson Luiz da Silva
1996 - Presidente: Luciana Mundim Mattos Paixão
Vice-Presidente: Francisco Mota Santos
1997 - Presidente: Nelson Rodrigues da Silva
Vice-Presidente: Luciana Mundim de Mattos Paixão
1998 - Presidente: Antônio César Ribeiro
Vice-Presidente: Nelson Rodrigues da Silva
1999 - Presidente: Enio Pereira da Silva
Vice-Presidente: Antônio César Ribeiro
2000 - Presidente: Enio Pereira da Silva
Vice-Presidente: Antônio César Ribeiro
2001 - Presidente: José Luiz Ricardo
Vice-Presidente: Windson Luiz da Silva
2002 - Presidente: José Luiz Ricardo
Vice-Presidente: Luciana Mundim de Mattos Paixão

PORTARIA N.º 06, DE 02 MAIO DE 2001

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

O Presidente do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições, em cumprimento à Deliberação 02/01 do Conselho Pleno, tomada na sessão realizada no dia 17/04/01 e também em atendimento ao disposto no art. 50, III e § 1º do Regimento Interno do CC/MG, aprovado pelo Decreto N.º 41.421, de 06/12/00,

RESOLVE:

Art. 1º - Fica aprovado, para fins da divulgação exigida no art. 50 – III – do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto N.º 41.421, de 06/12/00, as Súmulas do CC/MG constantes do Anexo Único a esta Portaria.

Art. 2º - O disposto na súmula, quando os autos versarem sobre matéria idêntica àquela nela constante, vincula a decisão das Câmaras.

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

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

José Luiz Ricardo
Presidente

ANEXO ÚNICO

(a que se refere o art. 1º da Portaria N.º 06, de 02/05/01)

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.

SÚMULA 02

Os valores de frete previstos nas Tabelas da FENCAVIR e da CNT não podem ser considerados como "preço corrente da prestação de serviço", para fins do disposto no arts. 78-III- do RICMS/91 e 53 - II - do RICMS/96.

SÚMULA 03

A desclassificação de nota fiscal, com base no disposto no art. 134 – VII – do RICMS/96, somente poderá ser efetuada quando o Fisco comprovar que a empresa destinatária da mercadoria nunca teve ou não tinha, na data da autuação, existência de direito ou de fato.

SÚMULA 04

Exercida a opção pela redução da base de cálculo ou crédito presumido, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, é vedada a utilização de quaisquer outros créditos.

SÚMULA 05

Nas autuações efetuadas no trânsito da mercadoria, referentes a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, o destinatário não pode figurar no pólo passivo da obrigação nos casos em que sua responsabilidade decorra da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

SÚMULA 06

Sendo a base de cálculo da substituição tributária formada a partir do preço praticado pelo industrial, os descontos incondicionais por ele concedidos não a integram

PORTARIA Nº 07, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2001

Altera redação da Portaria 06/01 e das Súmulas 03 e 04 do CC/MG.

O Presidente do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições, considerando a constatação de erro de concordância na redação do art. 1º da Portaria 06, de 02/05/01, publicada no "Minas Gerais" de 03/05/01 e a necessidade de alterar a redação das Súmulas 03 e 04, aprovadas pela Portaria 06/01, para dar cumprimento à decisão dos Conselheiros, consubstanciada em documento por eles subscrito nos termos do § 2º do art. 50 do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto N.º 41.421, de 06/12/00,

RESOLVE:

Art. 1º - O art. 1º da Portaria 06, de 02 de maio de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º - Ficam aprovadas, para fins da divulgação exigida no art. 50 – III – do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto N.º 41.421, de 06/12/00, as Súmulas do CC/MG constantes do Anexo Único a esta Portaria."

Art. 2º - Ficam alteradas as redações das Súmulas 03 e 04, aprovadas pela Portaria 06, de 02/05/01, conforme Anexo Único a esta Portaria.

Art. 3º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

José Luiz Ricardo
Presidente

ANEXO ÚNICO

(a que se refere o art. 2º da Portaria N.º 07, de 29/11/01)

SÚMULA 03

A desclassificação de nota fiscal, com base no disposto no art. 134 – VII – do RICMS/96, somente poderá ser efetuada quando o Fisco comprovar que a empresa destinatária nunca teve existência de direito e nem de fato.

SÚMULA 04

Na prestação de serviço de transporte rodoviário de carga ou de passageiro, exercida a opção pela redução da base de cálculo ou crédito presumido, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, é vedada a utilização de quaisquer outros créditos.

PORTARIA Nº 03, DE 19 DE SETEMBRO DE 2002

Trata da divulgação da consolidação das Deliberações do Conselho Pleno do CC/MG, bem como da publicação de novas Deliberações.

O Presidente do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições, considerando a necessidade de consolidar as Deliberações do Conselho Pleno e dar cumprimento às decisões tomadas na sessão realizada no dia 27/08/02,

RESOLVE:

Art. 1º - Ficam aprovadas, para fins da divulgação necessária, as Deliberações 01/02, 02/02, 03/02, 04/02, 05/02 e 06/02 do Conselho Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG) constantes do Anexo Único a esta Portaria , estando também seus conteúdos disponibilizados na internet, no "site" **www.sef.mg.gov.br/ccmg**.

Art. 2º - As Deliberações Nºs 03/88, 07/94, 02/95, 02/96, 03/96, 05/96, 08/96, 11/96, 01/99, 02/99, 02/00, 03/00, 01/01 e 02/01 continuam em vigor, estando seus conteúdos disponibilizados na internet, no "site" mencionado no artigo anterior.

Art. 3º - As Deliberações 05/94 e 01/95 também continuam em vigor, porém com a redação alterada, conforme disposto na Deliberação 02/02 mencionada no art. 1º desta Portaria.

Art. 4º - O disposto na Deliberação do Conselho Pleno do CC/MG, quando os autos versarem sobre matéria idêntica àquela nela constante, vincula a decisão das Câmaras.
Art. 5º - A citação da Deliberação do Conselho Pleno do CC/MG, pelo número correspondente, dispensará, quando da redação do acórdão, a fundamentação da decisão, no tocante àquela matéria.
Art. 6º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

José Luiz Ricardo
Presidente

ANEXO ÚNICO

(a que se refere o art. 1º da Portaria N.º 03/02, de 19/09/02)

DELIBERAÇÃO 01/02:

Ficam revogadas as Deliberações 01/88, 02/88, 04/88, 05/88, 06/88, 07/88, 08/88, 09/88, 10/88, 11/88, 01/89, 01/90, 02/90, 01/94, 02/94, 03/94, 04/94, 06/94, 03/95, 04/95, 05/95, 01/96, 04/96, 06/96, 07/96, 09/96, 10/96, 01/97, 01/98, 02/98, 03/98, 04/98 e 01/00.

DELIBERAÇÃO 02/02:

Ficam alteradas as redações das Deliberações abaixo, que passam a ter a seguinte redação:
Deliberação 05/94: Se o Fisco excluir parte das exigências ou reduzir o valor do crédito tributário, o CC/MG não tem competência para decidir de forma contrária. No caso de cancelamento integral do lançamento, o PTA deverá ser arquivado pelo chefe da repartição fazendária de formação do mesmo, sem necessidade de ser encaminhado ou retornar ao CC/MG.
Deliberação 01/95: No momento da decisão deve ser consignado em ata, no tocante ao número de acórdãos, o seguinte: a) acórdão único - o acórdão é único para o PTA que contenha mais de uma impugnação ou recurso, devendo a Câmara decidir pela conveniência ou não da reunião, num só acórdão, de impugnações ou recursos sobre a mesma matéria, do mesmo Impugnante ou Recorrente, em processos diversos e examinados numa mesma sessão de julgamento; b) acórdãos distintos - havendo mais de um PTA, deve ser desmembrado em acórdãos distintos, além de outros que a Câmara entender necessários, os seguintes casos: matriz e filial; filial e filial; coobrigados diferentes; irregularidades diferentes; decisões diferentes; e necessidade de

menção a diversos documentos dos autos.

DELIBERAÇÃO 03/02:

Os incidentes referentes à sustentação oral serão resolvidos da seguinte forma:

1. no caso de inscrição tempestiva, se o procurador do sujeito passivo apresentar substabelecimento posterior à Impugnação ou Recurso e razões que o impeçam de fazer a sustentação oral, a Câmara, nos termos do art. 29, § 4º do Regimento Interno, decidirá o pedido de adiamento do julgamento.

2. no caso de inscrição intempestiva, ou falta de inscrição para sustentação oral, se o procurador pleitear a sustentação oral, o Presidente da Câmara, no uso das atribuições previstas no art. 17 - III - do Regimento Interno, decidirá:

2.1 - pelo deferimento do pedido, se presentes, cumulativamente, os seguintes pressupostos: a) - as razões apresentadas pelo requerente forem convincentes para justificar a intempestividade ou falta de inscrição, bem como a necessidade da defesa oral; b) - manifestação do Procurador da Fazenda afirmando que está em condições de sustentar as contra-razões do Fisco, garantindo, assim, o contraditório no processo administrativo.

2.2 - pelo indeferimento do pedido se as razões do requerente não forem suficientes ao convencimento ou não for possível a sustentação oral das contra-razões do Fisco".

DELIBERAÇÃO 04/02:

O Recurso de Revista não será conhecido se versar exclusivamente sobre questões referentes ao disposto no art. 112 do CTN (art. 3º da CLTA/MG), art. 53, § 3º, da Lei nº 6763/75 ("permissivo legal"), art. 60 da CLTA/MG, ou art. 88 - I , também da CLTA/MG.

DELIBERAÇÃO 05/02:

Nas decisões das câmaras, não mencionar que o "crédito tributário é indeterminado", deixando que o setor próprio da repartição fazendária competente, por intermédio da Auditoria Fiscal, exare despacho atestando tal ocorrência para que sejam tomadas as providências previstas no Regimento Interno. No julgamento do Recurso Inominado (julgamento da liquidação), a decisão deverá ser uma das seguintes:

a) não conhecimento do Recurso Inominado - quando a manifestação do contribuinte for interposta intempestivamente ou versar apenas sobre o mérito, sem contestar a liquidação apresentada pelo Fisco - Recurso

não conhecido;
b) conhecimento e provimento ao Recurso Inominado - quando a Câmara julgar procedentes os cálculos apresentados pelo contribuintes às fls.., decidindo, assim, a liquidação do crédito tributário na forma pretendida pelo contribuinte - Recurso conhecido e provido;
c) conhecimento e não provimento do Recurso Inominado - quando a Câmara julga procedente a liquidação efetuada pelo Fisco às fls.., ou, ainda, quando acata os valores apurados pela Auditoria Fiscal às fls..(nesse caso, é necessário que o Auditor Fiscal tenha determinado a abertura de vista para as partes e posteriormente manifestado a respeito, para que seja garantido o contraditório e a ampla defesa) - Recurso conhecido e não provido;
d) determinação de realização de diligência ou interlocutório para sanar as divergências entre os cálculos efetuados pelo Fisco e aqueles apresentados pelo contribuinte - Preliminarmente, deliberou a Câmara determinar Diligência ou exarar Despacho Interlocutório para....

DELIBERAÇÃO 06/02:

O Conselheiro não poderá relatar e nem votar no processo, em razão da sua participação ou vinculação com o Fisco ou contribuinte, quando ocorrer qualquer uma das seguintes hipóteses: a) ser o fiscal autuante; b) autor da manifestação fiscal; c) responsável pelo controle de qualidade da autuação; d) ter participado de diligência no processo; e) ter participado como perito no processo; f) emissão de parecer na função de Auditor Fiscal; g) ser advogado, contador, consultor, ou funcionário da empresa autuada e/ou coobrigada; h) nas situações definidas no art. 135 do CPC.
Ocorrendo quaisquer das hipóteses acima definidas, deverá o Conselheiro, sempre que possível, comunicar ao setor competente, antes de publicada a pauta de julgamento, ou imediatamente após a publicação, para fins de substituição do Conselheiro.
Não constitue impedimento do Conselheiro a participação nos seguintes atos: 1) despacho referente à tramitação do PTA, seja na qualidade de chefe da repartição fazendária ou funcionário responsável; 2) participação apenas em atos preparatórios para a lavratura do Auto de Infração, tais como: TIAF, Termo de Apreensão de Documentos, Contagem Física de Mercadorias, etc.); 3) resposta em consulta fiscal relacionada com a matéria questionada em PTA diverso daquele em julgamento; 4) outras situações diversas das alíneas "a" a "g" supra-elencadas.

RELAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DA SUPERINTENDÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

José Luiz de Lima
Solange Helena de Moura
Almira Maria de Freitas Nascimento Schmidt
Elizete Almeida Santana
Getúlio Gonçalves Antunes
Márcia Christina Rabelo de Souza
Maria Goretti Guimarães
Antônio Martins Dias Filho
Ivana Maria de Almeida
Maurício Moura Marques
Vanessa Terezinha D'Aquino Filardi
Elizabete Fátima de Castro
Hélio Ferreira Lima
João Luiz dos Reis
Márcia Vieira Santos Moreira
Nisiomar Vaz Guimarães
Gilberto Silva Ramos
Luiz Cláudio dos Santos
Jane Soares de Freitas
Márcia Maria Almeida Carlos
Maura Lopes Fontes
Cindy Andrade Morais
Deise das Graças Monteiro
Maria Flávia M. Raso Leite Soares
Stella Maris Faria
Marieny Cunha
Edilberto de Assis Vieira
Cláudia Gomes Silva Salvador
Lúcia Helena de Meira Balbio
Magda Marques da Silva
Elias Jorge Neto
Maria Lídia Ribeiro de Medeiros
Vicentina Damasceno Pêgo
José Roberto de C. Figueira
Valéria do Carmo Melo Peres
Cássia Elietti de Castro Soares

Carlos de Paula Santos
Márcia Aparecida Gonçalves Mouta
Raul Alvares da Silva
Aurenilda Arruda de Castro Martins
César Augusto Lacerda da Silva
Eneu Sérgio Salgado de Araújo
Maurício Borges da Cunha
Cleomar Zacarias Santana
Lilia Lehmann Pereira
Maria Aparecida Castro Costa
Ademar Inácio da Sliva
Antônia Elizabeth Costa Cardeal
Cleusa dos Reis Costa
Eduardo Azeredo Santos
Eduardo Silva da Silveira
Enio Pereira da Silva
Flávio Márcio Duarte Cherberle
Francisco Augusto Nunes Coelho
Guilherme Della Garza Ronzani
Heldo Luiz Costa
Hélio Victor Mendes Guimarães
Itamar Peixoto de Melo
Joana Célia Mendes Malta Souza
José Márcio Gomes Bessa
José Milton Sousa Lopes
Luigi Cesare Iannone
Luiz Fernando Soares Bartholomeu
Márcia Helena Galvão
Márcia Maria Pinheiro Flores
Marcial Gomes Melo
Maria das Dores Carneiro Espíndola
Maria Sílvia Vieira de Paiva
Míriam Siqueira Cunha
Oscar Dias da Silva
Rúbia Júdice Maran
Sônia Maria Silva Fernandes

Impresso na Gráfica da Fazenda
Equipe Técnica:
José de Souza Martins Filho (Zezinho)
Agnaldo Araújo da Silva
Carlos Eduardo Custódio
Jeferson Antônio Custódio
Marcos Jardin de Abreu