

**BOLETIM
DO
CONSELHO
DE CONTRIBUINTES
DO ESTADO DE MINAS
GERAIS**

**PRINCIPAIS DECISÕES
2002 e 2003**

NÚMERO 28

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

GOVERNADOR DO ESTADO

Aécio Neves da Cunha

SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA

Fuad Noman

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO

José Bonifácio Borges de Andrada

SUBSECRETÁRIO DA RECEITA ESTADUAL

Pedro Meneguetti

PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Roberto Nogueira Lima

VICE- PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Francisco Maurício Barbosa Simões

DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Márcio Rodrigues de Oliveira

ELABORAÇÃO DO BOLETIM

Diretoria de Controle e Revisão do Crédito Tributário

Geraldo da Silva Datas – Diretor

Luiz Cláudio dos Santos – Gerente de Área

Colaboradores:

Antônia Elizabeth Costa Cardeal

Cleusa dos Reis Costa

Enio Pereira da Silva

José Roberto de C. Figueira

Av. João Pinheiro, 581 – Belo Horizonte – MG
Telefone: (31) 3217 8500 = Fax: (31) 3217 8543
e-mail: ccmq@fazenda.mg.gov.br
www.fazenda.mg.gov.br

Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais – CC/MG

Presidente do CC/MG: Roberto Nogueira Lima

Vice-Presidente: Francisco Maurício Barbosa Simões

COMPOSIÇÃO 2004

CONSELHEIROS EFETIVOS

Representantes dos Contribuintes:

Antônio César Ribeiro
Francisco Maurício Barbosa Simões
Glemer Cássia Viana Diniz Lobato
Juliana Diniz Quirino
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Windson Luiz da Silva

Representantes do Fisco:

Aparecida Gontijo Sampaio
Cláudia Campos Lopes Lara
Edwaldo Pereira de Salles
José Eymard Costa
Mauro Rogério Martins
Roberto Nogueira Lima

CONSELHEIROS SUPLENTES

Representantes dos Contribuintes:

Carlos Wagner Alves de Lima
Cássia Adriana de Lima Rodrigues
Leonardo de Lima Naves
Lorena Ferreira Mendes
Luiz Fernando de Castro Trópia
Regina Beatriz dos Reis

Representantes do Fisco:

Antônio Caetano Jacinto Lemos
Antônio Jorge Freitas Lopes
Lívio Wanderley de Oliveira
Lúcia Maria Bizzoto Randazzo
Rosana de Miranda Starling
Sérgio Torres Moreira Penna

APRESENTAÇÃO

O Conselho de Contribuintes, criado pelo Decreto-Lei nº 1.618, de 08 de janeiro de 1946, passou ao longo de sua história por inúmeros ajustes administrativos, até desaguar no formato atual, nos termos da Lei nº 13.470, de dezessete de janeiro de 2000. Com composição paritária, os representantes dos Contribuintes, indicados pelas representações classistas, e da Fazenda Pública promovem a revisão do lançamento, convalidando, extinguindo ou adequando a imposição fiscal ao disposto na legislação tributária mineira.

A sexagenária instituição mantém-se viva, moderna, acompanhando a evolução das regras e dos costumes e, ao longo dos anos, tem se aliado à razão e à justiça, no mister de resolver os conflitos tributários entre administração e administrados.

A função do Conselho de Contribuintes é reconhecida por todos aqueles que militam no cenário administrativo-tributário mineiro, pela seriedade, imparcialidade e dedicação de seus membros. Suas decisões são admitidas como técnicas e aliadas aos princípios gerais do direito.

Em 2003, mais de 2.000 processos foram julgados, com análise profunda dos fatos narrados e das provas apresentadas, com todos os Conselheiros sempre vigilantes na interpretação e aplicação da legislação tributária. Das decisões tomadas, 27% (vinte e sete por cento) foram favoráveis, integral ou parcialmente, aos contribuintes.

O mencionado percentual ganha ainda mais importância quando analisadas a competência do corpo fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda e a qualidade dos trabalhos fiscais.

Mas não importa tanto ao Conselho de Contribuintes o resultado do julgamento, se procedente ou não o lançamento efetuado pelo Fisco. O que proporciona satisfação aos membros deste órgão revisor é a consciência tranqüila do dever cumprido e a seriedade no trato daquilo que lhe compete. As decisões, favoráveis ou não às partes, são fruto deste trabalho sério em prol da sociedade mineira.

Ao Fisco, quero destacar que as decisões contrárias ao feito fiscal são, na verdade, um convite à reflexão, quando o Conselho exerce seu papel pedagógico, de delinear à Fiscalização o melhor caminho a trilhar.

Ao Dr. Fuad Noman, Secretário de Estado da Fazenda, que sempre tem dado mostra de acreditar e avalizar o desempenho do Conselho de Contribuintes, um especial reconhecimento. Do mesmo modo ao corpo técnico e administrativo da Superintendência do Crédito Tributário – SCT, que desenvolve a atividade administrativa do Conselho de Contribuintes.

Por fim, de se destacar que este Boletim, que nos últimos trinta anos se confunde com a própria instituição, contém as principais decisões do CC/MG proferidas no segundo semestre de 2002 e no exercício de 2003. As demais decisões, na íntegra, encontram-se disponibilizadas no “site” www.fazenda.mg.gov.br.

Roberto Nogueira Lima
Presidente do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais

ÍNDICE DO BOLETIM

| <i>MATÉRIA</i> | <i>PÁGINA</i> |
|---------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 01 – Base de cálculo | 011 |
| 02 – Crédito de ICMS – Aproveitamento indevido | 029 |
| 03 – Crédito Tributário | 084 |
| 04 – Diferimento | 088 |
| 05 – Exportação | 106 |
| 06 – Importação | 118 |
| 07 – Isenção – Descaracterização | 133 |
| 08 – ITCD | 139 |
| 09 – Mercadoria - Entrada e Saída desacobertada | 143 |
| 10 – Mercadoria - Entrega desacobertada | 166 |
| 11 – Mercadoria - Estoque desacobertado | 167 |
| 12 – Mercadoria - Transporte desacobertado | 175 |
| 13 – Micro Geraes | 180 |
| 14 – Não Incidência - Descaracterização | 183 |
| 15 – Nota Fiscal – Desclassificação | 186 |
| 16 – Obrigação Acessória | 189 |
| 17 – Prestação de Serviço de Comunicação | 203 |
| 18 – Prestação de Serviço de Transporte | 211 |
| 19 – Restituição | 216 |
| 20 – Substituição Tributária | 219 |
| 21 – Taxa Florestal | 229 |
| <i>Relação de Presidentes e Vice-Presidentes do CC/MG, de 1973 a 2004</i> | 232 |

1 - BASE DE CÁLCULO

2003

Acórdão: 15.988/03/1ª (publicado no "MG" de 20/03/03)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - CALÇAMENTO - Emissão de documentos fiscais com valores divergentes nas respectivas vias. A metodologia padronizada adotada pelo Contribuinte juntamente com as provas anexadas aos autos pelo Fisco não deixam dúvidas de que o calçamento ocorreu em todas as notas fiscais emitidas. Mantidas as exigências fiscais de ICMS, MR e MI (art. 55, inc. IX, da Lei nº 6763/75). Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do imposto, no período de 01/10/00 a 30/06/01, em razão do Contribuinte ter consignado valores divergentes nas 1ª e 2ª vias das notas fiscais de saída, prática conhecida como calçamento. Exigiu-se ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso IX da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 3.809/3.819, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 3829/3832.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Aduz a Impugnante que o Auto de Infração é nulo pois não foi indicada a hora de sua lavratura. Porém, a legislação em que se baseia - Decreto Federal nº 70.235, de 06/03/72 - aplica-se somente ao processo tributário administrativo da União. Não há na legislação estadual (CLTA, art. 57 e 58) exigência de menção ao horário de lavratura do AI.

No que tange às alegações da Impugnante que questionam a constitucionalidade/legalidade da aplicação da MR de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, bem como a aplicação da taxa SELIC para correção do crédito tributário apurado, ambas têm amparo na legislação mineira e tais alegações não encontram aqui o foro adequado para sua discussão, uma vez que essa discussão extrapola as competências desta Casa, nos termos do inciso I do art. 88 da CLTA/MG.

DO MÉRITO

As exigências consubstanciadas no Auto de Infração decorrem da constatação de que o Contribuinte, no período de 01/10/2000 a 30/06/2001, consignou valores divergentes nas diversas vias das notas fiscais.

No quadro de fls. 08/54 o Fisco relacionou todas as notas fiscais autuadas, bem como a data, número, base de cálculo e imposto consignados na 1ª via e 2ª via, diferença a recolher, MR e MI relativamente a cada um dos documentos. Às fls. 55 juntou planilha de consolidação do crédito tributário.

Todas as notas fiscais objeto de autuação, foram juntadas aos autos às fls. 57/3766.

No caso sob análise a prática adotada pelo Contribuinte consistia em não utilizar de vírgulas para separação das casas decimais, possibilitando posteriormente inserir, na 1ª via dos documentos, um zero após a quantidade das mercadorias e conseqüentemente também após o valor total dos produtos.

Um exemplo hipotético, se na 2ª via da nota fiscal havia 1 (um) queijo frescal no valor unitário de R\$ 6,00 (seis reais) e valor total também de R\$ 6,00 (seis reais), gerando débito de R\$ 1,08 (um real e oito centavos, 18%), na 1ª via, alterava-se a quantidade para 10 unidades, ao valor unitário de R\$ 6,00 (seis reais) e valor total de R\$ 60,00 (sessenta reais), gerando débito de R\$ 10,80 (dez reais e oitenta centavos).

Em todos os documentos constantes dos autos o procedimento adotado pelo Contribuinte foi o mesmo. Todas as notas fiscais foram emitidas da mesma forma, com o mesmo padrão.

Em sua impugnação, a Autuada não contestou a prática de calçamento, sequer tentou explicar as diferenças encontradas entre os dados constantes das 1ª e 2ª vias das notas fiscais.

Note-se, que é muito pouco provável que grandes supermercados efetuem compras em quantidades tão pequenas quanto aquelas consignadas nas notas fiscais do Autuado. Na nota fiscal no. 001082 destinada à OMS – Organização Mineira de Supermercados S/A em Belo Horizonte, datada de 16.02.2001, foram consignados na via fixa, 2 kg de queijo minas Araxá, 2 kg de queijo frescal Porto Alegre, 6 kg de queijo minas padrão Porto Alegre e 2 kg de queijo ricota Porto Alegre, que efetivamente foram transformados, na 1ª via da nota fiscal em 20 kg de queijo minas, 20 kg de queijo frescal, 60 kg de queijo minas padrão e em 20 kg de ricota (fls. 2100/2101). Além da quantidade, alterou-se o valor total de R\$ 61,60 (sessenta e um reais e sessenta centavos) para R\$ 616,00 (seiscentos e dezesseis reais).

As provas anexadas aos autos não deixam dúvidas sobre a falta cometida. Em outubro de 2000, o Contribuinte emitiu 96 (noventa e seis) notas fiscais (excluídas as canceladas) e o Fisco obteve 86 (oitenta e seis) 1ª vias de notas fiscais, ou seja, provou a prática do calçamento em 89,5% das operações realizadas. Em novembro do mesmo ano, o Contribuinte emitiu 243 notas fiscais e o Fisco obteve 213 provas de calçamento (87,6%). Este padrão se repete em todos os meses autuados.

No exercício de 2000, o Fisco autuou apenas as notas fiscais cujas 1ª vias foram encontradas, mas em 2001, após absolutamente comprovada a prática de calçamento, autuou todos os documentos emitidos, com as mesmas características anteriormente citadas (sem vírgulas para separar casas decimais, com quantidade de produto unitária).

Para tanto, multiplicou por 10 o valor total da nota fiscal e conseqüentemente o imposto devido, a exemplo das notas fiscais no. 001086 (fl. 2108), 001087 (fl. 2109), 001092 (fl. 2118).

O volume de provas encontrado no exercício de 2001 segue o mesmo padrão demonstrado para o ano de 2000. Apesar disto, o mais importante neste trabalho não são as provas em si, mas a metodologia empregada pelo Contribuinte, sempre constante e invariável, conforme comprovam as notas fiscais constantes dos autos (fls. 57/3.766).

Assim, o procedimento adotado pelo Fisco em 2001 está correto, frente ao conjunto probante dos autos, que permite o uso da presunção no tocante aos poucos documentos cujas 1ª vias não foram encontradas.

Como regra, a prática de calçamento é comprovada a partir do confronto entre a 1ª e a 2ª via das notas fiscais ou com a utilização de alguma técnica que permita conhecer os dados lançados na 1ª via do documento, tal como o sombreamento a carbono, porém,

no caso dos autos, o conjunto de provas indiciárias permite o uso da presunção *juris tantum* para concluir que em todos os documentos emitidos pelo Contribuinte os valores foram alterados.

Presunção, segundo Clóvis Beviláqua é a ilação que se tira de um fato conhecido para provar a existência de outro desconhecido.

De acordo com Maria Rita Ferragut, em Presunções no Direito Tributário (Ed. Dialética, 2001), 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 ela, 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; inexistir 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.

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 obra já mencionada, *"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 confirmem 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 idôneo para viabilizar a apuração dos valores.

O interesse público não só requer, mas impõe, que diante de atos simulatórios o Fisco, repita-se, utilizando-se de meios idôneos, viabilize o lançamento e apure o imposto devido.

A Autuada poderia, naqueles casos em que não foi apresentada a 1ª via da nota fiscal, contestar os valores apurados pelo Fisco, mas não o fez. Renunciou ao seu direito de apresentar contra-provas.

A irregularidade imputada encontra-se **inequivocamente** comprovada nos autos. Portanto, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, e à multa isolada capitulada no art. 55, inc. IX, da Lei nº 6763/75, *"por emitir documento fiscal consignando valores divergentes nas respectivas vias"*.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava parcialmente procedente

para manter apenas as exigências fiscais em relação aos documentos fiscais em que o Fisco apresentou a 1ª via, por comprovada a irregularidade imputada ao Contribuinte.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 15.999/03/1ª (publicado no “MG” de 19/03/03)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ICMS/ISSQN - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Constatada pelo fisco a falta de recolhimento de ICMS sobre prestações de serviços associadas a fornecimentos de mercadorias não compreendidos na competência tributária dos municípios, portanto indevidamente submetidos à tributação pelo ISSQN. Irregularidade comprovada nos autos. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS em decorrência de fornecimento de mercadorias com prestação de serviços “não compreendidos na competência tributária dos municípios”, referente ao período de julho de 97 a abril/2.001. Verificou-se a não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores recebidos ou debitados ao adquirente referentes aos serviços de montagem, testes de “start-up”, dentre outros, inerentes aos produtos fabricados, sob o título de “prestação de serviços” que não se enquadram no disposto no Decreto-Lei n.º 406, de 31.12.68 (com redação do Dec-Lei n.º 834, de 08.09.69), que definem a incidência do ISS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestiva e regularmente, Impugnação às fls. 1.140/1.167, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.841/1.844.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.847/1.853, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Não deve ser acatada a solicitação de nulidade do AI por falta de indicação expressa do dispositivo infringido, fato que, segundo alegação da Autuada, constitui procedimento em desacordo com os artigos 57, V, c/c art. 58 da CLTA/MG.

A infração está pormenorizadamente esclarecida no “Relatório” do AI e não se vislumbra, “in casu”, o menor indício de cerceamento de defesa e, tanto é assim, que a Contribuinte demonstrou em sua defesa ter compreendido perfeitamente todos os elementos da acusação fiscal.

Ressalte-se o teor do art. 60 da CLTA/MG que dispõe textualmente: “As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.”

DO MÉRITO

Versa o presente contencioso sobre a constatação de que a Contribuinte efetuou o recolhimento a menor de ICMS em decorrência do fornecimento de mercadorias com prestação de serviços “não compreendidos na competência tributária dos municípios”, ocasiões em que deixou de incorporar o valor dos serviços à base de cálculo para apuração do imposto estadual, referente ao período de julho de 1.997 a abril/2.001.

Exige-se o ICMS e a competente MR, apurado após recomposição da conta gráfica apontados às fls. 11 e 17 e 12/16, respectivamente.

Às fls. 18/1.078 encontram-se as cópias das notas fiscais relativas às vendas dos equipamentos e ainda as notas referentes às prestações de serviços a elas relacionadas; além disso: os contratos realizados entre a Autuada e os adquirentes dos equipamentos e serviços e as planilhas onde o Fisco aponta em cada transação os valores dos serviços que não foram tributados pelo ICMS.

Infere-se da análise dos documentos acostados que efetivamente foram realizadas vendas de equipamentos novos fabricados pela Autuada associadas a prestação de serviços de montagem, ensaios, inspeção, repontenciamento, “star-up”, etc.

Com efeito, referidos serviços não se enquadram entre os itens constantes da Lista de Serviços anexa à LC n.º 56, de 15/12/87. Tanto que a Autuada em nenhum momento citou qualquer item que pudesse socorrer-la.

Os itens 68 e 69 da Lista de Serviços, Anexo XX do RICMS/96, citados como fundamento de voto vencido, são direcionados a equipamentos usados de propriedade do destinatário do serviço (lubrificação, limpeza, revisão, conserto, restauração e manutenção de máquinas e equipamentos) e os serviços neles relacionados diferem daqueles objeto da autuação.

Os serviços que mais se repetiram no trabalho são os de supervisão de montagem e ensaios. No caso da montagem, o item da Lista de Serviços que mais se aproxima é o 74, mas nele há ressalva de que a instalação ou montagem deve ocorrer exclusivamente com material fornecido pelo usuário final, o que não é o caso dos autos, onde todo o material é fornecido pela Autuada.

Assim sendo, os serviços prestados constituem fatos geradores do ICMS e a autuação fiscal está respaldada pelo inciso IX do art. 6º da Lei 6763/75, repetido no inciso IX do art. 2.º do RICMS/96 que dispõe, textualmente:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

...

IX - no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:

a - não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

b - compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto estadual, como definido em lei complementar;”(g.n.)

Observemos o Contrato de fls. 72/89 firmado entre a Autuada e a Companhia Paranaense de Energia - Copel, para melhor compreensão da matéria. O contrato tinha por objeto o fornecimento de materiais/equipamentos e/ou serviços, conforme Ordem de Compra. Foram vendidos transformadores de força e, segundo Ordem de Compras (fls. 79/82), foram feitos ensaios “para atendimento aos itens 01 e 02 da ODC”. Os ensaios (testes realizados nos equipamentos) foram feitos nos transformadores novos vendidos pela Autuada, sem que a Cia Paranaense forneça-se qualquer material.

Note-se que há contratos nos quais sequer há separação entre os preços dos materiais e dos serviços prestados. O valor cobrado é uno e abrange os materiais vendidos e os serviços prestados a eles relacionados.

No que tange às alegações da Impugnante que questionam a constitucionalidade/legalidade da aplicação da MR de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, bem como a aplicação da taxa SELIC para correção do crédito tributário apurado, ambas têm amparo na legislação mineira e tais alegações não encontram aqui o foro adequado para sua discussão, uma vez que essa discussão extrapola as

competências desta Casa, nos termos do inciso I do art. 88 da CLTA/MG.

Não se vislumbra no presente caso nenhum dos elementos de dúvida constantes do art. 112 do CTN a fim de que se justifique sua aplicação, ao contrário do que alega a Impugnante.

Corretas, então, as exigências fiscais de ICMS e MR.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Luiz Fernando Castro Trópia (revisor), que o julgavam improcedente, sendo que o último suportou seu voto no art. 112, inciso II do CTN. Pela Impugnante sustentou oralmente a Dra. Maria Inês Murgel e pela Fazenda Estadual o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros.

Relatora: Claudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 16.056/03/1ª - (Publicado no “MG” de 10/04/03)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - NOTA FISCAL - DESTAQUE A MENOR DO ICMS - Emissão de notas fiscais de saída de mercadorias (fornecimento de alimentação) com destaque a menor de ICMS, em decorrência da utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto prevista no artigo 71, inciso XXVIII, alínea “b”, do RICMS/91. Excluídos os documentos relativos às operações interestaduais (série C), que contêm o destaque correto de imposto, bem como os valores referentes às saídas de refrigerantes, por estarem sujeitas ao regime de substituição tributária.

NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - ENQUADRAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO - Emissão de Notas Fiscais de Prestações de Serviços, tributadas pelo ISS, no fornecimento de alimentação para terceiros, que se sujeitam ao ICMS, conforme previsão contida no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 6.763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de aquisição de materiais destinados a “uso e consumo”, e em documentos fiscais declarados inidôneos e falsos, ensejando o estorno de tal creditamento, nos termos do artigo 153, incisos II e V, do RICMS/91. Exige-se o imposto, apurado mediante recomposição da conta gráfica do estabelecimento autuado, a multa de revalidação prevista no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e, pelo uso das aludidas notas fiscais falsas, a multa isolada estabelecida no artigo 55, inciso X, dessa mesma Lei.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - DIVERGÊNCIA DE VALOR - Lançamento, em Demonstrativos Mensais de Apuração, de saldos devedores de imposto em valores inferiores àqueles constantes do livro de Registro de Apuração do ICMS. Cobrança de tais diferenças por meio de outro Auto de Infração (nº 016.946), com a aplicação, neste lançamento, apenas da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XV, da Lei nº 6.763/75 (MI de 40% sobre a diferença no valor das operações). Punição quitada pelo sujeito passivo. Ilegítima a modificação promovida pelo Fisco na capitulação de tal penalidade para aquela disciplinada no artigo 54, inciso IX, da referida Lei (MI de 50% sobre o valor do imposto não declarado), vez que esta surtiu efeitos somente a partir de 31/12/1997, o que torna indevida a exigência da diferença obtida pelo confronto entre os percentuais correspondentes a tais multas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - APLICAÇÃO DE ÍNDICE TÉCNICO - Apurada, mediante levantamento quantitativo com aplicação de índice técnico de consumo de “arroz cru”, a saída de refeições desacobertas de documento fiscal, resultando na exigência do ICMS e das penalidades previstas, respectivamente, nos artigos 55, inciso II, alínea “a”, e 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do imposto no período de 01.01.92 a 31.08.94, apurado através de VFA e Levantamento Quantitativo, decorrente de:

1 - saídas de refeições desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de índice técnico, conforme quadro XIV, fl. 59. Exigiu-se ICMS, MR e MI (art. 55, inciso II, a da Lei 6763/75). Com base no consumo máximo de arroz cru por refeição (150 g), estabelecido no Programa de Alimentação do Trabalhador (fl. 2388/2419), o Fisco apurou a quantidade de refeições produzidas e as comparou com as que foram efetivamente declaradas.

2 - Emissão de notas fiscais série A, considerando como prestação de serviço tributada pelo ISS, industrialização para terceiros. (Quadro II, XVI e IX, fls. 13, 32 e 63). Exigiu-se ICMS e MR.

3 - Emissão de notas fiscais com destaque do ICMS a menor, em razão da utilização da redução da base de cálculo prevista no artigo 71, inciso XXVIII do RICMS/91 e da utilização de alíquota interestadual quando as refeições foram entregues em canteiros de obra em Minas Gerais (Quadros I, VIII e XV, fls. 12, 31 e 62). Exigiu-se ICMS e MR.

4 - Apropriação indevida de créditos originários de notas fiscais falsas, notas fiscais inidôneas e relativas a mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. (Quadros III, IV, V, X, XVII, fls. 14/18, 19, 23, 33/37, 64/68). Exigiu-se ICMS, MR e MI (art. 55, X da Lei 6763/75 em relação às notas fiscais falsas).

5 - Consignação em DMAs de débitos menores do que os lançados no LRAICMS (Quadro VI, fl. 29). Exigiu-se apenas a multa isolada do art. 55, XV da Lei 6763/75, pois o ICMS e MR foram exigidos em AI não contencioso. A multa isolada foi quitada conf. DAE fl. 85.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestiva e regularmente, Impugnação às fls. 78/84, bem como a documentação de fls. 93/2372. O Fisco se manifesta às fls. 2420/2426.

Por provocação da DRCT/Metropolitana (fls. 2.428/2.430), o crédito tributário é reformulado pelo Fisco (fls. 2.431/2.436), com as seguintes mudanças: - alteração da base de cálculo da multa isolada referente ao Quadro VI - 1992; - modificação da capitulação legal da multa isolada aplicada sobre as diferenças apuradas no Quadro VI - 1992, em função da Lei nº 12.729/97: substituição da MI prevista no artigo 55, inciso XV, da Lei nº 6.763/75 (40% sobre as diferenças nos valores das operações - efeitos até 30/12/1997), pela MI do artigo 54, inciso IX, dessa mesma Lei (50% sobre as diferenças de imposto não recolhidas - vigência a partir de 31/12/1997); - cobrança da diferença de 10% decorrente do confronto entre os percentuais correspondentes às aludidas penalidades (com a dedução da parcela quitada pela Autuada); - correção do valor da multa isolada apurada sobre o uso de notas fiscais falsas (Quadro XII - fls. 11 e 53): MI correta = 40% de CR\$ 1.482.080,00 = CR\$ 592.832,00; - redução do percentual da multa de revalidação de 100% para 50%, face à alteração no artigo 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, decorrente da Lei nº 12.729/97.

Ao se efetivar as referidas providências, manteve-se no total exigido para a

multa isolada, por engano, a parcela recolhida pelo contribuinte a título de tal penalidade (alteração de fls. 2.436 e DCMM de fls. 2.459; MI quitada = Cr\$ 23.844.783,20 = R\$ 8,67, reduzida a 30% = R\$ 2,60 - DAE - fls. 85, relativa ao Quadro VI - fls. 11 e 29). Contudo, tal equívoco é posteriormente sanado pelo Fisco, conforme DCMM de fls. 2.461, com a devida comunicação ao sujeito passivo (fls. 2.463//2.464).

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de produção do prova pericial, às fls. 2465, pois os quesitos estão em parte respondidos nos autos e os demais são irrelevantes para elucidação da lide.

Às fls. 2470/2471, a Auditoria Fiscal determina diligência para que o Fisco apresente a resposta ao pedido de Termo de Acordo para redução da base de cálculo, justifique a inclusão de refrigerantes na base de cálculo do item 3, já que estão sujeitos à ST e junte cópia de algumas notas fiscais também relacionados ao item 3 do Auto de Infração.

O Fisco se manifesta às fls. 2473 e junta Parecer referente ao Pedido de Termo de Acordo (fls. 2474/2475). Novamente se manifesta às fls. 2477 e aduz que a inclusão de refrigerantes na base de cálculo do imposto deve-se ao fato do contribuinte ter aproveitado integralmente o crédito pelas entradas.

Em parecer de fls. 2485/2495 a Auditoria Fiscal opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acordão, salvo pequenas alterações.

DO MÉRITO

Neste lançamento, apurou-se o recolhimento “a menor” de ICMS por parte do contribuinte fiscalizado, decorrente da recomposição de sua conta gráfica para os períodos de “janeiro de 1992 a agosto de 1994”, onde se estornou créditos oriundos de notas fiscais de aquisição de materiais de “uso e consumo” e de documentos “falsos” e “inidôneos”, e se acrescentou débitos originários do destaque “a menor” de imposto e da falta de tributação de operações sujeitas ao dito tributo estadual. Além disso, mediante levantamento quantitativo desenvolvido para o exercício de 1993, com aplicação de índice técnico, constatou-se a saída de refeições sem cobertura fiscal.

Dada a distinção e as peculiaridades das infrações detectadas, mister abordá-las de forma separada, a saber:

⇒ saídas desacobertadas de refeições:

O levantamento quantitativo desenvolvido pelo Fisco se sustenta no precedente estabelecido no artigo 838, inciso VI, do RICMS/91, onde, a partir de um “índice técnico” de aproveitamento de determinado(s) insumo(s), recompõe-se a produção do contribuinte, que é comparada com aquela declarada em sua escrita fiscal.

No caso, utilizando-se do índice de consumo de “arroz cru” por refeição, extraído junto ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), do Ministério do Trabalho (fls. 2.388/2.419), refez-se a quantidade de alimentação produzida no exercício de 1993, que, em confronto com aquela lançada nos documentos fiscais, resultou na apuração de saída de refeições sem cobertura fiscal (Demonstrativo Global - Quadro XIV - fls. 59; Entradas de “arroz cru”: listagem às fls. 60 e notas fiscais às fls. 93/146; Saídas de refeições acobertadas de NF: listagem às fls. 61).

Não há, portanto, a *arbitrariedade* e *presunção* apontadas pela Impugnante, que, inclusive, não trouxe aos autos qualquer elemento ou informação que invalide o dito

levantamento. Já a autoridade fiscal agiu com zelo, adotando o maior índice obtido (150 gramas de arroz cru por refeição).

⇒ **emissão de Notas Fiscais de Serviços, com tributação pelo ISS, em operações de industrialização realizadas para terceiros, sujeitas ao ICMS:**

Tal ilícito acha-se assim informado: 1992 → Quadro II - fls. 13 e notas fiscais - fls. 148/260; 1993 → Quadro IX - fls. 32 e NF - fls. 261/600; 1994 → Quadro XVI - fls. 63 e notas fiscais - fls. 1.003/1.028.

A Autuada se defende desta acusação apenas argüindo que não houve fornecimento de alimentação nas situações em comento, mas sim a prestação de serviço de preparo de refeições, sujeita a tributo municipal, com o uso de ingredientes fornecidos pelos encomendantes (vide notas fiscais de fls. 601/1.002 e 1.029/1.379).

Porém, tal assertiva não lhe socorre, pois, como bem apontado pelo Fisco, a referida atividade se caracteriza como “industrialização” e constitui “fato gerador” de ICMS, nos termos dos artigos 2º, inciso VIII, e 5º, inciso II, ambos do RICMS/91. Incabível, portanto, a tributação pelo ISS dada pelo sujeito passivo, vez que o preparo de alimentação não se enquadra na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56, de 15/12/1987.

⇒ **emissão de notas fiscais de saídas com destaque “a menor” de ICMS:**

Os documentos envolvidos em tal exigência encontram-se assim relacionados: 1992 → Quadro I - fls. 12 e notas fiscais - fls. 1.707/1.895; 1993 → Quadro VIII - fls. 31 e notas fiscais - fls. 1.896/1.957; 1994 → Quadro XV - fls. 62 e notas fiscais - fls. 1.958/2.372). Em vários deles, impõe-se a existência de destaque “a menor” de ICMS, seja pela aplicação indevida da “redução da base de cálculo” prevista no inciso XXVIII do artigo 71 do RICMS/91, seja pela utilização incorreta da alíquota do imposto.

No que tange à celebração do “termo de acordo” previsto no citado dispositivo legal, não assiste razão à Contestante, vez que o “requerimento” por ela apresentado em 01/12/1993 (fls. 92) não lhe dá automaticamente o direito à fruição de tal benefício, cuja concessão é ato discricionário do Fisco. Ademais, o referido acordo foi firmado em data posterior à de término do período fiscalizado, conforme faz prova o “parecer” da SRF/Metropolitana, acostado às fls. 2.474/2.475 (emitido em 29/11/1994).

Também se mostra infundada a alegação de ter havido cobrança sobre notas fiscais de operações internas que possuem o correto destaque de imposto à alíquota de 18%, pois, pela verificação do Quadro I de fls. 12 (1992), Quadro VIII de fls. 31 (1993) e Quadro XV de fls. 62 (1994), percebe-se que o Fisco obteve o “ICMS devido” (mediante a aplicação do percentual de 18% sobre o valor total dos documentos emitidos), e, dele, deduziu o “ICMS destacado” em tal documentação, apurando as “diferenças” ora exigidas.

Por outro lado, há pertinência no argumento da defesa de terem sido abarcadas neste levantamento “operações interestaduais”, com destaque de imposto a alíquota de 12%, destinadas a empresas inscritas no Estado de São Paulo, mas com “canteiro de obras” em Minas Gerais (Série C - 1992: nºs. 000.001 a 000.010, 000.013 a 000.019, 000.022 a 000.030 - fls. 1.826/1.836, 1.849/1.855 e 1.872/1.879; Série C - 1993: nºs. 000.031 a 000.065, 000.067 a 000.070, 000.072 a 000.084 - fls. 1.897/1.948), em função do tratamento especial dado às construtoras pelos artigos 657 a 672 do RICMS/91. Cabe, portanto, a exclusão dos valores correspondentes a tais documentos, conforme quadro demonstrativo em anexo, pertencendo à unidade Federada destinatária o diferencial de alíquotas (6%) erroneamente exigido neste lançamento.

Além disso, para algumas dessas notas fiscais, promoveu o Fisco a indevida tributação das saídas de “refrigerantes”, comercializados juntamente com as “refeições”. Por estarem sujeitas ao regime de substituição tributária, não se pode imputar débito nas

operações com tais produtos sob a justificativa de ter o contribuinte se apropriado do crédito pelas entradas dos mesmos (contrariando o disposto no artigo 45 do RICMS/91, vigente até 11/01/1994). Isto ocorreu também em alguns documentos referentes a vendas internas (Série B - fls. 1.711, 1.713, 1.718, 1.719, 1.728, 1.732, 1.740, 1.749, 1.751, 1.752, 1.756, 1.762, 1.788 e 1.798), cabendo a exclusão dos valores correspondentes ao fornecimento de tais bebidas (demonstrativo em anexo).

Relevante destacar, ainda, que, dentre a documentação trazida aos autos pela Litigante (fls. 93/2.372), nota-se a ausência de algumas notas fiscais, o que não prejudica o feito, por se tratar de documentos emitidos pelo próprio contribuinte e relacionados nos Quadros VIII e XV (fls. 31 e 62). Aliás, isto nem foi objeto de questionamento por quaisquer das partes envolvidas na lide.

⇒ **aproveitamento indevido de créditos de imposto destacados em notas fiscais declaradas “falsas” e “inidôneas”:**

Todos os elementos comprobatórios de tais irregularidades estão presentes nos autos, sendo: documentos inidôneos: 1992 → Quadro IV - fls. 19, notas fiscais - fls. 20/21 e atos declaratórios - fls. 22; 1993 → Quadro XI - fls. 38, notas fiscais - fls. 39/49 e atos declaratórios - fls. 50/52); documentos falsos: 1992 → Quadro V - fls. 23, notas fiscais - fls. 24/27 e ato declaratório - fls. 28; 1993 → Quadro XII - fls. 53, notas fiscais - fls. 54/57 e ato declaratório - fls. 57-verso).

Não há controvérsia quanto ao *estorno* de tais créditos, que foi respaldado no artigo 153, inciso V, do RICMS/91, tendo sido aplicada a MI prevista no artigo 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75 apenas em relação ao uso das notas fiscais “falsas”.

Observe-se que a Autuada demonstra interesse em quitar o crédito tributário decorrente desta irregularidade, mas não traz aos autos provas de ter efetuado tal pagamento.

⇒ **aproveitamento indevido de créditos de imposto destacados em notas fiscais relativas a mercadorias destinadas a “uso e consumo”:**

A origem e os valores dos créditos anulados são demonstrados da seguinte forma: 1992 → Quadro III - fls. 14/18 e notas fiscais - fls. 1.380/1.484; 1993 → Quadro X - fls. 33/37 e notas fiscais - fls. 1.485/1.592; 1994 → Quadro XVII - fls. 64/68 e notas fiscais - fls. 1.593/1.706).

Ao contrário da tese defendida pelo sujeito passivo, a “não cumulatividade” do ICMS impõe a necessidade da existência de débito em determinada operação para que se permita a utilização, como crédito, do imposto pago na etapa anterior. Daí a vedação expressa ao creditamento pela entrada de materiais destinados a “uso e consumo”, prevista no artigo 153, inciso II, do RICMS/91, vigente à época dos fatos geradores em questão.

Os produtos adquiridos cujo crédito foi estornado (“materiais de limpeza, de escritório, e similares”) não são consumidos no preparo das refeições, como informa o contribuinte, tendo sido mantido pelo Fisco os créditos daquelas mercadorias que, de fato, constituem-se como ingredientes em tal processo.

⇒ **consignação, em DMA, de valores de imposto inferiores aos informados no livro de Registro de Apuração do ICMS:**

Como informado no Quadro VI de fls. 29, foram declarados, nos Demonstrativos Mensais de Apuração (DMAs) referentes aos meses de “fevereiro a julho de 1992”, valores de “saldo devedor” de imposto inferiores àqueles escriturados no livro de Registro de Apuração do ICMS.

Devido à cobrança das ditas “diferenças” de ICMS por meio de outra peça fiscal (AI nº 016.946 - fls. 86), é exigida nesta autuação apenas a multa isolada prevista no artigo 55, inciso XV, da Lei nº 6.763/75, o que derruba a tese da Contribuinte de ter havido cobrança “em duplicidade”.

Todavia, merece reparos a modificação havida na incidência de tal penalidade, descrita na reformulação de fls. 2.431/2.436.

Quando da prática de tal infração, vigorava a punição prevista no citado artigo 55, inciso XV, da Lei nº 6.763/75 (MI de 40% sobre as diferenças nos valores das operações - efeitos até 30/12/1997), que foi aplicada pelo Fisco na peça preliminar (Termo de Ocorrência - fls. 03, 06, 11 e 29 → $MI = 40\% \times \text{Cr\$ } 59.611.958,00 = \text{Cr\$ } 23.844.783,20 = \text{R\$ } 8,67$), e integralmente recolhida pela Autuada, com a redução prevista na legislação então vigente (DAE - fls. 85 - $MI = \text{R\$ } 8,67 \times 30\% = \text{R\$ } 2,60$).

Ao perceber a incorreção na base de cálculo adotada (diferenças de “valores de imposto” e não dos “valores das operações”), a autoridade fiscal altera tal cobrança, majorando-a (fls. 04), mas sem comunicar ao contribuinte envolvido, mudança esta que é mantida no Auto de Infração (fls. 73/74).

Posteriormente, por provocação da DRCT/Metropolitana (fls. 2.428), a capitulação de tal multa é modificada para aquela disciplinada no artigo 54, inciso IX, da Lei nº 6.763/75, introduzida pela Lei nº 12.729/97 (MI de 50% sobre as diferenças de imposto não recolhidas - vigência a contar de 31/12/1997), e os valores de sua base de cálculo retornados para aqueles inicialmente lançados na peça primitiva (fls. 11, 29 e 2.435/2.436), o que resulta na exigência do valor correspondente à diferença entre os percentuais previstos para tais penalidades (fls. 2.436).

Contudo, não se pode aceitar a referida modificação na natureza da pena, pois sua nova graduação mais severa não permite a retroação de seus efeitos. De certo modo, houve também inobservância ao “princípio da imodificabilidade do lançamento”, estatuído no artigo 146 do CTN, *in verbis*:

“Art. 146 – A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação ao um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Por isso, exclui-se a diferença de MI exigida pelo Fisco na reformulação de fls. 2.436 ($\text{Cr\$ } 5.961.195,80 = \text{R\$ } 2,16$), conforme demonstrativo anexo ao parecer da Auditoria Fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, para excluir do item 3 do Auto de Infração os valores correspondentes às notas fiscais das empresas inscritas em São Paulo, cujas mercadorias foram entregues em canteiros de obras em Minas Gerais e os valores referentes a refrigerantes constantes em algumas notas fiscais. Em relação ao item 5, excluir a diferença da multa isolada exigida pelo Fisco na reformulação de fls. 2436. Vencida em parte a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que excluía ainda a exigência do item 1 do Auto de Infração.

Relatora:Cláudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 15.356/03/2^a (publicado no “MG” de 27/03/03)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA. Venda de mercadorias com destaque a menor do imposto devido, em razão da perda do direito à redução da base de cálculo, uma vez que deixou de deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação. Inobservância ao disposto no subitem 27.7 do Anexo IV do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS por deixar de deduzir do preço da mercadoria, o valor equivalente ao imposto dispensado quando da aplicação no valor da operação da redução da base de cálculo prevista no item 27 “d”, do Anexo IV do RICMS/96, descumprindo a condição estabelecida no subitem 27.7 do mesmo dispositivo legal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal, Impugnação às fls. 131/156, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 163/164.

DECISÃO

Versa o feito em questão sobre recolhimento a menor de ICMS por deixar de deduzir do preço da mercadoria, o valor equivalente ao imposto dispensado quando da aplicação no valor da operação da redução da base de cálculo prevista no item 27 “d”, do Anexo IV do RICMS/96, descumprindo a condição estabelecida no subitem 27.7 do mesmo dispositivo legal.

A utilização do benefício da “redução da base de cálculo de ICMS”, *in casu*, é merecedora de alguns comentários preliminares acerca de sua aplicação, antes de se manifestar acerca da controvérsia então estabelecida.

A figura da “**redução da base de cálculo do ICMS**”, implementada pelas unidades da Federação mediante “Convênio”, retrata a adoção de uma política fiscal tendente a incentivar determinado setor da economia ou proporcionar um custo menor de certo produto para o consumidor.

Tal redução advém da competência dada aos Entes tributantes para estabelecer o “quantum” tributário que terá o produto no mercado interno, respeitados os parâmetros previamente determinados pelo Senado Federal, no caso, as “alíquotas interestaduais” e os “limites máximo e mínimo” da carga tributária interna, por força do Artigo 155, Inciso II e § 2º, Inciso V, da Carta Magna.

Contudo, para a fruição de tal benefício, tem-se como condição *sine qua non* a “**dedução, no preço da mercadoria, do valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa no campo “Informações Complementares” da respectiva nota fiscal**” (inciso II da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 100/97 - fls. 27 c/c subitem 27.7, do Anexo IV, do RICMS/96).

Nas operações a que se referem os documentos fiscais relacionados às fls. 07 a 10 dos autos, cuja amostragem foi anexada às fls. 11 a 104 a Autuada não observou a citada condição, vez que não deduziu, do “valor das mercadorias”, o imposto dispensado em cada operação, e, conseqüentemente, não repassou tal benefício ao destinatário.

Em sua contestação, a Defendente não apresenta qualquer questionamento acerca dos valores apresentados pelo Fisco nas planilhas e tampouco apresenta elementos que comprovem a efetivação da citada dedução.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator: Antônio César Ribeiro

Acórdão: 15.430/03/2ª (publicado no “MG” de 22/05/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Nos termos do artigo 70, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago. Uma vez não observado esse requisito torna-se correto o estorno do imposto procedido pelo Fisco. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESTINATÁRIO DIVERSO – FERRO-GUSA. Constatado que a Impugnante deixou de se debitar do ICMS nas remessas de mercadorias destinadas a contribuinte mineiro que nega o recebimento do produto, caracterizando, assim, entrega a destinatário diverso e perda do benefício do diferimento, nos termos dos artigos 11 e 12, inciso III, do RICMS/96. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito. Exigências mantidas.

ALÍQUOTA DO ICMS - DIFERENCIAL - DESTINATÁRIO DIVERSO - DESTAQUE A MENOR DO ICMS. Constatado a remessa de mercadoria a contribuinte do Estado do Rio de Janeiro, o qual se encontrava com inscrição estadual desativada pelo Fisco local, caracterizando, assim, entrega a destinatário diverso, sendo portanto correta a cobrança do diferencial de alíquota.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, no período de outubro/2000 a agosto/2001, em virtude da prática das seguintes irregularidades:

1) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas;

2) Debitou-se de ICMS a menor nas operações com a empresa SG Comércio Exterior, tendo a mercadoria sido entregue a destinatário diverso do constante nas respectivas notas fiscais de saídas;

3) Debitou-se de ICMS a menor referente a produtos enviados para empresa sediada no Estado do Rio de Janeiro, que constava como impedida, conforme ato declaratório de inidoneidade.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 610 a 613, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 638 a 641.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 644 a 649, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A **irregularidade 1** do AI refere-se à constatação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas emitidas no

período de outubro/00 a junho/01, conforme quadros de fls. 13/14 e 56/57, sendo que a apuração do imposto devido foi levada a efeito na recomposição da conta gráfica de fls. 15 e 112 dos autos.

Ressalte-se que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução nº 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do art. 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

“o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc)”.

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo referidos atos declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado visando, tão-somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que os mesmos, juntamente com as respectivas notas fiscais, encontram-se anexados às fls. 16 e 18 dos autos e foram devidamente publicados em data anterior ao início da ação fiscal consubstanciada na lavratura do TIAF em agosto/02 (fls. 06) dispondo, pois, a Contribuinte, de período suficiente para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Insta destacar que consta de cada um dos respectivos atos declaratórios os motivos ensejadores da inidoneidade bem como a data de sua publicação.

Vale salientar que a teor do estatuído no art. 70, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos pela Autuada.

Acrescente-se que o trabalho fiscal encontra-se respaldado também no artigo 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua que:

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

Assim, as exigências de ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, devem prevalecer.

A **irregularidade 2** do AI encontra-se discriminada no quadro de fls. 101 dos autos e se restringe às Notas Fiscais de “*simples faturamento*” nºs 016186, 016693, 017006, 017125 e 017348, emitidas pela Autuada nos meses de abril e maio de 2001, referente a remessa de ferro gusa com destino a empresa “SG COMÉRCIO EXTERIOR S/A”, localizada no Município de Belo Horizonte/MG, sem destaque do imposto (fls. 102, 104, 106, 108, 110).

Acrescente-se que as respectivas notas fiscais de "*simples remessa*" foram emitidas ao abrigo da não incidência do imposto prevista no artigo 5º, inciso III, do RICMS/96 (exportação), também em nome do aludido estabelecimento mineiro, conforme infere-se das cópias de fls. 193 a 575 dos autos.

É de se ressaltar que a presente exigência de ICMS à alíquota de 18% encontra-se alicerçada na declaração firmada pelo suposto destinatário, SG COMÉRCIO EXTERIOR S/A, que às fls. 113 dos autos afirma que as 5 notas fiscais acima discriminadas não constam de seus arquivos, não sendo objeto de transação comercial, mesmo porque inexistente contrato firmado entre a mesma e a ora Autuada.

Na tentativa de elidir o feito a Impugnante alega que emitiu "cartas de correção" (fls. 103, 105, 107, 109, 111) apontando como novo destinatário das 5 notas fiscais a empresa BEMA SANTA CRUZ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, sediada no Estado do Rio de Janeiro, ocasião em que teria debitado-se pelo imposto devido.

Não obstante, vale salientar que o artigo 96, inciso XI, alíneas c.1 e c.2, da Parte Geral do RICMS/96, expressamente veda a emissão de *carta* para correção de valores ou substituição da identificação das pessoas consignadas no documento fiscal.

Ressalte-se ainda que ao contrário do alegado pela Autuada, suas cartas de correção não alteraram o campo "valor do ICMS" dos documentos, não havendo ainda nos autos qualquer comprovação da escrituração ou recolhimento do imposto, sendo que o estabelecimento do suposto destinatário, BEMA, apresenta-se na condição de "IMPEDIDO" perante o Sistema de Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado do Rio de Janeiro (fls. 100), fato que resultou na publicação, pela SEF/MG, em 20-09-01, do Ato Declaratório nº 13.209.060.00088 (fls. 98/99) que tornou inidôneas todas as notas fiscais emitidas por esta empresa a partir de 10-08-00, haja vista a desativação de sua inscrição estadual pelo Fisco carioca nessa data.

Assim, corretas as exigências de ICMS (18%) e MR bem como da MI de 20% capitulada no artigo 55, inciso V, da Lei nº 6.763/75, por mencionar em documento fiscal destinatário diverso daquele a quem a mercadoria se destinar.

A **irregularidade 3** do AI encontra-se discriminada nos quadros de fls. 94/97 dos autos, onde o Fisco arrola diversas notas fiscais emitidas pela Autuada nos meses de julho e agosto de 2001 destinando mercadorias à citada empresa BEMA SANTA CRUZ COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA - RJ, com destaque do ICMS à alíquota de 12%.

Assim, tendo em vista que a aludida empresa, BEMA, foi considerada "impedida" pelo Fisco carioca tendo sua inscrição estadual desativada em 10-08-00 (fls. 100) e, considerando ainda o mencionado Ato Declaratório de Inidoneidade nº 13.209060.00088 publicado pela SEF/MG (fls. 98/99) em relação a mesma, aliado ao fato da Autuada não trazer aos autos qualquer comprovação da efetiva entrega dos produtos ao referido adquirente, mostra-se correta a atitude do Fisco em exigir o pagamento do complemento de alíquota de 6% (18% - 12%).

Assim, as exigências de ICMS, MR bem como da MI de 20% prevista no artigo 55, inciso V, da Lei nº 6.763/75, devem prevalecer.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva.

Relator: Francisco Maurício Barbosa Simões

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – NÃO INCLUSÃO DO VALOR DO IMPOSTO – ICMS POR DENTRO - Constatado o transporte de 590 toneladas de coque metalúrgico importado desacobertado de documento fiscal, posto que as notas fiscais apresentadas ao Fisco, emitidas pelo estabelecimento da Coobrigada, localizado em João Monlevade/MG, e destinadas à firma “Acesita S/A”, em Timóteo/MG), não se prestaram ao acobertamento do dito produto, por não corresponderem à operação efetivamente realizada, visto que não fazem menção ao local de origem da carga transportada, identificado nos documentos relativos à correspondente prestação de serviço de transporte ferroviário (Porto de Praia Mole, no Estado do Espírito Santo), ocasião em que se exigiu ICMS, MR e MI com a lavratura do AI nº 02.000205294-02. Exclusão do ICMS e MR, face à comprovação do débito de imposto para Minas Gerais por meio das aludidas notas fiscais, com manutenção integral da Multa Isolada, considerando-se correto o arbitramento realizado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Em seguida, por maioria de votos, acionou-se o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada a 30% (trinta por cento) do seu valor.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre constatação, em 07/04/2003, na estrada de ferro “Vitória-Minas”, no sentido de Belo Horizonte, por meio dos cargueiros “C09” e “C13”, de 27/03 e 29/3/2003, nessa ordem (fls. 26/34), que a Autuada fazia transportar produtos importados (590 toneladas de coque metalúrgico) desacobertados de documentação fiscal hábil, vez que as Notas Fiscais nºs. 519.378, 519.380 a 519.383, 519.385, 519.388 a 519.392 (fls. 15/25), emitidas em 17/03/03 pela “Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira”, sediada em João Monlevade/MG (Coobrigada), foram desclassificadas pelo Fisco por não corresponderem às operações efetivamente realizadas. Para tanto, exige-se o ICMS devido por tal circulação, acrescido das penalidades previstas nos Arts. 56, Inciso II, e 55, Inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Tal procedimento fiscal foi motivado pelos seguintes fatos:

- 1) as ditas notas fiscais destinavam as mercadorias da Coobrigada, em João Monlevade/MG, para a firma “Acesita S/A”, em Timóteo/MG, ao passo que os Despachos de Cargas em Lotação nºs. 080.125 a 080.127, de 27/03/03, e nº 080.237, de 30/03/03 (fls. 11/14), emitidos pela Autuada, indicavam a execução do transporte como sendo do Porto de Praia Mole, no Espírito Santo, com destino a Timóteo, em Minas Gerais;
- 2) acompanhavam o transporte cópia da Declaração de Importação nº 03/0160636-0, de 25/02/2003 (fls.36/38), referente à importação de 40.000 toneladas do aludido produto promovida pela Coobrigada ao abrigo da *isenção* de ICMS, prevista no Item 64 do Anexo I do RICMS/02 (“drawback”), a qual foi utilizada como referência para a apuração da base de cálculo do imposto (fls.06);
- 3) as notas fiscais em questão não faziam menção sobre o local de embarque dos produtos importados, e nem tampouco de se tratar de parte da citada DI ou da operação ter se dado sob amparo do referido regime isencional.

Na ocasião, exigiu o Fisco ICMS, MR (50%) e MI (40%). Em seguida, constatou apuração incorreta da base de cálculo ao utilizar-se de técnica inadequada para incorporação do imposto à base de cálculo, optando pela lavratura dos presentes autos, com a exigência complementar.

Inconformadas, Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por

procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 13/17 e 57/64, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 102/103 e 104/105.

DECISÃO

Preliminarmente, esclareça-se que a nulidade argüida pela defesa, relativamente à base de cálculo adotada pelo Fisco, confunde-se com o próprio mérito do trabalho fiscal, devendo ser analisada no momento oportuno.

“Abarca o feito a apuração do transporte, por parte da Autuada, de 590 toneladas de “coque metalúrgico” desacobertado de documento fiscal, onde as Notas Fiscais nºs. 519.378, 519.380 a 519.383, 519.385, 519.388 a 519.392 (fls. 15/25), emitidas pela Coobrigada e apresentadas ao Fisco, foram desconsideradas por não corresponderem à operação efetivamente realizada.

Sustenta a autuação o fato dos aludidos documentos identificarem a origem dos produtos como sendo em “João Monlevade/MG” (município sede da remetente “Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira”), e o destino em Timóteo/MG (localização da firma destinatária “Acesita S/A”), ao passo que a documentação relativa ao correspondente serviço de transporte ferroviário (Despachos de Carga em Lotação nºs. 080.125 a 080.127, e 080.237 - fls. 11/14) indica o início deste no Porto de Praia Mole, no Estado do Espírito Santo, e destino também em Timóteo/MG.

Além disso, acompanhava a carga transportada cópia da Declaração de Importação nº 03/0160636-0 (fls. 36/38), referente à importação de 40.000 toneladas do mesmo produto promovida pela Coobrigada ao abrigo da *isenção* de ICMS, prevista no Item 64 do Anexo I do RICMS/02 (“drawback”), a qual foi utilizada como referência para a apuração da base de cálculo do imposto (fls. 06).

E, nas referidas notas fiscais desprezadas, não havia qualquer menção sobre o local de embarque do produto importado, e nem tampouco de se tratar de remessa de parte da citada DI, ou da operação ter ocorrido sob amparo do dito benefício isencional.

Sob outra ótica, comparecem as Impugnantes defendendo a legitimidade de tais documentos como acobertadores da operação, protestando contra a cobrança do ICMS (e das correspondentes penalidades), por ele já ter sido debitado para Minas Gerais. Reconhecem o equívoco de não ter sido lançado nos mesmos o local de embarque da mercadoria, mas entendem que isto não é motivo para desclassificá-los e nem para considerar o transporte como desacobertado.

Pelo relato da peça fiscal (fls. 02/03) e das manifestações de fls. 150/155 e 156/160, nota-se que o Fisco não nega que as “590 toneladas de coque metalúrgico” por ele abordadas se referem à parte do total deste produto importado pela DI 03/0160636-0 (40.000 toneladas - fls. 35/38). Ao contrário, chega a afirmar que, juntamente com as 11 notas fiscais objeto da autuação, deparou com outros 59 documentos envolvendo remessas regulares de outra parcela da dita importação, destinadas ao estabelecimento da Coobrigada (e que, por isso, não foram invalidadas - fls. 154 e 159).

Daí, tem-se que, se a mercadoria autuada corresponde a uma parte daquela importada pela citada DI, pode-se afirmar que, no momento da ação fiscal, ela já havia dado “entrada”, ainda que simbolicamente, na sede da “Belgo-Mineira” em João Monlevade/MG, face à emissão da NFE nº 008.350 em 07/03/2003 (fls. 39), mesmo que, fisicamente, ainda tenha permanecido estocado na repartição alfandegária do Espírito Santo (sob “conta e ordem” da dita empresa importadora).

Por outro lado, se o Fisco está cobrando o ICMS pelo transporte de tal produto tido como desacobertado, sob o argumento de serem inválidas as notas fiscais então apresentadas, pelo fato da operação ter se iniciado no dito recinto aduaneiro (Porto de Praia Mole/ES), e não no município identificado como remetente em tal documentação (o

que, inclusive, é indubitável e incontroverso), poder-se-ia cogitar que este tributo, a princípio, seria de competência do Erário capixaba.

Porém, se tal mercadoria se encontrava armazenada na zona portuária daquele Estado, por “conta e ordem” da empresa mineira que a importou (a Coobrigada), sua “saída” deve ser considerada como ocorrida no estabelecimento desta, de modo que não pode ser ignorado o debitamento do imposto, para Minas Gerais, efetuado por meio das referidas notas fiscais (livro Registro de Saídas - fls. 128/129), apesar de, pela identificação de sua origem, elas não se prestarem ao acobertamento da operação interceptada pelo Fisco.

E não se diga que o imposto ora exigido refere-se àquele que se tornou devido em função da “descaracterização” da *isenção* prevista no Item 64, Parte 1, do Anexo I do RICMS/02 (importação sob regime de “drawback”), ocasionada pela venda da mercadoria (590 toneladas de coque metalúrgico) no mercado interno. Este, caso não tenha sido recolhido pela Coobrigada, é passível de cobrança por outro lançamento, considerando-se como ocorrido o fato gerador em 11/03/2003, data do “desembarço aduaneiro” referente à importação de tal produto (fls. 63), conforme estabelecem os Subitens 64.2 e 64.6 do referido dispositivo regulamentar.”¹

Diante disso, há que se excluir a cobrança do ICMS e MR.

A base de cálculo da Multa Isolada aplicada sobre tal desacobertamento (Artigo 55, Inciso II, da Lei nº 6.763/75), utilizada pelo Fisco encontra-se respaldada pelos elementos de prova carreados aos autos, sendo lícito ao Fisco, em se tratando desclassificação de documentos fiscais, arbitrar o montante da base de cálculo, utilizando-se de quaisquer parâmetros legitimados.

Entretanto, após a lavratura do AI 02.000205294-02, constatou o Agente do Fisco que a base de cálculo apurada encontrava aquém da devida, uma vez que utilizara-se erroneamente da técnica de incorporação do imposto denominada “por dentro”, resultando, assim, neste lançamento complementar.

De fato, analisando a planilha que integra o lançamento vestibular, constata-se que o Fisco adicionou à “base de cálculo preliminar” o valor do imposto, quando deveria, de acordo com a melhor técnica, incorporá-lo por dentro, dividindo a referida base preliminar por 0.82 (zero ponto oitenta e dois).

Correta, a apuração complementar da base de cálculo.

Com a manutenção da base de cálculo adotada pelo Fisco, a uma primeira análise poder-se-ia afirmar que subsistiria um resíduo de ICMS no lançamento. Entretanto, cabe esclarecer que ao acatar os débitos do imposto, efetuados pela Coobrigada, utilizando-se como base de cálculo aquelas constantes dos documentos fiscais desclassificados, eventual diferença consistiria em nova acusação fiscal, consistente na emissão de documentos consignando valor inferior ao custo. Sendo assim, não deve ser mantida a eventual diferença, podendo ela, no entanto, ser exigida em novo Auto de Infração.

Ainda, em relação à Multa Isolada, dado o seu caráter legal, tal punição não pode ser considerada *confiscatória*, como crê a Coobrigada, e nem cabe sua redução ao percentual de 20%, visto que o ilícito pautou-se na falta de cobertura fiscal da operação.

Outrossim, com relação à sujeição passiva, por restar caracterizado o transporte de mercadoria desacobertada de nota fiscal, impõe-se ao *transportador* (a Autuada) a responsabilidade solidária por tal infração, nos termos do Art. 21, Inciso II, Alínea “c”, da

¹ Parecer da Auditoria Fiscal.

Lei nº 6.763/75. Já a indicação da Coobrigada se deve à vinculação desta à operação irregular, na qualidade de *remetente* do produto autuado, conforme prevê o Inciso XII do Artigo 21 do citado diploma legal e o Artigo 124, Inciso I, do CTN.

Subsistindo nos autos apenas exigência por descumprimento de obrigação acessória, e não havendo, por outro lado, qualquer informação que noticie a prática de reincidência por parte das empresas arroladas no pólo passivo, não há óbice à aplicação do permissivo legal do art. 53, § 3º, da Lei 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o ICMS e MR. Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato, que o julgava improcedente. Em seguida, por maioria de votos, acionou-se o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada a 30% (trinta por cento) do seu valor. Vencido, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que não o aplicava, por falta de informação dos pressupostos. Pelas Impugnantes, sustentaram oralmente os Drs. Fábio Henrique Vieira Figueiredo e Otto Carvalho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relator: Roberto Nogueira Lima

2 – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO

Acórdão: 15.816/02/1ª (publicado no “MG” de 17/10/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a aquisições de bens alheios à atividade do estabelecimento, a créditos destacados em notas fiscais consignando destinatário diverso e a falta de estorno de crédito de ICMS do ativo permanente, proporcional às saídas em operações internas de mercadorias com redução da base de cálculo. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, para considerar as reformulações efetuadas pelo Fisco e pela Auditoria Fiscal, conforme números apresentados no quadro resumo de fls. 3.178 dos autos.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a devoluções irregulares, a saídas de mercadorias com redução da base de cálculo e a aquisições de ativo fixo. Exigências mantidas.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - Constatada a utilização da alíquota de 7% nas saídas internas de bacalhau quando o correto seria utilizar-se a de 18%. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para acatar a reformulação proposta pela Auditoria Fiscal.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - Constatado o não recolhimento do ICMS sobre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao uso, consumo e ativo fixo da autuada. Exigências mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre constatação, através de verificação dos livros e Notas Fiscais, no período de 04/1999 a 12/2000, das seguintes irregularidades:

1 – Aproveitamento de créditos de Notas Fiscais de aquisição de materiais alheios à atividade do estabelecimento (Anexo I);

2 – Aproveitamento de créditos de Notas Fiscais com destinatário diverso da Autuada, utilizando indevidamente carta de correção (Anexo II);

3 – Aproveitamento indevido de créditos de devoluções de vendas sem atender aos dispositivos legais (Anexo III);

4 – Aplicação indevida da redução da base de cálculo utilizando multiplicador opcional para cálculo do imposto de 7%, nas operações internas com o bacalhau (Anexo IV);

5 – Falta de estorno de crédito do ICMS nas aquisições interestaduais, proporcional as saídas em operações internas de mercadorias com redução de base de cálculo (Anexo VI);

6 – Aproveitamento indevido de crédito nas aquisições de ativos fixos já imobilizados (Anexo IX);

7 – Falta de estorno de crédito de ICMS do ativo permanente, proporcional às saídas em operações internas de mercadorias com redução da base de cálculo (Anexo VIII – parte 2);

8 – Falta de recolhimento do ICMS devido sobre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento – diferencial de alíquota (Anexo X);

9 – Falta de escrituração dos livros fiscais: CIAP (Controle do crédito do ICMS do ativo permanente) e Controle de Produção e Estoque.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 3068/3079, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 3099/3108.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 3110/3111, que resultam em reformulação do crédito tributário, na manifestação do Fisco às fls. 3112/3127 e juntada de documentos de fls. 3129/3157.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 3163/3178, opina pela procedência parcial da Impugnação.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

A Impugnante pede pela nulidade do AI por considerar inexistir requisitos essenciais exigidos em lei. Às fls. 3071, elenca esses requisitos, destacando não haver no Auto de Infração a assinatura do Autuado, já que este AI foi recebido por Silene Aparecida Zampier, pessoa estranha ao Quadro societário da empresa.

Prevê o Código de Processo Civil, no seu capítulo IV - Das Comunicações dos Atos, Seção III - Das Citações, especificamente no artigo 214, caput e § 1º:

Art. 214 - Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

§ 1º - *O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.*

Afirma Humberto Theodoro Júnior (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. 1, 24ª edição, Editora Forense, pg. 256) que “a citação é indispensável como meio de abertura do contraditório, na instauração da relação processual. Mas, se esse se estabeleceu, inobstante a falta ou vício da citação, não há que se falar em nulidade do processo, posto que o seu objetivo foi alcançado por outras vias...”

“Assim é que dispõe o art. 214, § 1º, que a falta ou nulidade da citação se supre pelo “comparecimento espontâneo do réu”.

Considerando não ter havido qualquer prejuízo ao sujeito passivo, visto que este teve conhecimento do Auto de Infração podendo, a tempo, defender-se adequadamente, não há motivo para a nulidade da peça fiscal.

Preliminar 2:

O fato de não se constar do quadro “identificação dos coobrigados” os representantes legais da empresa, apenas atende ao objetivo da presença de tal quadro no Auto de Infração, que não é outro senão o de possibilitar o arrolamento daquelas pessoas físicas ou jurídicas que, solidária ou subsidiariamente ao sujeito passivo, também respondem pelo AI.

Não havendo coobrigados, como neste feito, não há motivos para o preenchimento deste quadro, daí revelar-se improcedente a alegação de nulidade do feito fiscal por este motivo.

Preliminar 3:

A Impugnante alega não haver embasamento legal para a exigência relativa ao item 6.7, que trata do estorno de crédito de ICMS do Ativo Permanente proporcional às saídas em operações internas de mercadorias com redução da base de cálculo.

Equivoca-se a Impugnante dada a existência dos seguintes dispositivos, os quais foram inclusive citados no campo “infringência/penalidade” do AI: art. 70, §7º e art. 71, inciso IV e §§ 5º, 6º e 7º do RICMS/96.

Preliminar 4:

As alegações de que as multas aplicadas são exorbitantes não encontram aqui o foro adequado e competente para que se abra a discussão, uma vez que seus percentuais são estabelecidos por lei e porque não se inclui na competência do órgão julgador a negativa de sua aplicação, consoante o inciso I, do art. 88, da CLTA/MG.

Preliminar 5:

A Impugnante alega ser totalmente improcedente a capitulação legal que cita a “inexistente” alínea “f”, no inciso I, do artigo 43 do RICMS/96. Entretanto, referida alínea foi acrescida no regulamento do ICMS pelo art. 2º, do Dec. 40.376/99, surtindo efeitos a partir de 07/05/1999.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se a variadas infrações tributárias, cada uma descrita em um item do Auto de Infração. Excetuando-se os valores encontrados a título de diferencial de alíquotas relativo às aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento (anexo X - fls. 3051 e reformulação às fls. 3121), todos os demais foram levados à recomposição da conta gráfica do Contribuinte e encontram-se didaticamente demonstrados no Anexo XI do AI (fls. 3052, reformulado às fls. 3120).

Visando maior eficácia no desenrolar desta decisão, as irregularidades

apuradas pelo Fisco serão analisadas na mesma ordem e numeração em que foram apresentadas no item 6 do relatório do Auto de Infração (fls. 03/04).

6.1 - Aproveitamento de créditos de Notas Fiscais de aquisição de materiais alheios à atividade do estabelecimento (Anexo I)

Às fls. 11 a 13, o Fisco apresenta a planilha que compõe o Anexo I, onde lista todos os documentos fiscais cujos créditos foram glosados por se referirem a materiais alheios à atividade do estabelecimento autuado. Indica nesta mesma planilha o CNPJ do emitente, a data de emissão do documento, a base de cálculo e o próprio valor do ICMS estornado.

Cópias dos documentos que compõem este Anexo I encontram-se às fls. 14 a 54, com exceção da cópia da Nota Fiscal nº 005.436, anexada somente às fls. 3158, em atendimento ao item 1 da diligência da auditoria fiscal (fls. 3110/3111).

Acerca desta mesma nota, o Fisco aproveita a oportunidade para retificar os valores lançados a menor no Anexo I.

Em atendimento ao item 2 da referida diligência, o Fisco aponta, às fls. 3112, os dispositivos da Instrução Normativa nos quais se baseou para considerar como “alheios” os materiais descritos nas notas fiscais arroladas pela Auditoria Fiscal e retira da exigência os créditos destacados nas Notas Fiscais nºs 004647, 046650 e 046991 (fls. 3113), por considerar que os materiais foram empregados na construção da câmara fria utilizada pela Autuada.

A Impugnante não se dignou a contestar o estorno procedido pelo Fisco, não tecendo qualquer comentário tendente a desqualificar a classificação de “alheios” dada aos materiais, de tal sorte que esta conceituação revelou-se incontroversa.

Destarte, o estorno de créditos procedido pelo Fisco no Anexo I de fls. 3115 a 3117 não merece reparos.

6.2 - Aproveitamento de créditos de Notas Fiscais com destinatário diverso da Autuada, utilizando indevidamente carta de correção (Anexo II)

Às fls. 55 e 56 o Fisco apresenta a planilha que compõe o Anexo II, onde lista todos os documentos fiscais contendo destinatário diverso da Autuada e que, por isso, tiveram seus créditos glosados. Indica nesta mesma planilha o CNPJ do emitente, a data de emissão do documento, a base de cálculo e o próprio valor do ICMS estornado.

Cópias dos documentos que compõem este Anexo II encontram-se às fls. 57 a 90, com exceção do de nº 058975. Este, segundo explicação do Fisco às fls. 3112, trata-se de um CTRC Avulso que faz menção à Nota Fiscal 000394, também relacionada no Anexo II, e às Notas Fiscais 000393 e 000395, notas estas que não foram escrituradas pela Autuada.

Aproveitando o ensejo do atendimento à diligência da Auditoria Fiscal, o Fisco retifica os valores de base de cálculo e de ICMS referentes ao citado CTRC, passando os mesmos a corresponderem, respectivamente a R\$ 2.000,00 e R\$ 240,00 (vide fls. 3119) ao invés dos valores de R\$ 74.400,00 e R\$ 5.208,00 (anteriormente informados no Anexo II, às fls. 56).

Apesar de em todos os documentos o destinatário indicado tratar-se de empresa estranha à Autuada, o creditamento, por esta efetuado, se deu em virtude da existência de cartas de correção onde se substituiu o destinatário constante dos documentos, pela própria Autuada. Entretanto, consoante o art. 96, inciso XI, alínea “c”, subalínea “c.2”, da parte geral do RICMS/96, é vedada a comunicação por carta para substituir ou suprimir a identificação das pessoas consignadas no documento fiscal.

Conclui-se, pois, ser procedente a exigência fiscal, consoante os números apresentados no Anexo II de fls. 3118/3119.

6.3 - Aproveitamento indevido de créditos de devoluções de vendas sem atender aos dispositivos legais (Anexo III)

O Anexo III, presente nos autos às fls. 91 a 114, relaciona todas as notas fiscais de saída e as correspondentes notas fiscais de entrada em devolução, emitidas pela Autuada no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2000, em desacordo com o regulamento do ICMS.

O parágrafo 2º do artigo 76 e o parágrafo 3º do artigo 78 da parte geral do RICMS/96 estabelecem as condições impostas para recuperação do imposto, dentre elas, a obrigatoriedade da aposição de declaração do cliente ou responsável, no documento original, de que devolveu as mercadorias, especificando o motivo de sua devolução, com menção do documento de identidade ou, tratando-se de contribuinte, com a aposição de carimbo do CNPJ.

No caso de retorno integral de mercadoria não entregue ao destinatário, o transportador e, se possível, também o destinatário, consignarão, mediante declaração datada e assinada, no verso da nota fiscal, o motivo pelo qual a mercadoria não foi entregue e, sendo o destinatário contribuinte, aporá na mesma o seu carimbo de CNPJ.

O procedimento do Fisco em xerografar verso e anverso de todas as notas fiscais, arroladas no Anexo III, comprova o não atendimento a estas condições.

O “visto” do posto de fiscalização no documento acobertador do trânsito da mercadoria devolvida ou retornada, logicamente no caso de existência do referido Posto no itinerário normal que deva ser percorrido pelo transportador, é outra condição regulamentar imposta para a fruição do benefício da recuperação do imposto.

Pelas cópias das notas fiscais (fls. 115 a 1152) pode-se comprovar, também, a inexistência de visto de qualquer posto de fiscalização.

Sendo assim, comprovado o descumprimento dos ditames regulamentares impostos para a recuperação do imposto antes destacado em documentos fiscais de regulares operações mercantis, revela-se correto o procedimento do Fisco em glosar os créditos de ICMS indevidamente apropriados.

6.4 - Aplicação indevida da redução da base de cálculo utilizando multiplicador opcional para cálculo do imposto de 7%, nas operações internas com o bacalhau (Anexo IV).

O Anexo IV (fls. 1153 a 1221) compõe-se de uma planilha onde o Fisco relaciona as notas fiscais de saída de bacalhau, em que a Autuada aplicou a alíquota de 7%, quando o correto seria a alíquota de 18%.

A diferença encontrada pelo Fisco foi objeto de lançamento, junto com valores relativos a outras exigências, na recomposição da conta gráfica, conforme VFA de fls. 3062 e 3124.

Com o fito de comprovar que a alíquota utilizada foi realmente a de 7%, o Fisco fez anexar aos autos cópias das notas fiscais (fls. 1222 a 3009).

Segundo o posicionamento da SLT na resposta à Consulta de Contribuintes nº 005/2002, a legislação mineira prevê redução da base de cálculo de 41,66% e alíquota de 12% para as operações internas com peixes e produtos comestíveis resultantes de seu abate, de produção nacional, no entanto, **apenas em estado natural, resfriados ou congelados**. Isso significa que, fora de tais condições, a alíquota aplicável é a de 18% (art. 43, inciso I, alínea "f" do RICMS/96) sobre o valor da operação.

Prossegue a mesma Superintendência afirmando que quando a legislação quer

dar tratamento diferenciado a determinado produto, ela o distingue especificamente. Assim é o benefício fiscal dado aos produtos salgados (subalíneas "b.2", inciso I, artigo 43 da Parte Geral, e "a.3", item 23 do Anexo IV do RICMS/96), benefício este que não contempla os peixes.

Sendo assim, afirma-se na resposta à citada consulta, que nenhum pescado salgado se acha contemplado, em Minas Gerais, por alíquota de 12% e/ou redução da base de cálculo, o que confere certeza quanto ao entendimento do Fisco para o caso ora em análise.

Não obstante, o zelo dos fiscais autuantes em demonstrar os cálculos, apresentando-os de forma didática no Anexo IV, observa-se um equívoco na aposição da alíquota devida em seis notas fiscais emitidas em janeiro de 2000.

Tratam-se dos dois últimos registros presentes nas fls. 1155, 1156 e 1157 onde o Fisco, por um erro na digitação da célula, substituiu o valor de 18%, que lá deveria constar, por 118% e 218%.

Esse engano gerou uma diferença a maior de ICMS exigido no mês de janeiro de 2000 de R\$ 1.105,22.

Desta forma, o valor de R\$ 5.172,64, presente no Anexo XI (fls. 3052 e 3120) no mês de janeiro de 2000, relativamente ao Anexo IV, deve ser alterado para R\$ 4.067,42.

6.5 - Falta de estorno de crédito do ICMS nas aquisições interestaduais, proporcional às saídas em operações internas de mercadorias com redução de base de cálculo (Anexo VI)

A planilha de fls. 3023 aponta os totais das entradas interestaduais mensais de Peixe, Frango, Suíno e Bovino, ocorridas no exercício de 2000, entradas estas que são discriminadas por documento fiscal no Anexo V (fls. 3010 a 3022).

O Fisco, de posse dos valores relativos a essas entradas e ainda das entradas totais, saídas totais e saídas no estado a 7%, procede a simples operações matemáticas de forma a encontrar os valores mensais de crédito a serem estornados da escrita fiscal da Autuada, face à determinação regulamentar de que o crédito deverá ser proporcional à redução da base de cálculo adotada nas saídas das mercadorias.

Nenhuma restrição há de ser feita quanto à propriedade e conveniência do procedimento fiscal. O regulamento do ICMS é claro ao dispor que, não havendo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada (art. 70, §1º, RICMS/96).

Há que se ressaltar, entretanto, que o Fisco equivoca-se ao considerar os índices percentuais representativos das entradas de peixes, frangos, suínos e bovinos sobre as entradas totais, como um fator componente dos cálculos dos valores mensais de estorno.

Na medida em que os valores totais das entradas mensais de peixes, frangos, suínos e bovinos são conhecidos e considerando-se que através dos mesmos pode-se facilmente calcular os créditos mensais apropriados, fruto destas entradas, pela simples aplicação da alíquota de 12% sobre as bases de cálculo, não há necessidade de se incluir aquele percentual, representativo das entradas de peixes, frangos, suínos e bovinos sobre as entradas totais, na fórmula de cálculo dos valores mensais de estorno.

Não obstante, o Contribuinte não foi prejudicado. Ao contrário, os estornos encontrados através da fórmula utilizada pelo Fisco foram em valores inferiores àqueles que seriam encontrados acaso não se considerasse o percentual das entradas de peixes, frangos, suínos e bovinos sobre as entradas totais (fator 1 da planilha de fls. 3023).

Desta forma, apesar dos valores apresentados no Anexo VI estarem a menor, os mesmos devem ser mantidos, já que alterá-los, de forma a coadunarem-se com o entendimento da Auditoria Fiscal, significaria uma majoração inaceitável no crédito tributário.

6.6 - Aproveitamento indevido de crédito nas aquisições de ativos fixos já imobilizados (Anexo IX)

Às fls. 3029, o Fisco apresenta o Anexo IX relacionando as notas fiscais de aquisição de bens que pertenciam ao ativo imobilizado da empresa Granja Integral Alimentos Ltda e anexa, às fls. 3030 a 3050, as referidas notas fiscais onde se observa que a natureza da operação, nelas consignada, é realmente a de “**venda de ativo imobilizado**”.

Em observância ao preceituado no art. 5º, inciso XII, do RICMS/96, o emitente das notas fiscais não deveria destacar o ICMS, dada a não incidência prevista para a operação.

Equivocadamente, entretanto, procedeu ao destaque do imposto do qual a Autuada se apropriou.

Considerando que a legislação prevê que o crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente destacado no documento fiscal, correto o proceder fiscal em estornar todos os créditos das notas fiscais arroladas no Anexo IX.

Não procede a argumentação da Autuada de que os impostos foram recolhidos pela emitente das notas fiscais já que, em se configurando ter sido indevido o destaque do imposto, a esta última caberá eventual pedido de restituição de indébito.

6.7 - Falta de estorno de crédito de ICMS do ativo permanente, proporcional às saídas em operações internas de mercadorias com redução da base de cálculo (Anexo VIII – parte 2)

A planilha de fls. 3028 referente ao Demonstrativo de Estorno do Crédito de ICMS do Ativo Permanente é alimentada, em sua primeira coluna de dados, coluna denominada “Saídas - BC reduzida”, pelos valores mensais encontrados no Anexo VII (fls. 3024) e na coluna 4 - “Saldo Acumulado - Base Estorno”, pelos valores em negrito constantes do Anexo VIII - parte 1 (fls. 3025 a 3027).

Importa salientar, num primeiro momento, que os estornos mensais por saídas isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida (parcela da BC desonerada) são uma determinação imposta pela legislação tributária que, para efeito de possibilitar aos Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP Modelo A, que vigora para bens entrados no ativo permanente do estabelecimento entre 01/11/96 e 31/07/2000.

Para bens entrados no estabelecimento após o termo final acima, não mais se **estornam** créditos proporcionalmente às saídas isentas/não tributadas ou com base de cálculo reduzida e, sim, **apropriam-se** os créditos gradualmente.

Para efeito de controle quanto a essa forma de apropriação foi criado o CIAP - Modelo C.

Considerando, pois, que a utilização do CIAP - Modelo A sujeita-se à condição de que a entrada do bem no ativo permanente do estabelecimento tenha se dado até 31/07/2000, pode-se concluir que o Fisco equivocou-se ao incluir no Anexo VIII - parte 1 (fls. 3027) as instalações frigoríficas objeto das notas fiscais 000054 e 000056.

O fato da Confederação Nacional da Indústria ter impetrado uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2325, de 10/10/00), por entender que a instituição do CIAP - Modelo C ofendeu o princípio constitucional da anterioridade (conforme afirmam os fiscais às fls. 3113/3114) não autoriza ao Fisco utilizar-se do Modelo A para os documentos

fiscais relativos a bens entrados no estabelecimento após 31/07/2000.

Assim, o saldo acumulado utilizado no Anexo VIII - parte 2 (fls. 3028), de agosto a dezembro de 2000, deve ser o mesmo que aquele encontrado para o mês de julho/00, ou seja, R\$ 91.394,75.

O coeficiente de estorno do Anexo VIII - parte 2 (fls. 3028 - coluna 3) deve representar o percentual das saídas isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida (parcela desonerada) em relação ao total das saídas.

Os valores mensais a comporem a 1ª coluna do Anexo VIII - parte 2 (fls. 3028) deveria ser equivalente ao somatório das saídas isentas, não tributadas e a parcela desonerada da BC nas saídas efetivadas com redução desta.

Em resposta ao questionamento da Auditoria Fiscal (quesito 6 da diligência de fls. 3110/3111) o Fisco informa que a Autuada não possui saídas isentas ou não tributadas (fls. 3113) o que, a julgar pelas cópias dos DAPI's de fls. 3089 a 3097, não corresponde à realidade já que a Autuada pratica, sim, saídas com isenção ou não tributadas.

Além deste fato, o modo de obtenção das saídas com base de cálculo reduzida (coluna 1), que se encontra explicitada no Anexo VII (fls. 3024) não corresponde às determinações regulamentares.

A parcela de base de cálculo desonerada do imposto, e que deveria ser somada aos valores das saídas isentas/não tributadas, é correspondente à aplicação do percentual de redução a que tem direito a autuada (41,66%) sobre as bases de cálculo mensais equivalentes às saídas com redução.

Assim agindo, os valores correspondentes às bases de cálculo desoneradas devem ser:

| | | |
|-------------------------|-------------------------|-------------------------|
| Jan/00 = R\$ 277.861,36 | Fev/00 = R\$ 388.318,27 | Mar/00 = R\$ 556.703,41 |
| Abr/00 = 623.758,93 | Mai/00 = R\$ 213.036,74 | Jun/00 = R\$ 265.926,61 |
| Jul/00 = R\$ 285.448,48 | Ago/00 = R\$ 306.293,06 | Set/00 = 283.963,72 |
| Out/00 = R\$ 290.577,66 | Nov/00 = R\$ 278.157,57 | Dez/00 = R\$ 251.183,55 |

Estes valores deveriam ser acrescidos, nos correspondentes meses, em que há saídas isentas/não tributadas, pelas seguintes bases de cálculo:

| | | |
|------------------------|------------------------|-------------------------|
| Jan/00 = R\$ 1.807,00 | Abr/00 = R\$ 1.645,00 | Mai/00 = R\$ 104.941,64 |
| Jun/00 = R\$ 2.400,00 | Jul/00 = R\$ 276,36 | Ago/00 = R\$ 3.218,26 |
| Out/00 = R\$ 20.752,50 | Nov/00 = R\$ 18.766,50 | Dez/00 = R\$ 957,55 |

Vê-se, pois, que, à exceção dos meses de março/00, junho/00 e setembro/00, os valores utilizados pelo Fisco na 1ª coluna do Anexo VIII - parte 2, ainda que o modo de obtenção dos mesmos não guarde correspondência com as determinações regulamentares, são **inferiores** àqueles encontrados pelos somatórios dos valores mensais anteriormente referidos, devendo permanecer inalterados, por ser mais benéfico ao contribuinte.

O Anexo VIII - parte 2 (fls. 3028) deve, então, sofrer os seguintes ajustes: 1- redução nos valores das saídas com base de cálculo reduzida (coluna 1) dos meses de março, junho e setembro, o que provocará redução também no Coeficiente de Estorno (coluna 3), no Estorno por Saídas Isentas e Não Tributadas (coluna 6) e no Total do Estorno Mensal (coluna 8); 2- Alteração nos valores apresentados na coluna 4 - Saldo Acumulado (Base Estorno), de agosto/00 a dezembro/00 para R\$ 91.349,75, de forma a se

excluir as notas fiscais 000.054 e 000.056, o que também terá os mesmos efeitos redutores da 1ª alteração.

Assim, ressaltando ao Fisco o direito de exigir a diferença, o Anexo VIII - parte 2 deve apresentar os valores do quadro constante da fl. 3176 dos autos.

6.8 - Falta de recolhimento do ICMS devido sobre a diferença entre a alíquota interna e a interestadual na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso, consumo e ativo fixo do estabelecimento – diferencial de alíquota (Anexo X)

Na planilha de fls. 3051 (Anexo X), o fisco discrimina, mês a mês, os valores apurados à título de diferencial de alíquotas, além dos valores declarados, recolhidos e as diferenças exigidas neste PTA.

Às fls. 3078, item 10, a Impugnante reconhece, afirmando textualmente, que não pagou o ICMS devido pela diferença de alíquotas e se defende alegando não ter recebido, em contrapartida, nenhum crédito.

Em que pese o fato de não ter se creditado desses valores, fato é que o diferencial de alíquotas é devido e deve ser recolhido no mesmo prazo das operações ou prestações próprias, consoante o disposto no §5º, do art. 85, do RICMS/96, sendo, portanto, correta a exigência fiscal.

6.9 - Falta de escrituração dos livros fiscais: CIAP (Controle do crédito do ICMS do ativo permanente) e Controle de Produção e Estoque

Apesar de constar do relatório ao Auto de Infração, esta irregularidade apontada pelos fiscais autuantes não foi, efetivamente, objeto da exigência, ou seja, não se agregou qualquer valor no crédito tributário que possa estar a ela vinculado.

Verificação Fiscal Analítica

Efetuando as alterações propostas pela Auditoria Fiscal no Anexo IV (janeiro/00) e no Anexo VIII - parte 2 (março/00, junho/00 e agosto/00 a dezembro/00), os totais de estornos mensais e a apuração de débito do Anexo XI sofrerão redução e, por corolário, reduzirão alguns dos saldos devedores na VFA dos anos de 2000 e 2001, que passarão a apresentar os seguintes valores: jul/00 = R\$ 22.209,51 - ago/00 = R\$ 23.839,18 - nov/00 = R\$ 13.475,02 - jan/01 = 1.773,05.

Os saldos devedores dos meses de fev/01, mai/01, jun/01 e jul/01 permanecem inalterados.

Deve-se ressaltar que o Fisco, ao lançar mão do débito de ICMS escriturado pelo contribuinte, com fincas a agregá-lo aos totais mensais de estorno e apurar os débitos reais não utilizou o “débito total” (débito por saídas + estorno de crédito + outros débitos) e sim o valor constante somente da linha “débito por saídas”.

O fato de não se utilizar dos valores da linha “Estorno de Crédito” confere ao feito a certeza de que esses valores não foram adicionados em duplicidade já que os totais apurados no “Anexo VIII - parte 2” englobam aqueles valores já levados à escrituração pelo próprio contribuinte.

Usando-se somente os valores da linha “débito por saídas”, não há alteração nos valores finais quando não há lançamentos na linha “Outros débitos”. Havendo, o lançamento não VFA fica reduzido exatamente neste valor. É o caso dos meses de fev/00, jul/00 e ago/00, nos quais o débito apurado no Anexo XI (fls. 3120) ficou a menor, respectivamente nos seguintes valores: fev/00 = R\$ 14,21; jul/00 = R\$ 13.441,73; ago/00 = R\$ 11.861,67.

Novamente, vale destacar que este equívoco foi benéfico ao Contribuinte o que

não impede que o Fisco exija, em outro PTA, os devidos valores, concernentes à diferença entre os reais e os aqui cobrados.

Resumo do Crédito Tributário - Anexo XII

Considerando as retificações propostas pelo Fisco na reformulação de fls. 3112 a 3127 (DCMM de fls. 3128) e as alterações propostas pela Auditoria Fiscal (apenas as que minoram o crédito tributário), o “Resumo do Crédito Tributário - Anexo XII” (fls. 3121) deve ser retificado, de tal sorte a apresentar os valores da tabela constante na fl. 3178 dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para considerar as reformulações feitas pelo Fisco e pela Auditoria, conforme números apresentados no quadro resumo de fls. 3.178, nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal.

Relator: José Luiz Ricardo

Acórdão: 15.869/02/1ª (publicado no “MG” de 02/11/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CRÉDITO PRESUMIDO. Constatou-se que a Autuada promoveu o recolhimento a menor do ICMS, face o aproveitamento indevido de crédito do imposto, decorrente de operações interestaduais de mercadorias, cujo remetente é beneficiado com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação do ICMS. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, face o aproveitamento indevido de crédito de ICMS decorrente de operações interestaduais de mercadorias, cujo remetente é beneficiado com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação do ICMS. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 579 a 594, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 610 a 618.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 644 a 653, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A fiscalização constatou que a Autuada, no período de abril a setembro de 2001, promoveu o recolhimento a menor do ICMS, face o aproveitamento indevido de crédito de ICMS decorrente de operações interestaduais de mercadorias, cujo remetente é beneficiado com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação do ICMS.

Conforme consta da peça fiscal, a Autuada aproveitou, indevidamente, o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de transferências de mercadorias de seu estabelecimento situado no Distrito Federal, embora não tenha ocorrido recolhimento integral do valor do imposto destacado, em função de benefício concedido pela unidade da Federação de origem.

Como informa a fiscalização, o Distrito Federal por meio do Decreto n.º 20.322, de 17.06.99, cópia às fls. 79/83, autoriza os contribuintes inscritos nas atividades de

comércio atacadista ou distribuidor a abater, a título de crédito de ICMS, o equivalente aos percentuais de 2% a 11% (nas operações sujeitas à alíquota de 12%) sobre o montante das operações de saídas de mercadorias.

Mediante a Portaria n.º 293, de 22.06.99, cópia às fls. 84/86, com vigência até a publicação da Portaria n.º 384, de 03.08.01, cópia às fls. 87/88, o Distrito Federal definiu os percentuais a título de crédito de ICMS a que se refere o Decreto n.º 20.322/99.

Para as operações de saídas interestaduais de produtos farmacêuticos constantes do Convênio ICMS 76/94 foi fixado o percentual de 10%.

O Fisco informa, ainda, que por meio de Termo de Acordo de Regime Especial, doc. fls. 89/95, a Subsecretaria da Receita da Secretaria de Estado da Fazenda e Planejamento do Distrito Federal autorizou a contribuinte Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., ali estabelecida, a utilizar o tratamento tributário definido no art. 37, inciso II da Lei n.º 1.254, de 08.11.96, doc. fls. 78, que trata da faculdade concedida aos contribuintes do Distrito Federal a opção pelo abatimento a título de montante do imposto cobrado nas operações anteriores mediante percentagem fixa sobre o montante das operações de saída.

Diante disso, a remetente das mercadorias contribuinte do Distrito Federal recolhe somente 2% sobre o valor das operações de transferências de mercadorias para sua filial em Minas Gerais.

Com relação aos benefícios fiscais, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 155, inciso XII, alínea “g” que *“cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”*.

Consoante o inciso IV do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar n.º 24, de 24.01.75, é necessário a celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais.

O art. 8º, inciso I da mencionada Lei Complementar determina, ainda, que a inobservância de seus dispositivos acarreta, cumulativamente, *“a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria”*.

A legislação tributária mineira, especificamente, o parágrafo único do art. 62 do RICMS/96 considera não cobrada a parcela do imposto beneficiada com incentivos fiscais concedidos indevidamente, dispondo o seguinte:

“Art. 62 – (omissis)

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”.

Tendo em vista tais disposições, foi editada a Resolução n.º 3.166, de 11.07.01, que veda a apropriação de crédito do ICMS nas entradas decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto, face *“a necessidade de esclarecer o contribuinte mineiro e de origem a fiscalização quanto a operações realizadas ao abrigo de atos normativos concessivos de benefício fiscal, que não observaram a legislação de regência do tributo para serem emanados”*, conforme consta de um dos seus “considerandos”.

O art. 1º da mencionada Resolução determina que:

“Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo”.

O art. 2º da referida Resolução veda, expressamente, “o aproveitamento de quaisquer créditos relativos a operações beneficiadas com reduções de base de cálculo em sua origem sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)”.

O Anexo Único da Resolução n.º 3.166/01 discrimina todos os benefícios fiscais cujos créditos deverão ser aproveitados na mesma proporção.

Consta do item 5.5 do Anexo Único da Resolução 3.166/01, o benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, mediante o Decreto n.º 20.322/99 e Portarias 293/99 e 13/00, ao atacadista ou distribuidor de produtos farmacêuticos constantes do Convênio ICMS 76/94, que concedeu o crédito presumido de 10%.

Neste item consta, ainda, que o crédito admitido é de 2% sobre a base de cálculo do valor das notas fiscais emitidas a partir de 23.06.99.

O Fisco promoveu o estorno de 10% relativamente ao crédito do ICMS aproveitado integralmente relativamente às notas fiscais relacionadas no Anexo I, doc. fls16/76, cópias às fls. 99/257, referentes a entrada de mercadorias recebidas em transferência, cujo remetente, estabelecido no Distrito Federal, recolheu somente 2% sobre o valor dessas operações de transferência, utilizando o benefício fiscal concedido mediante o Decreto n.º 20.322/99 e Portarias 293/99 e 13/00.

Observa-se que não foi feita a recomposição da conta gráfica do ICMS, uma vez que a empresa apresentou apenas saldos devedores no período de abril a setembro de 2001.

Como o referido benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, não foi ratificado entre os Estados, conforme determina a Lei Complementar n.º 24/75, correto o estorno procedido pelo Fisco.

Ademais, como sustentou a fiscalização, o estorno do crédito aproveitado pela Autuada proveniente de operações cujo remetente não recolheu integralmente o valor destacado no documento fiscal, em função de benefício fiscal recebido, tem suporte na referida Lei Complementar.

O estorno do crédito do imposto procedido pelo Fisco não feriu o princípio da não-cumulatividade como entendeu a Impugnante, uma vez que, como parte do imposto não foi cobrada pelo Distrito Federal na etapa anterior, esta parcela não poderá ser aproveitada nas operações posteriores.

Sendo assim, entende-se legítimo o estorno procedido pela fiscalização, nos termos do parágrafo único do art. 62 do RICMS/96 e da Resolução n.º 3.166/01, uma vez que o benefício fiscal concedido para o remetente não atendeu o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF/88, eis que foi feito sem a observância da determinação contida na Lei Complementar n.º 24/75, que preceitua em seu inciso IV do

parágrafo único a necessidade de celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais.

A Impugnante diz que o Estado de Minas Gerais deveria ter impetrado Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando o benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal.

No entanto, além da vedação do aproveitamento do imposto estar prevista no art. 8º, inciso I da Lei Complementar n.º 24/75, nesta fase essa discussão não merece prosperar, uma vez que o estorno do referido crédito foi procedido nos termos do parágrafo único do art. 62 do RICMS/96 e da Resolução n.º 3.166/01, não devendo ser negada a sua aplicação, consoante o disposto no art. 88, inciso I da CLTA/MG.

A Impugnante entende que a Resolução n.º 3.166 de julho de 2001 não poderia fixar limitações de créditos para operações que ocorreram a partir de 23.06.99, pois contraria o princípio da irretroatividade da lei.

Não procede tal entendimento, uma vez que, conforme consta da própria Resolução ela foi editada para esclarecer o contribuinte e de orientar a fiscalização quanto a normas que já existiam.

Como salientou a fiscalização, “a ineficácia do aproveitamento do crédito nasce com a concessão indevida do benefício fiscal e não com a publicação da Resolução, que é apenas ato normativo”.

Com relação à aplicação da taxa SELIC, ressalta-se que, segundo o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763/75, para a correção de débitos estaduais e para o cálculo dos juros moratórios, deverão ser observados os mesmos critérios adotados para os débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880, de 13.10.97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece em seu art. 1º que os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Tendo em vista que a aplicação da taxa SELIC para correção de créditos tributários está prevista na legislação tributária, não compete ao CC/MG negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Quanto às decisões citadas pela Impugnante, observa-se que elas produzem seus efeitos somente entre as partes envolvidas. E não poderia ser de outra forma, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Portanto, as exigências fiscais devem prevalecer, uma vez que o estorno dos créditos promovido pela fiscalização, que resultou em falta de pagamento do ICMS, está em conformidade com as disposições da legislação tributária que regem a matéria.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria.

Relator: José Luiz Ricardo

Acórdão: 14.819/02/2ª (publicado no “MG” de 02/04/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - RETORNO SIMBÓLICO DE INDUSTRIALIZAÇÃO - Estorno de crédito de ICMS destacado em notas fiscais

emitidas em favor da autuada como sendo de Retorno Simbólico de Industrialização. A pretensão do Fisco em descaracterizar a remessa para industrialização, substituindo-a por transferência de mercadorias não encontra amparo nos autos, diante da inexistência de provas que possam alterar a natureza da operação realizada. O fato de que em tempos idos a Autuada realizava tais transferências não é impeditivo de mudanças no formato comercial da Contribuinte. Por conseguinte, há que se admitir o crédito do imposto lançado nos documentos fiscais de Retorno Simbólico de Industrialização, uma vez que as remessas foram normalmente tributadas. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA - Estorno de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de entrada de energia elétrica. Por força do disposto no art. 66, § 4º do RICMS/96, a apropriação de créditos dessa natureza é deferida apenas aos estabelecimentos que exploram atividades industriais ou de exportação. Neste caso, a remessa de mercadorias para outro estabelecimento com o fim específico de exportação caracteriza a exportação indireta, que equipara-se à direta para fins de tributação, hipótese em que tais créditos devem ser concedidos de maneira proporcional às saídas com destino ao exterior e o montante total de saídas, deduzidas as remessas para industrialização. Exigências fiscais parcialmente corretas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Conforme fiscalização realizada no período de 01/01/2000 a 30/06/2001, constatou-se através de verificação fiscal analítica que o contribuinte apropriou indevidamente créditos de ICMS conforme notas fiscais de entradas constantes do relatório anexo ao Auto de Infração, originando recolhimento de ICMS a menor nos meses discriminados em relatório VFA/Expressão Real do Movimento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17/29, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 273/278.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 286/292, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Da arguição de nulidade do Auto de Infração

A impugnante alega nulidade do AI ao argumento de que houve pretensa violação às normas contidas no CDC, bem como ao Princípio da Motivação.

Relativamente às normas do CDC, não ocorre a violação pretendida pela Impugnante, haja vista que o Fisco agiu nos exatos limites da Lei 6763/75. Cabe esclarecer que o CDC ainda não foi regulamentado pelo Executivo, estando, pois, suas regras, no aguardo de tal providência.

Relativamente ao Princípio da Motivação, uma melhor análise se faz necessário. O Auto de Infração contém a pessoa do infrator (o sujeito passivo). Entretanto, no tocante à natureza da infração, a peça fiscal não demonstra à Autuada o verdadeiro motivo que levou o Fisco ao estorno dos créditos, limitando-se a citar que tal estorno refere-se aos créditos relativos ao retorno simbólico de mercadorias e aquisição de energia elétrica.

Todavia, a Impugnante, ainda que expressamente tenha demonstrado seu inconformismo, carrou aos autos todas as informações necessárias ao deslinde da questão, apontando de maneira clara e objetiva o seu *modus operandi*.

Por outro lado, o estorno de crédito de energia elétrica, ainda que não especificado o motivo no relatório do Auto de Infração, está sustentado na regra do art. 66, § 4º, do RICMS/96, hipótese que permite à Impugnante conhecer as razões do Fisco que conduziram ao decotamento do crédito do imposto. Em relação ao crédito originário de devolução simbólica de mercadoria, há de se considerar que a devolução alcança apenas uma situação, qual seja: retorno simbólico de mercadorias remetidas para industrialização. Também por esta vertente, a Impugnante teve a possibilidade de estampar em sua peça de defesa as suas razões.

Desta forma, a preliminar defensiva perdeu a razão de existir, uma vez que o possível cerceamento de defesa não resultou em prejuízos para a Impugnante.

Há de se considerar ainda, que os dispositivos da Lei 6.763/75, e do RICMS/96, elencados na peça fiscal, dão conta da injuridicidade da conduta tida como reprovável, e que desencadeou no descumprimento da obrigação tributária principal pela Autuada, qual seja, o não recolhimento do tributo na expressão valorativa correta e nos prazos estipulados pela legislação tributária, segundo a fiscalização.

Com efeito, ao creditar-se de valores tidos como ilegítimos pelo Fisco, deixou a Autuada de recolher ao erário a parcela devida de imposto, daí materializando-se a conduta perfeitamente tipificada pelos dispositivos legais infringidos.

Por improcedente, rejeita-se, portanto, a arguição de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

Versa a autuação sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante recomposição de conta gráfica, no período de janeiro/00 a junho/01, em decorrência da apropriação indevida de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais relativas a operações de entradas de mercadorias, emitidas em favor da autuada como sendo de "Retorno Simbólico de Industrialização", bem como aqueles referentes a entrada de energia elétrica, conforme documentos relacionados nas Planilhas de fls. 08, e 11/12.

Destaca-se, de início, que não obstante a fiscalização indicar como marco inicial o mês de janeiro de 2000, as exigências lançadas iniciam-se a partir de setembro/2000.

O exame sobre a procedência ou não do lançamento se prende basicamente à análise de duas questões: a primeira envolve a definição sobre qual a real atividade econômica explorada pela autuada, enquanto a segunda diz respeito ao correto enquadramento da natureza das operações praticadas por ela, visto que o direito à apropriação dos créditos de ICMS está diretamente vinculado a estas.

No tocante à questão da atividade econômica, cumpre esclarecer que a autuada explora a atividade rural no cultivo de frutas, especificamente a laranja estando esta atividade enquadrada no CAE 70.1.1.50-4 - "FRUTICULTURA" (vide fls.03). Tal fato é incontroverso, visto que ratificado pela própria impugnante.

Desta forma, *a unidade produtora de frutas não se enquadra no conceito de atividade industrial*, não sendo admitido nem mesmo o crédito de energia elétrica eventualmente consumido em pivot central, caso a Impugnante venha a utilizar tal aparato técnico em sua atividade rural. Manifestação neste sentido encontra-se estampada na Consulta de Contribuinte nº 056/2001.

Segundo o Fisco, pela documentação apresentada verifica-se que o estabelecimento exportador é a Matriz, CGC 61.649810/0001-68, situada em Araraquara-SP (fls.109 - PTA - 01.000139022-78). Diante disso, Ele conclui que a autuada não exerce atividade industrial ou de exportação.

Nesse sentido, reportando-se às fls. 281/282, verifica-se que a Autuada visando dirimir dúvidas acerca do correto tratamento tributário dispensado às operações praticadas, quais sejam, a transferência de mercadorias, formulou, ao Órgão competente, Consulta Fiscal que recebeu o nº 039/2000, cuja resposta foi publicada no MG de

20/02/2000, tendo sido reformulada e republicada em 14/09/2000, em virtude do acatamento parcial das razões apontadas no Recurso. Ainda inconformada com a resposta obtida impetrou Recurso nº 016/2000, que resultou no Despacho de fls. 285, que lhe negou provimento.

De todo expediente acima referido, importa destacar, precipuamente, a expressão conclusiva exarada no relatório da resposta (fls.57 - primeiro parágrafo), qual seja, "*Vê-se, portanto, que o entendimento da Recorrente é equivocado ao anunciar que todas as transferências feitas pela empresa seriam ao abrigo da não-incidência*" (destacamos).

Diante desse contexto, segundo o Fisco, "extraí-se, sem nenhum esforço de interpretação, visto que declarado por ela própria, que a real natureza das operações praticadas pela autuada é a transferência de mercadorias - CFOP 5.21, e não "Remessa para Industrialização" - CFOP 6.99 - conforme mencionado nas notas fiscais relacionadas às fls.31."

A Auditoria Fiscal diz que, "em se tratando de **transferência de produção do estabelecimento**, não há se falar em "retorno de mercadoria", como pretende a autuada. Por conseguinte, depreende-se que as "operações de entradas" representadas pelos documentos, objeto de estorno, **não passam de um negócio jurídico simulado**, configurando-se a ilicitude destas operações, porquanto resta evidenciado que referidas notas fiscais foram emitidas em favor da autuada com o propósito único e exclusivo de anular os débitos de ICMS devidos nas operações de transferência, saídas estas, erroneamente intituladas e registradas pela autuada como sendo de "Remessa para Industrialização".

Como se nota, tanto o Fisco como a Auditoria Fiscal pautam-se no entendimento desfavorável ao Contribuinte, lançado na Consulta anteriormente mencionada.

Entretanto, por ocasião da formulação da Consulta 039/2000, o *modus operandi* da Autuada divergia do ora análise. Se naquela época, a Empresa remetia as laranjas em transferência para seu estabelecimento paulista, hoje as remete para fins de industrialização. Se se trata de elisão fiscal ou "planejamento tributário" não vem ao caso, uma vez que não cuidam os autos de discutir esta hipótese. De concreto tem-se que a resposta dada via Consulta 039/2000, não mais se aplica à outrora Consulente, uma vez alterada a natureza da operação.

O que quer o Fisco, na verdade, é desclassificar as remessas para industrialização, dando a elas os efeitos de transferência de mercadoria. Entretanto, não logrou êxito o Fisco, uma vez que não carrega aos autos nenhuma prova efetiva de sua insinuação. Ao contrário, a Impugnante juntou a documentação (notas fiscais) comprovando a remessa para industrialização e os retornos simbólicos, tanto do produto enviado (laranja), quanto daquele resultante do processo (suco de laranja).

Como se percebe, a remessa para industrialização em estabelecimento de terceiro, ainda que do mesmo titular, constitui-se em prerrogativa disposta no Regulamento do ICMS. Para descaracterizá-la é necessário mais do que simples ilações.

Pode-se até mesmo dizer que a documentação apresentada pela defesa não prima pela retidão, haja vista que às vezes não possui indicação completa dos dispositivos legais pertinentes. Mas, para tal conduta, a legislação tributária aponta a penalidade própria, que muito se distancia da desclassificação da natureza da operação.

Pode-se dizer, ainda, que a devolução simbólica do suco de laranja, sem tributação, não atende às normas regulamentares, uma vez que caberia a incidência do imposto sobre o custo da industrialização. Referida incidência, no entanto, se daria em favor do erário paulista e, conseqüentemente, resultaria em mais crédito a ser apropriado em desfavor do Estado de Minas Gerais.

O retorno simbólico de mercadoria remetida para industrialização encontra amparo no sistema tributário e visa facilitar o escoamento da produção, de forma a não impor custos desnecessários ao Contribuinte. Tal entendimento encontra-se lançado pela DOET/SLT/SEF, na Consulta nº 061/95. Sendo a remessa tributada, por força de dispositivo legal, a lógica impõe a apropriação do crédito por ocasião do retorno, ainda que simbólico.

Quanto aos créditos de ICMS, provenientes da entrada de energia elétrica e serviço de comunicação, em razão da mudança de critério de aproveitamento, com a edição da LC 102/2000, insta ressaltar as hipóteses de aproveitamento, nos termos do § 4º do art. 66 do RICMS/96. Por esta regra, tais créditos somente serão admitidos aos estabelecimentos com atividades industriais e de exportação.

A atividade industrial, conforme abordagem anterior, não é praticada pelo estabelecimento, tendo em vista a utilização de terceiros para tal fim. Resta, assim, caracterizar a hipótese de exportação.

Segundo o disposto no § 1º, do art. 5º do RICMS/96, a não-incidência de que trata o inciso III (operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado) alcança “a operação que destine mercadoria com o fim de exportação para o exterior, observado o disposto nos artigos 259 a 270 do Anexo IX, a” “outro estabelecimento da empresa remetente”. Desta forma, pelo Regulamento, a exportação direta equipara-se à exportação indireta.

Assim, na hipótese da Autuada transferir, ainda que simbolicamente, o produto resultante da industrialização ao seu estabelecimento paulista, com o fim específico de exportação, admitir-se-á o crédito decorrente da entrada de energia elétrica no estabelecimento, uma vez que o disposto no artigo 66 (§ 4º), alcança tanto a exportação direta quanto a indireta, na inteligência do dispositivo citado (art. 5º, § 1º do RICMS/96).

A questão apresentada, de se tratar de estabelecimento classificado no CAE de “fruticultura”, não invalida a colocação anterior, conforme entendimento da SLT/SEF, nos termos da Consulta nº 056/2001. Referido expediente diz que “no caso de exportação realizada por produtor rural, fica-lhe assegurado o direito ao crédito de energia elétrica do estabelecimento, na proporção das exportações em relação às saídas totais realizadas”.

Entretanto, pelos documentos dos autos, não se pode determinar se toda a produção (suco resultante do processo industrial) foi encaminhada ao exterior, ainda que via exportação indireta. Neste caso, os créditos originários de energia elétrica e serviço de comunicação devem ser concedidos mediante proporcionalidade, nos termos do item 1.3 do § 4º do art. 66 do RICMS/96.

No entanto, para apuração da proporcionalidade, deve-se considerar como exportação, ao contrário do entendimento do Fisco, as saídas para outro estabelecimento com fim específico de exportação, quando assim estiver consignado no documento fiscal de remessa simbólica. Do mesmo modo, para não ferir os princípios legais, as saídas a título de remessa para industrialização devem ser decotadas das saídas totais, cujo montante deve ser constituído de saídas para exportação (direta e indireta) e saídas regularmente tributadas a título de venda de mercadorias. Caso toda a produção tenha sido encaminhada ao estabelecimento paulista para fins de exportação, o crédito sobre energia elétrica e comunicação compreenderá 100% (cem por cento) do valor destacado nos documentos fiscais pertinentes.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento para: 1) excluir as exigências fiscais relativas ao estorno de crédito originário do retorno simbólico de industrialização; 2) conceder o crédito do imposto em relação a energia elétrica, na

proporção das saídas destinadas ao exterior, considerando-se as remessas interestaduais com o fim específico de exportação, em relação às saídas totais, excluindo-se destas últimas as remessas para industrialização.

Relator:Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 2.678/02/CE (publicado no “MG” de 03/02/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTOS FISCAIS FALSOS E INIDÔNEOS - A inidoneidade/falsidade das notas fiscais objeto da autuação está plenamente caracterizada nos autos, além do que os atos declaratórios foram regularmente publicados no Diário Oficial do Estado antes mesmo da lavratura do TIAF. A alegação da Impugnante de desconhecimento da inidoneidade e falsidade da documentação fiscal quando da realização das operações não exclui sua responsabilidade pelo crédito tributário. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS - O contribuinte aproveitou créditos de ICMS destacados em notas fiscais com prazo de utilização esgotado, nos termos da Resolução n.º 2.040/91. Contudo, as notas fiscais de produtor, que deram origem ao crédito apropriado estavam absolutamente regulares. Infração não caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DE APOSIÇÃO DE SELO FISCAL - As Resoluções 1.624/87, 2.034/90, 2.294/92 e 2.325/93, vigentes à época, tratavam dos procedimentos aplicáveis à comprovação de entrada de mercadoria em território mineiro, procedente de fora do Estado, vedando a apropriação de crédito do ICMS, relativamente às mercadorias sobre as quais faziam referência, sem que na 1ª via do documento fiscal estivesse aderido o Selo Fiscal. Acolhimento parcial das razões das Recorrentes para: em relação ao Recurso da Fazenda Estadual restabelecer as exigências relativas às três notas fiscais nas quais estão afixados os selos fiscais do Fisco de Goiás(fls. 224/226) e, em relação ao Recurso do Contribuinte, excluir as exigências relativamente às Notas Fiscais com carimbo da Fiscalização Mineira.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Falta de estorno de crédito do ICMS, referente a mercadoria em estoque em 31.12.91, em virtude de redução de base de cálculo a partir de 01.01.92. Exigência cancelada pela fiscalização em virtude de proposição da DRCT/Metalúrgica. Mantida a decisão recorrida.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA. Imputação advinda do arbitramento da base de cálculo das saídas das mercadorias, inferida a partir da constatação de entradas desacobertas. O procedimento utilizado pelo Fisco para apurar saídas desacobertas não encontra respaldo na legislação tributária mineira. Não restou comprovada a ocorrência de saídas sem emissão de notas fiscais, mas tão somente a falta de registro de notas fiscais de entrada. Excluídas as exigências de ICMS, MR e MI (artigo 55,inciso II da Lei 6763/75) e mantida a multa isolada pela falta de registro de notas fiscais de entrada (artigo 55, I da Lei 6763/75). Infração parcialmente caracterizada. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL – FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. A Autuada deixou de registrar notas fiscais de aquisição e de saídas nos

livros próprios. Deixou também de escriturar os livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Inventário referentes aos estoques existentes em 31.12.91 e 31.12.92. Quanto ao livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, não o registrou na Repartição Fiscal. Imputações fiscais plenamente caracterizadas. Mantida a decisão recorrida.

Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade e, quanto ao mérito, providos em parte por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, nos exercícios de 1990/91/92/93, pelas seguintes irregularidades:

- 1- Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais declaradas falsas/inidôneas;
- 2 - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em nota fiscal de aquisição de contribuintes tidos como estabelecidos fora do Estado, sem o selo fiscal ou ficha rodoviária, conforme previsto nas Resoluções nºs 1.624/87, 2.034/90, 2.294/92 e 2.325/93;
- 3 - Falta de registro no livro próprio de notas fiscais de aquisição de mercadorias no ano de 1992 (exercício fechado);
- 4 - Falta de registro no livro próprio de notas fiscais de aquisição de mercadorias no ano de 1993 (exercício aberto);
- 5 - Aproveitamento de crédito do ICMS destacado em notas fiscais com prazo de utilização esgotado, nos termos da Resolução n.º 2.040/91;
- 6 - Falta de estorno de crédito de ICMS, referente a mercadorias em estoque em 31.12.91, em virtude de redução de base de cálculo a partir de 01.01.92 em suas saídas;
- 7 - Falta de registro de notas fiscais de saída no livro próprio, referente ao mês de julho de 1993;
- 8 - Falta de escrituração do livro RAICMS nos meses de abril a julho de 1993;
- 9 - Falta de escrituração do livro Registro de Inventário referente aos estoques de mercadorias existentes em 31.12.91 e 31.12.92;
- 10 - Falta do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque devidamente registrado na repartição fiscal.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.569/02/1ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento. Considerando a reformulação de fls. 641, excluiu: do item 2 do AI, exigências relacionadas com as notas fiscais de fls. 224/226; dos itens 3 e 4, ICMS, MR e MI (do art. 55, II, da Lei 6.763/75); do item 5, todas as exigências.

Inconformadas, a Fazenda Pública Estadual e Mercantil Pantanal Ltda interpõem, tempestivamente, e por intermédio de procuradores legalmente habilitados, os Recursos de Revisão de fls. 770 a 776 e 778 a 782, respectivamente, requerendo, ao final, os seus provimentos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 785 a 794, opina, em preliminar, pelo conhecimento dos Recursos de Revisão e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial do Recurso de Revisão n.º 40.0601074.82-82, interposto pela Fazenda Pública, para restabelecer as exigências relacionadas com as notas fiscais de fls. 224/226 (item 2 do AI) e as de ICMS, MR e MI (do art. 55, II, da Lei 6.763/75), por saídas desacobertadas (item 3 do AI), e o provimento também parcial do Recurso de Revisão n.º 40.0601075.20-51, interposto pela Autuada, para manter, conforme Acórdão Recorrido, a exclusão das exigências relacionadas com o item V do AI, determinada pela Câmara Julgadora.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Preambularmente, convém aclarar pequenos detalhes desse crédito contencioso.

Ao decidir pela procedência parcial do lançamento, a D. 1ª Câmara iniciou por "*considerar a reformulação feita pelo Fisco às fls. 641*". Essa "consideração", contudo, não significa "procedência parcial", se admitir que a decisão se refira ao crédito formalizado pelo Auto de Infração. Induzida, possivelmente, pelo parecer do Auditor Fiscal atuante em fase precedente, àquela reformulação terá se referido. Acontece que o "Anexo de fls. 641" pertence ao Termo de Ocorrência - TO e não ao AI precisamente. Fora elaborado para excluir do item V deste as exigências relacionadas com notas fiscais de série "E", de nºs 41, 42 e 46. Os valores excluídos não integram o Auto de Infração.

Já quanto ao item 6 do Auto (*falta de estorno de crédito de ICMS, referente a mercadorias em estoque em 31.12.91, em virtude de redução de base de cálculo a partir de 01.01.92 em suas saídas*), o Autuante concorda em excluir seus valores, por ocasião da manifestação fiscal (fls. 697/704), precisamente às fls. 702 (f - 1). Não constam do DCMM de fls. 688/689, o que por si só traduziria procedência parcial do lançamento.

A matéria de acusação apreciada pela Câmara Julgadora está resumida às fls. 727/732.

A seguir, item por item, análise e posicionamento sobre as razões recursais interpostas.

1- Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais declaradas falsas/inidôneas. Decisão de procedência.

Atém-se a segunda Recorrente (suj. passivo) a insistir em que todas as notas fiscais encontravam-se devidamente carimbadas pelo Fisco, o que comprova o trânsito das mercadorias e a efetividade das operações.

Em momento nenhum, nos autos, questionou-se se as respectivas operações tinham ou não ocorrido ou se as mercadorias deram ou não entrada no estabelecimento autuado. O que não se admitiu, por razões fáticas e legais sobejantes, foi o crédito do ICMS nelas destacado, pois que as notas fiscais eram inidôneas.

Os atos declaratórios tiveram publicação em datas precedentes às das respectivas exigências, o que, de certo modo, afigura-se irrelevante face pacífico entendimento doutrinário de que o "ato declaratório", com efeitos "ex tunc", apenas declara o que já preexistia.

Não há razão para prover-se a pretensão do sujeito passivo.

2 - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS destacado em notas fiscais de aquisição de contribuintes tidos como estabelecidos fora do Estado, sem o selo fiscal ou ficha rodoviária, conforme previsto nas Resoluções n.ºs 1.624/87, 2.034/90, 2.294/92 e 2.325/93. - Decisão de procedência parcial, com exclusão de exigências relativas às notas fiscais de fls. 224 a 226.

A Fazenda Pública contesta a exclusão.

O selo fiscal nelas aposto não é mineiro, mas goiano. Além do mais, delas não consta carimbo algum da Fiscalização de trânsito.

Não há prova, por conseguinte, de que a mercadoria, que seria procedente de Goiás, transitara por MG e dera entrada no estabelecimento autuado.

Essa comprovação traduz-se no pressuposto básico condicionador da

permissibilidade do crédito ao estabelecimento mineiro destinatário. A exigência consta de todas as Resoluções que disciplinam a respeito.

Inadimplida a obrigação acessória, vedado o crédito.

A obrigação de aposição do selo ou de emissão de Ficha Rodoviária é do Fisco, mas ante a apresentação do documento fiscal a tanto. Quem deve comprovar a entrada, no Estado, da mercadoria procedente de outro, é o adquirente, interessado.

Com relação às demais Notas Fiscais, algumas contêm carimbos do fisco de origem e, também, carimbos da Fiscalização Mineira, inclusive da "Operação Ceasa", desenvolvida pela Fiscalização para comprovar o efetivo ingresso da mercadoria no estabelecimento destinatário.

Diante desses carimbos restou comprovado o trânsito das mercadorias no território mineiro e o efetivo ingresso das mesmas no estabelecimento destinatário, sendo-lhe permitido, portanto, o aproveitamento ao crédito destacado nessas notas fiscais.

Assim, acolhem-se parcialmente as pretensões da Fazenda Pública, para restabelecer as exigências relativas às Notas Fiscais de fls. 224 a 226 e, em relação às pretensões do Contribuinte, atendem-se também parcialmente as mesmas para excluir as exigências relativamente às Notas Fiscais com carimbo da Fiscalização Mineira.

3 - Falta de registro no livro próprio de notas fiscais de aquisição de mercadorias no ano de 1992 (exercício fechado), sendo o valor das mercadorias adquiridas sem registro.

4 - Falta de registro no livro próprio de notas fiscais de aquisição de mercadorias no ano de 1993 (exercício aberto), sendo o valor das mercadorias adquiridas sem registro.

Decisão: procedência parcial, para manutenção apenas da MI de 5% do valor dos documentos, por falta de registro.

Conforme descrito no próprio Acórdão Recorrido, o Fisco acusou o sujeito passivo de não registrar notas fiscais de aquisição de mercadorias, mas estendeu a acusação, implicitamente no AI e explicitamente no corpo do Relatório (fls. 227, 237 e 249), tocante o item 3, de promover saídas sem notas fiscais e sem o conseqüente pagamento do imposto.

Entendera a Câmara Julgadora, à exceção da alta de registro, que o Fisco não adotou procedimento que desse suporte à acusação de saídas sem notas, apesar de reconhecer que, pelo conjunto de irregularidades, era compreensível a "presunção fiscal".

O sujeito passivo, em seu Recurso, endossa a decisão prolatada, o mesmo não ocorrendo com a Fazenda Pública, que, veementemente, pugna pelo restabelecimento das exigências afastadas.

Não se pode olvidar a omissão do sujeito passivo quanto à obrigação de *"escriturar os livros e emitir os documentos fiscais na forma regulamentar"* - Lei 6.763/75, art. 16, VI, o que respalda a aplicação da penalidade prevista no artigo 55, inciso I, da mesma lei, no percentual de 5%(cinco por cento) e não 2%(dois por cento), porque não se comprovou que as saídas se deram com notas fiscais e com o imposto pago.

Por outro lado, a falta de registro de notas fiscais de entrada não autoriza a presunção de que as saídas das mercadorias tenham sido desacobertas.

Mantida, portanto, a decisão quanto a esse item.

Insta salientar que, embora a decisão tenha grafado *"3) excluir ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II da Lei 6763/75, em relação aos itens 3 e 4 do Auto de Infração"*, aplica-se apenas ao item 3, pois que do item 4 (1993 - exercício aberto) consta apenas MI por falta de registro (ver fl. 438 - TO).

5 - Aproveitamento de crédito do ICMS destacado em notas fiscais com prazo de utilização esgotado, nos termos da Resolução n.º 2.040/91.

A Câmara Julgadora entendeu legítimo o creditamento, ao argumento de que as Notas Fiscais de Produtor, a que se referiam as notas fiscais de Entrada com prazo de emissão esgotado, eram idôneas.

Pelo art. 247 c/c 248 do RICMS/91, a nota fiscal de Entrada, nas aquisições de Produtor Rural, é o único documento a ser registrado no LRE, mas deverá fazer-se acompanhar da NFPR.

Pelo art. 153 do mesmo Regulamento, *"não implica crédito a operação/prestação acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago."* (Grifo apostro)

Importa esclarecer que inidôneas, por se encontrarem com prazo de emissão esgotado, eram as notas fiscais de Entrada, de emissão da própria Autuada, e não as de Produtor Rural a que se referiam (ver. fls. 566/593).

As operações de aquisição possuíam cobertura das Notas Fiscais de PR, idôneas, e não das notas fiscais de Entrada, emitidas para efeito de registro.

Além do mais, tomando-se literalmente de fragmento do dispositivo acima, a exigência de comprovação de pagamento, no caso de inidoneidade, para efeito de se conceder o crédito, diz-se do imposto devido pelo emitente das notas fiscais inidôneas. No caso, não é o emitente das notas fiscais inidôneas que deve pagar pela operação, logo, não há o que comprovar.

Equivocada, portanto, transparece a inteligência da Fazenda Pública, de que a Câmara Julgadora não atentara para a necessidade de comprovação do imposto pago e de que houve inobservância do art. 88 da CLTA/MG: a uma, porque a cobertura fiscal das operações se fazia com notas fiscais idôneas - PR; a duas, porque se o emitente das notas fiscais de Entrada não devia o imposto pelas aquisições, não tinha que provar o pagamento. A legislação não o obriga, logo, não se vê negativa de aplicação de Lei, Decreto etc.

Coerente, destarte, a decisão exarada pela I. Câmara Julgadora.

6 - Falta de estorno de crédito de ICMS, referente a mercadorias em estoque em 31.12.91, em virtude de redução de base de cálculo a partir de 01.01.92 em suas saídas.

Perdeu contenciosidade com a concordância do Fisco, quando da Réplica à Impugnação (fls. 697/704).

Demais irregularidades:

7 - Falta de registro de notas fiscais de saída no livro próprio, referente ao mês de julho de 1993.

8 - Falta de escrituração do livro RAICMS nos meses de abril a julho de 1993.

9 - Falta de escrituração do livro Registro de Inventário referente aos estoques de mercadorias existentes em 31.12.91 e 31.12.92.

10 - Falta do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque devidamente registrado na repartição fiscal.

Infrações caracterizadas.

Não há propriamente o que rever. As obrigações acessórias não foram adimplidas e, ainda que a inadimplência não tenha resultado em falta de pagamento de imposto, enseja a aplicação de sanções, como corretamente feito pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao Recurso de Revisão nº 40.060107482-82 interposto pela Fazenda Estadual para que sejam restabelecidas as exigências relativas às Notas Fiscais de fls. 224/226 do item II. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Windson Luiz da Silva que negavam provimento ao mesmo. Quanto ao Recurso de Revisão nº 40.060107520-51 interposto pelo Contribuinte, também por maioria de votos, deu-se provimento parcial ao mesmo para que sejam excluídas as exigências do item II relativamente às Notas Fiscais com carimbo da Fiscalização Mineira. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Windson Luiz da Silva que também excluía as exigências relativas às Notas Fiscais constantes do item I que possuam carimbos da Fiscalização Mineira. Vencidos, ainda, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões e Cláudia Campos Lopes Lara que negavam provimento ao Recurso do Contribuinte. Designado Relator o Conselheiro José Luiz Ricardo (Revisor). Participou também do julgamento, o Conselheiro Roberto Nogueira Lima. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Elias de Andrade e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz.

Relator: José Luiz Ricardo

Acórdão: 2.698/02/CE (publicado no “MG” de 09/10/02)

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. Matéria não objeto de recurso.

EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - APLICAÇÃO INCORRETA DE ALÍQUOTA DE ICMS E/OU FALTA DE TRIBUTAÇÃO DE SAÍDAS – Mediante a análise de fitas-detelhe, 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. Matéria não objeto de recurso.

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. Mantida a decisão da Câmara *a quo*.

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. Matéria não objeto de recurso.

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. Matéria não objeto de recurso.

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. Matéria não objeto de recurso.

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. Matéria não objeto de recurso.

Recurso de Revista conhecido e não provido. Decisões 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 fiscal, 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.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.650/02/1ª, por maioria de votos, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.413/1.414.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 1.522/1.527, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão 15.215/01/3ª, indicado como paradigma. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.529/1.532, 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, no tocante ao item 4 (quatro) do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, reportamos aos termos do Acórdão recorrido, da lavra do Conselheiro José Luiz Ricardo, cujo texto reproduzimos a seguir, passando a integrar a presente decisão:

“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 18, 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 confirmam 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 impõe, 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 Clóvis Beviláqua 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; inexistir 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.”

Desta forma, não merece reparos a decisão tomada pela Câmara antecedente, estando corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revista. Vencido o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que não o conhecia. No mérito, também, por maioria de votos, negou-se provimento ao mesmo. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão que lhe davam provimento.

Relator:Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 2.699/02/CE - (Publicado no “MG” de 09/10/02)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – O aproveitamento do imposto em desacordo com as normas regulamentares, torna legítimos os estornos promovidos pela fiscalização. Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara *a quo*.

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. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara antecedente.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO E/OU RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS referente às aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelas remetentes. Infração reconhecida e recolhida pela Impugnante. Matéria não objeto de recurso.

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, cabendo a reforma da decisão da Câmara *a quo*, com o conseqüente provimento do Recurso da Fazenda Pública.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - DESTAQUE A MENOR. Constatado a emissão de notas fiscais sem o destaque ou com destaque a menor do ICMS devido na operação. Infração reconhecida e recolhida pela Impugnante. Matéria não objeto de recurso.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL INIDÔNEA – A Autuada apropriou créditos de ICMS destacado em notas fiscais declaradas inidôneas. Correto o estorno dos créditos, face o disposto no art. 70, inciso V do RICMS/96. Legítimas as exigências de ICMS, MR e MI. Mantida a decisão da Câmara antecedente.

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 artigo 50, inciso I do RICMS/96. **Infração caracterizada. Corretas as exigências fiscais. Mantida a decisão da Câmara a quo.**

Recursos de Revisão conhecidos à unanimidade.

Recurso de Revisão da FPE provido pelo voto de qualidade.

Recurso de Revisão do Contribuinte não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de março a dezembro de 1.998, pelas seguintes irregularidades:

- 1) Apropriação indevida de crédito de ICMS, conforme demonstrado no Anexo I;
- 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 mês de Maio de 1998;
- 3) Falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS ST referente aquisições de mercadorias cujas notas fiscais não constam a retenção do imposto pelo remetente;
- 4) Utilização incorreta de alíquotas do imposto e/ou falta de tributação de saídas promovidas por meio de cupom fiscal, apurada mediante arbitramento;
- 5) Emissão de notas fiscais sem o destaque ou com destaque a menor do ICMS devido na operação;
- 6) Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas, no período de março a agosto e outubro a dezembro de 1998;
- 7) Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.215/01/3ª, pelo voto de qualidade, acatou a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.880, e ainda, excluiu as exigências decorrentes do item 4 (quatro) do Auto de Infração.

Inconformada, a FPE interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 1.994/2.000, requerendo, ao final, o seu provimento, no tocante ao restabelecimento das exigências do item 4 do Auto de Infração.

A Recorrida, devidamente intimada, não apresentou contra-razões.

Entretanto, também irresignada, a Autuada interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 2.002/2.008, requerendo, ao final, o seu provimento, no tocante aos itens 1; 2; 6 e 7 do Auto de Infração.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.015/2.023, opina pelo não provimento do Recurso interposto pela Autuada e pelo provimento do Recurso de Revisão da FPE.

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, revelam-se cabíveis os presentes Recursos de Revisão.

DO RECURSO DE REVISÃO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Cuida o presente Recurso em restabelecer as exigências fiscais do item 4 do AI, que se refere à 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 março a dezembro de 1998.

Ao conferir as fitas detalhes dos meses de março a dezembro de 1998, 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. 42/61, com as reformulações de fls. 1.884/1.903.

No Anexo II do trabalho fiscal (item 2) o Fisco analisou, por amostragem, em todos os meses de 1998, 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 fitas detalhe que contém 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. 1.904/1.905.

No trabalho fiscal não foram analisadas, devido à grande quantidade de operações, aquelas tributadas com as alíquotas de 18, 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, reputam-se legítimas as exigências fiscais.

Com base nos índices apuradas no Anexo II o Fisco elaborou o Anexo IV, 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 maio/98, verifica-se que 4,58% da base de cálculo do valor dos cupons analisados foram tributados indevidamente com alíquota de 12%, quando o correto seria 18%. Temos, ainda, que 4,43% das operações tributadas a 7% não foram tributadas; 0,02% tributadas a 18%, foram tributadas a 7%; 11,45% das operações tidas como não tributadas, são tributadas a 18%; 0,03 não tributadas, são tributadas a 25% e 0,02 das operações não tributadas são ao percentual de 30% (fls. 1.903/1.904).

Observe-se 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 dez meses do exercício de 1998, respectivamente: 4.17, 4.38, 4.58, 4.65, 4.60, 2,92, 4.38, 5,56, 5,33 e 2,60.

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, 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 confirmam 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 impõe, 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 Clóvis Beviláqua 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; inexistir 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 (fls. 1.904).

Com relação à decisão citada pela Impugnante às fls. 1.765/1.767 (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.

Destaca-se, por oportuno, que também naquele caso prevaleceu a tese do Fisco, com a manutenção das exigências fiscais.

Desta forma, merece reparos a decisão tomada pela Egrégia 3ª Câmara, de forma a restabelecer as exigências fiscais do item 4 do Auto de Infração.

DO RECURSO DE REVISÃO DA AUTUADA

Neste caso, a pretensão da Contribuinte é pela rejeição dos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração, cujas exigências fiscais foram mantidas pela Câmara antecedente.

Item 1 do AI - Apropriação indevida de crédito de ICMS, conforme demonstrado no Anexo I

Com relação ao estorno de créditos decorrentes de operações cuja saída subsequente seja beneficiada com redução de base de cálculo, isenção ou alíquota diferenciada, a Autuada invoca o art. 155, § 2º, inciso I da CF/88 para dizer que é inconstitucional e ilegal a norma estadual ao vedar o aproveitamento de tais créditos.

A Autuada adquiriu mercadorias (peixe, óleo, carne, leite, fubá, farinha de trigo, manteiga, café, mistura preparada, farinha de trigo e frango), cujas saídas foram beneficiadas com redução de base de cálculo, conforme item 23.4 do Anexo IV do RICMS/96.

O § 1º do art. 70 do RICMS/96, que recepcionou o § 1º do art. 31 da Lei n.º 6.763/75, preceitua que *“salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada”*.

Consoante o art. 71, inciso I do RICMS/96 c/c o art. 74 do mesmo Regulamento, o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento vier a ser objeto de operação subsequente não-tributada ou isenta, no mesmo período da saída da mercadoria ou bem, providência não tomada pela Autuada.

A legislação mineira também veda o aproveitamento de imposto quando a operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, deva ocorrer com isenção ou não-incidência (art. 31, inciso II da Lei n.º 6.763/75 e art. 70, inciso II do RICMS/96).

A saída, em operação interna, de leite pasteurizado tipo "C", reconstituído ou não, promovida pela Autuada, estabelecimento varejista, com destino a consumidor final tem o benefício da isenção do ICMS, nos termos do item 16 do Anexo I do RICMS/96.

Dessa forma, a Autuada deveria ter promovido o estorno do crédito, relativo à entrada do Leite C, uma vez que a sua saída está beneficiada com a isenção do imposto, conforme o disposto no art. 222 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 71, inciso I do mesmo diploma legal.

A Autuada recebeu diversas mercadorias acompanhadas por notas fiscais cujo imposto foi calculado com a alíquota de 7%. No entanto, a Autuada apropriou valor correspondente a alíquota de 12%.

Tal procedimento contraria o disposto no parágrafo único do art. 68 do RICMS/96 que assim dispõe: *“se o imposto destacado no documento fiscal for inferior ao devido, o valor a ser abatido corresponderá ao do destaque, ficando assegurado o abatimento da diferença, desde que feito com base em documento fiscal complementar emitido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço”*.

Verifica-se, então, que o estorno dos créditos relativamente às operações cuja saída subsequente seja beneficiada com redução de base de cálculo, isenção ou alíquota diferenciada, conforme procedido pelo Fisco, está em conformidade com a legislação tributária estadual.

No que concerne às questões constitucionais argüidas pela Impugnante, ressaltamos a limitação de competência estatuída no art. 88, I, da CLTA/MG. Por outro lado, a instauração do contencioso administrativo fiscal não veda o acesso do contribuinte ao Poder Judiciário, este sim o foro competente para apreciar questões de ordem constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

A fiscalização constatou também o aproveitamento indevido de créditos decorrentes da aquisição de materiais de uso e consumo e destinados ao ativo permanente alheios à atividade do estabelecimento, conforme discriminado no Anexo I e no quadro de fls. 40/41.

Com relação à aquisição de materiais de uso e consumo, o procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo artigo 70, inciso III, 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 artigo 66” (grifos nossos).

A Autuada argumenta que a Lei Complementar 87/96 passou a reconhecer o direito do contribuinte ao aproveitamento de créditos sobre operações anteriores, de que resultem a entrada de bens destinados a seu ativo fixo e ao uso e consumo, no entanto, reclama que a legislação do ICMS, contrariando o disposto na Constituição Federal, não autoriza a apropriação de crédito referente à materiais de uso e consumo, e quanto aos bens do ativo imobilizado, somente a partir de 01.11.96, passou a gerar créditos do ICMS pelas entradas.

Conforme consta da Nota Fiscal 004834, cópia a fls. 215, as mercadorias adquiridas tratam-se, efetivamente, de materiais de uso e consumo.

A legislação tributária estadual veda expressamente a apropriação de crédito de imposto relativo a bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento até 31.12.2001, não competindo ao CC/MG negar a aplicação da legislação, nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Não é permitido também o aproveitamento de créditos de ICMS relativos a aquisições de bens/mercadorias ou utilização de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

A Autuada adquiriu as mercadorias constantes da Nota Fiscal n.º 000025, doc. fls. 505, destinadas à automação e segurança predial, o que demonstra que não foram adquiridas para emprego na consecução da atividade econômica do estabelecimento da Autuada, eis que não utilizadas na área de comercialização.

Nesse sentido, resta perfeitamente caracterizado que os bens adquiridos se enquadram nos conceitos extraídos da IN DLT/SRE nº 01/98. Correto o estorno do crédito efetuado pelo Fisco.

A discussão relativa a inconstitucionalidade da norma não é da competência do órgão julgador na fase administrativa, consoante o art. 88, inciso I da CLTA/MG.

Quanto às decisões citadas, ressaltamos que elas produzem seus efeitos somente entre as partes envolvidas. E não poderia ser de outra forma, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

Os demais créditos glosados pela fiscalização são relativos a outras irregularidades, quais sejam, nota fiscal emitida após a data-limite prevista para utilização, falta de destaque, notas fiscais com Substituição Tributária, notas fiscais de entrada

referente compras efetuadas de pessoa física e nota fiscal de serviço com destaque de ISSQN, conforme consta do Anexo I, e do quadro de fls. 40/41.

A legislação tributária não permite o aproveitamento de crédito do ICMS relativo a tais aquisições, haja vista o disposto no art. 70, inciso V; no art. 68 e nos artigos 21 e 26, inciso II, alínea “a”, todos do RICMS/96.

Tendo em vista que o estorno dos créditos resultou em recolhimento a menor do ICMS, apurado na recomposição da conta gráfica, doc. fls. 1.882, legítimas as exigências fiscais.

Isto posto, nos termos do artigo 66, inciso II do RICMS/96 correto está o trabalho fiscal no caso específico.

2) Item 2 do AI - 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 que concerne a esta irregularidade, conforme demonstrado no Anexo II”, reparo não existe ao trabalho fiscal, pois referida infração foi apurada tendo em vista a própria documentação da empresa.

Neste caso, não se trata de arbitramento. Conforme pode ser verificado analisando o Anexo-II, tratam-se de valores apurados na análise dos milhares de produtos listados nas fitas detalhes emitidas pelo equipamento ECF da Impugnante, relativos às vendas de mercadorias à seus clientes.”

O Fisco, neste levantamento, analisou diversas fitas detalhes e obteve ali a prova material do ilícito praticado. Inicialmente, foram relacionadas neste item apenas fitas do mês de maio de 1.998, mas, na reformulação de fls. 1.880, foram demonstradas diferenças apuradas também nos demais meses entre março e dezembro daquele ano conforme consta às fls. 1.884/1.903, no cotejo de parte das fitas detalhes.

Assim, os argumentos de defesa não se mostram suficientes à ilidir a acusação fiscal porque, repita-se, existem nos autos os elementos concretos e provas materiais robustas a referendar o trabalho, legitimando a acusação fiscal.

Item 6 do AI - Apropriação indevida de crédito referente notas fiscais declaradas inidôneas

As telas do SICAF com as informações relativas aos atos encontram-se às fls. 1.332/1.339.

Os documentos fiscais foram declarados inidôneos nos termos do art. 134, incisos I e III, do RICMS/96, respectivamente.

O crédito tributário foi formalizado em 23.04.01, 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 nº 1.926/89, quando detectada a ocorrência de quaisquer das situações arroladas no artigo 3º da referida resolução.

É pacífico na doutrina os seus efeitos “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 nº 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.

Corretos, então, os estornos dos créditos destacados nas notas fiscais inidôneas.

A doutrina citada pela defesa não sobrepõe à legislação tributária.

No que se refere às decisões mencionadas na peça impugnatória, ressalte-se, novamente, que elas surtem seus efeitos somente entre as partes. E não poderia ser de outra forma, haja vista as particularidades de cada caso concreto, que devem ser analisadas à luz da legislação pertinente, vigente à época dos fatos.

A alegação da Autuada de que não agiu com dolo ou má-fé, não lhe retira sua responsabilidade pela infração, face o disposto no art. 2º, § 2º da CLTA/MG.

Portanto, legítimas as exigências referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica e respectiva Multa de Revalidação, inclusive a Multa Isolada corretamente capitulada no 55, inciso X, da Lei nº 6763/75.

Item 7 do AI - Falta de tributação de valores recebidos a título de juros incidentes sobre vendas realizadas

No que se refere a este item, 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. 1.526/1.548.

Os juros financeiros recebidos pelo Contribuinte do ICMS, em consequência 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 nº 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. 77.

Utilizando as alíquotas arbitradas, o Fisco calculou o ICMS devido relativo aos juros cobrados em cada período, conforme 2º quadro do Anexo VII, fls. 77.

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 Autuada 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 Autuada 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 às fls. 1776 e 1777, 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 a vista.

Portanto, configurada como está a infração, e legalmente enquadrada, as exigências do imposto respectiva Multa de Revalidação devem ser mantidas.

Por tais razões, não merece acolhida o Recurso de Revisão interposto pela Autuada, devendo esta Câmara acolher por inteiro as decisões antecedentes relativamente aos itens 1, 2, 6 e 7 do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, deu-se provimento ao Recurso de Revisão da Fazenda Estadual. Vencidos os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Francisco Maurício Barbosa Simões. À unanimidade, negou-se provimento ao Recurso de Revisão do Contribuinte. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 15.283/03/2.^a - (Publicado no “MG” de 22/02/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO – CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. Apropriação indevida de créditos extemporâneos de ICMS, relativos a materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento adquirente, contrariando o disposto no art. 33, I, da Lei Complementar 87/96. Infração caracterizada. Exigência fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO. Nos termos da Súmula 01/2001, do CC/MG, 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. Correta a glosa dos créditos apropriados efetuada pelo Fisco. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre estorno de créditos extemporâneos de ICMS, bem como da respectiva correção monetária, relativos a aquisições de materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento adquirente.

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente, através de procuradora regularmente constituída, impugnação às fls. 648/665, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 671/675.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 678/683, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

O presente Auto de Infração tem por objeto a cobrança do crédito tributário constituído de ICMS e da respectiva multa de revalidação, por ter a Autuada deixado de recolher o imposto devido entre os meses de dezembro de 1998 e março de 2002, em razão do aproveitamento de créditos extemporâneos de ICMS relativos a aquisições de materiais de uso e consumo e da correção monetária do crédito extemporaneamente apropriado.

No Anexo III ao Auto de Infração, às fls. 25/31, constam o demonstrativo do crédito apropriado extemporaneamente, por período de apropriação, a planilha indicando os produtos cujos créditos a eles relativos foram reconhecidos pelo Fisco, além da recomposição da conta gráfica, entre novembro de 1998 e fevereiro de 2002.

No Anexo IV, às fls. 32/499, constam os valores do crédito extemporâneo e da correção monetária, mês a mês (agosto/98 a fevereiro/02), planilhas com a relação dos produtos cujo imposto foi apropriado extemporaneamente e memória de cálculo da correção monetária dos respectivos créditos. Nessas planilhas, os produtos estão discriminados, pela Autuada, como “Produtos Intermediários”, “Materiais de Segurança”, “Despesas com Veículos” e “Despesas com Produção”.

Antes da análise meritória, transcreve-se abaixo a íntegra da Instrução Normativa SLT n.º 01/2001, face à sua relevância para a presente decisão:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SLT Nº 01/2001

Trata do conceito de produto intermediário, para efeito de direito ao crédito do ICMS, pelas empresas mineradoras.

O DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DE LEGISLAÇÃO E TRIBUTAÇÃO, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo artigo 24 da Consolidação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto n.º 23.780, de 10 de agosto de 1984, e considerando que, para efeito de apuração do valor do ICMS a pagar, será abatido o imposto incidente nas operações realizadas no período, sob a forma de crédito, dentre outros valores, o valor do imposto correspondente à entrada do produto intermediário;

considerando que o produto intermediário é aquele que, empregado diretamente no processo de extração e industrialização de minérios, integra-se ao novo produto;

considerando que, por extensão, produto intermediário é também o que, embora não se integrando ao novo produto, é consumido, imediata e integralmente, no processo da extração ou industrialização;

considerando que o processo de extração tem início com a fase de desmonte (arriamento do minério ou do estéril de sua posição rochosa inicial, de maneira a se obter um amontoado de minério ou de estéril totalmente desagregado de suas rochas naturais) e termina com a fase de estocagem;

considerando as controvérsias que têm envolvido a conceituação extensiva de produto intermediário e que o ponto essencial de divergência se prende às dificuldades verificadas na precisa identificação da efetiva participação do produto no processo desenvolvido;

considerando que, estudos desenvolvidos motivaram a revisão de conceitos,

RESOLVE:

Art. 1º - Por processo produtivo desempenhado por empresas mineradoras entende-se aquele compreendido entre a fase de desmonte da rocha ou remoção de estéril até a fase de estocagem, inclusive a movimentação do minério do local de extração até o de beneficiamento ou estocagem.

Art. 2º- Para efeitos de crédito no imposto, considera-se produto intermediário, **observado o disposto na Instrução Normativa SLT n.º 01, de 20 de fevereiro de 1986**, todo o material consumido nas fases do processo desenvolvido pelas empresas mineradoras, tais como: broca, haste, manto (correia transportadora), chapa de desgaste, óleo diesel, tela de peneira, filtro, bola de moinho, amido, amina/soda cáustica, dentre outros, consumidos na lavra, na movimentação do material e no beneficiamento.

Art. 3º - Esta Instrução entra em vigor na data de sua publicação e revoga as disposições em contrário.

Belo Horizonte, aos 02 de maio de 2001.

MARCOS AFONSO MARCIANO DE OLIVEIRA.

DIRETOR

Perceba-se, inicialmente, que a IN 01/2001 teve como objetivo principal a conceituação de processo produtivo no que tange às mineradoras. Neste sentido, o seu

art. 1.º definiu que o processo produtivo das referidas empresas compreendia as fases de extração (desmonte, remoção) do minério, sua movimentação interna, seu beneficiamento e a fase da estocagem. Ou seja, a partir deste conceito, as diversas fases não poderiam mais ser analisadas como se linhas independentes fossem, mas como um processo único e integrado.

Já o seu art. 2.º, teve o intuito de classificar como produtos intermediários, **observada a Instrução Normativa 01/86**, todo material utilizado no processo produtivo das mineradoras, trazendo, inclusive, exemplos práticos de materiais utilizados nas diversas fases do ciclo produtivo, cujas aquisições gerariam direito aos créditos de ICMS correspondentes.

Portanto, a referida Instrução Normativa não revogou nem alterou a IN 01/86, devendo esta ser observada, de maneira conjunta com aquela (IN 01/2001) quanto aos conceitos de produtos intermediários nela existentes.

Assim, para efeito de direito a crédito do ICMS, neste caso, devem ser observadas as duas instruções normativas: a primeira (IN n.º 01/2001), específica para as empresas mineradoras, e a segunda (IN n.º 01/1986), que trata dos conceitos de produtos intermediários.

Neste sentido, os incisos III, IV e V, da IN 01/86, assim estabelecem:

“III - Não se consideram consumidas imediata e integralmente os produtos, como ferramentas, instrumentos ou utensílios, que embora se desgastem ou deterioreem no processo de industrialização - como aliás ocorre em qualquer bem ao longo do tempo - não se esgotam de maneira contínua, gradativa e progressiva, até o completo exaurimento, na linha de produção.”

“IV - Igualmente não são considerados produtos consumidos imediata e integralmente no processo de industrialização as partes e peças de máquina, aparelho ou equipamento, pelo fato de não se constituírem em produto individualizado, com identidade própria, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas.”

“V - Excepcionam-se da conceituação do inciso anterior as partes e peças que, mais que meros componentes de máquina, aparelho ou equipamento, desenvolvem atuação particularizada, essencial e específica, dentro da linha de produção, em contacto físico com o produto que se industrializa, o qual importa na perda de suas dimensões ou características originais, exigindo, por conseguinte, a sua substituição periódica em razão de sua inutilização ou exaurimento, embora preservada a estrutura que as implementa ou as contém.”

Conforme relação do Anexo IV do Auto de Infração, os créditos apropriados pela Impugnante referem-se a aquisições de peças para máquinas, veículos e equipamentos, material de manutenção mecânica e elétrica e equipamentos de segurança.

Apenas como exemplo, e de maneira totalmente aleatória, destaca-se aqui as mercadorias descritas às fls. 145 e 182: retentor, parafuso, arruela, luva, roletes, oxigênio, bico de corte, eletrodo, soquete, correia em V, lona de freio, protetor de pó, acetileno, polia motriz, desengraxante, engrenagem, tubos, kit reparo, cruzeta, mangueira, bujão, sensor, filtro, serpentina, junta e escovas. Com certeza, tais mercadorias não se enquadram na definição de produto intermediário, tendo em vista as disposições das respectivas instruções normativas.

Conforme já exposto, para que mercadorias sejam consideradas produtos intermediários, é necessário que elas se integrem ao novo produto, ou sejam consumidas

imediatamente e integralmente no processo produtivo. Por motivos óbvios, já se descarta a possibilidade das mercadorias arroladas no presente processo se integrarem ao produto.

Também não são elas consumidas imediatamente e integralmente no curso da industrialização, ressaltando mais uma vez que, para ser classificado como intermediário, o produto deve satisfazer a ambos requisitos.

De acordo com o inciso IV, da IN 01/86, as peças de reposição não são classificadas como “produtos intermediários”, pelo fato de não se constituírem em produto individualizado, com identidade própria, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas.

Para que tais peças possam ser consideradas produtos intermediários, elas precisam ser mais que meros componentes do equipamento, como são todas as peças mencionadas acima. Devem desenvolver atuação particularizada, essencial e específica, dentro da linha de produção, e estar em contato físico com o produto que se industrializa, o que também não é o caso.

Vê-se assim que o fundamental para o direito ao crédito do imposto não é o fato do contribuinte estar ou não no fim da cadeia comercial, como consumidor final, mas a caracterização dos produtos adquiridos perante a legislação tributária.

Portanto, não restam dúvidas de que os materiais a que se referem os créditos glosados pelo Fisco são relativos a materiais de uso e consumo do estabelecimento autuado.

Quanto a estes materiais, a Lei Complementar n.º 87/96, através de seu art. 33, I, determina que o direito ao crédito de ICMS a eles relativos somente ocorrerá a partir de 1.º de janeiro de 2007.

Efeitos a partir de 17/12/2002 - Redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 114, de 16/12/2002, DOU de 17/12

“Art. 33 - Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1.º de janeiro de 2007;” (g.n.)

.....

Efeitos de 21/12/99 a 16/12/2002 – Redação dada pelo Art. 1º da Lei Complementar nº 99, de 20/12/99, DOU de 21/12.

“I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003;” (g.n.)

Desta forma, legítima se mostra a glosa dos créditos efetuada pelo Fisco.

Importante acrescentar que, embora tenha alegado que os materiais a que se referem os créditos são “produtos intermediários” da empresa, a Impugnante, em momento algum, nem mesmo por amostragem, descreve a utilização de quaisquer dos produtos constantes nas listagens anexadas aos autos.

Acrescente-se que, no presente trabalho, não há estorno de créditos referentes aos produtos listados, de forma exemplificativa, no art. 2.º, da Instrução Normativa 01/2001 (broca, haste, manto, correia transportadora, chapa de desgaste, óleo diesel, tela de peneira, filtro, bola de moinho, amido, amina/soda cáustica, etc.).

Além disto, o Fisco considerou como legítima a apropriação de créditos do imposto relativos a: pneus para caminhões fora de estrada, escavadeiras e outros veículos utilizados na extração e movimentação do mineral dentro da área produtiva; concretos

refratários utilizado nos fornos; energia elétrica, referente aos períodos de 11/96 e 12/96, utilizada no processo industrial e grelhas.

Em relação à apropriação da correção monetária de créditos extemporâneos de ICMS, cabe dizer que tal matéria já não comporta mais discussão nesta esfera, eis que encontra-se sumulada pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, nos seguintes termos:

SÚMULA 01/2001

“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.”

Nesse sentido, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, e da respectiva multa de revalidação.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, a sua utilização se deve à Resolução n.º 2.880/97, que estabelece os critérios para cobrança de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e multas. São eles, segundo esta resolução, os mesmos prescritos para os débitos fiscais federais. Ademais, tal debate não se insere na competência do órgão julgador administrativo, assim como as questões relativas a possível inconstitucionalidade da legislação mineira, por força do disposto no artigo 88, da CLTA/MG.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

Relator: José Eymard Costa

Acórdão: 15.321/03/2.ª - (Publicado no “MG” de 19/03/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – Aproveitamento extemporâneo de créditos de ICMS, referentes a serviços de comunicação não vinculados à execução de serviços da mesma natureza ou à comercialização ou industrialização de mercadorias. Inobservância do disposto no art. 144, III, do RICMS/91, c/c art. 66, III, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO – Nos termos da Súmula 01/2001, do CC/MG, 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. Correto a glosa do crédito efetuada pelo Fisco. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que a Autuada, no período de julho a setembro/97, apropriou-se extemporaneamente de créditos de ICMS, referentes

a serviços de comunicação, utilizados entre março/92 e abril/97, corrigindo monetariamente os valores.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 32/46), contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 57/61.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fl. 63, que resulta na juntada dos documentos de fls. 64/498. Regularmente notifica, a Autuada comparece à fl. 499 e reitera os termos de sua Impugnação.

Por fim, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 504/507, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

A autuação fiscal versa sobre aproveitamento extemporâneo, no período de julho a setembro/97, de créditos de ICMS, corrigidos monetariamente, referentes a serviços de comunicação recebidos entre março/92 e abril/97, resultando em recolhimento a menor de ICMS.

O levantamento fiscal baseou-se nos seguintes documentos: relatórios apresentados pela Autuada (fls. 11/18), livro Registro de Apuração (fls. 19/24) e notas fiscais/faturas de serviço de comunicação.

A apuração dos valores estornados está demonstrada às fls. 26/28 e o crédito tributário, à fl. 29.

O aproveitamento de crédito relativo a serviços de comunicação, no período a que se refere o imposto estornado, está regulamentado pelo art. 144, III, do RICMS/91, c/c art. 66, III, do RICMS/96.

RICMS/91 – “Art. 144 - Para os efeitos do artigo anterior, será abatido do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, sob a forma de crédito:

(...)

III - o valor do ICMS relativo aos serviços de transporte e de comunicação prestados ao tomador, desde que vinculados à execução de serviços da mesma natureza, à comercialização de mercadoria, à produção, à extração, à industrialização ou geração, inclusive de energia elétrica;” (G.N.)

Efeitos de 01/03/91 a 31/08/92 - Redação original do RICMS:

”III - o valor do ICMS relativo aos serviços de transporte e de comunicação prestados ao estabelecimento contribuinte, desde que vinculados à execução de serviços da mesma natureza, à comercialização de mercadorias, à produção, à extração, à industrialização ou geração, inclusive de energia elétrica;”

.....

RICMS/96 – “Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

I - ao serviço de transporte e de comunicação prestados ao tomador, observado o disposto no § 2º.”

Efeitos de 04/03/97 a 31/07/2000 - Redação dada pelo art. 1º do Dec. nº 38.683, de 03/03/97 - MG de 04 e ret. no de 17/04.

“I - ao serviço de transporte e de comunicação prestados ao tomador;”

Efeitos de 01/08/96 a 03/03/97 - Redação original deste Regulamento:

“Art. 66 - Observadas as demais disposições deste Título, será abatido do imposto incidente nas operações ou prestações realizadas no período, sob a forma de crédito:

(...)

III - o valor do imposto relativo aos serviços de transporte e de comunicação prestados ao tomador, desde que vinculados à execução de serviços da mesma natureza, à comercialização de mercadoria, à produção, à extração, à industrialização ou geração, inclusive de energia elétrica;” (G.N.)

Segundo esses dispositivos o creditamento do imposto somente era possível se os serviços de comunicação estivessem diretamente vinculados ao processo produtivo e/ou comercial.

Importante esclarecer que o presente PTA não contempla estorno de créditos relativos a serviços de comunicação utilizados no período de 04/03/97 a 31/07/00, uma vez que, no referido período, o aproveitamento do crédito era assegurado ao tomador do serviço, sem qualquer restrição.

No caso dos autos, verifica-se que o estabelecimento autuado não se dedica à atividade industrial ou comercial, sendo, na verdade, o escritório administrativo da empresa de mesmo nome, o que é comprovado pela Cláusula Primeira, da alteração contratual de fl. 50, *in verbis*:

“O objetivo da sociedade é indústria de confecção de tecidos; fiação, tecelagem e estamparia de tecidos; comercialização, importação e exportação de algodão, tecidos e confecções, sob a denominação INDÚSTRIA MINEIRA DE FRALDAS LTDA, tendo como sede um escritório administrativo em Itaúna (MG), à Rua Coronel Osório Camargos n.º 25, 2.º andar, Centro, um departamento industrial em São Gonçalo do Pará (MG), à Praça Coronel Torquato n.º 6, Centro, e um escritório em Belo Horizonte (MG) na Rua Timbiras, 1936, sala 704, Centro.” (G.N.)

Perceba-se que o departamento industrial da Autuada situa-se em outro município, mais precisamente em São Gonçalo do Pará (MG).

Ora, para um escritório nem é necessária a concessão de inscrição estadual, pois em estabelecimentos da espécie, a princípio, não ocorrem fatos geradores do ICMS.

Ainda assim e considerando-se que a inscrição estadual existe, solicitou a Auditoria que fossem anexados aos autos os livros Registro de Entradas e de Saídas da Impugnante.

Da análise desses livros, pode-se concluir:

- 1) No Registro de Entradas (fls. 66/443) não há qualquer lançamento referente a “compras para industrialização/comercialização” (CFOP 1.11, 2.11, 3.11, 2.11, 2.12 e 3.12);
- 2) No mesmo sentido, no Registro de Saídas não há lançamentos relativos a vendas de mercadorias produzidas no estabelecimento ou adquiridas de terceiros (CFOP 5.11 a 5.17, 6.11 a 6.17, etc.).

Correto, pois, o procedimento do Fisco em estornar os créditos em questão.

Quanto à correção monetária, a matéria já se encontra sumulada pelo CC/MG, através da Súmula 01, de que trata a Portaria n.º 06/2001:

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.”

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS e MR demonstradas à fl. 29.

Relativamente às considerações apresentadas pela Impugnante concernentes à utilização da taxa SELIC, vale destacar que o art. 226, parágrafo único, da Lei 6.763/75, estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais.

Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Quanto às arguições de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação mineira, resta acrescentar que, a teor do disposto no art. 88, I, da CLTA/MG, não se incluem na competência deste órgão “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo”.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações. Diante do exposto, ACORDA a 2.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relator: José Eymard Costa

Acórdão: 15.393/03/2ª - (Publicado no “MG” de 14/05/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, lançados no campo OUTROS CRÉDITOS do LRAICMS, sob o título RESSARCIMENTO DO ICMS S/ VENDAS A CONSUMIDOR, em desacordo com a legislação vigente. Constatado nos autos a desobediência ao disposto no art. 34 da Parte Geral do RICMS/96. Exigências mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre apropriação indevida de crédito de ICMS, no período de 01-05-00 a 30-04-02, lançado no LRAICMS no campo "Outros Créditos", sob o título 'Ressarcimento do ICMS s/ Vendas a Consumidor'. Tais valores referem-se à diferença entre o ICMS/ST recolhido antecipadamente pela refinaria de petróleo e o valor do ICMS que seria devido, caso a base de cálculo utilizada fosse o valor da operação nas vendas para grandes consumidores.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestiva e regularmente, Impugnação às fls. 53/67, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 97/104.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 110/114, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Decorre a exigência fiscal formalizada da constatação de que a Autuada efetuou recolhimento a menor do ICMS, em razão do aproveitamento indevido de créditos do

imposto, lançados no livro Registro de Apuração do ICMS no campo OUTROS CRÉDITOS, a título de RESSARCIMENTO DO ICMS S/ VENDAS A CONSUMIDOR.

Referida irregularidade encontra-se discriminada nos quadros de fls. 10/17 dos autos que abrangem a recomposição da conta gráfica concernente ao período de maio/2000 a abril/2002.

Analisando-se as peças dos autos, infere-se que a Impugnante, sediada no Município de Betim/MG, ao vender seus produtos (combustíveis derivados de petróleo - principalmente o óleo diesel) diretamente à "*clientes consumidores*" (a exemplo de transportadoras e indústrias), praticava preços menores do que o valor da base de cálculo do ICMS/ST retido e recolhido antecipadamente pela refinaria (Petrobrás).

Ao praticar preço inferior ao valor utilizado como base de cálculo pela refinaria no recolhimento do ICMS/ST, entendeu a Autuada, erroneamente, que poderia aproveitar em sua escrita fiscal, a título de crédito, os valores concernentes a esta diferença.

Para tanto, a Impugnante basicamente alega que a legislação tributária presume uma cadeia de comercialização dos combustíveis que é formada pelas vendas da refinaria para as distribuidoras, destas para os varejistas (postos de gasolina) e destes para os consumidores finais. Como a Autuada é uma distribuidora, ao efetuar vendas diretamente a 'grandes consumidores', entendeu que incorreu um dos fatos geradores presumidos, que seria a venda do 'varejista para o consumidor'.

Não obstante, há de se destacar que conforme preceitua o art. 34 da Parte Geral do RICMS/96, uma vez corretamente recolhido o ICMS/ST (*in casu* pela refinaria, cuja base de cálculo foi o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo governo federal), este é definitivo, nem o Estado estará sujeito a qualquer restituição, nem o contribuinte a qualquer complementação, salvo no caso de inoccorrência do fato gerador presumido a que se refere o art. 28 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

"Art. 28 - Fica assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

Parágrafo único - Para fins do disposto no caput, o contribuinte deverá observar os procedimentos previstos no Capítulo XLV do Anexo IX deste Regulamento." (gn)

Por sua vez, o citado Anexo IX, em seu art. 349, preceitua que:

"Art. 349 - O estabelecimento que tiver recebido mercadoria com retenção do imposto poderá ressarcir-se do valor do imposto retido, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não-incidência, exceto promovida por microempresa;

III - perda ou deterioração."

Como no caso dos autos não se configurou nenhuma das três hipóteses em referência, não há que se falar em inoccorrência do fato gerador presumido e, por consequência, em ressarcimento, estando, pois, o trabalho fiscal amparado na legislação tributária, a saber: art. 150, § 7º da CF; art. 10 da LC 87/96; art. 22, §§ 10, 11 da Lei 6.763/75, além dos dispositivos do Regulamento acima citados.

Ressalte-se que caso fosse possível o ressarcimento do ICMS, o mesmo não caberia à distribuidora e sim ao 'consumidor final' que é quem de fato suporta a carga tributária imposta pela cobrança efetuada pelo substituto tributário, como se denota pela legislação em referência e até mesmo pelo artigo 6º da Instrução Normativa nº 6, de

29-01-99, da Receita Federal, transcrita pela Contribuinte (fls. 66), norma essa que nada tem a ver com o feito.

Vale acrescentar que muito fora contestada a definitividade do tributo retido e pago antecipadamente por substituição tributária, produzindo-se inúmeras tentativas de ressarcimento de valor de imposto retido sob base de cálculo a maior do que o efetivamente praticado.

A controvérsia, todavia, teve fim em 08-05-02, ocasião em que o STF, ao julgar a ADIN 1851-5, reconheceu a constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, da qual derivam dispositivos no mesmo sentido nas legislações estaduais e que tem a seguinte redação:

"Cláusula segunda: Não caberá restituição ou cobrança complementar de ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade de substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996."

Nesse sentido, à luz da legislação vigente, infere-se que o trabalho fiscal não merece reparos, devendo ainda ser destacado que a presente matéria já foi objeto de apreciação por parte desta Casa, com julgamento favorável à Fazenda Pública Estadual, conforme Acórdãos 14.533/01/3ª e 15.234/02/2ª.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta.

Relator: Antônio César Ribeiro

Acórdão: 15.401/03/2ª - (Publicado no "MG" de 14/05/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – É vedado ao sujeito passivo creditar-se do ICMS destacado em notas fiscais relativas à prestação de serviço de transporte de seus funcionários, por tratar-se de serviço alheio à atividade de seu estabelecimento. Correta, portanto, a glosa dos créditos indevidamente apropriados, em virtude das disposições contidas no inciso XIII, do art. 70 do RICMS/96, vigente à época. Exigências mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, em razão de aproveitamento indevido de créditos do imposto destacado em notas fiscais relativas à prestação de serviço de transporte de funcionários da empresa Autuada (no período de junho/97 a novembro/2002), por tratar-se de serviço alheio à atividade do estabelecimento autuado.

Lavrado em 23/12/02, Al exigindo ICMS e multa de revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 387/397.

O Fisco manifesta às fls. 402/407, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.414/417, opina pela procedência do Lançamento.

DA PRELIMINAR

Argúi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração no que tange a tipicidade atribuída aos art. 66, § 1º, item 2; 96, inciso XVII e 127 do RICMS/96, bem como a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 01/98, mencionados como infringidos na peça acusatória.

Entretanto, apesar de nem todos os dispositivos citados como infringidos pelo Fisco, guardarem pertinência com a infração imputada à Impugnante, nos termos do art. 60 da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84), tal incorreção não acarretaria a nulidade da vertente peça fiscal.

Ademais o Fisco apontou, ainda, como infringidos o parágrafo 3º e os incisos IV e XIII do art. 70 do RICMS/96, que determinam a vedação de aproveitamento de crédito do ICMS, relativo à utilização de serviço de transporte alheio à atividade do estabelecimento tomador do serviço (motivo da glosa dos créditos ora em discussão).

Salienta-se que o relatório do Auto de Infração é bastante claro ao descrever a infração cometida pelo sujeito passivo, além de vir acompanhado do Relatório Fiscal e de quadros demonstrativos onde o Fisco especificou as “notas fiscais de serviço de transporte” (fls. 20/36), objeto da autuação, com a respectiva data, base de cálculo, alíquota e valor do ICMS estornado

Vale acrescentar que na defesa apresentada a Impugnante demonstra total compreensão da exigência fiscal, dela se defendendo em sua plenitude.

Assim sendo, rejeita-se a preliminar argüida de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

Decorre a exigência fiscal formalizada da constatação do aproveitamento indevido de créditos do ICMS incidentes sobre prestações de serviço de transporte de passageiros (funcionários da Autuada), no período de janeiro/97 a novembro/02, em virtude de referidos serviços serem considerados alheios à atividade do estabelecimento autuado.

Importante, para o deslinde da presente lide, analisar o princípio da não-cumulatividade do ICMS e a legislação pertinente.

O artigo 155, § 2º, XII da Constituição Federal/1988 determina que cabe à lei complementar, dentre outras atribuições, disciplinar o regime de compensação do imposto.

Dessa forma, atendendo ao preceito constitucional, foi editada a Lei Complementar n.º 87, de 13/9/1996, a qual introduziu novidade no âmbito eminentemente legal da não-cumulatividade, ao conferir ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente incidente na mercadoria destinada ao uso e consumo ou ativo permanente do estabelecimento ou o recebimento de **serviços de transporte interestadual** e intermunicipal ou de comunicação.

Dispôs o § 1º, do art. 20 da Lei Complementar retro referida:

“ 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 ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º - Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações

isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.” (grifo nosso)

A Lei 6763/75 que consolida a legislação tributária do Estado de Minas Gerais, acolheu as inovações trazidas pela LC n.º 87/96.

Relativamente às vedações de crédito, prescreveu em seu art. 31, inciso III:

“ Art. 31 – Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subseqüentes:

.....

*III – o imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de **serviço alheio à atividade do estabelecimento.***” (grifo nosso)

Salienta-se que o RICMS/96, em seu art. 70, inciso XIII, reproduziu a regra constante do retrocitado art. 20 da LC n.º 87/96, ensejando a elaboração da Instrução Normativa DLT/SRE de n.º 01/98 pela qual buscou-se **elucidar** o tratamento tributário relativo à apropriação de crédito do ICMS, no tocante à caracterização de mercadorias e serviços alheios à atividade do estabelecimento. (Importante esclarecer que por tratar-se de um instrumento elucidativo, os efeitos de referida Instrução Normativa se operam anteriormente à sua edição.)

Pela análise do § 1º, do art. 20 da LC n.º 87/96, anteriormente transcrito, percebe-se que o legislador fez restrição ao creditamento, vedando a apropriação do ICMS relativo às mercadorias adquiridas ou utilização de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Depreende-se do exame do CAE (Código de Atividade Econômica) da empresa Autuada constante às fls. 03, que sua atividade preponderante é a de “fabricação de produtos de refino do petróleo” (20.1.2.10.3).

Assim sendo, o serviço tomado pela Impugnante, atinente ao “transporte de funcionários” não gera direito ao crédito do imposto, eis que é uma atividade paralela à atividade tributária.

Salvo determinação em contrário da legislação, para que o contribuinte tenha direito a crédito do ICMS relativo a mercadoria ou bem adquirido ou, ainda, ao serviço tomado, é preciso que o mesmo promova operações ou prestações a elas relacionadas e também sujeitas ao imposto.

Nesse sentido, não se discute o fato do transporte de funcionários até os postos de trabalho ser uma atividade imprescindível ao funcionamento da empresa. Não obstante, a definição de serviço alheio à atividade do estabelecimento, contida na legislação retro transcrita, não se prende à sua essencialidade e sim a sua vinculação com as operações realizadas pelo contribuinte.

Por derradeiro, vale ressaltar que a teor do estatuído no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, as questões alegadas pela Impugnante, pertinentes a ilegalidade e inconstitucionalidade do RICMS/96, não são objetos de apreciação por este órgão julgador.

Corretas, portanto, as exigências constantes do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado em perfeita consonância com o princípio da não-cumulatividade do ICMS e de acordo com a legislação tributária vigente à época.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL - APROVEITAMENTO A MAIOR. Evidenciada, nos autos, a apropriação indevida de créditos, em decorrência da não apresentação da primeira via do documento fiscal, bem como de aproveitamento de valor superior ao destacado na nota fiscal de entrada. Infrações caracterizadas nos termos dos artigos 63, 68 e 70, inciso VI, todos do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, decorrente de créditos aproveitados indevidamente pela Autuada, em função da falta de apresentação da 1ª via do documento fiscal e, ainda, de créditos escriturados por valor superior ao destacado na nota fiscal de entrada. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 90 a 107, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 194 a 198.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 204 a 208, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de:

1) - falta de apresentação da primeira via do documento fiscal, conforme documentos e valores elencados no "Anexo 5.1" (fls. 11/13);

2) - apropriação de valor superior ao imposto destacado nas notas fiscais, conforme diferenças apontadas no "Anexo 5.2" (fl. 14).

Os valores estornados pela Autoridade Lançadora foram levados à recomposição da conta gráfica do Contribuinte (fls. 17/21), resultando na apuração de recolhimento a menor de ICMS, nos termos de demonstrativo de fls. 15.

Quanto à primeira irregularidade descrita no AI, a própria Autuada admite o ilícito tributário, qual seja, ter extraviado as primeiras vias dos documentos fiscais indicados no "Anexo 5.1", caracterizando, desse modo, ofensa à regra inserida nos arts. 63 e 70, inciso VI, ambos do RICMS/96:

Art. 63 - 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.(destaques nossos)

Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

VI - o contribuinte não possuir a 1ª via do documento fiscal, 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; (g. n.)

O Sujeito Passivo tenta eximir-se da obrigação tributária que lhe fora imputada trazendo aos autos cópias das segundas vias das notas fiscais autuadas.

No entanto, tal providência não se presta a sanar a irregularidade apontada pelo Fisco, vez que a Impugnante não cumpriu a condição expressa no artigo 70, inciso VI do RICMS/96, que permite, para fins de apropriação do crédito do imposto, a utilização de outra via documento fiscal, desde que esta tenha a comprovação de autenticidade do valor a ser abatido, mediante o pronunciamento do Fisco de origem e a aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte, condições estas não atendidas pelo Sujeito Passivo.

Além dessa infração, a Impugnante escriturou em seu livro "Registro de Entradas", valores de créditos de ICMS equivalentes a 10 dez vezes ao valor destacado nos documentos fiscais relacionados no "Anexo 5.2" (fl. 14).

Cópias das primeiras vias das notas fiscais encontram-se às fls. 33/38, sendo que os lançamentos caracterizadores da irregularidade foram trazidos pelo Fisco, mediante a apensação da cópias de fls. do Livro Registro de Entradas, onde os documentos fiscais autuados foram lançados.

Portanto, resta plenamente configurada a infração à legislação tributária, especialmente a regra prevista no artigo 68 do RICMS/96, que disciplina:

Art. 68 - O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação.

Convém destacar que o Contribuinte Autuado, por inúmeras vezes, já foi autuado sob as mesmas acusações, a exemplo do que se observa nos Acórdãos nº 15.812/03/3ª e 15.270/02/2ª, cujas ementas constam da Manifestação do Autuante (fls. 196/197 deste PTA).

Resta prejudicado o pedido de produção de prova pericial, formulado pela Defendente, tendo em vista a falta de indicação dos quesitos, conforme determina o artigo 98, inciso III da CLTA/MG, aprovada pelo Dec. 23.780/84.

Também não cabe apreciação na esfera administrativa a arguição da Impugnante relativa à inconstitucionalidade da Multa de Revalidação, por força do disposto no artigo 88, da CLTA/MG.

Cabe salientar que a mencionada Multa decorre de disposição legal (art. 56, II da Lei 6763/75) e deve ser aplicada sempre que se apurar, mediante ação fiscal, falta e/ou insuficiência de recolhimento de imposto.

Ademais, diferentemente do entendimento da Impugnante, a vedação ao confisco, mencionada no Texto Constitucional, não diz respeito à multa, mas ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, institutos que não se confundem.

Portanto, restando configuradas as infrações apontadas no AI, corretas se mostram as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator:Francisco Maurício Barbosa Simões

Acórdão: 15.955/03/3ª - (Publicado no "MG" de 14/05/03)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ESTORNO DE DÉBITO. Constatado que a Autuada promoveu estorno de débitos, lançando o valor no campo "Outros Créditos" do Livro Registro de Apuração do ICMS, sem qualquer respaldo legal. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, LANÇADOS EM. "OUTROS CRÉDITOS", NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, A TÍTULO DE "DÉBITO EM GARANTIA PELAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA", SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, referentes aos exercícios de 1997 a 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1796/1819, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 11619/11627.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 11645/11654, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos do imposto, originado de estorno de débito, efetuado, pela Autuada, mediante lançamento, como crédito, do valor correspondente no campo "Outros Créditos" do Livro Registro de Apuração do ICMS, estorno este proveniente da diferença entre o débito relacionado à remessa em devolução de peças em garantia para o fabricante/fornecedor e o crédito correspondente ao retorno da mesma peça ou de peça nova em substituição.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, referentes aos exercícios de 1997 a 2002.

A Impugnante argúi algumas questões preliminares relacionadas à falta de clareza do relatório fiscal e à capitulação legal do Auto de Infração.

Diz que o relatório fiscal não retrata os fatos que deram ensejo à autuação fiscal, primeiramente porque houve, na realidade, estorno de débitos e não de créditos de ICMS, e, em segundo lugar, por não concordar com a afirmação de que os créditos não teriam sido identificados.

É de bom alvitre esclarecer que o trabalho fiscal encontra-se, neste particular, totalmente coerente com os preceitos legais e regulamentares. Percebe-se que o contribuinte procedeu a estorno de débito consubstanciado através de lançamento do mesmo como crédito, no campo "Outros Créditos" do Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS).

Dessa forma, o Fisco procedeu ao estorno dos respectivos créditos, argüindo, *in casu*, a não comprovação de origem dos mencionados. Embora o estorno de débito possua natureza distinta do que foi apurado, o relatório do Auto de Infração, suplementado pelo Relatório Fiscal anexo ao mesmo, não deixa dúvidas quanto à natureza dos créditos aproveitados, pois explicam, ambos, que os valores lançados no campo "Outros Créditos" se referem à diferença entre o imposto destacado nos documentos de saídas e nos de entradas, relativos às mercadorias objeto de operações de substituição em garantia. Dessa forma, a alegada falta de origem, argüida pelo Fisco e contestada pela Autuada, relaciona-se à falta de fundamentação

para o aproveitamento de crédito em questão. O que o Fisco demonstra é a falta de previsão legal para o estorno de débito empreendido pela Autuada.

Assim, pode-se concluir que os valores estornados são débitos reais, e que o estorno ocorreu sem fundamento legal e sem o documento fiscal correspondente, justificando a acusação fiscal. Cabe esclarecer que não é correta a menção, no relatório do Auto de Infração, de que as peças a que se refere o processo eram originadas de refugo de industrialização. Na verdade, as peças foram originadas da substituição do desgaste ou defeito decorrente do uso de veículos pelo consumidor final. Entretanto, tal falha na descrição do relatório fiscal não impediu à Impugnante de fazer sua defesa, demonstrando total compreensão da matéria objeto da acusação fiscal.

Quanto à capitulação legal, deve ser notado que a causa que ensejou o estorno de créditos foi a constatação de que houve falha na escrituração do imposto, haja vista que o seu lançamento não foi realizado na forma prevista na legislação. Esta constatação justifica a inclusão dos incisos do artigo 16, da Lei n.º 6.763/75, no Auto de Infração, sendo que a falta das exigências isoladas em nada prejudica a sua compreensão ou invalida os efeitos do crédito tributário.

Com relação ao artigo 30, também da Lei n.º 6.763/75, a matéria nele tratada, relacionada com o direito ao crédito do imposto, não foge ao objeto da imputação fiscal, haja vista que o procedimento adotado pela Autuada, ainda que de caráter *sui generis*, resultou no estorno de valores lançados como créditos de ICMS no LRAICMS.

Analizando-se o mérito propriamente dito do trabalho fiscal, verifica-se que a Impugnante estornou débito proveniente do saldo apurado da "conta" peças em garantia.

A chamada "conta" peças em garantia pode ser entendida como o resultado entre os débitos, provenientes das devoluções de peças, realizadas pela Autuada junto a seus fornecedores/fabricantes, após análise e testes que constataram ser elas impróprias para utilização, e créditos, referentes aos retornos, ao estabelecimento da Autuada, das mesmas peças, neste caso por discordância sobre a conclusão da análise, ou de peças novas, desses fornecedores/fabricantes.

O fato de retornar peça nova ou a mesma peça, com a devida vênia, não se apresenta relevante para o deslinde da questão em foco.

O que importa para a conclusão do acerto ou não da acusação fiscal é saber se há respaldo legal para o estorno de débito levado a efeito pela Autuada.

A explicitação das operações de entrada e saída, que geraram os créditos e os débitos, respectivamente, tem apenas o objetivo de esclarecer a origem dos mencionados débitos e créditos, em que pese não ser, como pode parecer, objeto do mérito do lançamento efetuado pelo Fisco.

Ratificando, o cerne da acusação fiscal refere-se à falta de previsão legal para o estorno de débito realizado pela Autuada.

De início, cabe esclarecer que considera-se devolução em virtude de garantia aquela que decorrer de obrigação assumida pelo revendedor, oficina autorizada ou fabricante de substituir ou consertar a mercadoria, se esta apresentar defeito dentro do prazo de garantia.

Nessas operações, devem ser observados os princípios básicos do ICMS, particularmente o da não-cumulatividade, e, por conseguinte, a contrapartida entre os débitos e os créditos do imposto nas respectivas operações. Tanto é assim que o Regulamento mineiro, ao tratar do crédito relativo às devoluções, trocas e retornos de mercadorias, faz referência apenas a devoluções de mercadorias devolvidas por particular, produtor rural ou qualquer pessoa não considerada contribuinte, ou não obrigada à emissão de documento fiscal. Sendo assim, o débito e o crédito nas devoluções de peças em garantia, entre contribuintes do imposto, deve seguir a via normal.

A Autuada, ao remeter para seus fornecedores peças em garantia com defeito, debitava-se nessa operação pelo valor do ICMS destacado nos documentos fiscais correspondentes e ao receber de volta parte dessas peças, por inadequação dos padrões de garantia estabelecidos, ou de peças novas, se creditava do ICMS destacado nas respectivas notas fiscais. Até aí, os procedimentos eram corretos, não merecendo qualquer ressalva.

Ao prevalecerem as operações de saídas das peças em garantia sobre as de entradas, a Fiat Automóveis contabilizava o ICMS correspondente à diferença em "Outros Créditos", sendo este o cerne do trabalho fiscal (quadros às fls. 21/24). Verifica-se que o procedimento levado a efeito pela Autuada não encontra guarida na legislação. O artigo 65 do RICMS/96 define a forma de apuração do imposto:

Art. 65 - O valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o somatório do imposto referente às mercadorias saídas e aos serviços de transporte ou de comunicação prestados, e o somatório do imposto cobrado relativamente à entrada, real ou simbólica, de mercadoria, inclusive energia elétrica, ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, e o recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, no respectivo estabelecimento, observadas as hipóteses de que trata o artigo seguinte.

Segundo a Impugnante, a diferença de imposto estornada, por intermédio do artifício de lançá-la, como crédito, no campo "Outros Créditos" do Livro Registro de Apuração do ICMS, foi gerada por equívoco ao se definir a base de cálculo da devolução da peça defeituosa ao fornecedor/fabricante, na qual, ao valor da peça, foram acrescidos os custos de análise e testes para caracterização do defeito.

A Impugnante reconhece esse equívoco na formação da base de cálculo (fls. 1808) e tenta corrigi-lo adotando procedimento totalmente contrário aos ditames pertinentes previstos na legislação.

Evidencia-se que não existe previsão, dentro da legislação, para estorno de débitos da forma preconizada pela Autuada.

Como já esclarecido, o ilícito tributário apresenta-se, simplesmente, na adoção de procedimento deliberadamente não previsto na legislação.

Considerando-se o princípio da não-cumulatividade do imposto e o procedimento desenvolvido pela Autuada, e entendendo, a mesma, que a base de cálculo adotada na devolução das peças defeituosas teria sido superior à devida, segundo a legislação, o único remédio para recuperar o alegado imposto pago a maior seria através do pertinente pedido de repetição do indébito, segundo a previsão constante do artigo 92 do RICMS/02.

Essa forma procedimental de resolução é fundamental, considerando-se que o ICMS é um imposto indireto e o encargo financeiro relativo ao mesmo é repassado ao destinatário, necessitando-se de autorização deste para deferimento do pedido.

Saliente-se, ainda, que o débito estornado pela Autuada gerou crédito junto aos destinatários. O estorno unilateral do débito geraria desequilíbrio entre débitos e créditos, considerando-se o princípio da não-cumulatividade do imposto.

A afirmação da Impugnante de que não lesou os cofres públicos estaduais é irrelevante, embora possa ser contestada contrastando sua escrituração com os procedimentos corretos permitidos pela legislação.

Sustenta, ainda, a Autuada, que não aproveitara o imposto destacado nas notas fiscais referentes às remessas das peças defeituosas pelas Concessionárias, as quais procederam à substituição das mesmas nos veículos dos consumidores.

Solicita, pois, que sejam considerados, para abatimento no crédito tributário em questão, esses créditos do imposto, regularmente destacados nos pertinentes documentos fiscais.

Neste aspecto, melhor sorte não lhe reserva a legislação. A lei lhe concede o direito ao abatimento, na apuração do imposto devido, sob a forma de crédito, do valor do imposto destacado nos documentos fiscais das mercadorias entradas no estabelecimento.

Não obstante, uma vez não utilizado o direito, a própria legislação prevê a forma de procedimento a ser adotada pelo contribuinte, antes de expirar o prazo preclusivo de seu direito:

RICMS/02

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

§ 1º

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

I - escrituração de seu valor no livro Registro de Entradas, se o documento fiscal ainda não houver sido lançado neste livro, fazendo-se, na coluna "Observações" e no documento fiscal, anotação da causa da escrituração extemporânea;

II - escrituração de seu valor no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no campo "Outros Créditos", se o documento fiscal já houver sido lançado no livro Registro de Entradas, consignando-se observação esclarecedora da ocorrência;

III - comunicação do fato à repartição fazendária a que o mesmo estiver circunscrito, no prazo de 5 (cinco) dias, contado do término do período de apuração do imposto em que o crédito foi apropriado.

§ 3º - O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos, contados da data de emissão do documento.(Grifado)

Nesse sentido, impertinente a solicitação de consideração dos respectivos créditos, não aproveitados na época própria, na apuração crédito tributário em comento. Acrescenta-se, para efeito de raciocínio, que o crédito tributário que ora se analisa não tem nada a ver com o aproveitamento de créditos requerido. São situações distintas. Uma trata de estorno não previsto de débitos e a outra de créditos não aproveitados.

Salienta-se, ainda, que as consultas de contribuintes citadas em sede de Impugnação não têm relevância para análise do descumprimento da legislação promovido pela Autuada.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

3 - CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2002

Acórdão: 15591/02/3ª - (Publicado no "MG" de 11/10/02)

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – RENOVAÇÃO DO LANÇAMENTO – O lançamento tributário cancelado pelo Conselho de Contribuintes pode ser renovado pelo Fisco, desde que obedecidos os limites temporal(decadência) e objetivos. No caso dos autos, o novo lançamento tributário foi respaldado pelo artigo 149, inciso VIII do CTN.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO - Imputação fiscal de falta de agregação na base de cálculo do ICMS/ST dos valores de fretes. Irregularidade comprovada. A base de cálculo adotada teve como parâmetro os valores dos serviços de transporte da tabela FENCAVIR, eis que adotados pela Autuada em várias notas fiscais, documentos de fls. 162/197 dos autos. Corretas as exigências fiscais.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de falta de agregação, na base de cálculo do ICMS/ST, dos valores dos fretes das remessas de garrafeiras e das entregas das mercadorias, contrariando o disposto no artigo 156, inciso I, do Anexo IX do RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 199/212, trazendo, em síntese, os seguintes argumentos.

No presente caso, todas as operações em exame foram realizadas na modalidade FOB, ou seja, os compradores se responsabilizaram e realizaram o transporte ou o frete das mercadorias até o seu destino.

Nas vendas realizadas a distribuidores, revendedores e varejistas na modalidade FOB a impugnante não inclui na base de cálculo do ICMS qualquer parcela referente ao frete, pois desconhece o valor contratado e pago a título de frete, eis que o negócio é celebrado entre o cliente e transportadora, do qual a impugnante não tem conhecimento para incluir o seu valor na base de incidência do ICMS-ST.

Aduz que as operações que realiza são distintas das prestações de serviço de transporte.

Frisa que a presente ação fiscal originou-se de outra, exigida pelo Auto de Infração 02.000153670.33, cujo lançamento foi apreciado pelo CC/MG que o considerou improcedente, cancelando as exigências fiscais – Acórdão 14.602/00 da 1ª Câmara de Julgamento, do qual descreve a EMENTA.

Aduz ainda que o CC/MG cancelou as exigências fiscais por falta de comprovação das irregularidades contidas na acusação fiscal.

Argumenta que o Fisco utilizou o mesmo período contido no Auto de Infração cancelado, mas de notas fiscais diversas daquelas outoras levadas a efeito, “notas estas que, sabe-se lá porque, não foram objeto daquela primeira autuação”.

Diz que as garrafeiras pertencem ao seu ativo fixo, não são comercializadas, retornando posteriormente ao estabelecimento remetente ou a alguma filial, esclarecendo

que o valor das referidas embalagens não é computado no preço das mercadorias.

No seu entendimento a tabela FENCAVIR não é adequada para o arbitramento procedido pelo Fisco.

Traz vasta doutrina acerca do regime da substituição tributária e do Princípio da não-cumulatividade, argumentando que a prevalecer o procedimento adotado pelo Fisco haverá dupla incidência tributária.

O Fisco manifesta, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 410/415.

A 3ª Câmara de julgamento, à unanimidade, converteu o julgamento em diligência, fls. 418, requisitando o PTA nº 02.000153670-33, e determinando que o mesmo fosse apensado aos PTAs nºs 01.000138370-18 e 01.000138371-91.

DECISÃO

Duas preliminares foram levantadas.

A primeira, se é possível a revisão do lançamento pelo Fisco, após o cancelamento das exigências fiscais do primeiro lançamento pelo Conselho de Contribuintes/MG.

O tema envolve a ponderação de um conflito entre o Princípio da Legalidade – favorável à eliminação da ilegalidade que tenha afetado o primeiro lançamento – e o Princípio da Segurança Jurídica – favorável à estabilidade das situações jurídicas individuais, evitando incertezas, bem como um reexercício ilimitado do poder de lançar pelas autoridades administrativas.

O Direito brasileiro estabeleceu para os poderes da revisão do lançamento limites temporais – DECADÊNCIA – e limites objetivos.

O limite temporal para revisão do lançamento decorre do § único do artigo 149 do CTN ao prescrever que “a revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda”.

Os limites objetivos decorrem, também, do artigo 149 do CTN, e são:

- 1) a fraude ou falta da autoridade que o praticou;
- 2) a omissão de ato ou formalidade essencial;
- 3) a existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior.

Desta forma, podemos afirmar que os vícios que suscitam a anulação ou reforma do ato administrativo de lançamento são a fraude, o vício de forma e o erro.

Por outro lado, a revisão do lançamento poderá ser levada a efeito, qualquer que seja a natureza do erro que viciou o lançamento anterior, desde que não possa ser invocada a ocorrência de mudança de critério jurídico, como previsto no artigo 146 do CTN.

Neste sentido decidiu o 1º Conselho de Contribuintes, conforme Ac. 1º CC 101-74.660/83, RsT Seção 1.2, Ed. 03/85, 50.

Prescreve o art. 146 do CTN:

Art. 146 – A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Hugo de Brito Machado delimita a linha de fronteira que separa o erro de direito da modificação do critério jurídico. O erro de direito ocorre quando não seja aplicada a lei

ou a má aplicação desta seja notória e indiscutível. Por sua vez, a mudança de critério jurídico ocorre em duas situações distintas: uma primeira, consiste na substituição, pelo órgão de aplicação do direito, de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta; uma Segunda, consiste na substituição de um critério por outro que, alternativamente, a lei faculta ao órgão do Fisco, como sucede no caso de arbitramento do lucro das pessoas jurídicas.

Da mesma forma, Souto Maior Borges já tinha feito coincidir o conceito de modificação dos critérios jurídicos com a hipótese de substituição por uma autoridade administrativa, de uma de entre as várias alternativas de aplicação das normas gerais e abstratas, direta ou indiretamente relacionadas com o lançamento, uma vez adotada, por outra alternativa (Lançamento tributário, pág. 322).

Segundo, Alberto Xavier **“o erro de fato é fundamento legítimo da revisão com base no inciso VIII do artigo 149, pois a descoberta de “novos fatos” e “novos meios de prova” revelou a falsa representação ou ignorância da realidade no que concerne ao objeto do lançamento anterior”** (Do Lançamento: Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª ed. 2.002, pág. 255).

Prescreve o art. 149, inciso VIII do CTN:

Art. 149 – O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

...

VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

Portanto, é possível a revisibilidade do lançamento dentro dos limites temporais e objetivos para a sua revisão, previstos no Direito Positivo brasileiro.

A melhor doutrina não discrepa da possibilidade de revisão do lançamento, dentro dos critérios objetivos e temporais acima mencionados.

Apenas para argumentar, alguns doutrinadores divergem em relação a revisão por erro de direito. Uns consideram possível (Hugo de Brito Machado); outros a entendem impossível (Alberto Xavier pela taxatividade do art. 149 do CTN); Ricardo Lobo Torres faz distinção entre erro de direito (irrevisível) e erro de direito grosseiro (revisível). **O caso dos autos não é revisão por erro de direito.**

Paulo de Barros Carvalho analisando a extinção do crédito tributário, hipótese do art. 156, inciso IX do CTN, ensina que “diferente é a situação do ato administrativo irreformável que ataca vícios da formalização do crédito, anulando-o, mas reconhecendo o direito da Fazenda. **Nesse caso, o entendimento administrativo volta-se para a ilegalidade do ato de lançamento, que formalizou indevidamente um crédito que existe. Se houver tempo, isto é, não tendo fluído o prazo decadencial, resta à Administração mandar celebrar novo ato formalizador do liame tributário**” (Curso de Direito Tributário, 1993:319-320, grifos acrescentados).

Assim, na hipótese dos autos, perfeitamente possível a renovação da ação fiscal nos moldes procedidos pela fiscalização estadual.

A segunda, preliminar de nulidade do Auto de Infração por descumprimento do rito procedimental – levantada da tribuna e não especificada - não deve ser acatada, haja vista que o Fisco tinha em suas mãos todos os documentos comprobatórios da flagrante infração à legislação e necessários a lavratura do Auto de Infração, procedendo nos termos do artigo 51, inciso III da CLTA, combinado com o artigo 54, inciso I do mesmo diploma legal.

Do mérito.

O valor das remessas compõem a base de cálculo do ICMS/ST, ainda que em operação de venda sob cláusula FOB.

Dispõe o artigo 156, inciso I, do Anexo IX do RICMS/96 que:

“Art. 156 – Não havendo a fixação dos valores ou dos percentuais referidos nos incisos do artigo anterior, a base de cálculo do imposto será:

I – quando o substituto tributário for industrial, importador, arrematante ou engarrafador, o montante formado pelo preço por ele praticado nele incluídos os valores do IPI, se for o caso, frete e carreto até o estabelecimento destinatário e demais despesas a ele debitadas, ainda que cobrados por terceiros, acrescido do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

.....”

Como se vê, a legislação ao tratar da substituição tributária procura estabelecer, através da utilização da margem de agregação de valor, qual será aproximadamente, o preço final da mercadoria colocada para o consumidor, no final de sua circulação econômica.

Neste sentido, o legislador procurou exigir que a parcela correspondente ao ônus do transporte fosse incluída na formação do montante, que multiplicado pelo fator da margem de agregação, vem a definir a base de cálculo final do ICMS/ST. O fato de as despesas com o transporte ficarem ou não a cargo do destinatário, em termos de aplicação da legislação tributária, é irrelevante, pois as mesmas sempre devem compor o preço final de venda ao consumidor.

Quanto ao parâmetro adotado para a base de cálculo, referente a prestação do serviço de transporte, tem-se, nos autos, que o mesmo foi mencionado em várias notas fiscais emitidas pela Autuada como as fls. 162/197, onde está expresso a utilização da tabela FENCAVIR.

Ora, a tabela FENCAVIR não pode ser utilizada em substituição a valores de prestações de serviços conhecidos de empresas de transporte, com emissão regular do CTRC, sem que o Fisco demonstre que os documentos do contribuinte não mereçam fé e a razoabilidade do parâmetro.

A tabela FENCAVIR, em princípio, é para ser utilizada nas prestações realizadas por transportadores autônomos, onde não se conhece o valor da prestação do serviço de transporte, podendo o sujeito passivo demonstrar a sua inadequação a cada caso concreto.

Assim, tem decidido o CC/MG com edição de súmula acerca da matéria.

No caso dos autos, a Autuada mencionou no corpo das notas fiscais várias empresas que não são transportadoras. Não foi emitido CTRC para as prestações do serviço de transporte e não se conhece o valor das prestações. Como a Autuada em diversas notas fiscais mencionou “ICMS FRETE FENCAVIR”, demonstrando, repita-se, em diversas prestações a utilização da referida tabela, correto o procedimento adotado pela fiscalização, de adotá-la como parâmetro, invertendo-se o ônus da prova.

A Autuada não demonstrou a inadequação da utilização da tabela FENCAVIR pelo Fisco. Também não demonstrou que os valores das prestações eram outros. Na verdade não impugnou os valores, limitou-se a dizer que são inadequados.

Relativamente ao argumento de que o Fisco utilizou o mesmo período contido no Auto de Infração cancelado, mas de notas fiscais diversas daquelas outroras levadas a efeito, “notas estas que, sabe-se lá porque, não foram objeto daquela primeira autuação”, deve ser esclarecido o equívoco do Impugnante, visto que os documentos utilizados no primeiro lançamento (anulado) e no segundo – em análise – são rigorosamente os mesmos.

Contudo, deve ser esclarecido que o Fisco desmembrou o primeiro lançamento em dois, que somados dão o mesmo valor do primeiro, com suporte nos mesmos fatos, cujas provas não foram analisadas no primeiro lançamento.

Frise-se, o desmembramento foi apenas didático, já que no presente Auto de Infração a base de cálculo adotada foi com base na tabela FENCAVIR – cuja utilização pela Autuada estava mencionada nas notas fiscais de fls.162/197, enquanto que no outro Auto de Infração de nº 01.000138370-18 foi adotado como parâmetro para a base de cálculo valores extraídos das próprias notas fiscais que deram origem a autuação.

Não há dupla incidência tributária e Princípio da não-cumulatividade foi respeitado.

No que tange à alegação de lesão ao princípio da não-cumulatividade, destacamos, ainda, que os valores do frete e do seu ICMS, consignados na nota fiscal, compõem o montante, que, multiplicado pela margem de agregação vai definir a base de cálculo do ICMS-ST.

Além disso, o ICMS (da operação própria) é compensado com o montante do ICMS/ST, preservando-se em toda a cadeia tributária o princípio ora abordado.

Frise-se, novamente, que as notas fiscais que constituem os créditos tributários dos PTAs nºs 01.000138370-18 e 01.000138371-91 são, rigorosamente, as mesmas que deram origem ao PTA nº 02.000153670-33 (anulado) - não foram anexadas como provas - e, por consequência não foram analisadas no primeiro julgamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de impossibilidade de revisão do lançamento. Ainda em preliminar, por maioria de votos, rejeitou-se a arguição de nulidade do auto de Infração por inobservância procedimental. Vencido o Conselheiro Thadeu Leão Pereira que a acolhia. No mérito, também por maioria de votos, julgou-se procedente o lançamento, ressaltando que este PTA deverá tramitar em conjunto com os PTAs 01.000138370-18 e 02.000153670-33. Vencido o Conselheiro Thadeu Leão Pereira que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Mário Eduardo Coelho de Abreu e, pela Fazenda Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva.

Relator:Mauro Heleno Galvão

4 – DIFERIMENTO

2003

Acórdão: 15.302/03/2ª - (Publicado no “MG” de 11.03.03)

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ - NOTA FISCAL INIDÔNEA. Descaracterização do diferimento do ICMS, previsto no art. 111, do Anexo IX, ao RICMS/96, uma vez não comprovada a efetiva entrada do café no estabelecimento indicado como destinatário, face à inidoneidade da nota fiscal exigida no art. 131, do mesmo Anexo. Corretas as exigências do ICMS, acrescido da multa de revalidação e da multa isolada do art. 55, X, da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a descaracterização do diferimento do ICMS em operação referente a remessa de café cru em grãos de produtor rural para a empresa Café Minas Rio Ltda., sediada em Belo Horizonte (MG), face à constatação de que a nota

fiscal emitida, relativa à entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, utilizada para comprovar a entrega da mercadoria, era inidônea, conforme Ato Declaratório anexado aos autos.

Inconformada, a Autuada apresenta tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 18/28, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 33/36.

A 2.^a Câmara de julgamento, em sessão realizado no dia 10/10/2002, converteu o julgamento na diligência de fl. 39, a qual resultou na manifestação fiscal fls. 40/42.

Após concessão de vista, a Impugnante aditou sua impugnação nos termos contidos na peça de fls. 46/48, que resultou na última intervenção fiscal de fl. 51.

DECISÃO

Preliminar:

A Impugnante alega cerceamento de defesa ao argumento de que não teria recebido, juntamente com o Auto de Infração, uma cópia da Nota Fiscal de Entrada n.º 03109, bem como os documentos que serviram de base para a autuação, desconhecendo, por consequência, o teor dos mesmos.

No entanto, ainda que lhe assistisse razão, a Diligência de fl. 39 afastou qualquer possibilidade neste sentido, uma vez que, após sua realização, a Impugnante teve vista dos autos, passando a conhecer todos os elementos que o compõem.

Corroborar tal entendimento, o texto abaixo reproduzido, retirado do aditamento à sua impugnação (fl. 46):

“AGORA, O SEU PROCURADOR AO COMPULSAR OS AUTOS DO PTA E VERIFICAR O CONTEÚDO DA CITADA NFE NÃO CONSEGUIU IDENTIFICAR DADOS DE SEU CONTEXTO QUE PUDESSE CARACTERIZAR INIDONEIDADE, A NÃO SER MEDIANTE O CONFRONTO DA NFE DE FLS. 08 COM A NFE DE FLS. 10, MESMO ASSIM, SOMENTE SE CONCLUI PELA INIDONEIDADE SE EXAMINAR AIDF DE FLS. 13.”

Portanto, além de ter ciência dos documentos que embasaram a autuação, a própria Impugnante reconhece a inidoneidade da nota fiscal de n.º 03109 ao cotejá-la com a tela relativa à AIDF de fls. 12/13.

Portanto, não obstante o fato do Auto de Infração ter sido lavrado com todas as exigências contidas na CLTA/MG, se dúvidas pairavam quanto ao inteiro conhecimento dos autos pela Impugnante, após a Diligência determinada pela Egrégia 2.^a Câmara de julgamento, esta eventual dúvida foi definitivamente afastada.

Além disto, como será visto na análise de mérito, a legislação vigente impõe ao Produtor Rural, e somente a ele, a obrigação de apresentação da 4.^a via da nota fiscal de entrada da mercadoria no estabelecimento declarado como destinatário (art. 131, II, Anexo IX, ao RICMS/96).

Portanto, se a Autuada efetivamente desconhece a N.F. n.º 03109, deveria então apresentar a nota fiscal a que está obrigada a entregar, aquela que teria força probante da concretização da operação declarada.

Assim, rejeita-se a preliminar argüida pela Impugnante.

Mérito:

Inicialmente, faz-se mister um melhor esclarecimento da motivação da autuação fiscal ora em análise.

No Capítulo XII, do Anexo IX, ao RICMS/96, estão disciplinadas as operações relativas a café cru. No referido Capítulo, em seu art. 111, está previsto o diferimento do pagamento do ICMS em diversas hipóteses, dentre as quais destacam-se as abaixo transcritas.

“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:

(...)

b - estabelecimento comercial atacadista de café;

(...)

g - indústria de torrefação e moagem de café;”

No caso do presente PTA, a Produtora Rural autuada utilizou-se do diferimento, quando solicitou à Administração Fazendária de Resplendor a emissão da Nota Fiscal de Produtor n.º 764.501 (fl. 07), momento em que declarou à referida Repartição que o café era destinado à Café Minas Rio Ltda., empresa sediada em Belo Horizonte (MG).

Perceba-se que na referida nota fiscal, no campo reservado ao Fisco, há a informação de que a operação estava amparada pelo diferimento do ICMS nos termos do art. 8.º, da parte geral do RICMS/96, c/c item 15, do Anexo II, ao mesmo diploma legal.

Até este momento tudo transcorria dentro da mais absoluta legalidade. Tratava-se de operação com café, cujo remetente era produtora rural e a atividade econômica do destinatário indicado na nota fiscal enquadrava-se nas hipóteses previstas no Regulamento para o usufruto do diferimento do ICMS na operação.

Contudo, o art. 131, do Anexo IX, ao RICMS/96, estabelece que o Produtor Rural deve entregar, à Repartição Fiscal competente, a 4.ª via da nota fiscal de entrada, emitida pelo destinatário do café, de modo a comprovar a concretização efetiva da operação declarada quando do pedido da emissão da Nota Fiscal de Produtor, ou seja, que a mercadoria foi efetivamente entregue ao destinatário declarado.

“Art. 131 - O produtor rural deve:

(...)

II - entregar, até o dia 15 (quinze) de cada mês, na repartição fazendária de sua circunscrição, ou na que houver emitido a Nota Fiscal de Produtor, a 4ª via da nota fiscal emitida pelo destinatário da mercadoria, relativamente à entrada correspondente à operação realizada no mês anterior;” (G.N.)

A entrega deste documento (nota fiscal de entrada do destinatário) é que deflagrou a ação fiscal.

A nota fiscal apresentada (fl. 08), de n.º 03109, assim como as demais compreendidas entre os números 2.751 a 3.250, foram declaradas inidôneas, conforme Ato Declaratório de fl. 15, o qual foi baseado nas declarações e documentos de fls. 09/14. Esses documentos foram assim declarados em função de que a AIDF neles informada (000593151996 – DT/SRF/Metrop. BH em 15/10/96) destinava-se à empresa “República do Jeans Confecções Ltda.” e não à suposta destinatária do café (Café Minas Rio Ltda.).

Desta forma, sendo o documento fiscal inidôneo, não restou comprovada que a operação declarada pela Produtora Autuada, à Repartição Fiscal, efetivamente ocorreu.

Assim, a operação que inicialmente enquadrava-se nas hipóteses previstas no art. 111, do Anexo IX, ao RICMS/96, fazendo jus ao diferimento do ICMS, perdeu sua caracterização.

Se o próprio contribuinte indicado como destinatário declara que não emitiu a nota fiscal de entrada, declaração esta corroborada pelo fato de que a AIDF constante no documento fiscal era destinada a estabelecimento totalmente distinto do declarante, não

há como se considerar concretizada uma operação que perdeu sua prova formal exigida: a nota fiscal regularmente emitida, idônea.

Considerando-se os fatos acima narrados, o Fisco descaracterizou o diferimento inicialmente previsto para a operação, exigindo o ICMS a ela relativo, acrescido da multa de revalidação, além da multa isolada prevista no art. 55, X, da Lei 6763/75.

“Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

X - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou inidôneo: 40% (quarenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito, na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;”

Tentando se desvencilhar da autuação fiscal, a Autuada alega (fl. 22):

“Ressalvando a falta da entrega da 4.ª via da Nota Fiscal de Entrada, visto que, repetindo, jamais teve a posse da mesma, como se pode constatar, as demais obrigações acessórias que poderiam ser exigidas da Impugnante foram cumpridas, razão pela qual a autuação, em relação a ela, não pode prosperar”. (G.N.)

Ora, ainda que se desconsiderasse a nota fiscal n.º 03109, a simples falta de entrega da 4.ª via da nota fiscal exigida, já seria suficiente para configurar infração à legislação e, por conseqüência, responderia a Impugnante pelo imposto devido na operação, acrescido das penalidades aplicáveis (art. 112, § 1.º, c/c art. 131, do Anexo IX, ao RICMS/96).

Alega ainda a Autuada (fl. 19):

“mesmo que a Impugnante tivesse recebido a 4.ª via, jamais teria condições de avaliar se a mesma era legal ou falsa, por desconhecer o que poderia ser considerado como inidôneo um documento que provavelmente reúne os dados da firma destinatária.”

Depreende-se, facilmente, que o argumento da Impugnante é no sentido de que agiu com boa fé e que não teria conhecimentos técnicos suficientes para perceber a inidoneidade documental.

Restam, no entanto, questionamentos fundamentais: o café foi realmente vendido para o destinatário indicado na Nota Fiscal de Produtor (Café Minas Rio Ltda.)? se o foi, por que a Impugnante não trouxe aos autos comprovantes do recebimento do numerário relativo à operação? por que ela não trouxe qualquer documento que comprovasse que o destinatário indicado no documento fiscal foi quem efetivamente recebeu a mercadoria e desembolsou a quantia a ela relativa? se o café foi vendido a Corretor, por que a Impugnante não o indicou ao Fisco para que o mesmo pudesse ser responsabilizado, solidariamente, pela infração?

Se respostas há, estas não estão nos autos. A Impugnante furtou-se a anexá-las.

Ademais, nos termos do art. 136, do CTN, “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.”

Não obstante as colocações acima, esta Câmara determinou a realização da Diligência de fl. 39, para que o Fisco esclarecesse como foi obtida a nota fiscal declarada inidônea (fl. 08).

Neste sentido, faz-se oportuna a transcrição de trechos dos esclarecimentos prestados pela Chefe da Administração Fazendária de Resplendor (MG):

“...e esta AF encaminhou a todos os Produtores Rurais desta circunscrição ofícios intimando-os a regularizarem a situação; no caso da N.F. supra, a N.F.E. 03109 nos foi entregue pelo produtor rural ou preposto, o que não descaracteriza a inidoneidade da nota fiscal...”

E prossegue a Sra. Chefe, da referida Repartição Fiscal (fl. 41):

“Apresentada a N.F. n.º 03109, em cumprimento ao Art. 131, inciso II, Anexo IX, RICMS/96, uma segunda conferência realizamos para verificar a idoneidade das mesmas, ficando constatado serem inidôneas as N.F.E entregues pelos produtores rurais/prepostos com as características da de n.º 03109...”

A veracidade das informações acima transcritas pode ser comprovada por outro trecho da peça impugnatória (fl. 19):

“Se em momento algum a Nota Fiscal de Entrada, objeto da autuação chegou às mãos da Impugnante, **muito embora com insistência tenha solicitado ao Corretor de Café com o fim de atender a intimação da AF/Resplendor**, deduz-se que a entrega à repartição fiscal ou a qualquer outra autoridade administrativa, somente o Fisco pode esclarecer.”
(G.N.)

Portanto, a própria Impugnante reconhece que recebeu a intimação para a entrega da nota fiscal exigida pela legislação. Como a nota fiscal apresentada era inidônea, independentemente de quem a entregou, não restou outra alternativa ao Fisco senão a lavratura do presente Auto de Infração.

Por fim, sem demais comentários, resta transcrever o disposto no art. 124, I, do CTN, disciplina reproduzida no art. 21, XII, da Lei 6763/75:

“Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;”

.....

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relator: José Eymard Costa

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – Constatou-se que a Autuada utilizou-se indevidamente do instituto do diferimento, previsto no art. 111, item IV, alínea “c”, do Anexo IX do RICMS/96, em virtude de não estar enquadrada, à época dos fatos geradores, como estabelecimento atacadista. Corretas, portanto, as exigências de ICMS e MR, em virtude da falta de destaque do ICMS devido nos documentos autuados. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de destaque do ICMS nas notas fiscais de n.º 011.272, 011.274 e 011.275 emitidas em 26/03/98 pela Autuada, uma vez que em referidas operações não se aplicava o instituto do diferimento previsto no art. 111, item IV, alínea “c”, do Anexo IX do RICMS/96, posto que a remetente do café não se enquadrava como estabelecimento atacadista.

Lavrado em 14/08/02 – AI exigindo ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente através de seu representante legal, Impugnação às fls. 33/36, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 77/79.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 19/12/02, determinou a diligência de fls. 86, resultando na manifestação da Autuada às fls. 90 e na juntada de documentos de fls. 92/111, bem como na manifestação do Fisco às fls. 112/113.

DECISÃO

As exigências fiscais relativas ao presente crédito tributário originaram-se da falta de destaque do ICMS, nas NF's de fls. 10/12.

Salienta-se que no campo “Dados Adicionais” dos documentos retro referidos havia menção de “*não-incidência do ICMS, conforme artigo 5º, inciso X, Decreto 38.104 de 28/06/96*”, entretanto as cartas de correções de fls. 14/16 informam que as mercadorias estavam ao abrigo do diferimento, previsto “*no art. 111, inciso IV, alínea “c” do Decreto 38.104 de 28/06/96*”, a seguir transcrito:

“Art. 111 – O pagamento do imposto incidente nas operações com café cru, em coco ou em grão, fica diferido nas seguintes hipóteses:

.....

IV – saída da mercadoria, em operação interna, de estabelecimento atacadista com destino a:

c – estabelecimento preponderantemente exportador de café, observado o disposto no § 1º do artigo 5º deste Regulamento;”

Depreende-se da análise do dispositivo supra, que o diferimento estava condicionado:

- 1) à saída de café cru, em coco ou em grão, de estabelecimento atacadista;
- 2) que o estabelecimento destinatário fosse preponderantemente exportador de café, além de observar o disposto no § 1º do artigo 5º do RICMS/96.

O deslinde da presente questão, restringe-se ao exame do cumprimento do item 1, visto que em relação ao item 2 não há qualquer controvérsia nos autos.

Salienta-se que quanto à condição de atacadista, o documento de fls. 32 (tela SICAF) demonstra que a atividade da empresa, ora Autuada, era diverso daquele previsto e exigido pela legislação citada nas notas fiscais autuadas, pois à época das emissões dos documentos de fls. 10 a 12, esta se enquadrava como Indústria de torrefação e moagem de café (CAE - código de atividade econômica - 26.0.3.00-4).

Mediante diligência de fls. 86 (item 2) foi concedida a Impugnante a oportunidade de demonstrar que enquadrava-se na condição de atacadista.

Atendendo intimação fiscal, a Autuada anexa aos autos as notas fiscais de fls. 92/96, as quais foram emitidas em junho e julho de 1997.

Tais documentos, em quantidade limitada, face as razões apresentadas pela Impugnante, não comprovaram a condição de atacadista do estabelecimento autuado.

Os produtos descritos nas notas fiscais apresentadas: “café moído pacote de 250g. e 500 g. e café torrado pacote de 5kg.” reforçam a real atividade da empresa, ou seja, indústria de torrefação e moagem de café.

Observa-se, ainda, através dos documentos de fls. 92/96, que desde 1997, a Impugnante incorria na mesma infração, ou seja, utilizava-se indevidamente do diferimento previsto no art. 111, inciso IV, alínea “c”, do Anexo IX, do RICMS/96.

Vale frisar que o diferimento, ora discutido (inciso IV), além de outras restrições aplicava-se somente às saídas, em operação interna, de ESTABELECIMENTO ATACADISTA, condição esta não preenchida pela Impugnante, por ser estabelecimento comprovadamente industrial.

Por último, ressalta-se que Capítulo XII, do Anexo IX do RICMS/96, que versa sobre operações relativas a café cru, traz em seus dispositivos nítida distinção entre as diversas modalidades de estabelecimentos (remetentes ou destinatários do produto), como sendo: industrial, cooperativa, de produtor rural e atacadista.

Obviamente a opção de enquadramento do contribuinte na atividade que melhor lhe convier não pode ser vedado pelo Fisco, no entanto no período em que estiver posicionado em determinada atividade deverá obedecer as regras tributárias relativas à mesma.

Desta forma, incabível a utilização do diferimento por estabelecimento industrial, quando a regra (inciso IV, do art. 111, Anexo IX) prevê que tal instituto apenas se aplica a remetente/estabelecimento atacadista.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o Lançamento. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator) e Thadeu Leão Pereira, que o julgavam improcedente. O Conselheiro Antônio César Ribeiro apresentará voto em separado, nos termos do art. 43, do Regimento Interno do CC/MG. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, a Drª Ilma Maria Corrêa da Silva.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 15.445/03/2ª – (Pub. no “MG” de 03/07/03)

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

O feito fiscal em análise versa sobre a descaracterização do diferimento gravado nos documentos fiscais autuados por não ser a Impugnante uma empresa preponderantemente atacadista.

O trabalho fiscal está capitulado no artigo 111, inciso IV, alínea “c” do RICMS/96.

Como se observa de todo o processado, as partes não contestam que o estabelecimento autuado seja preponderantemente industrial e pratica também a atividade atacadista.

Não é controvertido também destinatário seja preponderantemente uma empresa comercial exportadora.

Portanto, o que precisa ser enfrentado é se a atividade atacadista, ainda que não preponderante, autoriza o diferimento hostilizado pelo Fisco.

Neste contexto, reza o artigo 11, inciso IV do RICMS/96 que:

“Art. 111. O pagamento do imposto incidente nas operações com café cru em coco ou em grão, fica diferido nas seguintes hipóteses:

(...)

IV. Saída de mercadoria, em operação interna, de estabelecimento atacadista com destino a:

(...)

c. estabelecimento preponderantemente exportador de café...”

Pelo cotejo dos dispositivos supra transcritos, nota-se que não há exigência na legislação mineira para que o estabelecimento autuado seja PREPONDERANTEMENTE ATACADISTA. Definitivamente isso não está em lugar algum na regra do regulamento mineiro.

Aliás, onde a legislação quis lançar a expressão PREPONDERANTE, ela efetivamente a insere no texto regulamentador, como é o caso da letra “c”, do artigo 111, inciso IV já transcrito aqui também.

Diante desse quadro, não se pode tomar no caso vertente que a legislação mineira “queria” ou “imponha” que o “atacadista” albergado pelo diferimento seja “preponderantemente atacadista”, pois, insiste-se, não é isso o que diz o texto legal. A interpretação aqui não cabe outro entendimento, “data máxima venia”.

Pelo exposto, julgo improcedente o lançamento.

Antônio César Ribeiro

Acórdão: 15.810/03/3ª - (Publicado no “MG” de 27/02/03)

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA . Constatado o uso indevido do instituto do diferimento em operações relacionadas no Anexo XVII do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário proposta pelo Fisco.

NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – ATIVO FIXO - Constatada falta de recolhimento do ICMS em operações de saídas de mercadorias do ativo fixo com menos de 1(um) ano de aquisição, em desacordo com a legislação de referência. Razões de defesa insuficientes para elidir as exigências do Fisco. Irregularidade comprovada. Exigências fiscais mantidas.

BASE DE CÁLCULO – VENDA À ORDEM – DESTAQUE A MENOR DO ICMS – Arguição fiscal de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de divergência entre os valores atribuídos às operações realizadas entre a Autuada e o adquirente originário (remessa simbólica), com valor menor e sobre o qual foi destacado o ICMS, e entre ela e o destinatário físico das mercadorias (simples remessa), com valor maior. Comprovado nos autos o procedimento lícito do Contribuinte, não havendo quaisquer indícios de irregularidade. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – BEM ALHEIO À ATIVIDADE DA EMPRESA. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrente de aquisições de bens alheios à atividade da empresa, nos termos da legislação vigente. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 01/02/2000 a 31/03/2000, pelas seguintes irregularidades:

1 - Falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de saídas de mercadorias ao indevido abrigo do diferimento uma vez que os produtos relacionados nas notas fiscais não constam do Anexo XVII do RICMS/96, referente ao período de junho, julho e outubro de 2.000. ;

2 – Falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de ativo fixo com menos de 1 (um) ano de aquisição, referente ao período de maio a dezembro de 2.000;

3 – Recolhimento a menor de ICMS em operação de venda a ordem com bases de cálculo utilizadas nas notas de remessa simbólica inferiores aos valores das mercadorias constantes das notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros;

4 – Aproveitamento indevido de crédito de ICMS decorrente de entrada de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 139 a 150, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 176 a 181.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 192, que resulta na manifestação de fl. 193.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 196 a 208, opina pela procedência parcial do lançamento para subsistir o crédito tributário reformulado pelo Fisco às fls. 185, diminuído das exigências decorrentes da acusação constante do item 3 do AI.

DECISÃO

Versa o presente contencioso sobre as seguintes irregularidades:

Item 1

Constatação de falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de saídas de mercadorias ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que os produtos relacionados nas notas fiscais não constam do Anexo XVII do RICMS/96, ref. ao período de junho, julho e outubro de 2.000.

As cópias das notas fiscais autuadas estão às fls. 16/25.

Neste caso a Contribuinte acatou parcialmente a acusação fiscal e efetuou o pagamento através do DAF de fls. 154, refutando, entretanto as exigências com relação a operações relacionadas a mercadorias cujos códigos aponta em sua Impugnação.

Por sua vez, o Fisco também acata parcialmente as razões da Autuada e reformula o crédito tributário, apurado após nova recomposição da conta gráfica, demonstrado às fls. 183/185, discordando, entretanto, com relação a uma mercadoria.

Dessa forma, remanesce a exigência referente às operações com a mercadoria de código 8542.13.29 que realmente não consta da lista do Anexo XVII do RICMS/96 – “Relação dos Insumos e dos Produtos Acabados da Indústria de Informática e Automação(a que se refere o item 26 do Anexo II)” .

As notas fiscais autuadas, após as alterações procedidas, estão discriminadas às fls. 182 do PTA e se referem ao período de junho, julho e outubro de 2.000.

Aplicáveis ao caso os seguintes dispositivos regulamentares:

“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.

§ 1º - ...

§ 2º - ...

Art. 8º - O imposto será diferido nas hipóteses relacionadas no Anexo II, podendo ser estendido a outras operações ou prestações, mediante regime especial autorizado pelo Diretor da Superintendência de Legislação e Tributação (SLT).(g.n.)

“ANEXO II

(a que se referem os artigos 7º a 17 deste Regulamento)

...

Item 26 – Saída de mercadoria indicada nas Partes 1 e 2 do Anexo XVII, com destino a indústria de equipamento de sistema eletrônico de processamento de dados, para:

a - o fim específico de fabricação de produto constante da Parte 2 do Anexo XVII;

b – utilização na prestação de assistência técnica, hipótese em que o diferimento se encerra no momento do fornecimento da mercadoria”

Corretas, em parte, as exigências fiscais decorrentes deste item do AI.

Item 2

Refere-se à constatação de falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de saída de ativo fixo com menos de 1 (um) ano de aquisição, referente ao período de maio a dezembro de 2.000.

A relação constando as notas fiscais autuadas está acostada às fls. 09 do PTA, suas cópias estão às fls. 26/51 e o valor do crédito tributário apurado, composto de ICMS e MR, está lançado nas planilhas de fls. /185.

O RICMS/96 assim dispõe a respeito do assunto em pauta:

“Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

...

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

...

Art. 5º - O imposto não incide sobre:

...

XII - saída, a partir de 1º de novembro de 1996, de bem integrado ao ativo permanente, assim considerado aquele imobilizado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, e após o uso normal a que era destinado, exceto nas seguintes hipóteses:

a - quando se tratar de bem integrante do ativo fixo, de origem estrangeira, que não tenha sido onerado pelo ICMS, ou pelo Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), até 12 de março de 1989, na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro, ou por ocasião de sua entrada no estabelecimento importador;

b - no caso de venda de produto objeto de arrendamento mercantil, em decorrência de opção de compra exercida pelo arrendatário, observado o disposto no inciso XVII do artigo 44 deste Regulamento e no item 102 do Anexo I;(g.n.)

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante e combustível sólido, líquido e gasoso, e bens importados para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente do estabelecimento;”(g.n.)

As alegações da Impugnante não elidem as exigências fiscais e nem deverão ser aqui discutidas por extrapolarem as competências desta Casa, nos termos do inciso I do art. 88 da CLTA/MG.

Corretas, então as exigências fiscais de ICMS e MR.

Item 3

Refere-se à constatação de que a Contribuinte promoveu recolhimento a menor de ICMS em operações de venda a ordem utilizando bases de cálculo nas notas de remessa simbólica inferiores ao valores das mercadorias constantes das notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros, referentes ao período de nov/00 a fev/02.

Quadro demonstrativo das operações às fls. 10 onde se pode visualizar a diferença a menor entre os valores lançados para as operações de remessa simbólica para o adquirente originário e os valores a maior para as operações de simples remessas para os destinatários físicos, sendo estes últimos os valores sobre os quais o Fisco está exigindo o ICMS acrescido da competente MR, também apontados no referido quadro.

As cópias das notas fiscais autuadas estão às fls. 52/74.

Abaixo, os dispositivos regulamentares atinentes às operações envolvidas:

“Art. 321 - Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial da mercadoria a terceiro, será emitida nota fiscal:

I - pelo adquirente originário, em nome do destinatário da mercadoria, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, além dos requisitos exigidos, o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento que irá promover a remessa da mercadoria;

II - pelo vendedor remetente:

a - em nome do destinatário, para acompanhar o transporte da mercadoria, sem destaque do imposto, indicando-se, além dos requisitos exigidos, como natureza de operação: "Remessa por conta e ordem de terceiros" e o número, série e data da nota fiscal de que trata o inciso anterior, e o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente;

b - em nome do adquirente originário, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, como natureza da operação: "Remessa simbólica - venda à ordem", e o número, série e data da nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.

Parágrafo único - Por ocasião da escrituração, no livro Registro de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão.”(g.n)

Conforme se pode inferir da legislação supra e dos documentos apresentados pela fiscalização, as operações de venda com remessa simbólica (item b), operações de vendas praticadas pela Autuada, foram devidamente tributadas; já as operações de simples remessa (item a), essas não sofrem tributação, nos termos da legislação supra, não cabendo portanto nenhuma exigência de imposto e acréscimos com relação a elas.

São operações distintas e com características distintas, embora relacionadas às mesmas mercadorias, ao contrário do que alega o Fisco.

A possibilidade de ter a adquirente originária agregado uma margem de lucro na venda ao destinatário físico não é procedimento vedado pela legislação do imposto e as notas fiscais acostadas pela Contribuinte aos autos às fls. 151/153 demonstram com clareza que o valor que consta das notas de simples remessa é o mesmo que consta da nota de venda da empresa de São Paulo para a empresa da Bahia, tendo sido também a operação tributada sobre o valor majorado, desta feita em favor do estado paulista.

Não se vislumbra nenhum indício de subfaturamento aventado pela fiscalização.

Assim sendo, improcedem as exigências fiscais constantes deste item do AI.

Item 4

Versa sobre aproveitamento indevido de crédito de ICMS decorrente de entrada de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, referentes ao período de fevereiro a dezembro de 2.000.

Notas fiscais demonstradas no quadro de fls. 11, cujas cópias encontram-se às fls. 105/136 e as cópias do LRE da Contribuinte onde se pode confirmar os creditamentos estão às fls. 75/104 do PTA.

Exige-se o ICMS, acrescido da MR, apurados após recomposição da conta gráfica (fls. 183/185).

A seguir, os dispositivos legais que regem a matéria:

Da Lei Complementar n° 87/96:

“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 uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 1º - Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento”.

§ 2º - Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal”

(...)

Art. 21 – O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se estiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(...)

III – vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento” (grifos nossos).

Da Lei n° 6763/75:

“Art. 31 – Não implicará crédito para a compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subseqüentes:

(...)

III – o imposto relativo à entrada de bem ou ao recebimento de serviço alheios à atividade do estabelecimento”.

Art. 32 – O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

(...)

III – vier a ser utilizado em fim alheio à atividade do estabelecimento” (grifos nossos).

Do RICMS/96:

“Art. 70 – Fica vedado o aproveitamento do imposto, a título de crédito, quando:

(...)

XIII – o imposto se relacionar à entrada de bens ou ao recebimento de serviços alheios à atividade do estabelecimento.

(...)

§ 3º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento

todos os bens que não sejam utilizados diretamente ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração e serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”.

§ 4º - Salvo prova em contrário, presume-se alheio à atividade do estabelecimento o veículo de transporte pessoal.

§ 5º - Não gera direito a crédito a entrada de bens destinados ao emprego em atividade diversa de operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, ainda que desenvolvida paralelamente à atividade tributada” (grifos nossos).

Em face dos dispositivos legais supra transcritos e visando dirimir dúvidas no tocante ao conceito de bens ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, para fins de vedação ao crédito de ICMS, foi editada a IN DLT/SRE nº 01/98:

“Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

I - os veículos de transporte pessoal;

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

a - sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

b - sejam utilizados em atividades de capacitação técnica, de cultura, de lazer, esportivas, ou de profilaxia dos empregados, ainda que visem a aumentar a produtividade da empresa;

c - não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento, assim entendidos aqueles não utilizados na área de produção industrial, agropecuária, extrativa, de comercialização, ou de prestação de serviços.

III - as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento” (grifos nossos)

Conforme informado pelo Fisco os bens cujos créditos pelas entradas foram estornados foram utilizados nos setores administrativos da empresa, sendo que os materiais elétricos e o quadro geral fazem parte da estrutura da fábrica; enquadrar-se-iam então, na alínea “c” do inciso II e no inciso III do art. 1.º da IN acima transcrita, respectivamente.

Ressalte-se que a Contribuinte não apresenta prova em contrário.

As alegações da Impugnante de que os estornos realizados ferem o Princípio Constitucional da Não Cumulatividade não serão aqui analisadas por extrapolarem as competências desta Casa, nos termos do inciso I do art. 88 da CLTA/MG.

Nesse sentido, resta perfeitamente caracterizado que os bens se enquadram nos conceitos extraídos da IN DLT/SRE nº 01/98.

Corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, apurados após a recomposição da conta gráfica.

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, para subsistir o crédito tributário reformulado pelo Fisco, às fls. 185, diminuído das exigências decorrentes da acusação constante do item 3 do AI. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leandro Calemba Batista dos Santos e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relator: Windson Luiz da Silva

Acórdão: 15.841/03/3ª - (Publicado no "MG" de 11.03.03)

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - ÁLCOOL ANIDRO – Constatado que a autuada não recolheu diretamente aos cofres mineiros os valores de ICMS relativos às suas aquisições de álcool anidro sob abrigo do diferimento, obrigação a que estava sujeita uma vez que não informou à refinaria, através do Anexo III, as suas aquisições do produto em Minas Gerais. Adequação da MR ao percentual de 50%, uma vez não se tratar da hipótese prevista no § 2º, do art. 56, II, da Lei nº 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação, compreendendo operações realizadas nos meses de dezembro de 1999 e janeiro de 2000, versa sobre a constatação de que a autuada não cumpriu a obrigação de informar à refinaria, através do Anexo III, as suas aquisições, em Minas Gerais, de álcool anidro sob abrigo do diferimento, para repasse dos valores devidos a este Estado, nem recolheu diretamente aos cofres mineiros tais valores.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 40/45, admitindo as operações, mas entendendo que não estava obrigada a apresentar o comunicado à refinaria.

O Fisco se manifesta às fls. 82/87, entendendo pertinentes a acusação fiscal e a eleição dos sujeitos passivos.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

A decisão judicial na qual se baseia a defesa apresentada pela autuada é totalmente irrelevante para o deslinde da questão afeta ao presente processo tributário, já que a mesma refere-se a contribuintes de outra unidade da federação e diz respeito à preservação da imunidade nas operações interestaduais com derivados de petróleo (gasolina).

O caso em análise não diz respeito à **gasolina** e tampouco à **ST**, referindo-se, sim, a **álcool anidro e diferimento**.

Destarte, a decisão judicial apresentada pela autuada não tem aplicabilidade ao caso ora guerreado.

Do Mérito

A lide se circunscreve na exigência do ICMS devido nas saídas de álcool anidro, diferido, em operação interestadual da "usina" (coobrigada mineira) para a distribuidora

(autuada) localizada no Estado do Rio de Janeiro, em virtude do encerramento do diferimento, ocorrido quando das saídas de gasolina “C”, promovidas por aquela distribuidora.

A sistemática surgiu com a cláusula décima quarta do Convênio ICMS 105/92 e a espécie é hoje regulada no RICMS/96, em seu Anexo IX, Capítulo XLIX, Seção V. De fato, incumbe à distribuidora a obrigação de “*entregar as informações relativas à operação, na forma e prazos estabelecidos na Seção VI*” do Anexo IX, a teor da previsão contida no seu artigo 391, inciso II.

A Autuada afirma que não estava obrigada a elaborar e entregar à Refinaria o Anexo III previsto no Convênio 03/99 face a obtenção de liminar em mandado de segurança para aquisição de gasolina “A” daquela empresa sem a retenção do ICMS, já que tal liminar retirou da Petrobrás - REDUC a condição de substituta tributária.

Retirando, pois, a condição de substituta tributária da Petrobrás - REDUC, a decisão judicial realmente desobriga a autuada do cumprimento do disposto na alínea “c”, do inciso II, do art. 391, do Anexo IX, do RICMS/96, ou seja, a autuada, por decisão judicial, não estava obrigada a elaborar e entregar o Anexo III à refinaria.

Não obstante, é fato incontroverso que a distribuidora carioca autuada adquirira álcool anidro da empresa mineira, coobrigada neste feito fiscal, com o benefício do **diferimento** do imposto que, se não houvesse a citada decisão judicial, encerraria-se no momento em que tal distribuidora promovesse a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro e seria pago, pela Refinaria de Petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, englobadamente com o imposto retido por substituição tributária.

Com a decisão judicial a autuada **deixou de entregar** à refinaria de petróleo as necessárias informações para que esta pudesse recolher a este Estado, o valor do imposto correspondente ao álcool anidro adquirido em operação interestadual por aquela distribuidora.

Não é relevante para o deslinde da questão se a autuada estava ou não obrigada a elaborar e entregar o Anexo III à refinaria. Discutir esta celeuma equivale a desviar o foco principal no qual deveria centrar-se a análise do feito fiscal.

Tal foco resume-se no fato de que a autuada Minas Oil Petróleo S/A, ainda que amparada por decisão judicial, de fato omitiu-se de elaborar e entregar o Anexo III à refinaria, trazendo, com isto, para si, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo ao álcool anidro recebido com diferimento, a teor do disposto no art. 401, do Anexo IX, do RICMS/96, que assim dispõe:

Art. 401 - *O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo não exclui a responsabilidade do distribuidor, do importador ou do TRR, pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido na operação por eles realizada, com os respectivos acréscimos legais. (O original não está grifado)*

Sendo certo que as saídas de gasolina “C” promovidas pela Autuada encerraram o diferimento, consoante o artigo 390 da norma já citada, inarredável a correção da atribuição da sujeição passiva a esta pessoa.

No tocante à Coobrigada, remetente do álcool anidro, o artigo 11 da Parte Geral do RICMS/96 é claro ao responsabilizá-la também pelo crédito tributário. Senão vejamos:

Art. 11 - *O diferimento não exclui a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria ou do prestador do*

serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação.

A base de cálculo aplicada pelas ilustres autoridades fiscais decorreu, como se infere de simples cálculos matemáticos, da inclusão do ICMS nos valores dos produtos vendidos pela remetente Coobrigada.

Correta a incorporação realizada pelo Fisco, haja vista o disposto no § 15, do art. 13, da Lei nº 6763/75, in verbis:

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

.....

§ 15 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Desta forma, por se tratar de operações que transferiram o encargo do imposto para etapa posterior de sua comercialização, é evidente que nos valores lançados nos documentos fiscais não se encontra a parcela do tributo.

Já no que concerne à Multa de Revalidação, entendemos equivocada a interpretação fiscal. Apesar da previsão de que o ICMS diferido (relativo ao álcool anidro) deveria ser pago *“englobadamente com o imposto retido por substituição tributária”*, tem ele natureza diversa deste, não se aplicando, por esse motivo, a qualificadora do §2º, do artigo 56, da Lei nº 6.763/75, atinente apenas a *“créditos tributários por não retenção ou de falta de pagamento do imposto retido por substituição tributária”*.

Assim, a MR deve ser adequada ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

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, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para reduzir a MR ao percentual de 50%. Vencido, em parte, o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para excluir, também, a agregação do valor do imposto à base de cálculo.

Relator:Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 2.812/03/CE - (Publicado no “MG” de 22.05.03)

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - ÁLCOOL ANIDRO - Constatado que o Contribuinte deixou de informar, através do Anexo III à Refinaria, a aquisição em Minas Gerais, de álcool anidro sob abrigo do diferimento, para repasse dos valores devidos a este Estado, nem recolheu diretamente aos cofres mineiros tais valores. Exigências fiscais parcialmente mantidas, para reduzir a Multa de Revalidação para 50% (cinquenta por cento) do valor exigido a título de ICMS (matéria não objeto de recurso). Restabelecida a agregação do ICMS diferido à base de cálculo. Recurso de Revista conhecido e provido. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o descumprimento, pela Autuada, da obrigação de informar, através do Anexo III à Refinaria, as suas aquisições em Minas Gerais, de álcool anidro sob abrigo do diferimento, para repasse dos valores devidos a este Estado, nem recolheu diretamente aos cofres mineiros tais valores.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 15.847/02/1.^a, por maioria de votos, manteve parcialmente procedente as exigências fiscais de ICMS e MR, para que seja considerado como base de cálculo o valor total dos produtos constantes das notas fiscais (sem a adição do ICMS efetuada pelo Fisco) e reduzir a MR a 50% do valor exigido a título de ICMS.

Inconformada, a Recorrente (FPE) interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 259/267, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 090/99/6^a; 00149/99/6^a; 14.678/01/1^a; 14.889/01/1^a e 14.705/01/3^a. Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

As Recorridas, também tempestivamente, e por intermédio de procuradores legalmente habilitados, contra-arrazoam o recurso interposto (fls. 308/314 e 315/321), requerendo, ao final, o seu não conhecimento e o não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 335/339, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu 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.

Inicialmente, cabe destacar que o presente Recurso de Revista contempla apenas a agregação do valor do imposto à base de cálculo. Via de consequência, mantém-se inatacável a decisão pelo expurgo da MR em dobro.

Portanto, o recurso da FPE visa a manutenção da base de cálculo adotada pelo Fisco, ou seja, o valor destacado nos documentos fiscais mais a quota do imposto diferido, uma vez que neste caso, em razão das operações terem se realizado ao abrigo do diferimento, o valor lançado nos documentos fiscais compreendia apenas o valor efetivo da mercadoria.

A Lei 6763/75, no que diz respeito ao destaque do imposto prescreve:

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

.....

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

Portanto, por esta assertiva, o imposto deve integrar a base de cálculo.

Por outro lado, o diferimento do imposto cuida em transferir para a etapa posterior o lançamento e pagamento do imposto. Desta forma, é evidente que nas saídas amparadas por tal técnica, o valor lançado no documento fiscal corresponde ao preço do produto sem a incorporação do imposto (cálculo por dentro) conforme determina a regra geral. E assim o é, por ser o diferimento uma regra específica, quando o ônus do recolhimento direto do imposto recai sobre o adquirente.

Admitir o contrário, seria o mesmo que afirmar que o destinatário se responsabilizaria pelo encargo do imposto em dobro, ou seja, uma vez incorporado ao preço do produto e a segunda por ocasião da obrigação de recolher o imposto aos cofres públicos.

Assim, somente uma prova inequívoca de que tal incorporação tivesse ocorrido de forma indevida poderia impor restrições ao Fisco. Inexistindo tal prova afigura-se legítima a presunção de que o valor da mercadoria lançado nos documentos fiscais, *in casu*, encontra-se sem a incorporação do imposto.

As matérias apresentadas em contra-razões, tanto pela Autuada quanto pela Coobrigada, encontram-se distorcidas do objeto do recurso, não merecendo maiores considerações, por se tratar de matérias inerentes a recursos não interpostos pelas Recorridas.

Desta forma, há de se modificar a decisão da Câmara *a quo*, de forma a restabelecer as exigências fiscais no tocante ao montante da base de cálculo apurada pelo Fisco, com aplicação da MR ao percentual de 50% (cinquenta por cento), conforme decidiu a Câmara antecedente.

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, deu-se provimento ao mesmo. Sustentou oralmente, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Relator: Roberto Nogueira Lima

5 - EXPORTAÇÃO

2002

Acórdão: 15.771/02/1ª - (Publicado no "MG" de 03/09/02)

EMENTA

EXPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SEMI-ELABORADO. Constatado a realização de saídas de produtos semi-elaborados, destinados à exportação, sem o recolhimento do ICMS devido nas operações. Infração caracterizada. Exigências objeto de Transação com a Procuradoria Regional Da Fazenda -1.

EXPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SEMI-ELABORADO. Constatado a realização de saídas de produtos semi-elaborados, destinados à "trading company", sem observância das normas previstas na Seção XVII do Capítulo XX do RICMS/91 e sem o recolhimento do ICMS devido nas operações. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de abril a dezembro/95, pelas seguintes irregularidades:

1) saídas de produtos semi-elaborados relacionados no anexo II do RICMS/91, em operações de exportação, sem proceder aos registros nos livros próprios, do ICMS destacado nas correspondentes notas fiscais e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido;

2) saídas de ferro gusa, destinado a “trading company”, sem observância das normas previstas na seção XVII do capítulo XX do RICMS/91 e sem pagamento do ICMS devido.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 269 a 275, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 292 a 301.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 303 a 308, opina pela improcedência da Impugnação.

A 1ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 02/04/1998, deliberou acatar a documentação trazida pelo Patrono da Impugnante, determinando a sua juntada aos autos (fls. 310 a 313) e o retorno destes à origem para manifestação do Fisco, o qual se manifesta a respeito (fls. 315 a 333) e a Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 335 a 337).

DECISÃO

Irregularidade 1

A 1ª irregularidade descrita no Auto de Infração foi objeto de Transação, conforme documentos de fls. 300/303, cujo parcelamento da dívida encontra-se quitado em quase a sua totalidade, conforme informações da Procuradoria Regional da Fazenda – 1 constantes dos autos. Assim, somente a 2ª irregularidade foi objeto de julgamento pelo CC/MG.

Irregularidade 2

A fiscalização constatou que a Impugnante promoveu saídas de produtos semi-elaborados relacionados no Anexo II do RICMS/91, destinados a “trading company”, sem observância das normas previstas na Seção XVII do Capítulo XX do RICMS/91 e sem o pagamento do ICMS devido, no período de setembro a novembro/95.

O Artigo 690, inciso II, do RICMS/91 dispõe que:

Art. 690 - Nas operações promovidas por estabelecimento fabricante e suas filiais com destino a empresa comercial, que opere exclusivamente no comércio exterior, ou a empresa comercial exportadora, enquadrada nas disposições do Decreto-Lei Federal nº 1.248, de 29 de novembro de 1972 (Trading Company), com o fim específico de exportação, será observado o seguinte:

I - “omissis”

II - na saída de produto semi-elaborado, a base de cálculo será reduzida do percentual constante do Anexo II, aplicando-se, nesta hipótese, a alíquota prevista para a operação de exportação.

Entretanto, o disposto nesse artigo somente se aplica se for atendido o disposto nos artigos 691 e 692.

A fiscalização detectou que a Autuada não observou para emissão das notas

fiscais relacionadas às fls. 55 a 66, o disposto nos artigos 690, incisos I e II, 691, incisos I e II e 692, incisos II e III, § 1º, do RICMS/91.

Sendo assim, é aplicável o disposto no § 1º do artigo 697 do mesmo regulamento, que assim preceitua: “tornará também exigível o imposto, com os acréscimos legais, o descumprimento das normas desta seção, tanto por parte do remetente quanto do destinatário da mercadoria”.

A Impugnante alega que deveria ter sido aplicada uma multa por descumprimento de obrigação acessória, e não exigir o imposto e a multa de revalidação. Porém, mesmo sendo obrigações acessórias, esses procedimentos são imprescindíveis para que a operação de exportação de semi-elaborado faça juz à redução da base de cálculo do ICMS, estando correto o procedimento adotado pelo Fisco.

Não há de se falar, então, que houve excesso de exação, como reclamou a Impugnante.

Não está sendo discutido se o ferro-gusa foi exportado. A exigência é relativa ao imposto devido sobre essa operação, uma vez que a Autuada não cumpriu as disposições do Regulamento para fazer juz à redução prevista no inciso II do artigo 690 do RICMS/91, vigente à época.

Portanto, é legítima cobrança do ICMS e da MR.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento relativamente ao item 2 do Auto de Infração, sendo que o item 1 foi objeto de transação com a Procuradoria da Fazenda Pública Estadual. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Márcio Renaud Domingues e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Ronald Magalhães de Sousa.

Relator: Jorge Henrique Schmidt

2003

Acórdão: 15.380/03/2ª - (Publicado no “MG” de 14.05.03)

EMENTA

EXPORTAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - CAFÉ CRU BENEFICIADO - Constatada saída de mercadoria destinada à exportação, ao abrigo da não incidência do ICMS, sem contudo comprovar a efetiva exportação da mesma. Legítimas as exigências fiscais de ICMS e MR. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de sacas de café em grão cru beneficiado com o fim específico de exportação, ao abrigo da não incidência do ICMS, sem comprovação de sua efetiva realização. Exige-se ICMS e MR.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente, sendo que a Coobrigada por procurador regularmente constituído e a Autuada por seu representante legal, Impugnações às fls. 34/40 e 66/73 respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 94/98.

DECISÃO

A autuação versa sobre a constatação, pelo Fisco, de saída de sacas de café

em grão beneficiado, com o fim específico de exportação, remetidas ao abrigo da não-incidência do imposto sem, contudo, comprovar a efetiva exportação da mercadoria, sujeitando-se, por isso, ao pagamento do imposto estadual.

A exigência do ICMS tem amparo na legislação tributária vigente, especialmente no art. § 2º, do art. 7º, da Lei 6763/75, in verbis:

“Art. 7º - O imposto não incide sobre:

I - (...)

II - a partir de 16 de setembro de 1996, a operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre prestação de serviço para o exterior;

(...)

§ 2º - Na hipótese do inciso II, tornar-se-á exigível o imposto devido pela saída de mercadoria quando não se efetivar a exportação, ocorrer sua perda ou reintrodução no mercado interno, ressalvada, na última situação, a hipótese de retorno ao estabelecimento em razão do desfazimento do negócio.” (grifo nosso)

A referida norma encontra-se reproduzida também no Decreto n.º 38.104, de 28/06/96 - RICMS/96, que em seu art. 5º, parágrafos 1º e 3º, assim estabelece:

“ § 1º - A não-incidência de que trata o inciso III alcança:

1) a operação que destine mercadoria com o fim específico de exportação para o exterior, observado o disposto nos artigos 259 a 270 do Anexo IX, a:

.....

1.2) empresa comercial exportadora, inclusive "trading company";

.....

§ 3º - Nas operações de que tratam o inciso III e o § 1º: 1) será devido o imposto pela saída da mercadoria, inclusive o relativo à prestação de serviço de transporte, quando não se efetivar a exportação ou ocorrer a reintrodução da mesma no mercado interno, ressalvada, na última situação, relativamente ao imposto devido pela operação, a hipótese de retorno ao estabelecimento em razão do desfazimento do negócio;(grifos nossos)"

As defesas apresentadas argumentam que o trabalho do Fisco está pautado em presunção e que o café efetivamente fora exportado tal qual consta dos documentos fiscais.

Sem razão as Impugnantes, pois, em verdade, além da divergência de classificação do café tido como exportado, percebe-se também que as próprias Impugnantes confessam na sua defesa que o café em questão sofreu separação por peneira e tipo, sugerindo apenas que tal mister nada mais é que simples acondicionamento.

“Data venia”, a confissão das Impugnantes legitima o trabalho fiscal na medida

em que as classificações por tipo, peneira e bebida são as mais importantes variáveis para definir a qualidade do em que as produto.

No caso do tipo, por exemplo, o mercado de café usa a Tabela Oficial Brasileira que varia de 2 a 8.

No caso das peneiras, a separação é feita sobre os grãos tendo em vista a forma e seu tamanho usando peneiras de 9 a 20 do ponto de vista da medição.

Como se observa, não se pode dizer nunca que essa classificação seja mero acondicionamento, pois, como visto, a qualidade do café está vinculada a um tipo específico como também a uma peneira específica.

Neste caso então, correto está o trabalho fiscal não só pela constatação do Fisco, mas sobretudo porque as próprias Impugnantes confessam a diferenciação das mercadorias envolvidas tendo em vista a etapa que vai da remessa até a efetiva exportação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Ilma Maria Corrêa da Silva e pelo Impugnante (Coobrigado) o Dr. José Roberto de Vasconcelos.

Relator: Antônio César Ribeiro

Acórdão: 15.847/03/3ª - (Publicado no "MG" de 20/03/03)

EMENTA

EXPORTAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – BLOCOS DE GRANITO. Saída de blocos de granito, com o fim específico de exportação, ao abrigo da não-incidência do ICMS. A Autuada não comprovou a efetiva exportação dos produtos, ficando, assim, descaracterizada a não-incidência do imposto. Legítimas as exigências fiscais. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação foi motivada pelas seguintes irregularidades:

- saída de mercadorias "com o fim específico de exportação", sem comprovar efetivamente se estas mercadorias foram exportadas;

- saída de mercadorias "com o fim específico de exportação", sendo que estas mercadorias não foram exportadas pelo estabelecimento destinatário indicado nas suas respectivas notas fiscais.

Exigência das parcelas de ICMS e MR (50%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1489/1499, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1742/1769.

Analisando as razões e documentos apresentados na Impugnação, o Fisco reformula várias planilhas constantes dos autos, conforme esclarecimentos de fls. 1673/1676.

Importante ressaltar que o crédito tributário total não sofreu alteração.

A Impugnante foi devidamente cientificada das alterações procedidas (fls. 1740/1741), não tendo a mesma se manifestado.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de prova pericial, conforme documento de fls. 1772, não tendo a Autuada interposto recurso contra essa decisão.

Em parecer de fls. 1776/1787, a Auditoria Fiscal opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A Autuação versa sobre a descaracterização da não-incidência do ICMS em operação de saída de blocos de granito, através das notas fiscais de fls. 99/629, tendo em vista a não comprovação da efetiva exportação e o fato das mercadorias não terem sido exportadas pelo estabelecimento destinatário indicado nas notas fiscais.

As irregularidades apuradas pelo Fisco se encontram detalhadamente demonstradas no “Anexo” ao Auto de Infração (fls. 11/15).

A apuração do crédito tributário está demonstrada nas planilhas anexadas aos autos. Sendo o contribuinte, no período fiscalizado, Empresa de Pequeno Porte, o ICMS devido foi calculado conforme legislação a ele pertinente e segundo índices previstos para sua faixa de classificação.

Da decadência

Alega a Impugnante que as exigências fiscais, referentes aos meses de janeiro a maio de 1997, foram alcançadas pela decadência, fundamentando seu entendimento no art. 150, § 4º, do CTN.

Razão não lhe assiste, entretanto.

Ocorre que a hipótese do art. 150, § 4º, do CTN - decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador - refere-se ao prazo para homologação do lançamento em que o contribuinte efetua o pagamento do ICMS, no valor por ele apurado, sem exame prévio da autoridade fazendária.

Contudo, o presente caso versa sobre apuração de irregularidades prejudiciais à apuração e antecipação do pagamento do imposto devido, aplicando-se-lhe o prazo decadencial de cinco anos, nos exatos termos da regra descrita no inciso I do art. 173 do CTN, que dita como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, tendo a Contribuinte sido intimada da lavratura do Auto de Infração em 19.07.02, ou seja, dentro do prazo de direito da Fazenda, a alegação de decadência do crédito tributário não há que ser admitida.

Da não comprovação da efetiva exportação (AI - item 3.1)

A não-incidência do imposto na saída de mercadoria, com o fim específico de exportação, destinada a empresa comercial exportadora, inclusive “trading company” está condicionada à comprovação da realização da exportação, conforme art. 5º, § 1º, item 1 c/c art. 260, II, do Anexo IX, todos do RICMS/96.

Compulsando os autos, verifica-se que a Impugnante não comprovou a efetiva exportação dos produtos consignados nas notas fiscais relacionadas às fls. 42/47, 53, 1687/1689 e 1691.

Como se vê, as notas fiscais em questão se dividem em três situações, quais sejam:

1 – Notas fiscais para as quais não foram apresentados documentos de exportação. Nesse grupo, incluem-se as notas fiscais nºs 000125, 000174 e 000216 mencionadas no quadro de fls. 1491. Ao contrário do que alega a Impugnante, como se pode verificar dos próprios Memorandos de Exportação anexados à impugnação (fls. 1521/1529), os mesmos não consignam as aludidas notas fiscais. Aliás, como observa o Fisco, não existe o ME 75/99, mas sim, o 75/97;

2 – Notas fiscais cujas datas de emissão são posteriores à dos documentos apresentados para comprovar a exportação. Essa situação está claramente demonstrada na planilha de fls. 54/58, sendo impossível considerar os documentos de exportação apresentados, uma vez que estes possuem datas anteriores à da saída da mercadoria do estabelecimento da Autuada;

3 – Notas fiscais mencionadas nos Memorandos de Exportação apresentados, cujos blocos não são correspondentes. Enquadram-se nesse caso as seguintes notas fiscais: 000108, 000109, 000110, 000111, 000112, 000114, 000115, 000116, 000126, 000310 e 000335. Essa situação, ao contrário do alegado pela Impugnante, encontra-se evidenciada nos autos, às fls. 47, 51, 649, 658 e 1005.

Cabe aqui observar que as notas fiscais consignadas nos Memorandos de Exportação 361/98, 419/98 e 793/01, com a reformulação de fls. 1673/1713, passaram a constar da infringência 3.2 do AI.

Diante do exposto, afigura-se correta a descaracterização da não-incidência do ICMS nessas operações.

Exportador distinto do destinatário das notas fiscais (AI - 3.2)

Verifica-se que as mercadorias tiveram como destinatários, ora Giemac Mineração Ltda, CNPJ 28.350.304/0011-70, IE 456.423905.02-43, estabelecimento situado no município de Oliveira (MG), ora Giemac Mineração Ltda, CNPJ 28.350.304/0002-89, IE 261.423905.00-34, situado no município de Formiga (MG) e os Memorandos de Exportação apresentados foram emitidos por Giemac Mineração Ltda, CNPJ 28.350.304/0010-99, localizado no município do Rio de Janeiro (RJ).

Como se vê, o estabelecimento exportador constante dos ME é distinto dos estabelecimentos destinatários das mercadorias.

Sobre essa questão, primeiramente, vale lembrar que, para efeitos tributários, os estabelecimentos de um mesmo titular, contribuinte, são considerados autônomos, exceto em relação à garantia do crédito tributário, conforme art. 11, § 3º, incisos II e IV da LC 87/96.

Em segundo lugar, há de se considerar que o destinatário da mercadoria remetida **com o fim específico de exportação** deve, necessariamente, exportá-la, não podendo, em qualquer hipótese, transferir a mercadoria a um terceiro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, sob pena de ser descaracterizada a não-incidência do imposto. Note-se que tal exigência não constitui mero formalismo da legislação, mas um mecanismo para controle das saídas de mercadorias com o fim específico de exportação. Sobre a matéria, já se manifestou a Superintendência de Legislação Tributária, a exemplo da Consulta de Contribuinte nº 192/99, cuja ementa ora se transcreve:

“EXPORTAÇÃO – QUANDO DA REMESSA DE MERCADORIA COM O FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO, PROMOVIDA POR EMPRESA MINEIRA, COM DESTINO A OUTRO ESTABELECIMENTO DA EMPRESA, CABERÁ A ELE, NECESSARIAMENTE, PROCEDER A EXPORTAÇÃO, NÃO PODENDO, EM QUALQUER HIPÓTESE, TRANSFERIR REFERIDA MERCADORIA A UM TERCEIRO ESTABELECIMENTO, AINDA QUE DA MESMA EMPRESA.”

De mais a mais, não se pode afirmar que a mercadoria exportada pelo estabelecimento situado no Rio de Janeiro seja a mesma saída do estabelecimento da Autuada, pois, conforme se vê das notas fiscais de transferência de fls. 1531/1665, elas nem sequer mencionam a figura da Autuada. Ressalte-se que a informação do número dos blocos não é suficiente para vincular as mercadorias consignadas nos referidos documentos àquelas saídas do estabelecimento da Autuada, pois, conforme demonstrado na manifestação fiscal “existem blocos, com idêntica numeração, vindos de estabelecimentos extratores distintos”.

Assim, restando demonstrado que o estabelecimento adquirente não procedeu à exportação das mercadorias, legítimo o procedimento do Fisco em descaracterizar a não incidência do imposto nas operações em apreço.

Do Pretenso Diferimento

A Impugnante alega que os blocos de granito em questão se enquadram no conceito de substância mineral no estado bruto, para fins de utilização do diferimento previsto no item 30 do Anexo II do RICMS/96.

Todavia, não é o que se depreende da análise dos autos, senão vejamos:

1- As notas fiscais de fls. 99/629 não mencionam que os blocos se encontram em estado bruto. Muito pelo contrário, demonstram uma mercadoria cujas dimensões atendem a um determinado padrão fixado pelo mercado. O quadro demonstrativo elaborado pelo Fisco (fls. 1765/1766) evidencia essa circunstância;

2- A fotografia de fls. 1.502, trazida aos autos pela Impugnante para exemplificar o produto, demonstra claramente que os blocos assinalados de preto já passaram pelo processo de industrialização - têm as laterais acertadas e as medidas, com certeza, dentro dos padrões estabelecidos pelo mercado, possuem o formato de paralelepípedo, as superfícies se encontram mais ou menos planas e os cantos foram acertados. Como se vê, tais blocos foram submetidos a processos distintos dos previstos no item 30, do Anexo II, do RICMS/96;

3- As consultas ao SISCOMEX extraídas através de números de DDE ou RE constantes dos Memorandos de Exportação apresentados pela Autuada demonstram que a classificação fiscal utilizada para a mercadoria é a 6802.93;

4- Conforme informação do Fisco, os blocos exportados diretamente pela Impugnante são por ela classificados na NCM 6802.93 junto à Receita Federal.

Vale aqui recordar o conceito de industrialização previsto no RICMS/96:

“Art. 222 – Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto :

(...)

II – industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, tais como:

a – a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe em obtenção de espécie nova (transformação);

b – a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

(...)”

Diante desses elementos, conclui-se que os produtos em questão não se enquadram no disposto no item 30, “b.1”, do Anexo II, do RICMS/96, não havendo, portanto, que se falar em diferimento.

É de se ressaltar que, ainda que se tratasse de substância mineral em estado bruto, as operações realizadas após 31 de janeiro/1998 (data do enquadramento da empresa no MICRO GERAES) não estariam amparadas pelo diferimento. É que não se aplica o diferimento nas saídas de mercadorias efetuadas por contribuinte enquadrado no MICRO GERAES, sendo as operações tributadas pelas regras estabelecidas para o regime.

Isso porque o art. 30, Anexo X do RICMS/96 (efeitos de 1º/01/98 a 31/03/2000), exclui expressamente as hipóteses de pagamento do imposto não compreendidas em seu regime e, estando o diferimento fora deste rol, a conclusão a que se chega é que o mesmo não se aplica aos contribuintes enquadrados no MICRO GERAES. Nesse sentido é a resposta dada pela DOET/SLT/SEF à Consulta de Contribuinte nº 108/99.

Assim, afastada está a hipótese de diferimento.

Vê-se, pois, que as infrações restaram plenamente caracterizadas, sendo legítimas as exigências constantes do presente Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal.

Relatora: Glemer Cássia Viana Diniz Lobato

Acórdão: 16.065/03/3ª – (Pub. no “MG” de 14/08/03)

EMENTA

EXPORTAÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ – Acusação fiscal lastreada em falta de comprovação da efetiva exportação das mercadorias. Entretanto, a documentação carreada aos autos pela defesa comprovou inequivocamente que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação foram efetivamente exportadas. Exigências de ICMS e MR canceladas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DESTINATÁRIO DIVERSO – Diante da comprovação de que as mercadorias constantes das notas fiscais autuadas foram efetivamente exportadas, não se verificou a hipótese de entrega das mercadorias a destinatário diverso, ensejando o cancelamento da exigência da multa isolada prevista no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75.

Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação relativa ao exercício de 2000, versa sobre descaracterização da não incidência nas saídas de café cru por falta de apresentação dos documentos necessários a comprovar a efetiva exportação das mercadorias.

Exige-se: ICMS, MR (50%) e MI (20%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 22/27, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 214/217.

Face a juntada de documentos pelo Fisco (fls. 220/227), abriu-se vista à

Impugnante, que retornou aos autos às fls. 230/234, enquanto o Fisco manifestou-se às fls. 240/242.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 244/250, opina pela improcedência do Lançamento.

DECISÃO

“Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS e MR tendo em vista a descaracterização da não incidência nas saídas de café cru por falta de apresentação dos documentos necessários a comprovar a efetiva exportação das mercadorias. Uma vez que não houve comprovação da exportação, o Fisco considerou que as mercadorias foram reintroduzidas no mercado interno e entregues a destinatário diverso do constante nos documentos fiscais, exigindo também a multa isolada prevista no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75.

O Fisco instruiu o Auto de Infração com a planilha de fls. 10/16, contendo a relação das 156 (cento e cinquenta e seis) notas fiscais de exportação para as quais solicitou comprovação da efetividade das operações, conforme intimação feita ao contribuinte (cópia da intimação foi posteriormente anexada pelo Fisco às fls. 218).

A exigência fiscal se refere a 14 (quatorze) notas fiscais de exportação, para as quais não foram apresentados os documentos solicitados, conforme listagem contida na planilha de fls. 17.

A Impugnante ao apresentar sua defesa faz menção à necessidade de realização de prova pericial e documental, no entanto, o pedido deixou de ser apreciado por não estar revestido das formalidades exigidas no artigo 98 da CLTA/MG. De qualquer forma, conforme se demonstrará adiante, a documentação carreada aos autos é suficiente para elucidar a questão, dispensando a necessidade de realização de qualquer prova pericial.

A não incidência do imposto sobre as operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, decorre de mandamento expresso na Lei Complementar 87/96, artigo 3º, inciso II, c/c artigo 32, sendo que encontrava-se disciplinada no inciso III do artigo 5º do decreto regulamentar mineiro (Decreto 38.104 de 28 de junho de 1996, que vigia à época dos fatos geradores tratados aqui).

O RICMS/96 previa, ainda, no item 1) do § 3º do mesmo artigo, que seria devido o imposto pela saída da mercadoria, quando não se efetivasse a exportação ou ocorresse a sua reintrodução no mercado interno.

Especificamente em relação ao café cru em grão, a legislação tributária estadual disciplinava no artigo 126 do Anexo IX do RICMS/96 a emissão das notas fiscais de saída, conforme abaixo:

Art. 126 - *Além de outras exigências previstas neste Regulamento, a nota fiscal que acobertar a saída de café cru conterá:*

I - valor da pauta fiscal e o número do ato estadual que a estabeleceu, quando for o caso;

II - valor da operação, quando diverso da pauta fiscal;

III - número e data do documento de arrecadação do imposto, quando for o caso;

IV - menção de que o produto se destina a industrialização,

quando for o caso;

V - menção de tratar-se de operação com diferimento ou com o imposto pago por substituição tributária, quando for o caso;

(1)VI - número de registro como exportador, no órgão próprio, do destinatário da mercadoria, nas hipóteses das operações referidas nas alíneas "c" e "d" do inciso I, "b" e "d" do inciso II, "c" do inciso III e "c" do inciso IV, todas do artigo 111 deste Anexo;

Efeitos de 01/08/96 a 03/03/97 - Redação original deste Regulamento:

"VI - número de registro, como exportador, no órgão próprio, do destinatário da mercadoria, nas hipóteses das operações referidas nas alíneas "c" do inciso I e "d" do inciso II do artigo 111 deste Anexo;"

(2)VII - classificação COB (Classificação Oficial Brasileira), peneira e bebida, exceto nas saídas promovidas por produtor rural, desde que não sejam operações de exportação ou de remessa com o fim específico de exportação.

Efeitos de 07/11/96 a 24/05/2000 - Revogado pelo art. 25 do Dec. nº 38.410, de 06/11/96 - MG de 07 e ret. no de 11/01/97.

"VII - "

Efeitos de 01/08 a 06/11/96 - Redação original deste Regulamento:

"VII - descrição do tipo e da bebida do café."

(3)Parágrafo único - Na hipótese de exportação, a nota fiscal deverá conter, além das demais exigências previstas neste Regulamento, as seguintes informações:

Efeitos de 01/08/96 a 24/05/2000 - Redação original deste Regulamento:

"Parágrafo único - Na hipótese de exportação, a nota fiscal deverá conter, além das especificações dos demais documentos relacionados com a operação, as seguintes informações:"

- 1) número do registro de exportação;*
- 2) número do registro de venda;*
- 3) valor do contrato de câmbio;*
- 4) valor por saca, em dólar americano, constante do contrato de câmbio;*
- 5) nome do porto e do navio.*

A documentação anexada pela Autuada por ocasião da impugnação (fls. 34/212) e depois às fls. 236/238, inclui as cópias das notas fiscais objeto da autuação e os documentos relacionados com a exportação das mercadorias nelas consignadas.

Da análise desta documentação, extrai-se que as notas fiscais foram emitidas em conformidade com as exigências previstas na legislação para as operações de saída

de café para exportação; os demais documentos apresentados incluem os *Bill of Lading*, os *RE (Registro de Exportação)*, os *DDE (Declaração de Despacho de Exportação)*, os *CE (Comprovante de Exportação)*. Ressalte-se que em todas as notas fiscais, além dos dados exigidos, consta a observação sobre o número do **CAS**, que por sua vez é citado tanto nos conhecimentos de embarque (*Bill of Lading*), quanto nos *RE (Registro de Exportação)*, vinculando os documentos entre si, de forma que a efetiva exportação dos cafés constantes dos documentos fiscais objeto da autuação restou devidamente evidenciada nos autos.

O Fisco não considerou a documentação apresentada ao argumento de que não houve por parte da Autuada cumprimento, em tempo hábil, da intimação efetivada aos 15.08.02, conforme AR que anexou aos autos (fls. 218/219). Argumenta, ainda, que os *Comprovantes de Exportação (CE)* apresentados foram emitidos em data posterior à autuação.

No entanto, procedem os argumentos da Autuada no que se refere ao disposto na IN SRF n.º 028 de 27 de abril de 1994 (publicada no DOU de 28/04/94) que disciplina o despacho aduaneiro de mercadorias destinadas à exportação.

A mencionada norma legal, ao tratar da **AVERBAÇÃO DE EMBARQUE E DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA**, dispõe:

Art. 46. *A averbação é o ato final do despacho de exportação e consiste na confirmação, pela fiscalização aduaneira, do embarque ou da transposição de fronteira da mercadoria.*

§ 1º Nas exportações por via aérea ou marítima, a averbação será feita, no Sistema, após a confirmação do efetivo embarque da mercadoria e do registro dos dados pertinentes, pelo transportador, na forma do art. 37.

.....
Art. 48. *Será automática a averbação do embarque ou da transposição de fronteira:*

I - nos casos indicados no art. 45, após o desembaraço da mercadoria ou da conclusão do trânsito aduaneiro; e

II - nos demais casos, após a confirmação do embarque da mercadoria, pelo transportador, ou da sua transposição de fronteira, conforme definido no inciso III do art. 39, quando os dados sobre a carga embarcada informados, no Sistema, coincidirem com os da carga desembaraçada pela fiscalização aduaneira.

E ainda, ao tratar do COMPROVANTE DA EXPORTAÇÃO:

Art. 50. *Concluída a operação de exportação, com a sua averbação, no Sistema, será fornecido ao exportador, quando solicitado, o documento comprobatório da exportação, emitido pelo SISCOMEX.*

Parágrafo único. Nos casos em que a unidade da SRF de despacho for diferente da unidade de embarque, caberá à primeira emitir o documento de que trata este artigo.

Art. 51. *Somente será considerada exportada, para fins fiscais e*

de controle cambial, a mercadoria cujo despacho de exportação estiver averbado, no SISCOMEX, nos termos dos arts. 46 a 49.

Parágrafo único. É irrelevante, para os efeitos deste artigo:

.....
II - a inexistência do comprovante de exportação, desde que sejam fornecidos aos órgãos e entidades competentes para efetuar a fiscalização e o controle dessas operações, os dados necessários à identificação do despacho averbado no Sistema.

Os dispositivos legais transcritos demonstram que a Receita Federal considera a operação de exportação concluída, sendo a mercadoria considerada exportada, quando o despacho de exportação estiver averbado no Sistema (**SISCOMEX**).

Os extratos de *Declaração de Despacho* trazidos aos autos pela impugnante informam que os despachos estão devidamente averbados, constando dos mesmos a expressão “**SITUAÇÃO DESPACHO: AVERBAÇÃO AUTOMÁTICA**” – por exemplo, ver fls. 39, 44, 51, 57, 65, 70, 77, 82, entre outras.

O *Comprovante de Exportação*, por sua vez, conforme consta expressamente do artigo 50 da norma legal mencionada, é emitido e fornecido ao interessado quando for por este solicitado, sendo que para atestar a exportação das mercadorias é irrelevante a data de sua emissão.

Restou comprovada, portanto, a efetividade das operações de exportação das mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, justificando-se o cancelamento das exigências de ICMS e MR, pois a teor de mandamento contido na Lei Complementar 87/96, não incide o imposto em tais operações, não incidência esta que à época dos fatos geradores encontrava-se disciplinada no artigo 5º, inciso III do RICMS/96. Tampouco verificou-se a hipótese de entrega a destinatário diverso daquele constante dos documentos fiscais, de maneira que não se aplica a penalidade prevista no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75.

O não atendimento da intimação em tempo hábil, por parte da Autuada, ensejaria a aplicação de penalidade específica cuja exigência, entretanto, não consta dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o Lançamento, nos termos do Parecer da Auditoria Fiscal.

Relator: Roberto Nogueira Lima

6 - IMPORTAÇÃO

2002

Acórdão: 15.803/02/1ª - (Publicado no “MG” de 19/09/02)

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IMPORTAÇÃO INDIRETA – Comprovado nos autos que a Autuada promoveu a importação indireta das mercadorias descritas na Declarações de Importação, objeto da autuação, eis que foram adquiridas por contribuinte localizado em outra unidade da Federação com o

objetivo prévio de destiná-la à empresa estabelecida neste Estado. Corretas as exigências fiscais, nos termos do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da CF/88, c/c art. 61, inciso I, subalínea "d.1" e "d.3" do RICMS/96 e incisos I, IV e VI da IN Conjunta SLT/SRE/SCT n.º 03/01, o ICMS é devido a Minas Gerais. Mantidas as exigências de ICMS e MR. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre Importação indireta dos Estados Unidos/França/Itália, de 206 kg de resina sintética para tratamento de águas afluentes – código N.C.M 39.14.0090 e 16.992 kg de extrato tanante de mimosa (resina sintética) – código N.C.M 32.01.20.00, sem recolhimento do ICMS devido.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 119/124, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 163/165.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 169/175, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A fiscalização constatou que a Autuada não promoveu o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais pelas operações de importação de mercadorias do exterior (importação indireta), uma vez descaracterizadas as aquisições de procedência estrangeira por Taus Trading Ltda., estabelecida em Vitória/ES, no meses de dezembro/99; janeiro, fevereiro, março, maio, agosto e outubro/00 e janeiro/01.

A relação das Declarações de Importação - DI, valores CIF, II, IPI, despesas aduaneiras, bases de cálculo e ICMS devido estão demonstrados no quadro de fls. 05.

O art. 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal/88, determina que o ICMS incidirá:

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior ... cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço” (grifo nosso)

A Lei Complementar n.º 87/96 define assim o local da operação, para efeitos de cobrança do imposto e estabelecimento responsável:

“Art. 11 – O local da operação ou da prestação, para efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I – em se tratando de mercadoria ou bem:

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”

O disposto no artigo 61, inciso I, alínea “d”, do RICMS/96 reza o seguinte:

“Art. 61 – O local da operação ou da prestação, para efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I – tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d – importados do exterior:

d.1 – o do estabelecimento que, direta ou indiretamente, promover a importação;

d.2 – o do estabelecimento destinatário, onde ocorrer a entrada física dos mesmos, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência, observado o disposto no § 6º;

d.3 – o do estabelecimento destinatário, onde ocorrer a entrada física dos mesmos, quando a importação, promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los àquele, observado o disposto no § 6º;

d.4 – o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido” (grifos nossos).

Extrai-se dos dispositivos legais que, para efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, relevante determinar o estabelecimento que promoveu a importação ou o estabelecimento destinatário onde ocorreu a entrada física das mercadorias em operação de importação promovida por outro estabelecimento de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência ou o estabelecimento destinatário onde ocorreu a entrada física em operação de importação promovida por outro estabelecimento e destinada previamente àquele.

Extrai-se ainda da Consulta de Contribuintes nº 100/2000, respondida pela DOET/SLT/SRE, em 17/07/2000, o seguinte:

“PARA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, NÃO IMPORTA O LOCAL DO DESEMBARAÇO, MAS SIM O LOCAL ONDE ESTEJA SITUADO O ESTABELECIMENTO IMPORTADOR”

(...)

“SENDO O BEM PRÉVIA E ESPECIFICAMENTE DESTINADO A PESSOA DIVERSA DAQUELA QUE A IMPORTOU, E TENDO A ELA SE DESTINADO FISICAMENTE, A MESMA SERÁ CONSIDERADA CONTRIBUINTE NO QUE SE REFERE AO ICMS DEVIDO PELA IMPORTAÇÃO”

Os documentos constantes dos autos comprovam que as mercadorias destinavam-se previamente à Autuada, haja vista as informações contidas nos Contratos de Câmbio, no campo “Dados Complementares” das Declarações de Importação - DI, na Invoice e nos Conhecimentos Marítimos, doc. fls. 09/114 que indicam o nome da Impugnante, senão vejamos:

No Contrato de Câmbio de Venda – Tipo 02 de Importação, relativo a DI n.º 99/1132366-8, doc. fls. 12/14, consta o nome da Autuada na identificação do comprador.

Na Fatura Comercial Invoice referente a DI n.º 00/1016371-3, fls. 19, consta também o nome da Autuada, vide documento de fls. 20.

Além de constar nos “Dados Complementares” da DI n.º 00/1016373-0, doc. fls. 25, o nome da Autuada, ele e, respectiva, identificação foram citados na Fatura Comercial Invoice, doc. fls. 28, relativa a referida DI.

Nota-se também que nos “Dados Complementares” da DI n.º 00/1016374-8 há referência à empresa Master, doc. fls. 30. Verifica-se, ainda, que a Autuada foi

mencionada como comprador no Contrato de Câmbio de Venda – Tipo 02 Importação, referente a esta mesma DI, haja vista que o número da Fatura Comercial citada nos “Dados Complementares” (00102206) também foi citado no Contrato, fls. 33/37.

Consta de forma expressa o nome da Autuada nos “Dados Complementares” da DI n.º 00/0773966-9 como importador das mercadorias. No Contrato de Câmbio de Venda – Tipo 02, relativo a esta importação, a Autuada foi citada como comprador, doc. fls. 43/46.

Quanto a DI n.º 01/0105305-8, a identificação da Autuada foi referida na Invoice n.º 00102292, conforme documentos de fls. 99/106.

Com relação às demais Declarações de Importação de n.ºs 00/0011336-5, 00/0037644-7, 00/0132887-0, 00/0190879-5, 00/0244824-0, 00/0422926-0 e 01/0064405-2, pode-se observar que o nome da Autuada foi mencionado nos Contratos de Câmbios respectivos na identificação do comprador, conforme se depreende dos documentos de fls. 47/98 e 107/114.

Sendo assim, a importação indireta promovida pela Autuada restou perfeitamente caracterizada nos autos, nos termos do art. 1º, incisos I, IV e V da Instrução Normativa Conjunta SLT/SRE/SCT n.º 03, de 14.11.01, que assim preceitua:

Art. 1º - É elemento necessário à comprovação da ocorrência de operação de importação indireta, dentre outras, a constatação, pelo Fisco, de uma das seguintes ocorrências:

I – indicação de contribuinte mineiro na Fatura Comercial (Commercial Invoice), especificamente nos campos do importador ou consignatário;

...

IV – indicação de contribuinte mineiro como importador ou consignatário na Declaração de Importação (DI), em seus anexos, ou informação nos “dados complementares” de que o destino final da mercadoria será contribuinte mineiro;

V - indicação de contribuinte como importador (comprador) no Contrato de Câmbio ou na Ordem de Pagamento, ou indicação da razão social do contribuinte mineiro responsável pelo efetivo pagamento cambial expressa no corpo do Contrato de Câmbio, no campo: “outras especificações.

Com relação à alegação da Autuada que o art. 22 do CTN não contempla a figura da importação indireta, ao fundamento que ele dispõe que o contribuinte do imposto de importação é o importador, salienta-se, conforme observado pelo Fisco, que o mencionado artigo diz que contribuinte do imposto é o importador ou quem a lei a ele equiparar. Contemplando o caso dos autos, verifica-se que a Lei Complementar n.º 87/96 fez essa equiparação no art. 11, inciso I, alínea “d”, anteriormente descrito.

A importação indireta está prevista no artigo 61, inciso I, alínea “d”, do RICMS/96, não prevalecendo, então, o entendimento da Impugnante que não existe a figura da importação indireta.

O ICMS não foi exigido em duplicidade, como argumentou a Impugnante, eis que, o ICMS incide sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço, conforme previsto no art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal/88.

No presente caso, o destinatário é a Autuada, contribuinte mineiro, conforme já demonstrado.

Se a empresa Taus Trading Ltda. pagou o ICMS devido pela entrada de mercadoria em operação de importação para o Estado do Espírito Santo, ela deverá pedir a restituição do valor que entende indevido.

O princípio da legalidade previsto no art. 150, inciso I da CF/88 e no art. 97, inciso I do CTN foi respeitado, haja vista que o fato gerador do ICMS devido na operação de importação está previsto no art. 5º, § 1º, item 5 da Lei n.º 6.763/75, e o local da operação na importação está definido no art. 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar n.º 87/96, como ressaltado pela fiscalização.

Não há se falar em nulidade do Auto de Infração, como pretendido pela Impugnante, uma vez que ficou demonstrado que ela infringiu os dispositivos apontados no Auto de Infração.

Diante disto e de toda a documentação anexada, resta perfeitamente caracterizado nos autos que o estabelecimento mineiro afigura-se como responsável pelo recolhimento do ICMS devido pelas operações de importação questionadas, nos estritos termos do disposto no art. 61, inciso I, alínea “d”, subalíneas “d.1” e “d.3”, do RICMS/96, c/c art. 1º, incisos I, IV e V da Instrução Normativa Conjunta SLT/SRE/SCT n.º 03, de 14.11.01.

Portanto, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e a respectiva Multa de Revalidação.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento nos termos do parecer da Auditoria Fiscal.

Relator: Wagner Dias Rabelo

Acórdão: 15.807/02/1ª - (Publicado no “MG” de 17/10/02)

EMENTA

IMPORTAÇÃO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS - Trabalho fiscal amparado na constatação de que a Contribuinte não estava arrolada na portaria interministerial a que se refere o item 10.2 do Anexo IV do RICMS/96. Não obstante, restou comprovado nos autos que à época da ocorrência dos fatos geradores a empresa encontrava-se com sua situação fiscal regular perante o fisco mineiro, conforme admitido pela própria SEF/MG. Exigências fiscais canceladas.

Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o sujeito passivo acima identificado, no período de outubro/98 a novembro/00, recolheu a menor o ICMS devido pela importação de mercadoria do exterior, por ter utilizado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no item 10 do Anexo IV do RICMS/96, uma vez que a empresa, no período de agosto/98 a janeiro/01, não estava relacionada na Portaria Interministerial de que trata o item 10.2 do referido Anexo IV.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 174/186, contra a qual o Fisco se manifesta

às fls. 244/246.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 251 e 314, que resultam nas manifestações de fls. 252,299,312,315 e324, bem como da Autuada, às fls. 296/297, 306/307 e 321/322, oportunidades em que as partes carregaram vários documentos aos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 326/330, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Decorre a exigência fiscal formalizada da constatação do recolhimento a menor do ICMS incidente em operações de importação de mercadorias do exterior, ocorridas nos meses de **outubro/98 a novembro/00**, por ter a Contribuinte utilizado indevidamente da redução da base de cálculo do imposto, haja vista que no período de agosto/98 a janeiro/01 a mesma não se encontrava relacionada na *portaria interministerial* de que trata o item 10. 2, do Anexo IV, do RICMS/96.

Vale destacar que a Impugnante encontra-se cadastrada neste Estado sob o CAE nº 14.4.1.20-5, ou seja, "reparação de aeronaves, turbinas e motores de aviação", tendo importado do exterior *partes, componentes e peças de aeronaves*, ao abrigo da "redução da base de cálculo" do imposto a que se refere o dispositivo legal em referência, *in verbis*, benefício oriundo do Convênio ICMS 75/91, de 05-12-91:

*"10.2 - O benefício previsto neste item será aplicado exclusivamente às empresas nacionais da indústria aeronáutica, às da rede de comercialização, inclusive as oficinas reparadoras ou de conserto de aeronaves, e às importadoras de material aeronáutico, relacionadas em **portaria interministerial dos Ministérios da Fazenda e da Aeronáutica**, na qual deverão ser indicados ..."*

Analisando-se as peças dos autos, infere-se que no período objeto das exigências, a Autuada de fato não se encontrava arrolada na respectiva **Portaria Interministerial nº 206, de 13-08-98**, que vigorou no período de **14-08-98 a 24-01-01** documento esse que se encontra anexado às fls. 192/193, circunstância que, a princípio, respaldaria o trabalho fiscal.

Não obstante, importante torna-se examinar algumas peculiaridades do caso em comento, quais sejam:

Antes da publicação da aludida portaria, vigorava desde 09-06-94 a Portaria Interministerial nº 323 (fls. 190/191), na qual a Autuada encontrava-se relacionada, período esse, portanto, em que a mesma fazia jus ao benefício da redução da base de cálculo do ICMS concernente às importações realizadas (vide, inclusive, o art. 71, VII, § 3º, item 2, do RICMS/91);

Em 22-12-97 foi encaminhado ao Diretor da SRE/MG, o MEMO COTEPE/MG Nº 174/97 (fls. 283), com a finalidade de se averiguar a regularidade das situações das empresas que operavam com produtos aeronáuticos neste Estado, haja vista que se pretendia editar nova portaria interministerial com a *relação atualizada*, que iria substituir a de nº 323;

Em 23-03-98, mediante o OF.COTEPE/MG/Nº 004/98 (fls. 253), o fisco mineiro encaminhou ao Secretário Executivo da COTEPE em Brasília-DF, o levantamento dos contribuintes que teriam direito à concessão de redução da base de cálculo do imposto nas operações com mercadorias do setor aeronáutico, documento esse que excluiu do rol

de empresas que iriam compor a nova portaria interministerial a ora Impugnante, haja vista a irregularidade de sua "situação fiscal" eis que a mesma possuía "débitos inscritos em dívida ativa" representados pelos **PTAs 01.000008813-74 e 01.000010104-74** (vide doc. fls. 257 e 271);

Diante dessa informação, em 14-08-98, foi publicada a Portaria Interministerial nº 206 (fls. 192/193), sem a inclusão da Autuada;

No entanto, logo no mês seguinte, 18-09-98, a Diretoria de Fiscalização/MG, encaminhou ao Assessor/COTEPE-ICMS o Memorando DIF/SRE nº 362 (fls. 287), informando que o óbice à inclusão da Autuada no rol de empresas que fariam jus ao benefício da redução da base de cálculo ora em comento não mais existia, eis que haviam sido *desconstituídos* os dois PTAs acima citados;

Em 25-09-98, portanto **antes** da ocorrência dos fatos geradores objeto do presente feito, o referido Assessor/COTEPE-ICMS encaminhou ao Secretário Executivo da COTEPE/ICMS, em Brasília/DF, o Ofício COTEPE/MG/Nº 039/98 (fls. 288), solicitando o obséquio de fazer gestão junto ao Ministério da Aeronáutica com o objetivo de **incluir** a empresa Wanair Táxi Aéreo, ora Autuada, na relação constante da Portaria Interministerial nº 206, haja vista a legalidade e regularidade de sua situação fiscal perante o fisco mineiro;

Não obstante, a Impugnante somente foi incluída no rol de empresas cerca de *2 anos e 4 meses* após a aludida solicitação, quando da edição da nova Portaria Interministerial nº 22, de 24-01-01 (fls. 194/195).

Em sendo assim, tendo em vista as circunstâncias acima, infere-se que em **setembro/98**, portanto **antes** da ocorrência dos fatos geradores, a própria SEF/MG constatou que a Autuada fazia jus ao referido benefício da redução da base de cálculo do ICMS, motivo que a levou a solicitar à COTEPE/ICMS que providenciasse a inclusão da mesma na relação de empresas a que se refere a Portaria Interministerial nº 206, de 13-08-98, inserção essa que, todavia, somente ocorreu em *janeiro/01*.

Acrescente-se ainda que **antes** da data 23-03-98 (item 3 acima), ocasião em que a SEF/MG encaminhou à COTEPE/ICMS a lista de empresas que iriam integrar a futura Portaria Interministerial nº 206, de 13-08-98, a ação ajuizada pela Contribuinte nº 024.94.012.593/3 (relativa ao PTA nº **01.000010104-74**), já havia tido decisão transitada em julgado (favoravelmente à mesma), conforme acórdão de 09-02-98 (vide documentos de fls. 301, 302 e 309), o mesmo acontecendo em relação ao processo judicial nº 024.94.012.473-8 (acórdão de 25-03-97) o qual, segundo a Contribuinte, se refere ao **PTA nº 01.000008813-74** (vide documentos de fls. 176, 307 e 310 dos autos), fatos que evidenciam um provável equívoco cometido pelo fisco mineiro na aludida oportunidade, ao indevidamente informar à COTEPE-ICMS que a empresa estaria com "situação fiscal" irregular.

Nesse sentido, considerando as peculiaridades acima, depreende-se que em relação ao caso presentemente analisado, a Portaria Interministerial nº 206 teve efeito declaratório mas não constitutivo, haja vista a regularidade da situação fiscal da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores, fato admitido pela própria SEF/MG, circunstância que credencia a Impugnante a fazer jus à redução da base de cálculo do ICMS nas importações realizadas.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o lançamento nos termos do bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro Jorge Henrique Schimidt que o julgava procedente. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Élcio Reis e pela Impugnante o Dr. Amanajós Pessoa da Costa.

Relator: Windson Luiz da Silva

Acórdão: 15.910/03/3ª - (Publicado no "MG" de 12/04/03)

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DRAWBACK - ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO. Constatou-se que o contribuinte adquiriu mercadorias (fios de cobre) sob o regime de “*Drawback*”, utilizando-se do benefício da isenção de ICMS e não efetivou a exportação nas condições determinadas na cláusula primeira, parágrafo único, item 2 do Convênio ICMS 27/90 c/c item 73.2 do Anexo I do RICMS/96, efetuando venda dos produtos resultantes da industrialização das matérias-primas importadas para empresas industriais estabelecidas em outras unidades da federação. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação. Infração plenamente caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL. O contribuinte deixou de entregar na Repartição Fazendária os documentos *Declaração de Despacho de Exportação (DDE)*, *Declaração de Importação (DI)* e *Ato Concessório*, referentes às importações realizadas ao abrigo da isenção do ICMS, sob o regime de “*Drawback*”, em desacordo com as normas previstas nos itens 73.2 e 73.3, Anexo I, RICMS/96. Exigência de Multa Isolada prevista no artigo 57 da Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre duas irregularidades: em primeiro lugar, por descumprimento de obrigação acessória, uma vez que o Autuado deixou de entregar na Repartição Fazendária os documentos de *Declaração de Despacho de Exportação (DDE)*, *Declaração de Importação (DI)* e *Ato Concessório*, referentes às importações realizadas ao abrigo da isenção do ICMS, sob o regime de “*Drawback*”, em desacordo com as exigências previstas na legislação tributária. Exigência de Multa Isolada, capitulada no artigo 57 da Lei 6763/75.

Em segundo lugar, o contribuinte adquiriu mercadorias (fios de cobre) sob o regime de “*Drawback*”, utilizando-se do benefício da isenção de ICMS e não efetivou a exportação nas condições determinadas na cláusula primeira, parágrafo único, item 2 do Convênio ICMS 27/90, efetuando venda do produto resultante da industrialização para empresas industriais estabelecidas em outras unidades da federação. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, referentes aos exercícios de 1996 e 1997.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 995/1025, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2190/2205.

A Autuada anexa, às fls. 2208/5599, cópias de documentos que, segundo a mesma, comprovam as exportações dos produtos recebidos sob o regime de “drawback.”

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 5603/5620, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de exigências de ICMS e Multa de Revalidação, referentes aos exercícios de 1996 e 1997, por ter o contribuinte adquirido mercadorias (fios de cobre)

sob o regime de “*Drawback*”, utilizando-se do benefício da isenção de ICMS sem efetivar a exportação nas condições determinadas no item 73.2, Anexo I, RICMS/96, efetuando venda do produto resultante da industrialização para empresas industriais estabelecidas em outras unidades da federação.

O Auto de Infração exige, ainda, Multa Isolada (artigo 57 da Lei 6763/75) por ter o contribuinte deixado de atender às exigências previstas nos item 73.2 e 73.3, Anexo I, RICMS/96, não entregando na Repartição Fazendária os documentos *Declaração de Despacho de Exportação (DDE)*, *Declaração de Importação (DI)* e *Ato Concessório* referentes às importações realizadas ao abrigo da isenção do ICMS sob o regime de “*Drawback*”.

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

A matéria encontra-se disciplinada no item 73, Anexo I, RICMS/96, que prevê a isenção de ICMS no caso de “*entrada de mercadoria importada do exterior, sob o regime de drawback*”:

73.1 *A isenção somente se aplica:*

a - se a operação estiver beneficiada com suspensão do Imposto de Importação e do IPI;

b - se das mercadorias importadas resultarem, para exportação, produtos industrializados ou os arrolados no Anexo XI.

Efeitos de 01/08 a 10/10/96 - Redação original deste Regulamento:

“b - se das mercadorias importadas resultarem, para exportação, produtos arrolados no Anexo XI.”

73.2 *A isenção fica condicionada à efetiva exportação, pelo importador (gn), do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, comprovada mediante entrega à repartição fazendária de seu domicílio fiscal, da cópia da Declaração de Despacho de Exportação (DDE), devidamente averbada com o respectivo embarque para o exterior, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado do término do prazo de validade do Ato Concessório do regime, ou, na inexistência deste, de documento equivalente, expedido pelas autoridades competentes.*

73.3 *O importador deverá entregar, na repartição fazendária de seu domicílio fiscal, em nível mínimo de Administração Fazendária (AF):*

a - até 30 (trinta) dias após a liberação da mercadoria importada pela repartição federal competente, cópias da Declaração de Importação, da correspondente nota fiscal emitida pela entrada e do ato concessório do regime ou, na inexistência deste, de documento equivalente, em qualquer caso, com expressa indicação do bem a ser exportado;

b - cópias dos seguintes documentos, no prazo de 30 (trinta) dias contado da respectiva emissão:

b.1- Ato Concessório Aditivo, emitido em decorrência da prorrogação do prazo de validade originariamente estipulado;

b.2- Novo Ato Concessório, resultante da transferência dos saldos de insumos importados ao abrigo do ato concessório original e ainda não aplicados em mercadoria exportada.

73.4 A isenção estende-se, também, às saídas e retornos dos produtos importados, em operações internas, com destino a industrialização por conta e ordem do importador.

73.5 Nas operações que resultem em saídas, inclusive com a finalidade de exportação, de produtos resultantes da industrialização da matéria-prima ou dos insumos importados com o benefício, tal circunstância deverá ser informada na respectiva nota fiscal, consignando-se, também, o número do correspondente ato concessório do regime de **drawback**.

73.6 A inobservância dos requisitos descaracteriza a isenção, devendo o imposto ser pago com todos os acréscimos legais, calculados a contar da data de ocorrência do fato gerador.

A título de esclarecimento, importa observar que o *Drawback* é um regime especial aduaneiro previsto e disciplinado pela legislação federal, no qual se incluem três modalidades, quais sejam, o *Drawback Suspensão*, o *Drawback Isenção* e o *Drawback Restituição*.

Na Consulta de Contribuinte 028/99, o órgão fazendário responsável (SLT) expõe didaticamente sobre o *drawback*:

“A modalidade SUSPENSÃO implica na suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Importação (II), em razão da futura reexportação de produto resultante do beneficiamento da mercadoria importada ou de produto em cuja confecção ela tenha sido empregada.

Já a modalidade ISENÇÃO, que implica na isenção dos citados impostos, se dá quando verificada, anteriormente à importação, a exportação de produto resultante de beneficiamento de mercadoria idêntica àquela que agora se importa ou na elaboração do qual tal mercadoria idêntica tenha sido empregada. Trata-se, pois, de uma forma de "compensação", pela exportação anteriormente efetuada.

Em termos práticos, na modalidade Suspensão a mercadoria importada tem que ser, de alguma forma, reexportada. Já na modalidade Isenção, a mercadoria que entra poderá ser destinada ao mercado nacional. Isto porque, mercadoria idêntica foi empregada em beneficiamento ou fabricação de produto anteriormente exportado.

Por sua vez, a modalidade RESTITUIÇÃO implica na incidência daqueles Impostos federais quando da importação e a restituição de valor a eles correspondentes, sob a forma de crédito, caso se verifique a exportação de produto nos quais aqueles tenham sido utilizados, seja como objeto do beneficiamento, seja como parte na elaboração.

Portanto, correspondem as modalidades (espécies) citadas a regimes diversos de Drawback, com particularidades que lhes são próprias.

Estabeleceu a legislação estadual mineira, no que se refere ao ICMS, que ocorrem ao abrigo da isenção as importações albergadas pelo Regime Especial Aduaneiro Drawback Suspensão, conforme disposto no item 73 do Anexo I do RICMS/96, aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996...”

Na seqüência, o texto da Consulta mencionada transcreve o dispositivo legal do decreto regulamentar e lembra que conforme determinação de norma geral constante do

Código Tributário Nacional (CTN), artigo 111, inciso II, a legislação tributária há de ser interpretada literalmente quando tratar, entre outros assuntos, de isenção.

Prosseguindo, diz o órgão fazendário:

“Dessa forma, a isenção do imposto estadual, a que se refere o item 73 anteriormente transcrito, aplica-se somente quando concedido pela Administração Federal Regime Aduaneiro Especial Drawback, na modalidade Suspensão.

E, considerando não ser a isenção estabelecida pelo Estado, simplesmente, um benefício ao qual se possa renunciar; mas sim, uma determinação ditada enquanto política tributária, há de ser aplicada.

Logo, quando da importação à qual se aplique, em relação a impostos federais, o Regime Especial Aduaneiro Drawback, na modalidade suspensão, ocorrerá a isenção em relação ao ICMS, desde que verificadas as condições estabelecidas na legislação estadual...” (gn)

Importa, ainda, esclarecer que o regime de *Drawback Suspensão* compreende também algumas submodalidades, entre as quais inclui-se o *Drawback Intermediário*, aplicável à importação de insumos para fabricação de bens cujas etapas produtivas estão entregues a mais de um fabricante. O produto intermediário será fornecido a outra empresa que o utilizará na industrialização de produto final a ser exportado diretamente ou por intermédio de Trading Company (Empresas Comerciais Exportadoras).

Diante do exposto acima, conclui-se que o regime de **drawback**, que consiste em uma forma de "desoneração tributária" de mercadorias importadas para emprego na industrialização de produtos a serem exportados, diz respeito, ordinariamente, a impostos aduaneiros, sendo considerado um incentivo à exportação.

Entretanto, em razão da crescente disputa comercial imposta pela "globalização", Estados, Distrito Federal e União celebraram o Convênio ICMS 27/90, ampliando o incentivo por meio da inclusão do ICMS no rol de tributos abrangidos pela desoneração citada.

Porém, a legislação estadual mineira estabeleceu as condições para a fruição do benefício desta "desoneração", conforme disposto no Convênio 27/90, condições estas expressas nos subitens do artigo 73 do Anexo I do RICMS/96, que condicionam a isenção à exportação, pelo próprio importador mineiro, do produto resultante da industrialização a que forem submetidos os produtos importados.

A legislação mineira dispõe ainda que a isenção estende-se, também, às saídas e retornos dos produtos importados, em operações internas, com destino a industrialização por conta e ordem do importador, tal como reza expressamente o Convênio 27/90.

Vê-se, portanto, que o Convênio celebrado buscou preservar a autonomia constitucionalmente garantida a cada um dos Estados da Federação, no que se refere à instituição do ICMS, de forma a garantir que cada unidade possa ter gerência e controle sobre os produtos importados com o benefício da isenção pelos contribuintes nela estabelecidos.

No caso de inoportunidade a exportação nos termos previstos na legislação, anula-se a "dispensa" do imposto, anteriormente ocorrida, conforme disposição da cláusula sexta do convênio em questão, c/c subitem 73.6 do item 73 do Anexo I do Decreto Regulamentar (este último já transcrito anteriormente).

Como se pode notar, o que se busca, através da descaracterização do benefício, é a sua anulação, cobrando-se o tributo como se tal benefício não houvesse existido.

A documentação carreada aos autos, tanto pelo Fisco às fls. 11/993, quanto pela Autuada por ocasião da Impugnação apresentada (fls. 1.036/2.186) e depois em aditamento à defesa (fls. 2.208/5.599), demonstram que o contribuinte obteve junto aos órgãos federais competentes os *Atos Concessórios* relacionados no **AI** para importar mercadorias (fios de cobre) sob o regime de *Drawback Suspensão*, comprometendo-se a exportar “fios de cobre magneto esmaltados”.

Extraí-se, ainda, da documentação apresentada, que o contribuinte, após a industrialização do produto importado, ao invés de efetivar a exportação nas condições estipuladas no *Ato Concessório*, vendeu a maior parte dos produtos resultantes da industrialização para empresas industriais exportadoras estabelecidas nos Estados de São Paulo e de Santa Catarina, que por sua vez os utilizou na produção de motocompressores cujo destino foi o exterior.

As empresas industriais exportadoras, adquirentes dos produtos industrializados pela Impugnante, forneceram a esta toda a documentação relativa à utilização dos fios na fabricação dos motocompressores e à comprovação da sua posterior exportação, documentação esta anexada pela Autuada às fls. 2.208/5.599, em aditamento à defesa anteriormente apresentada.

Ou seja, a Autuada busca comprovar, nos autos, que seu procedimento em relação à maior parte dos produtos importados através dos *Atos Concessórios*, foi aquele referente ao *Drawback Intermediário*, embora esta situação não constasse expressamente daqueles documentos. Entende, a Autuada, que uma vez que a documentação apresentada comprova que os fios por ela produzidos, a partir dos produtos importados através dos *Atos Concessórios* em comento, foram utilizados na fabricação de produtos cujo destino foi a exportação, as importações por ela realizadas têm direito à isenção do ICMS.

No entanto, conforme já visto, a legislação estadual mineira somente contempla com isenção do ICMS a importação de produtos sob o Regime Aduaneiro de Drawback Suspensão, desde que cumpridas as condições nela estabelecidas.

Entre estas condições, ratifica-se, estão aquelas no sentido de se exigir que o produto importado seja utilizado na produção de um novo produto a ser exportado pelo importador mineiro, sendo que a isenção se estende, ainda, às operações de remessa e retorno de industrialização, em operações internas, por conta e ordem do importador.

A concessão de isenção às importações sob o Regime Aduaneiro de Drawback Suspensão pela legislação estadual mineira não abarca, portanto, as operações em que o produto resultante da industrialização seja vendido para empresas localizadas em outras unidades da Federação, para a fabricação de produtos que por sua vez serão futuramente exportados.

Neste sentido, a SLT se posicionou expressamente na **CONSULTA DE CONTRIBUINTE N.º 156/2002**:

IMPORTAÇÃO – REGIME DE DRAWBACK – A isenção do ICMS prevista no item 73, Anexo I do RICMS/96, aplica-se apenas às importações sujeitas ao regime de drawback do tipo suspensão e desde que a exportação do produto industrializado resultante da mercadoria importada seja promovida pelo próprio importador.

Desta forma, tendo a Autuada descumprido as condições estabelecidas na legislação estadual mineira para a fruição do benefício da isenção, o imposto incidente nas importações por ela realizadas, relativas aos *Atos Concessórios* de que tratam os autos

(em sua maior parte), é devido ao erário mineiro, devendo o imposto ser acrescido de atualização monetária, multa de revalidação (devido à ação fiscal) e demais acréscimos legais, calculados a **partir da ocorrência do fato gerador**, data esta que no caso da importação coincide com o **vencimento do prazo em que o imposto deveria ter sido recolhido caso a operação não tivesse sido realizada com a isenção** (cláusula sexta do Convênio 27/90 c/c artigo 2º, inciso I da Parte Geral e subitem 73.6 do Anexo I do RICMS/96).

Na apuração do valor do ICMS devido, o Fisco considerou, para cada *Ato Concessório*, o valor CIF das importações realizadas, acrescido das despesas aduaneiras, aplicando a alíquota de 18%, atendendo ao disposto nos artigos 44-I e 43 § 2º do decreto regulamentar. O **Auto de Infração** foi devidamente instruído com a documentação relativa a cada *Ato Concessório*, sendo que em relação a cada um deles o Fisco anexou cópias de todas as notas fiscais de saída dos produtos resultantes da industrialização realizada nos produtos importados emitidas pelo contribuinte, relacionando-as em planilhas em que constam todos os dados a elas relativos – NF, data, CFOP, destinatário, produto, quantidade, valor, identificação do *Ato Concessório* a que se referem.

Ressalte-se que embora a Autuada alegue que o Fisco incluiu na autuação até mesmo aquelas operações em que efetuou diretamente a exportação dos fios produzidos com o produto importado, ou ainda que não foram abatidos os valores de ICMS já recolhidos por ocasião do acerto efetuado quando da baixa dos *Atos Concessórios* junto aos órgãos federais, tais alegações são desprovidas de fundamento.

As planilhas de fls. 09/10, elaboradas pelo Fisco, mostram a consolidação do crédito tributário apurado, sendo que na planilha de fls. 09 o Fisco expressamente indica que na apuração da base de cálculo tributável relativa às **DI** do *Ato Concessório 18-96/000367-6* foi considerado o percentual de 76,37% do total, tendo em vista a exclusão das saídas diretas para o exterior, conforme relação das notas fiscais de saída a ele relativas às fls. 376/383, enquanto que na planilha de fls. 10 constam expressamente os abatimentos relativos aos valores anteriormente recolhidos pela Autuada, relativamente a cada *Ato Concessório*.

Importa ainda observar aqui que entre as condições impostas pela legislação tributária para a fruição do benefício da isenção, encontra-se aquela preconizada na alínea “b” do subitem 73.1 do Anexo I do RICMS/96, no sentido de que das mercadorias importadas devem resultar, para exportação, produtos industrializados ou os arrolados no Anexo XI.

No período de 01/08/96 a 10/10/96, vigorou a redação original do decreto regulamentar 38.104/96, mais restritiva, que condicionava a isenção ao fato de “*se das mercadorias importadas resultarem, para exportação, produtos arrolados no Anexo XI*”.

O *Ato Concessório 18-96/000306-4* (documentos às fls. 181/207) foi concedido aos 19.08.96, sendo a data da DI dos produtos importados 04.10.96, cuja entrada no estabelecimento destinatário ocorreu aos 05.10.96, portanto dentro do período de vigência da redação mais restritiva da norma legal, conforme dito acima.

O produto resultante da industrialização dos insumos importados seria, conforme discriminado no *Ato Concessório*, “fios de cobre magneto esmaltado”, código NBM 8544.11.0000, produto este não arrolado no Anexo XI do RICMS/96.

Desta forma, em relação ao *Ato Concessório 18-96/000306-4* inexistia à época de sua concessão previsão legal de isenção do ICMS para a importação dos produtos nele mencionados, independentemente de qualquer condição resolutiva, sendo o imposto devido como em qualquer importação normal, com todos os acréscimos legais.

A Impugnante clama, ainda, pela decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a cinco dos *Atos Concessórios* objeto da autuação, tendo em vista o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN.

No entanto, tratando-se de lançamento de ofício, aplica-se ao caso o disposto no artigo 173, inciso I do CTN, que preconiza:

“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;”

Tratando-se de *drawback*, o Fisco só poderia realizar qualquer lançamento após a ocorrência do adimplemento ou não dos compromissos assumidos pelo beneficiário do regime, ou seja, após verificado o cumprimento ou não das condições estabelecidas na legislação tributária mineira para a fruição do benefício da isenção – no caso, a exportação, pelo próprio importador, do produto resultante da industrialização dos insumos importados com suspensão dos tributos federais e isenção do ICMS.

Assim, não há como se falar em prazo decadencial contado a partir da ocorrência do fato gerador, que seria a data da entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário no período de 01.08.96 a 03.03.97, ou a data do desembarço aduaneiro de 04.03.97 em diante, uma vez que durante a vigência do *Ato Concessório* não seria possível à Fazenda Pública constituir o crédito tributário, estando em vigor a isenção concedida sob determinadas condições.

No presente caso, somente após o descumprimento, pela Autuada, das condições estabelecidas na legislação tributária mineira, é que poderia o Fisco ter efetuado o lançamento. Ou seja, somente após a data em que a Autuada promoveu a saída dos produtos resultantes da industrialização dos insumos importados com isenção para empresas estabelecidas em outros Estados, ao invés de efetuar diretamente a exportação dos mesmos.

Assim fez o Fisco: apurou o crédito tributário considerando a contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que houve a saída dos produtos resultantes da industrialização dos insumos importados para empresas estabelecidas em outras unidades da Federação.

Desta forma, o Auto de Infração, cuja intimação deu-se aos 25.09.2002, exige o ICMS das mercadorias importadas cuja saída dos produtos resultantes para outras unidades da Federação ocorreu a partir de 01.01.97. A planilha de fls. 09 demonstra que a base de cálculo tributável relativa aos *Atos Concessórios 18-96/000241-6 e 18-96/000306-4* representa o percentual das saídas em quilogramas durante o exercício de 1997 (respectivamente 60,64% e 62,55%), conforme apuração constante das planilhas de fls. 43/47 e 208/210.

Neste sentido é o posicionamento da Receita Federal, conforme se vê da jurisprudência formada pelos acórdãos existentes sobre o tema, citados pelo Fisco por ocasião da manifestação fiscal, posicionamento este expresso no Parecer Normativo CST N.º 09 de 30 de abril de 1984, publicado no D.O.U de 04/05/84, cujo teor reproduz-se, e parte, abaixo:

PARECER NORMATIVO CST N.º 09 – DE 30 DE ABRIL DE 1984

Incentivos Fiscais do Decreto-Lei n.º 1.137/70

Descumprimento das Condições

0.35.15.30 – Decadência.

"Os incentivos fiscais previstos no Decreto-Lei n.º 1.137 de 07 de dezembro de 1970, deferidos pelo Conselho d Desenvolvimento Industrial do Ministério da Indústria e do Comércio a determinados empreendimentos industriais, caracterizam modalidade de exclusão do crédito tributário sob condição resolutiva.

Uma vez revogado o ato concessório de tais incentivos, por inadimplência do beneficiário, concretiza-se o direito da Fazenda Pública à constituição dos créditos tributários, contando-se o prazo decadencial de cinco anos, previsto no parágrafo único do artigo 173 do CTN, a partir da notificação, feita pelo CDI ao interessado, da citada revogação."

...

Tratando-se a isenção prevista no item 73 do Anexo I do RICMS/96 de isenção concedida sob condição resolutiva, aplica-se por inteiro o disposto no Parecer supra ao caso dos autos.

O Auto de Infração exige, ainda, corretamente, a Multa Isolada prevista no artigo 57 da Lei 6763/75, por descumprimento de obrigação acessória, visto que a Autuada não entregou à Repartição Fazendária de seu domicílio fiscal os documentos exigidos nos subitens 73.2 e 73.3 do Anexo I do RICMS/96.

As demais alegações da Autuada não têm o condão de elidir a exigência fiscal.

Em relação ao direito ao crédito, por ela pleiteado, ressalta-se que no caso de ser efetuado o pagamento do imposto exigido nos autos, a matéria encontra-se disciplinada no artigo 67 § 1º do RICMS/96.

Quanto à aplicação dos juros somente a partir dos vencimentos constantes dos *Atos Concessórios*, não é possível atender tal reivindicação, visto a determinação contida no subitem 73.6 do RICMS/96 c/c a cláusula sexta do Convênio 27/90.

Tampouco tem respaldo legal as alegações de inaplicabilidade da taxa SELIC para a cobrança de juros moratórios, uma vez que a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado são disciplinados pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais, sendo estes critérios estabelecidos pela Lei Federal n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996 em seus artigos 5º, § 3º e 75.

Por fim, resta mencionar que, ao contrário do que alega a Impugnante, cabe sim ao Fisco mineiro apurar se houve ou não o adimplemento das condições estipuladas na legislação tributária para assegurar a fruição do benefício da isenção nas operações de importação ao abrigo do regime de *Drawback*, competência esta que lhe é expressamente atribuída pelo artigo 45 da CLTA/MG.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

7 – ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO

2002

Acórdão: 15.846/02/1ª - (Publicado no “MG” de 24/10/02)

EMENTA

ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO - ZONA FRANCA DE MANAUS - PRODUTOS FARMACÊUTICOS. Perda do benefício da isenção face a não comprovação de internamento das mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus conforme previsto no artigo 285, parágrafo único, item 3, do Anexo IX, do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada emitiu notas fiscais de saída com destino à Zona Franca de Manaus, sem comprovação dos respectivos internamentos, descaracterizando, assim, a isenção prevista no artigo 285 do Anexo IX, do RICMS/96. Exige-se ICMS, MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 14 a 17, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 40 a 42.

DECISÃO

O feito fiscal refere-se à descaracterização da isenção prevista no art. 285, do Anexo IX, do RICMS/96, face à constatação de que o autuado emitiu notas fiscais de saída com destino à Zona Franca de Manaus e não comprovou os respectivos internamentos das mercadorias.

Para que os contribuintes possam usufruir do benefício das isenções do ICMS previstas na legislação tributária mineira, devem cumprir as obrigações acessórias que lhes são impostas.

É o que prevê o parágrafo primeiro do art. 6º da parte geral do RICMS/96:

§ 1º - A isenção não dispensa o contribuinte do cumprimento das obrigações acessórias.

O mesmo art. 6º, agora no seu parágrafo segundo, dispõe:

§ 2º - Quando o reconhecimento da isenção do imposto depender de condição posterior, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorrer a operação ou prestação.

O que se vê no caso dos autos é que o contribuinte remetente dos produtos para as áreas incentivadas teria direito à isenção prevista no item 57 do Anexo I, do RICMS/96 afeta à saída de produtos industrializados de origem nacional com destino a estabelecimento de contribuinte do imposto localizado nos municípios pertencentes à Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio.

Entretanto, tal isenção, como dispõe o próprio item 57 citado, pressupõe o

atendimento às condições estabelecidas nos artigos 285 a 298 do Anexo IX do RICMS/96, artigos estes que compõem o Capítulo XXXIII do referido Anexo, “Das Operações Relativas à Saída de Produtos Industrializados com Destino às Áreas de Livre Comércio e à Zona Franca de Manaus”.

Dentre as várias condições há a do item 3 do parágrafo único do artigo 285 que condiciona a isenção à comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, mediante a formalização do internamento.

A constatação do ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas far-se-á mediante realização de sua vistoria física pela SUFRAMA e pela SEFAZ do Estado destinatário (art. 291, caput, do Anexo IX, do RICMS/96) e será disponibilizada pela SUFRAMA por meio de declaração, via internet (§ 2º, art. 291, Anexo IX, RICMS/96).

Diante da inexistência de tais declarações referentes às notas fiscais de emissão da Autuada, o Fisco intimou-a a apresentar as respectivas Certidões de Internamento (fls. 11) concedendo-lhe, para tanto, o prazo de 60 dias, em atendimento ao art. 298 do Anexo IX, do RICMS/96.

A Autuada, entretanto, não logrou comprovar que as mercadorias constantes das notas fiscais arroladas pelo Fisco no Anexo ao Auto de Infração (fls. 05) efetivamente ingressaram nas áreas incentivadas, uma vez que não apresentou qualquer documento comprobatório do fato.

Importa salientar que a SUFRAMA e a SEFAZ do Estado destinatário podem formalizar, a qualquer tempo, o internamento de mercadoria não vistoriada à época de seu ingresso nas áreas incentivadas, mediante o procedimento denominado de “Vistoria Técnica” que será solicitada pelo remetente ou destinatário da mercadoria.

Em sendo o caso, após o exame de toda a documentação exigida, que permita comprovar o ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas, a SUFRAMA e a SEFAZ do Estado destinatário emitirão parecer conjunto e devidamente fundamentado sobre o pedido de Vistoria Técnica e remeterão, ao Fisco deste Estado, cópia do referido parecer com todos os elementos que instruíram o pedido. Para tanto têm o prazo de 30 dias contados do recebimento do pedido de Vistoria.

É indubitoso, portanto, que o prazo de 60 dias concedido na legislação e, em consequência na intimação de fls. 11, é suficiente para que a Autuada comprovasse o internamento das mercadorias nas áreas incentivadas, o que não foi feito.

Destarte, esgotado o prazo sem a efetiva comprovação do internamento das mercadorias nas áreas incentivadas, correto se mostra o proceder fiscal em descaracterizar a isenção e em exigir, por corolário, o imposto devido, acrescido da respectiva multa de revalidação.

O do art. 298, do Anexo IX, do RICMS/96, combinado com o seu parágrafo quinto, ratifica o agir fiscal ao dispor:

Art. 298 - *Decorridos 180 (cento e oitenta) dias, contados da remessa da mercadoria, sem que o fisco deste Estado receba informação quanto ao seu ingresso nas áreas incentivadas, o remetente será notificado para apresentação, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do recebimento da notificação:*

(...)

§ 5º - Esgotado o prazo previsto no **caput**, sem que tenha sido atendida a notificação, o crédito tributário será constituído mediante lançamento de ofício.

Assim, pode-se concluir, pela análise dos fatos e documentos presentes nos autos, que a não apresentação das requeridas Certidões de Internamento é motivo suficiente para a descaracterização da isenção aplicada às operações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relator: Windson Luiz da Silva

2003

Acórdão: 15.522/03/2ª - (Pub. no "MG" de 26/08/03)

EMENTA

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – ZONA FRANCA DE MANAUS - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO SUFRAMA - MALHARIA. Evidenciada a emissão de notas fiscais de saída, com destino a Zona Franca de Manaus, sem comprovação dos respectivos internamentos. Acolhimento parcial das razões da Impugnante com reformulação do crédito tributário efetuado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a emissão de notas fiscais com destino a Zona Franca de Manaus, sem comprovação dos respectivos internamentos, descaracterizando assim a isenção prevista no art. 285, inciso II, do Anexo IX do RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 21, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 46/57, retificando o crédito tributário.

DECISÃO

Versa o feito em análise sobre a emissão de notas fiscais de saída, ao abrigo da isenção, sem a comprovação do internamento das mesmas nas áreas citadas (Zona Franca de Manaus).

Exige-se ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, inciso V da Lei n.º 6763/75.

Inicialmente, vale destacar, diante dos argumentos apresentados pela Impugnante, o que reza o art. 294, parágrafo único, do Anexo IX, do RICMS/96:

Art. 294 - A formalização do internamento consiste na análise, conferência e atendimento dos requisitos legais referentes aos documentos fiscais, por meio dos quais foram acobertadas as remessas de mercadorias para as áreas incentivadas, retidos por ocasião da vistoria.

Parágrafo único - Não constitui prova do ingresso da mercadoria a aposição de qualquer carimbo, autenticação, visto ou selo de controle pela SUFRAMA ou SEFAZ do Estado destinatário, nas vias dos documentos apresentados para vistoria.

Assim, entende-se que os documentos apensados às fls. 25 a 33, não fazem prova de internamento, como exigido pela legislação tributária.

É de se ressaltar as disposições contidas no item 3 do parágrafo único do art. 285 do Anexo IX do RICMS/96 que estabelece:

Art. 285 – *“É isenta do imposto a saída de produtos industrializados de origem nacional, com destino a estabelecimento de contribuinte localizado nos seguintes Municípios:*

..... Parágrafo único - A isenção prevista neste artigo:

(...)

3) fica condicionada à comprovação da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário, na forma deste Capítulo;”

Observa-se que o Fisco deste Estado não recebeu informações quanto ao ingresso das mercadorias nas áreas incentivadas no prazo estipulado no art. 298 do Anexo IX que determina:

“298 - Decorrido 180 (cento e oitenta) dias, contados da remessa da mercadoria, sem que o fisco deste Estado receba informação quanto ao seu ingresso nas áreas incentivadas, o remetente será notificado para apresentação, alternativamente, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data do recebimento da notificação:

I - da Certidão de Internamento, de que trata o artigo 294 deste Anexo;

II - da comprovação do recolhimento do imposto com, se for o caso, os acréscimos legais;

III - de cópia do parecer conjunto exarado pela SUFRAMA e SEFAZ do Estado destinatário em pedido de

Vistoria Técnica, previsto no artigo 297 deste Anexo.”

Evidenciado que a Contribuinte não apresentou nenhum dos 3 documentos elencados acima, ocorrendo assim a perda da isenção.

Corretas portanto as exigências fiscais com a reformulação do crédito tributário efetuada mediante documentos apresentados no momento da impugnação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação fiscal de fls. 46/50.

Relator: Antônio César Ribeiro

EMENTA

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO - IMPORTAÇÃO - DRAWBACK. Descaracterização da isenção do ICMS, em operação de importação de mercadoria do exterior, amparada no regime de *drawback*, uma vez não atendidas as condições estipuladas nos itens 73.1.”b” e 73.2 do Anexo I do RICMS/96, que condicionam o benefício à efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre importação de mercadoria do exterior, amparada no regime de *drawback*, sem recolhimento do ICMS devido, haja vista que a mesma não é matéria prima ou insumo, não se agregando ao produto final exportado, fato que descaracteriza a isenção.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/28, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 65/74.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 78/81, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre a descaracterização da isenção do ICMS na importação de 117 toneladas de “Merkapto Benzothiazol de Sódio”, efetuada através da DI n.º 02.0927158-7 (fls. 06/09).

Na nota fiscal de entrada (fl. 19), relativa à mercadoria importada, a Autuada consignou que a importação fora efetuada sob o regime de *drawback*, conforme Ato Concessório n.º 20020084692, com suspensão do imposto de importação e do IPI, e com isenção do ICMS, nos termos do art. 6.º, do RICMS/96, c/c o item 73, do Anexo I, do mesmo Regulamento.

Alega a Autuada que “as normas legais aplicáveis ao instituto do *drawback*, são de competência do DEPARTAMENTO DE OPERAÇÕES DE COMÉRCIO EXTERIOR (DECEX), da SECRETARIA DE COMÉRCIO EXTERIOR, devendo a ela se submeterem todas as legislações aplicáveis aos impostos e taxas alcançados por meio da desoneração, ou seja, uma vez atendido pelos interessados em sua fruição, todas as exigências formuladas pelo DECEX, não há, com a “máxima vênia”, com ele vir a ser desconsiderado, na sua concessão, por qualquer outro poder constituído, seja ele Federal, Estadual ou Municipal.”

Saliente-se, entretanto, que em momento algum o Fisco questionou qualquer norma aplicável ao instituto do *drawback* ou a validade do Ato Concessório supramencionado.

O trabalho fiscal se fundamenta na inobservância, por parte da Impugnante, das condições para fruição do benefício da isenção do ICMS, previstas no RICMS/96, a saber:

*“Art. 6º - São **isentas** do imposto as operações e as prestações relacionadas no **Anexo I**.*

(...)

*Item 73 - Entrada de mercadoria importada do exterior, sob o regime de **drawback**.*

ANEXO I

73.1 - A isenção somente se aplica:

(...)

b - se das mercadorias importadas resultarem, para exportação, produtos industrializados ou os arrolados no Anexo XI.

73.2 - A isenção fica condicionada à efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada

(...)

73.6 - A inobservância dos requisitos descaracteriza a isenção, devendo o imposto ser pago com todos os acréscimos legais, calculados a contar da data de ocorrência do fato gerador." (G.N.)

Portanto, a presente lide restringe-se à análise quanto à aplicabilidade de dispositivo legal que instituiu exclusão de crédito pela modalidade de isenção, cuja interpretação deve ser literal, a teor do disposto no art. 111, II, do CTN.

Conforme subitem 73.2 acima, *a isenção do ICMS está condicionada à efetiva exportação **do produto resultante da industrialização da mercadoria importada***.

Nesse sentido, somente serão beneficiadas pela isenção as situações claramente compreendidas no texto da norma, não se admitindo interpretações extensivas. Assim, se o produto exportado (ouro) não resulta daquele importado (merkaptol benzotiazol de sódio) não cabe a aplicação da isenção. Situação distinta teríamos, por exemplo, se se tratasse da importação de um "motor automotivo" pelo regime de drawback e a posterior exportação de um "automóvel" devidamente equipado com o referido motor ou mesmo a importação de "tecidos" e a exportação de "roupas" confeccionadas a partir do aludido material.

Ao discriminar os insumos utilizados no beneficiamento para produção de ouro (fls. 30/31), a Impugnante especifica a finalidade do produto importado ("coletar as partículas de ouro nos estágios de flotação, a partir da propriedade de hidrofobicidade") e, ao final, assim afirma:

"TODOS OS INSUMOS ACIMA DECLARADOS SÃO CONSUMIDOS NA TOTALIDADE E NÃO HÁ REAPROVEITAMENTO, UMA VEZ QUE INSERIDOS NO PROCESSO NÃO HÁ COMO REUTILIZÁ-LOS, POIS MISTURAM AO REJEITO DO MINÉRIO E SÃO, POR GRAVIDADE, DIRECIONADOS PARA UMA BARRAGEM DE CONTENÇÃO DE REJEITOS. ESTA BARRAGEM TEM POR OBJETIVO A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, ATRAVÉS DA RETENÇÃO DE SÓLIDOS PROVENIENTES DO BENEFICIAMENTO, MINIMIZANDO O IMPACTO AMBIENTAL PROVOCADO PELO PROCESSO DE PRODUÇÃO DE OURO." (G.N.)

Ora, o texto acima reproduzido demonstra que o produto importado (Merkaptol Benzotiazol de Sódio) sequer compõe o produto final (ouro), uma vez que se mistura ao rejeito do minério (matéria-prima) e é direcionado, por gravidade, para a barragem de contenção de rejeitos.

Portanto, observada a interpretação literal do dispositivo legal que concede a isenção, resta nítida a inaplicabilidade do benefício fiscal, uma vez não atendidas as condições para a sua fruição.

Descaracterizada a isenção, afiguram-se corretas as exigências fiscais, constituídas pelo ICMS relativo à mercadoria importada e pela multa de revalidação prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75 (50%).

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relator: José Eymard Costa

8 - ITCD

2002

Acórdão: 2.694/02/CE - (Publicado no “MG” de 24/10/02)

EMENTA

ITCD - FALTA DE RECOLHIMENTO. A imputação de falta de recolhimento do ITCD pela instituição do usufruto por ato não oneroso não restou devidamente caracterizada nos autos, justificando, assim, a reforma das decisões recorridas para cancelar as exigências fiscais. Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, providos, por maioria de votos.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre falta de recolhimento do ITCD devido na instituição do usufruto por ato não oneroso, conforme escrituras públicas lavradas no Cartório de Terceiro Ofício de Notas.

As decisões consubstanciadas nos Acórdãos n.ºs 14.931/01/1^a e 14.928/01/1^a, pelo voto de qualidade, mantiveram integralmente as exigências fiscais.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, os Recursos de Revisão constantes dos autos, requerendo, ao final, os seus provimentos.

A Auditoria Fiscal, em pareceres constantes dos autos, opina pelo não provimento dos Recursos de Revisão.

Em sessão realizada em 13/09/2002, presidida pelo Conselheiro José Luiz Ricardo, nos termos da Portaria nº 04/01, deferiu-se o pedido de vista do processo formulado pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 20/09/02.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros a saber: os Conselheiros Windson Luiz da Silva(Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Francisco Maurício Barbosa Simões que deram provimento aos Recursos; e Roberto Nogueira Lima(Revisor) que negava provimento aos mesmos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume.

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no artigo 137 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Por prescrição do artigo 134 do Código Civil, somente através de escritura pública é que se pode contratar translativamente os direitos reais sobre imóveis. Ressalva, entretanto, o mesmo artigo, que se não ultrapassar o valor nele prescrito e corrigido nos termos da Lei nº 7.104/83, faz desnecessária a escritura pública.

Exigindo-se a escritura pública, como forma legal, para o ato, é ela dotada de fé pública, ou seja, tudo o que nela contém faz prova plena, nos termos do § 1º, do artigo 134 do Código Civil.

Mas, a escritura é ato jurídico. Para que seja ato jurídico perfeito, há que preencher três requisitos: que os agentes sejam capazes, que o objeto seja lícito e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Ao que consta da escritura pública, em seu traslado de fls., todos são capazes. A forma, como já foi dito, é a prescrita em lei. Resta, então observar a licitude do objeto.

Licitude do objeto não é um problema de idoneidade do objeto, “mas de sua liceidade. Trata-se de vedar aqueles atos cujo escopo atente contra a lei (...)” (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Editora Saraiva. Volume 1. 24ª Edição. 1994. São Paulo).

As escrituras públicas em análise guardam em seus bojos dois atos: um de compra e venda e outro da reserva do usufruto. Em razão destes PTA's, apenas se analisa a reserva de usufruto.

Diz o artigo 717 do Código Civil que “o usufruto só se pode transferir por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.”

Pelas referidas escrituras públicas, os outorgantes vendedores : - (PTA15.000000346-04), Sr. Sebastião Almeida Leitão e Sra. Rosana Rodrigues de Paula Almeida Leitão venderam: aos outorgados compradores Sandra Mara Alves da Cunha, Sérgio Luiz Alves e Mônica Beatriz Alves da Cunha a nua-propriedade; e à Sra. Ormezilia Maria da Cunha, o usufruto do imóvel urbano;-(PTA 15000000354-49), Sr. Euripedes do Prado Junqueira e Sra. Maria Helena Rodrigues Junqueira venderam: aos ortogados compradores Myriam Pinheiro, Márcia Pinheiro, Marcelo Pinheiro, Marluce Pinheiro Mendes Vieira e Rômulo Pinheiro a nua-propriedade; e ao Sr. Rômulo Pinheiro, o usufruto do imóvel.

Se a Sra. Ormezilia Maria da Cunha e o Sr. Rômulo Pinheiro não eram proprietários do imóvel urbano, não se poderia transferir a eles, por alienação, o usufruto do mesmo imóvel, nos expressos termos do artigo 717 do Código Civil.

A permissão contida na segunda parte do artigo 717 do Código Civil também não se aplica ao caso, pois trata ela da cessão do usufruto. Ou seja, quando o usufruto já está instituído e o usufrutuário cede a terceiro o exercício deste direito que lhe foi reservado. Em momento algum, pelas escrituras de fls., a Sra. Ormezilia Maria da Cunha e o Sr. Rômulo Pinheiro estavam a transferir qualquer usufruto a terceiro.

Estão, assim, pois, as escrituras públicas, no que tange à reserva de usufruto, a ferirem o artigo 717, pois nunca poderiam se dar por alienação. Assim, nunca poderia ter se dado a reserva do direito de usufruto constante das escrituras públicas por um ato oneroso. Desta forma, ausente está um requisito de validade do negócio jurídico

Mas, por ser um ato jurídico, ou ele é nulo ou é anulável. Os atos nulos estão previsto no artigo 145 do Código Civil. Dentre eles, tem-se os atos jurídicos que cujo objeto é ilícito. Os atos anuláveis estão previstos no artigo 147 e somente o seria se provasse algum vício ou incapacidade do agente.

Se entende que a onerosidade instituída na escritura pública para a reserva do usufruto é um ato encrustrado de uma simulação (artigo 102 do Código Civil), é o ato anulável. Sendo anulável, somente perde os seus efeitos em decorrência do julgamento procedente do pedido judicial declaratório de anulação, que, no caso presente, não se tem conhecimento de que tenha sido sequer proposta. Neste caso, com tal ação judicial, apenas se anula a onerosidade e não reserva do usufruto. Anulando-se a onerosidade é que passaria o Estado de Minas Gerais à condição de possível credor do ITCD, pois, como se entende ainda, o fato gerador deste tributo, no caso presente, somente se dá com o registro da escritura pública e não com a sua lavratura.

Como dos autos não consta qualquer prova ou indício de prova de que tenha se dado uma simulação, razão pela qual, restrito ao que destes autos consta, refuto a simulação.

Entretanto, se entende que a escritura traz em seu texto é um objeto ilícito, por força do artigo 717 do Código Civil, é o ato nulo. Mas é nulo não somente quanto ao fato de ser oneroso, diante do impedimento do citado artigo, o que faria subsistir a reserva do usufruto; é ele nulo integralmente quanto à reserva do usufruto. Sendo nulo, inexistente a reserva de usufruto e se inexistente, não há que se falar no fato gerador transmissão de direito.

Restaria, então, analisar se esta invalidade do ato jurídico seria ou não relevante para fins tributários, já que a “ilicitude do ato praticado nada tem a ver com a relação tributária”(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores. 19ª Edição. 2001. São Paulo.).

“Não se pode, entretanto, admitir um tributo em cuja hipótese de incidência se inclua a ilicitude. A compreensão do que se está afirmando é facilitada pela distinção, inegável, entre *hipótese de incidência* e *fato gerador* de tributo. Cuida-se, com efeito, de dois momentos. O primeiro é aquele em que o legislador descreve a situação considerada necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária. Nessa descrição a ilicitude não entra. O outro momento é o da concretização daquela situação legalmente descrita. Nessa concretização pode a ilicitude eventualmente fazer-se presente. Aí estará, assim, circunstancialmente. Sua presença não é necessária para a concretização da hipótese de incidência do tributo. Mas não impede tal concretização, até porque, para o surgimento da obrigação tributária, como já visto, a concretização do previsto é bastante. Por isto, a circunstância ilícita, que sobra, que não na hipótese de incidência tributária, é, para fins tributários, inteiramente irrelevante. Op. cit.).”

No caso do ITCD dos autos, a hipótese de incidência está contida no art. 2º, IV, da Lei 9.752/89.

“Art. 2º. A incidência do Imposto sobre Transmissão de Propriedade Causa Mortis e Doação – ITCD – alcança as seguintes mutações patrimoniais: (...)

IV – instituição de usufruto por ato não oneroso.”

Como se vê, para que se tenha a subsunção da hipótese de incidência ao fato em apreço, um dos requisitos é que seja o usufruto instituído por ato não oneroso. O caso presente dá conta de que o usufruto fora instituído por ato oneroso e a instituição do usufruto por ato oneroso, na forma dos autos, é vedada pelo artigo 717 do Código Civil, repete-se. Assim, em se admitindo a incidência do ITCD, no caso presente, estaria a se admitir um tributo em cuja hipótese de incidência está incluída ilicitude.

O artigo 116, inciso II, do CTN, extirpa de vez a pretensão da exigência do imposto, pois o seu texto converge para o entendimento retro exposto, pois nem mesmo se teria considerado ocorrido o fato gerador, pois para tal seria necessário que a situação jurídica estaria definitivamente constituída. Como já dito, a mesma não foi constituída pois o ato é nulo.

Além do mais, sumariamente, estaria a retirar da escritura pública a fé pública de que goza, o que somente seria possível através de uma ação judicial própria.

De outro ângulo, o instituto do usufruto é regido pelas normas do Código Civil, prescritas nos artigos 713 a 741.

O artigo 715 do Código Civil trata do usufruto de imóveis e diz ele:

“Art. 715. O usufruto de imóveis, quando não resulte do direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro.”

No caso presente, o direito do usufruto foi reservado por uma liberalidade e não em razão do direito de família.

Apenas para ilustrar e esclarecer, o usufruto decorrente do direito de família é aquele que dá ao pai o usufruto sobre os bens dos filhos ou ao marido sobre os bens da mulher, conforme o regime da casamento. Como se pode verificar, não é o caso presente.

Este artigo nada mais prescreve que “(...) o Código segue a regra geral, segundo a qual não admite transferências de bens imóveis nem a constituição de direitos reais imobiliários sem a transcrição ou inscrição no registro” (SANTOS, J. M. Carvalho. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO. Livraria Freitas Bastos S.A. 14ª edição. Volume IX. 1982. Rio de Janeiro.). Diz ainda mais o mesmo doutrinador, que, ao utilizar o legislador a palavra dependerá no texto legal acima transcrito acentuou “ser o registro elemento de validade da constituição do usufruto, não se tratando apenas de um ato exigido para a sua publicidade. O que importa em reconhecer que o usufruto de imóveis não registrado não prevalece como direito real, nem mesmo entre as partes” (Op. citada).

A Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, diz, em seu artigo 167, I, 7, que, no Registro Imobiliário, é feito o registro do usufruto. Ou seja, o usufruto somente surge, como direito efetivo, no momento do seu registro.

Ao tempo da lavratura da escritura pública, a Lei vigente era a 9.752/89. Do seu art. 1º, consta a instituição do tributo e diz do fato gerador, que é “a transmissão da propriedade de bem ou direito, por sucessão legítima ou testamentária, ou por doação”.

É de se esclarecer que, no usufruto, não há transmissão da propriedade. Apenas de alguns direitos inerentes à propriedade. No caso presente, a posse direta e vitalícia aos usufrutuários, fruindo ele das utilidades e dos frutos do bem.

Não há nos autos prova de que o direito de usufruto que foi reservado aos usufrutuários tenha sido registrado no Cartório Imobiliário. Se não foi registrado, não houve transmissão do direito real sobre coisa alheia à autuada. Portanto, o fato gerador não se operou.

Se não operou o fato gerador, não há que se exigir o tributo, nem mesmo as penalidades, àquele momento.

Pela Lei 9.752, o pagamento do imposto, no caso de usufruto, deverá se dar na forma do artigo 7º, V, ou seja, 15 dias após o ato translativo. No entanto, tomou como referência, para marco inicial da contagem do prazo, a data da lavratura da escritura pública. Equivocou-se, com todo o respeito. No caso presente, o ato translativo não é a escritura pública, mas o registro da mesma, nos exatos termos do artigo 715 do Código Civil.

Portanto, pelo que dos autos consta, não se deu o fato gerador, não podendo ser exigido o tributo e penalidades respectivas, mesmo estas de forma abrandada pela Lei 12.426/96. Além do mais, também pelo que dos autos consta, o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento do tributo é contado do registro no Cartório Imobiliário competente e não da lavratura da escritura pública.

Por fazer a escritura prova plena o que dela está contido e por deter fé pública, nos termos do artigo 134, § 1º, do Código Civil, não há que se falar em necessidade de comprovação do pagamento que ela diz ter sido efetuado. Por constar da escritura pública, por si só, o pagamento, somente com prova em contrário, em Juízo, é que se desfaz o nela contido.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento anterior ocorrido em 13/09/02, nos termos da Portaria 04/01, por maioria de votos, em dar provimento aos Recursos de Revisão interpostos. Vencidos os Conselheiros José Luiz Ricardo e Roberto Nogueira Lima (Revisor) que negavam provimento aos mesmos.

Relator: Windson Luiz da Silva

9 – MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA

2002

Acórdão: 15.695/02/1ª - (Publicado no “MG” de 05/07/02)

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL DE SERVIÇO- Emissão indevida de Notas Fiscais de Prestação de Serviços, série F, para o acobertamento de operações de extração e preparação de blocos de granito, atividades estas que se caracterizam como industrialização, nos termos do art. 222, II, do RICMS/96. Infração caracterizada.

EXPORTAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – BLOCOS DE GRANITO – Remessa de blocos de granito, com o fim específico de exportação, ao abrigo da não-incidência do ICMS. A Autuada não comprovou a efetiva exportação dos produtos, ficando, assim, descaracterizada a não-incidência do imposto. Legítimas as exigências fiscais.

NÃO-INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – REMESSA PARA ARMAZENAGEM - Descaracterização da não-incidência do ICMS em operações de remessa de blocos de granito para armazenagem, tendo em vista que a mercadoria não retornou ao estabelecimento depositante e não foram cumpridas as disposições do art. 53, incisos I e V, do Anexo, IX, do RICMS/96. Legítimas as exigências fiscais.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre :

1) Industrialização de blocos de granito sem a emissão da devida nota fiscal e sem o recolhimento do ICMS nas saídas dos produtos resultantes da industrialização. O Contribuinte considerou indevidamente tal atividade como prestação de serviços e, em consequência emitiu incorretamente as notas fiscais de prestação de serviços, série F, cujas cópias estão anexas aos autos, às fls. 11/57;

2) remessas de blocos de granito, para fim específico de exportação, ao abrigo da não-incidência. Descaracterizada a não-incidência, face à não comprovação da efetiva exportação, nos termos da legislação específica;

3) remessas de blocos de granito para armazenagem ao abrigo da não-incidência do ICMS. Descaracterizada a não-incidência, em face do não retorno da mercadoria e do descumprimento do disposto no art. 53, incisos I e V, do Anexo IX, do RICMS/96.

Exige-se ICMS, MR e MI.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 83/103), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls.211/217, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal exara Despacho Interlocutório (fls. 220), que resulta na juntada dos documentos de fls. 223/227. São abertas vistas ao Fisco (fls. 228), que se manifesta às fls. 229.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 230/239, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Versa o presente feito fiscal sobre:

1) Industrialização de blocos de granito sem a emissão da devida nota fiscal e sem o recolhimento do ICMS nas saídas dos produtos resultantes da industrialização. O Contribuinte considerou indevidamente tal atividade como prestação de serviços e, em consequência emitiu incorretamente as notas fiscais de prestação de serviços, série F, cujas cópias estão anexas aos autos, às fls. 11/57;

2) remessas de blocos de granito, para fim específico de exportação, ao abrigo da não-incidência. Descaracterizada a não-incidência, face à não comprovação da efetiva exportação, nos termos da legislação específica;

3) remessas de blocos de granito para armazenagem ao abrigo da não-incidência do ICMS. Descaracterizada a não-incidência, em face do não retorno da mercadoria e do descumprimento do disposto no art. 53, incisos I e V, do Anexo IX, do RICMS/96.

Primeiramente, vale mencionar que, conforme alegado pela Impugnante, o relatório do Auto de Infração apresenta informações equivocadas no tocante ao período fiscalizado e às multas exigidas. Esses equívocos, entretanto, não impediram o pleno entendimento da peça fiscal pela Autuada. Tanto é que ela mesma, ao indicar as falhas,

informa também os dados corretos. Portanto, os equívocos cometidos não trazem qualquer prejuízo ao feito fiscal.

Quanto às irregularidades propriamente ditas, temos que:

Item nº 1 – Industrialização de blocos de granito sem a emissão da devida nota fiscal e sem o recolhimento do ICMS nas saídas dos produtos resultantes da industrialização.

A Autuada firmou “Contrato Particular de Prestação de Serviços de Mão-de-Obra de Extração de Granito Bruto” (fls. 60/63) com as empresas AGEGRAN Angelo Exportação de Granitos Ltda e MINCOEL Mineração Indústria Comércio e Exportação Ltda, detentoras do direito de exploração das jazidas, obrigando-se a “extrair o granito bruto, esquadrejado nas condições normais de venda para o mercado interno e externo” (Cláusula Segunda).

A Autuada considerou a referida atividade como prestação de serviços e, em consequência, emitiu as notas fiscais de prestação de serviços, série F, nº 000001 a 000053, cujas cópias se encontram inclusas nos autos, às fls. 11/57.

Analizando os contratos apresentados (fls. 60/63), bem como a legislação tributária vigente, verifica-se que o procedimento adotado pela Autuada mostra-se equivocado. A atividade por ela desenvolvida não se encontra relacionada na Lista de Serviços anexa à LC 56/87. A alegação da Impugnante de que tal atividade é serviço auxiliar da construção civil, constante do item 32 da aludida Lista de Serviços, não procede.

As operações praticadas pela Autuada correspondem ao conceito de industrialização estabelecido no art. 222, II, do RICMS/96, segundo o qual “industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo”.

Vale ressaltar que o mesmo artigo 222 citado, em seu § 1º, determina, para efeito de caracterização da operação como industrialização, ser irrelevante o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamento empregados.

Diante disso, conclui-se que a atividade desenvolvida pela Autuada configura fato gerador do imposto, sendo, a operação de saída do produto (bloco de granito) decorrente da industrialização, normalmente tributada pelo ICMS. Corrobora esse entendimento a Consulta de Contribuinte nº 012/2002 (MG de 16/03/2002).

A alegação da Impugnante de que os blocos de granito por ela extraídos foram exportados pelas adquirentes é irrelevante no caso. A operação de exportação de mercadorias não se confunde com a operação em apreço – industrialização de blocos de granito. Acrescente-se que, conforme disposto no § 4º do artigo 5º do RICMS/96 a não-incidência prevista para as operações de exportação não alcança, ressalvado o disposto no § 1º, as etapas anteriores de circulação da mesma mercadoria ou de outra que lhe tenha dado origem.

A alegação de diferimento não prevalece no caso dos autos, pois, tendo a Autuada promovido a industrialização dos blocos de granito sem a emissão da devida nota fiscal, o diferimento não se aplica, em razão do disposto no art. 12, II, do RICMS/96.

Da mesma forma não procede o argumento de que “a saída dos blocos da Impugnante para as contratantes se daria com suspensão do ICMS, na combinação do itens 1 e 5 do Anexo III do RICMS/96”.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, MR (fls. 77/78) e também da MI prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6.763/75, já que não houve emissão da competente Nota Fiscal para acobertamento das operações.

Item nº 2 – Remessa de blocos de granito, com o fim específico de exportação – descaracterização da não-incidência do imposto.

A não-incidência do imposto na saída de mercadoria com o fim específico de exportação, destinada a empresa comercial exportadora, inclusive “trading company” está condicionada à comprovação da realização da exportação, conforme art. 5º, § 1º, item 1 c/c art. 260, II, do Anexo IX, todos do RICMS/96.

Compulsando os autos, verifica-se que os documentos apresentados pela Impugnante não comprovam a efetiva exportação dos produtos, como se passa a demonstrar:

Nota Fiscal nº 000110 (fls. 68): a nota fiscal de exportação apresentada pela Impugnante (fls. 224) não menciona os dados da nota fiscal emitida pelo remetente, em descumprimento ao disposto no art. 262 do Anexo IX do RICMS/96. Dessa forma, não se pode assegurar que a mercadoria remetida pela nota fiscal n.º 000110 seja a mesma da nota fiscal de exportação. Acrescente-se que a descrição da mercadoria na nota fiscal n.º 000110 se deu de forma muito genérica – 05 Blocos de Tropical Lameus -, não tendo sido informado o n.º dos blocos ou qualquer outro elemento que pudesse perfeitamente identificá-los. Observe-se, ainda, que o Memorando de Exportação apresentado (fls. 194) não contém qualquer indicação impressa tipograficamente, o que contraria o disposto no art. 263 do Anexo IX do RICMS/96, e que no item 22 do Registro de Exportação (fls. 226) consta a informação de que o exportador é o fabricante do produto.

Nota Fiscal n.º 000115 (fls. 71): o Memorando de Exportação apresentado (fls. 148/149) informa que a nota fiscal do estabelecimento remetente é a de número 001296, de 07/12/2000; o Conhecimento de Embarque apresentado (fls. 150) foi emitido em 26/12/2000. Vê-se, de forma clara, que esses documentos não se referem à mercadoria remetida através da nota fiscal 000115, uma vez que a mesma foi emitida pela Autuada em 12/02/2001. Vale observar, ainda, que o Memorando de Exportação não contém qualquer indicação impressa tipograficamente e foi emitido por empresa diversa daquela a quem a mercadoria se destinou.

Nota Fiscal n.º 000116 (fls. 72): as notas fiscais do emitente mencionadas no Memorando de Exportação apresentado (fls. 151), bem como o BL (fls. 152) são de data anterior à da nota fiscal em questão, emitida em 31/03/2001. Ressalte-se que não foram apresentados quaisquer documentos referentes ao bloco de granito 2425 constante da nota em referência. Aliás, a própria Impugnante, às fls. 101, informa que o referido bloco não foi exportado.

Nota Fiscal n.º 000119 (fls. 73): os documentos mencionados nos Memorandos de Exportação apresentados (fls. 146, 147, 153 e 154), quais sejam, Notas Fiscais, Despacho de Exportação, Registro de Exportação e Conhecimento de Embarque, e até os próprios Memorandos são de data anterior à da nota fiscal em apreço, emitida em 31/07/2001. Observe-se que os referidos Memorandos foram emitidos por empresa diversa daquela a quem a mercadoria se destinou e que a própria Impugnante, às fls. 101, informa que o bloco de n.º 2244 não foi exportado.

Relativamente à Nota Fiscal n.º 000120 (fls. 74), a Impugnante alega que a mercadoria está no terminal para ser exportada, não tendo decorrido o prazo regulamentar de 180 dias. Todavia, sendo o bloco de granito considerado produto semi-elaborado, o prazo para exportação é de 90 (noventa) dias, conforme § 1º do artigo 266 do Anexo IX do RICMS/96. Uma vez esgotado esse prazo, sem que a exportação tenha se efetivado, a Autuada fica obrigada ao recolhimento do imposto e multa, conforme disposto no *caput* do dispositivo citado.

Assim sendo, afigura-se correta a descaracterização da não-incidência do ICMS

nas operações praticadas pela Autuada, sendo, pois, legítimas as exigências fiscais (ICMS e MR) demonstradas às fls. 79.

Item n.º 3 – Remessa de blocos de granito para armazenagem - descaracterização da não-incidência do ICMS.

As notas fiscais a que se refere esse item estão relacionadas às fls. 64 e foram juntadas às fls. 65, 66, 67, 69 e 70 (cópias).

A Impugnante alega que as mercadorias remetidas para armazenagem, ao abrigo da não-incidência, retornaram ao seu estabelecimento através das notas fiscais 001054, 001106 e 001308 (fls. 198/200) e foram vendidas para o mercado interno, através da nota fiscal n.º 000123 (fls. 201).

Todavia, analisando as notas fiscais de fls. 198/200, verifica-se que elas se referem ao retorno simbólico das mercadorias depositadas, ou seja, na realidade as mercadorias não retornaram ao estabelecimento da Autuada. O depositário apenas estaria cumprindo o disposto no inciso II do artigo 53 do Anexo IX do RICMS/96. A Autuada, por sua vez, não cumpriu as normas contidas nos incisos I e V, do mesmo dispositivo citado. Dessa forma, resta descaracterizada a não-incidência do imposto nas remessas para armazenagem.

Quanto à nota fiscal n.º 000123 (fls. 201), tem-se que a mesma não correspondeu a uma efetiva saída de mercadoria, tendo sido emitida, apenas, na tentativa de regularizar a situação. Confirmam tal assertiva os fatos apontados pelo Fisco de que a referida nota foi emitida após o início da ação fiscal (TIAF às fls. 2), em 18/12/2001, ou seja, na mesma data em que a Chefe da AF/Itapeceira emitiu a nota fiscal n.º 000122 para fins fiscais. Acrescente-se que nenhum veículo teria capacidade para transportar a mercadoria consignada na referida nota fiscal, que corresponde a aproximadamente 129 toneladas. Portanto, a nota fiscal n.º 000123 não se presta a comprovar a saída das mercadorias.

Legítimas, pois, as exigências de ICMS e MR (fls. 79).

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, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal.

Relatora: Glemer Cássia Viana Diniz Lobato

Acórdão: 14.792/02/2ª - (Publicado no "MG" de 06/03/02)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - Os quesitos apresentados pela Autuada não demandam a realização de prova pericial, haja vista que os mesmos encontram respostas nos autos, sendo que parte deles não são sequer pertinentes ao feito fiscal. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - A nota fiscal de prestação de serviço não serve a acobertar saída de mercadorias em operação tributável pelo ICMS. Exigências de ICMS E MR mantidas, decotando-se, contudo, no tocante à MI, a majoração de 50%, por incomprovada reincidência, reduzindo-se de 60% para 40%.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL INIDÔNEA - Devidamente comprovadas saídas de mercadorias com utilização de notas fiscais inidôneas, nos termos do art. 134, I, do RICMS/96, corretas se afiguram as exigências de ICMS, MR e MI. Excluída, no entanto, a penalidade isolada capitulada no inciso X, do art. 55 da Lei 6763/75, em relação às notas fiscais cuja inidoneidade não restou confirmada (notas fiscais lançadas no grupo de n.ºs 000093 a 000250). Cabe excluir, ainda, a mesma penalidade no tocante à primeira nota fiscal emitida em relação a cada número de nota fiscal compreendida no grupo de 000251 a 000350, tendo em vista a regular situação da AIDF n.º 188.228-1997. Decota-se, também, a majoração da multa isolada, dada a não caracterização da reincidência imputada, reduzindo-se de 60% para 40%.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS - Tendo o contribuinte se omitido de registrar notas fiscais de saída, no LRS, legítima se afigura a imposição da MI de 5%, cominada pelo art. 55, I, da Lei 6.763/75. Entretanto, para o grupo de notas fiscais de 000251 a 000350, a penalidade deve ser mantida apenas para a primeira nota fiscal emitida em relação a cada número de nota fiscal, considerando não ser possível a exigência de escrituração fiscal de documentos paralelos. Por outro lado, não se caracterizando a imputada reincidência, deve-se decotar a majoração em 50%, em respeito ao princípio da legalidade, reduzindo-se de 7,5% para 5%.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal própria, seja por utilização de notas fiscais de serviço em operações sujeitas ao ICMS, seja por inidoneidade (notas paralelas) e falta de registro de notas fiscais no LRS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 171/173 e 203, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 198/205.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de prova pericial conforme despacho de fl. 206, sendo a decisão agravada conforme expediente de fl. 208. A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando o Agravo, por conseguinte, retido nos autos.

Ainda nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 211/216, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos não guardam qualquer relação com os fatos tipificadores de conduta lesiva ao Direito e ao Erário, que ensejaram o presente PTA. Tanto isso é verídico que, na falta de argumentos, utiliza-se do Recurso de Agravo para extravasar impropérios contra a Auditoria Fiscal e o CC/MG, uma vez indeferida a protelatória produção de prova pericial solicitada.

Segundo descreve o art. 114 da CLTA/MG, a prova pericial consiste "em exame, vistoria e avaliação". Checando os cinco quesitos formulados à fl. 65, não há o que examinar, vistoriar ou avaliar, para elucidar eventual obscuridade ou dúvida que obstacule juízo de mérito.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no art. 116, IV, da CLTA/MG, motivo pelo qual nega-se provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos.

DO MÉRITO

Versa o trabalho fiscal sobre a imputação ao sujeito passivo, de duas ilicitudes tributárias: ter dado saída a mercadorias sem cobertura fiscal idônea ou própria e não ter registrado notas fiscais em livro próprio (LRS).

A planilha de fls. 06/07 refere-se às notas fiscais com cópias às fls. 10/32, série A, de "serviços", em tese autorizadas pela PM de Patos de Minas.

Foram empregadas para acobertar saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS e serviços sujeitos ao ISS.

Obviamente que, pela legislação regente ao tempo dos fatos, tais notas jamais poderiam ser empregadas para cobertura de operações tributáveis pelo ICMS. Vale acrescentar que não resultaram em lançamento do tributo estadual.

São operações, portanto, desacobertas para todos os efeitos legais e justificam a exigência de ICMS e MR sobre as saídas de mercadorias e MI sobre o valor total.

Apesar de, na planilha, o Fisco ter intitulado MI - art. 55, X, valida-se a MI do art. 55, II, conforme capitulação no corpo do AI (fl. 03). Esse deslize não é suficiente a elidir a imputação e a penalidade imposta.

Já a planilha de fls. 08/09 traz uma amostragem de números de notas paralelas, portanto, inidôneas, com até quatro versões, a exemplo da de nº 000310. Tais documentos teriam pretensão AIDF. Não representam todas as que foram objeto de exigência de ICMS, MR e MI (por falta de registro e por inidoneidade), que aparecem na planilha de fls. 34 a 38, com cópias de numeração seguinte até 144.

Pelo Ato Declaratório de fl. 39, foram declaradas inidôneas todas as notas fiscais que fazem constar a AIDF nº 188.288-1997, de 16/10/1997 e, pela observação ali registrada, referindo-se às notas fiscais de nºs 000251 a 000350, que foram confeccionadas em triplicidade, diante da impossibilidade de se determinar qual das três versões obtivera autorização, vez que sem divergências, invalidou-se, com o próprio ato, até a AIDF concedida, figurando inidôneas todas elas.

Entretanto, o referido Ato Declaratório não carrou aos atos elementos que pudessem validar a inidoneidade para um dos jogos de cada nota fiscal, haja vista que a AIDF 188.288-1997 foi legitimada pelo Fisco, inclusive com recebimento da via cega pela Administração Fazendária, por ocasião da confecção dos documentos idôneos.

Tocante às notas fiscais da planilha de fls. 34/38, a partir da de nº 000251 a 000350, por nelas constar a AIDF acima referida, não resta dúvida quanto à inidoneidade. Porém, deve-se acatar como idônea a primeira nota fiscal emitida em relação a cada jogo, valendo a presunção lógica de que a segunda e terceira, ou mais notas fiscais de mesmo número são de fato inidôneas. Desta forma, expurga-se a Multa Isolada capitulada no inciso X, do art. 55 da Lei 6763/75, em relação às notas fiscais compreendidas no grupo de 000251 a 000350, lançadas às fls. 35/38, no tocante à primeira nota fiscal emitida em relação a cada número de nota fiscal, considerando-se a regular situação da AIDF nº 188.228-1997.

Já aquelas de numeração anterior - 000047 a 000250 - também merecem melhor análise.

A de nº 000047 (fl. 40), por falta de datas de emissão e saída, indubitavelmente

caracteriza-se inidônea, a teor do disposto no art. 134, VIII, do RICMS/96.

Cotejando a planilha de fls. 34/38 com a de fls. 153/164, é impossível constatar duplicidade para as de nºs 000202, 000207 a 000211, 000221 e 000227/228.

É possível que as outras situadas de 000093 a 000250, ali relacionadas, também sejam inidôneas, mas isso não resta provado, implicando na exclusão da MI do art. 55, X, da lei 6.763/75, mantendo-se, contudo, as exigências de ICMS, MR e MI por falta de registro (art. 55, I).

Evidentemente, para todo o restante das figuradas inidôneas, não tendo havido registro no LRS, não fora lançado e pago o imposto incidente nas respectivas operações.

Um aspecto, todavia, impende ser observado, relativamente à obrigação acessória de registro no LRS. Ela existe para o documento devidamente autorizado, não para o paralelo. Das notas fiscais da planilha de fls. 34/38, com numeração dúplice ou tríplice, não se sabe qual versão teria sido autorizada. Não pode o Fisco, entretanto, penalizar o contribuinte por não registro de nota fiscal paralela. Destarte, deve-se tomar o mesmo raciocínio anterior, ou seja, o de que a primeira nota fiscal emitida constitui-se em documento idôneo. Assim, no tocante a Multa Isolada do art. 55, I, da Lei 6763/75, para o grupo de notas fiscais de 000251 a 000350, deve-se manter a penalidade apenas para a primeira nota fiscal emitida em relação a cada número de nota fiscal.

Outra questão merecedora de destaque é a da majoração de todas as Multas Isoladas em 50%, sob acusação de reincidência.

O Autuante aponta o PTA 01.000136967.67, parcelado pela Impugnante, como comprovação de reconhecimento de infrações idênticas. Dito PTA, segundo fls. 151/152, contém praticamente todas as infringências do ora em exame. Acontece, todavia, que esse parcelamento data de 12/02/2001, portanto, posterior aos fatos que ensejaram a presente autuação (até agosto/2000). Isso posto, a reincidência não se evidencia, a teor do § 6º do art. 53 da Lei 6.763/75, **in verbis**:

Art. 53 - (...)

§ 6º - Caracteriza a reincidência a prática de nova infração de um mesmo dispositivo ou de disposição idêntica da legislação tributária, pela mesma pessoa, dentro de 5 (cinco) anos a contar da data em que a prática da infração houver sido reconhecida pelo sujeito passivo, assim considerados o pagamento da exigência ou a declaração de revelia, ou a contar da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

Por essa razão, em todas as situações em que for mantida a MI, deve-se decotar a majoração em 50%, reduzindo-se as multas dos incisos II e X, de 60% para 40% e aquela do inciso I, de 7,5% para 5%.

Cabe esclarecer que a planilha de fls. 153/164, ainda que prestando-se a confirmar duplicidade de notas fiscais (com mesma numeração), fora ali inserida para comprovar inexistência de repetição de exação em mesmas competências.

Tocante à alegação de não concessão de crédito porque notas fiscais não foram registradas, nenhuma relevância se apresenta, vez tratarem-se de notas fiscais de saídas não registradas no LRS e não de notas fiscais de entradas. Nota fiscal de saída não gera crédito para o emitente.

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, negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento para: 1) excluir a majoração das Multas Isoladas aplicadas (reduzir de 60% para 40% e de 7,5% para 5%); 2) excluir a MI do art. 55, X da Lei 6763/75 concernente às notas fiscais que se situam de 000093 a 000250, sem inidoneidade comprovada; 3) para as Notas Fiscais compreendidas no grupo de 000251 a 000350, lançadas às fls. 35/38, excluir a MI do art. 55, X, da Lei 6763/75, relativamente à primeira Nota Fiscal, emitida em relação a cada número de Nota Fiscal, considerando a regular situação da AIDF nº 188.228-1997; 4) no tocante a MI do art. 55, I, da Lei 6763/75, para o grupo de Notas Fiscais de 000251 a 000350, manter a penalidade apenas para a primeira Nota Fiscal emitida em relação a cada número de Nota Fiscal, considerando não ser possível a exigência de escrituração fiscal de documentos paralelos.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 14.909/02/2ª - (Publicado no "MG" de 23/05/02)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Os documentos internos apreendidos - controles de pesagem - não conferem certeza de ocorrência do fato gerador. A alegação da Autuada de que tais controles se referem a pesagem de veículos de terceiros é pertinente à atividade desenvolvida pela Empresa, não cabendo exigir do contribuinte os documentos acobertadores de tais mercadorias. Além do mais, tais controles não indicam que a pesagem se refere ao produto feijão. Exigências fiscais canceladas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ATIVO FIXO - SAÍDA ANTES DO PRAZO MÍNIMO DE IMOBILIZAÇÃO - A saída acusada pelo Fisco não tem o caráter de alienação do bem, uma vez que os documentos foram emitidos com a informação de que as saídas se davam para prestação de serviço. Desta forma, não tendo o Fisco comprovado que os equipamentos não retornaram ao estabelecimento remetente, não se aplica a restrição prevista no § 4º c/c o § 5º do art. 71 do RICMS/96, não se justificando as exigências fiscais.

Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria (feijão) sem a devida emissão de documento fiscal, apurada em controles internos apreendidos no estabelecimento. Exige-se, ainda, o imposto em razão de aproveitamento indevido de crédito de mercadoria destinada ao ativo fixo, cuja saída ocorreu antes do prazo mínimo de imobilização.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 193/195, onde alega que os controles internos paralelos referem-se a mercadorias de terceiros e que controlam apenas o número de pesagens realizadas pelo estabelecimento. Quanto ao estorno de crédito, sustenta a in ocorrência de venda dos equipamentos, afirmando que os mesmos destinaram-se a prestação de serviço em outro estabelecimento da Autuada.

O Fisco se manifesta às fls. 203/205, destacando o art.110 da CLTA/MG e que as saídas dos equipamentos constituem fato gerador do ICMS, e que, face à ocorrência antes do prazo mínimo de 12 (doze) meses, legitimado está o estorno do crédito.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 207, que resultam na juntada de documentos de fls. 216/258

Ainda nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 261/265, opina pela improcedência do Lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 267, que resulta na manifestação da Auditoria Fiscal às fls. 284/285 e expediente da Autuada às fls. 286.

A Auditoria Fiscal retorna aos autos abrindo vista à Impugnante, conforme despacho de fls. 289.

O Fisco se manifesta a respeito (fls. 290/291) e a Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 292/293).

DECISÃO

Constatou-se, através de documentos extra-fiscais apreendidos, que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período referente a maio de 1997.

Constatou-se, também, o aproveitamento indevido de créditos de ICMS em virtude das saídas de bens pertencentes ao ativo permanente ter ocorrido antes de completado o prazo de doze meses de suas aquisições, sendo que, recomposta a conta-gráfica da Autuada, quanto a esta irregularidade, surgiu débito do imposto a recolher no período referente a junho de 1998.

DA RESTAURAÇÃO DOS AUTOS

De início, cabe discorrer sobre o desaparecimento do processo original. Assim, às fls. 02/03, o Autuante comunica à chefia da AF/Pirapora o extravio dos autos do PTA em apreço, que se encontrava sob guarda de preposto da Autuada, conforme recibo aposto no ofício de fls. 176, o qual foi devidamente intimado para proceder a sua devolução, através do ofício de fls. 177.

Às fls. 04, a chefia da AF/Pirapora determina os procedimentos preliminares de restauração dos autos, objetivando dar prosseguimento ao seu trâmite na esfera administrativa.

Às fls. 178, o Fisco abre vista dos autos restaurados à Autuada, que comparece às fls. 191 - ocasião em que informa as razões do extravio dos autos originais, e pede a juntada da cópia da Impugnação tempestivamente interposta.

Às fls. 196/197, a chefia da AF/Pirapora declara definitivamente restaurado os autos do presente PTA, determinando a continuidade do seu curso.

DO MÉRITO

Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatadas através de documentos extra-fiscais

O Fisco, de posse dos documentos regularmente apreendidos, promoveu a conferência entre os controles de pesagem de mercadorias e as notas fiscais emitidas pela Autuada.

Na conferência, agrupou as notas fiscais emitidas na mesma data da pesagem, quando idênticos o peso líquido e a placa do veículo transportador lançados nos controles de pesagem. Para os demais controles de peso, considerou saídas de feijão desacobertas de documentos fiscais.

O art. 194, inciso I, do RICMS/96, autoriza ao Fisco apurar as operações e

prestações tributadas pelo ICMS que forem promovidas por contribuinte do imposto, à vista de documentos de controles subsidiários por ele utilizados.

Evidentemente que para se ter caracterizada a efetividade destas operações ou prestações, urge que tais documentos por si revelem inequivocamente a ocorrência delas; ou, caso assim não se apresentem, sejam admitidos com esta eficácia pelo contribuinte seu detentor.

Isto porque a legislação tributária exige, de início, prova cabal de ocorrência do fato gerador do imposto, para que se promova o lançamento do crédito tributário, ressalvadas as presunções expressamente apontadas na legislação tributária.

Destaca-se que, mesmo na circunstância prevista no art. 110, da CLTA/MG, é imperiosa a existência de indícios robustos não elididos no contraditório exercido pelo contribuinte.

Esta robustez, todavia, está ausente nos autos, o que ilegítima as exigências relacionadas à imputação fiscal.

Com efeito, o controle paralelo, residente em anotações de pesagem de veículo, embora apreendido no estabelecimento da Autuada, não oferece certeza da efetiva propriedade das mercadorias, conquanto, segundo alegação defensiva, entre as atividades que realiza a Impugnante, encontra-se, justamente, a pesagem de cargas.

De fato, nestas operações – saídas de mercadorias para pesagem –, a legislação impõe a observância de obrigações acessórias apenas ao remetente da mercadoria, na forma descrita pelo item 6, do Anexo III, do RICMS/96. Logo, somente caberia à Autuada comprovar a regularidade das operações que der causa, informadas pelas pesagens efetuadas, relativamente quanto às mercadorias de sua propriedade, e isto se vê demonstrado nos autos no tocante a parte dos controles apreendidos (fls. 19 c/c 41/46, 21 c/c 47/49, 22 c/c 50 e 54/55, 23 c/c 51, 24 c/c 57 e 58/62 e 25 c/c 63/65).

De outro bordo, nenhuma indicação nos referidos controles paralelos precisamente dá conta de que as mercadorias submetidas a pesagem são de propriedade da Impugnante, restringindo-se, mesmo, a meras anotações de controle do serviço prestado, que bem poderia ter-se dirigido a outros contribuintes que não dispusessem de balança em seus estabelecimentos.

Cabe observar, que os documentos sequer indicam a mercadoria saída, sendo que a indicação pelo Fisco de que tais saídas se referem a feijão, decorre da atividade principal da empresa (plantio da leguminosa). Evidente, portanto, a presunção adotada pelo Fisco de que as mercadorias pesadas eram feijão. Pensando bem, poderia ser a palha do feijão, em operação de descarte.

Desta forma, a dúvida milita em favor da Impugnante, por força do disposto no art. 112, inciso II, do CTN.

Incorretas, portanto, as exigências fiscais no tocante às saídas de mercadorias sem documento fiscal.

Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em virtude das saídas de bens pertencentes ao ativo permanente ter ocorrido antes de completado o prazo de doze meses de suas aquisições

As operações reveladas através dos documentos de fls. 28 e 29, dos autos, tratam-se de remessas de máquinas agrícolas com o fim específico de realizar prestações de serviços em outro estabelecimento rural da própria Autuada, situado no Estado de Goiás.

Sendo assim, tais movimentações encontram-se no campo da não tributação, conforme determina o art. 1.º, inciso III, da Resolução n.º 1.874/89, então vigente (fls. 31/32).

Destaca-se, inclusive, que tal dispositivo fora expressamente indicado no corpo dos documentos fiscais emitidos. Eis o seu teor:

“Art. 1.º - Não deverá ser objeto de exigência fiscal a movimentação física de:

(...)

III – máquina ou equipamento agrícola ou de emprego na construção civil, usados, em remoção para outro local de trabalho, ainda que não acobertada por nota fiscal, desde que possa ser comprovada a propriedade da máquina ou equipamento transportado.” (grifo nosso)

A regra do art. 5º, inciso XII, do RICMS/96, tido pelo Fisco como infringido, por sua vez, não juriciza o caso vertente, porque a saída nele informada, abrigada pela isenção, tem o caráter de alienação do bem, o que não ocorreu *in casu*, já que ao ser concluído o serviço a que se propunha, previsto era o retorno do bem ao estabelecimento da Autuada, uma vez que a natureza da operação é a “remessa para prestação de serviços”.

Ademais, se se aplicasse tal regra, a hipótese seria de emissão de notas fiscais sem destaque do imposto, diferente portanto, do estorno do crédito apropriado. E neste caso, o crédito seria integralmente mantido e o que poderia ser exigido seria o imposto à alíquota de 7% (sete por cento).

Releva observar que nem mesmo houve concomitância entre a aquisição dos bens, e as suas posteriores saídas para participar de colheita em outro estabelecimento da Autuada, tendo decorridos quase dois meses entre a entrada das máquinas agrícolas no estabelecimento e suas saídas acobertadas pelas notas fiscais de fls. 28/29.

O decurso do prazo acima, outrossim, indica que as máquinas agrícolas, embora por pouco tempo, já se apresentavam usadas.

Enfim, o Fisco não comprovou que os bens deixaram de retornar ao estabelecimento da Autuada, e nem conseguiu descaracterizar as operações realizadas como sendo remessas para prestações de serviços. Destarte, prevalece a disciplina do art. 1.º, inciso III, da Resolução n.º 1.874/89, tornando ilegítimas, também, as exigências fiscais quanto a esta irregularidade.

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 o Lançamento.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 15.387/03/2ª - (Publicado no "MG" de 10/04/03)

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA – SAÍDA – ESTOQUE DESACOBERTADOS – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – Constatado, mediante levantamento quantitativo, por espécie de mercadoria, que a Autuada promoveu entradas e saídas, bem como manteve em estoque algodão em pluma desacobertado de documentação fiscal. O Fisco reformulou o crédito tributário, acolhendo, em parte as razões da Impugnante. Legítimas, portanto, as exigências fiscais remanescentes.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – APROVEITAMENTO A MAIOR – Constatada a apropriação indevida de parcela de crédito do ICMS, em desacordo com as disposições contidas no parágrafo único do artigo 62, inciso VI do art. 71, ambos do RICMS/96 e no subitem 4.4 da Resolução 3.166/01, resultando em recolhimento a menor do ICMS. Exigências mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Saída, entrada e manutenção em estoque de **algodão em pluma** desacobertado de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo de mercadoria, nos períodos de 01/04/01 a 30/06/01, 01/07/01 a 30/09/01 e 01/01/02 a 15/04/02, respectivamente.

2 – Aproveitamento a maior de créditos do ICMS, nos meses de maio, junho e agosto de 2001, em face de inobservância às regras inseridas nos artigos 62 e 71 do RICMS/96, vigentes à época, bem como do subitem 4.4 da Resolução n.º 3.166/01.

Lavrado em 26/06/02, AI exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II e XXII da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 416/428.

O Fisco manifesta às fls. 724/727, refutando as alegações da Impugnante, entretanto, acolhe, em relação ao levantamento quantitativo, 2 (duas) notas fiscais e o índice técnico de 35,03% trazidos na peça defensiva, oportunidade em que altera o crédito tributário.

Concedido vista dos autos ao sujeito passivo, este aponta às fls. 754/755 outro erro cometido pelo Fisco quando da elaboração do levantamento quantitativo.

O Fisco comparece novamente aos autos fls. 764/765, altera o somatório das operações de saída de algodão em pluma referente ao mês de junho/2001, anexa os documentos de fls. 766/785. (Em virtude desta alteração, no período de 01/04/01 a 30/06/01 excluiu-se as exigências fiscais relacionadas às saídas desacobertadas de algodão em pluma no total de 298.449,39 kg; apurando-se entrada desacobertada de 3.744 kg de referido produto.)

Regularmente intimada da nova reformulação do crédito tributário, a Autuada não mais comparece aos autos.

O Fisco manifesta às fls. 789/792, ratificando posição já externada.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 795/802, opina pela procedência parcial

do Lançamento, de conformidade com a alteração do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 766/785.

Em sessão realizada em 26/03/03, presidida pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos da Portaria n.º 04/01, defere-se o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro retro mencionado, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 02/04/03.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (relatora) e o Conselheiro José Eymard Costa que julgam parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 766/785 e o Conselheiro Antônio César Ribeiro (revisor) que julga improcedente o lançamento. Assistiu à sessão de julgamento o procurador da Impugnante Dr. Regis Pereira Lima.

DECISÃO

Inicialmente, vale ressaltar que a quase totalidade dos fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal integra a presente decisão, face a sua objetividade, clareza e precisão.

“Constam do relatório do Auto de Infração em apreço as seguintes irregularidades: entradas, saídas e estoque de mercadorias, desacobertos de documento fiscal, apurados por meio de levantamento quantitativo e aproveitamento a maior de créditos de ICMS, destacados em documentos fiscais relativos à aquisição de algodão em pluma do Estado de Goiás, em operações contempladas por benefício fiscal concedido por aquele Estado em desacordo com o disposto na alínea "g", inciso XII, § 2º, do art. 155 da CF/88 c/c arts. 62 e 71, ambos do RICMS/96 e subitem 4.4 da Resolução nº 3.166/01.

Das infrações apuradas no levantamento quantitativo

De início, convém assinalar que as exigências fiscais originais do AI em apreço sofreram alterações, em função do acatamento, pelo Fisco, de parte das razões argüidas pela Impugnante, que resultaram em duas reformulações no montante das exigências, a primeira, às fls. 724/74339 e, a segunda, às fls. 764/780, com DCMM de fls. 785.

Empregou-se, na apuração da 1ª irregularidade, o Levantamento Quantitativo de Mercadorias, procedimento tecnicamente idôneo, previsto na legislação tributária vigente (art. 194, inciso II, da Parte Geral do RICMS/96).

Todos os dados levantados pelo Autuante, para apurar as quantidades de entradas e saídas foram extraídos dos documentos fiscais emitidos e registrados pela própria Autuada.

As quantidades em estoques, iniciais e finais, de cada período levantado, foram embasadas nos dados lançados no livro "Registro de Inventário" (cópias anexas às fls. 85/97) e na contagem física de mercadoria (fls. 26), efetuada no dia de início da ação fiscal.

A base de cálculo adotada, também, foi extraída dos documentos fiscais emitidos e registrados pelo contribuinte, considerando o preço médio apurado em cada um dos períodos levantados (de 01/04/01 a 30/06/01, 01/07/01 a 30/09/01 e 01/01/02 a 15/04/02).

Necessário registrar que o período de 01/10/01 a 31/12/01 foi excluído do presente levantamento quantitativo porque não houve, neste período, movimentação da mercadoria objeto de verificação (algodão em pluma).

De notar-se que as quantidades de entradas de algodão em caroço foram convertidas para algodão em pluma, adotando-se inicialmente a proporção de "1/3", ou

seja, 33,33%, o que equivale a dizer que para cada 3 kg. de algodão em caroço seria obtido 1 kg de algodão em pluma, decisão esta alicerçada na Declaração expedida pela EMATER/MG, anexa às fls. 27.

Tendo o Contribuinte refutado este fator de conversão, por meio da contraprova trazida aos autos às fls. 470, acrescida dos documentos de fls. 467/468 e 471/474, afigura-se correto o procedimento do Fisco que tratou de alterar o crédito tributário (fls. 774/776), no sentido de adotar como índice de conversão, o percentual de 35,03%, sugerido pela própria Autuada (fls. 485/486).

Nessa ocasião foram inclusas, também, as notas fiscais avulsas de n.º 314789 (fl. 438) e 731507 (fl. 454), emitidas em 09/04/02, relativas às saídas de algodão em pluma, tendo em vista que, segundo afirma o Fisco, tais notas fiscais ainda não lhe teriam sido apresentadas.

As demais notas fiscais de saídas de algodão em caroço, enumeradas pelo sujeito passivo, todas, foram emitidas após o início da ação fiscal e, por isso, não foram acatadas pelo Fisco.

Tal decisão mostra-se acertada vez que que, sequer existia, no estabelecimento autuado, estoque físico deste produto, conforme indica a contagem física de fl. 26, emitida às 09:30 horas do dia 15/04/02, de forma a dar respaldo às supostas saídas ocorridas posteriormente, em qualquer quantidade que fosse, mormente na quantidade expressiva, conforme consta dos mencionados documentos fiscais apontados pela Impugnante.

Também se mostra correto o entendimento da autoridade administrativa que se recusou a acatar as "cartas de correção" que pretendiam alterar as quantidades e valores relativamente às notas fiscais 000792 e 001508, tendo em vista a vedação inserida no RICM/96, *in verbis*:

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

(...)

XI - comunicar ao fisco, e ao remetente ou destinatário da mercadoria ou ao prestador ou usuário do serviço, irregularidade de que tenha conhecimento, observado o seguinte:

a - o interessado deverá comunicar a ocorrência, dentro de 8 (oito) dias contados do recebimento da mercadoria ou do conhecimento do fato;

b - a comunicação será feita por carta, da qual o expedidor conservará cópia, comprovando a sua expedição com o Aviso de Recebimento (AR) do correio ou com o recibo do próprio destinatário, firmado na cópia da carta;

c - é vedada a comunicação por carta para:

c.1 - corrigir valores ou quantidades; (destacamos)''

Assim, feitas todas as correções cabíveis, reputa-se correto o procedimento fiscal, demonstrado às fls. 764/777, que apurou entradas desacobertas de algodão em pluma, nos períodos de 01/04/01 a 30/06/01 e 01/07/01 a 30/09/01, justificando-se a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, reduzida a 10 %

(dez por cento), tendo em vista que o levantamento indica que as saídas foram acobertadas com documento fiscal, o que pressupõe que o imposto tenha sido recolhido.

Salienta-se que o Fisco ao calcular a multa isolada relativa ao período de 01/04/01 a 30/06/01, tomou como base de cálculo, por engano **a quantidade** de algodão, **ao invés do valor**, apurando equivocadamente o valor de R\$374,36, quando o correto seria R\$585,88.

“Para o período de 01/01/02 a 15/04/02, apurou-se a manutenção em estoque, de 45.915,50 kg. de algodão em pluma, ao desabrigo de documento fiscal, ensejando, assim, a cobrança da Multa Isolada de 40% (quarenta por cento), conforme estabelece o art. 55, II, da Lei 6763/75.

Do estorno de crédito

A segunda acusação fiscal do AI versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, oriundos de aquisição de algodão em pluma do Estado de Goiás, efetuadas nos meses de maio/01, junho/01 e agosto/01, cujas operações foram abrigadas por incentivo fiscal, concedido pelo Ente Tributante de origem da mercadoria, em desacordo com o disposto na alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do art. 155, da CF/88.

Segundo o Texto Constitucional supracitado é obrigatória a celebração e ratificação de convênio para a concessão ou revogação de isenções, incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, que resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do ônus do ICMS.

Importa ressaltar, também, que nos termos do art. 8º, I, da Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CF/88, os atos unilaterais concessivos de incentivos fiscais em desacordo com a referida Lei Complementar, são passíveis de nulidade e acarretam a **ineficácia do crédito** atribuído ao estabelecimento adquirente/recebedor da mercadoria.

Em sintonia com os dispositivos supracitados, a regra inserida no art. 68 do RICMS/96 somente admite o creditamento correspondente ao montante do imposto corretamente **cobrado e destacado** no documento fiscal relativo à operação.

Acresça-se que, em consonância com a disposição inserida no inciso VI do art. 71, do RICMS/96, o contribuinte mineiro fica obrigado a efetuar o estorno do imposto creditado **sempre** que a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento tiver o imposto destacado no documento fiscal, mas **não cobrado na origem**.

Sendo assim, cuidou a legislação tributária de esclarecer o significado do termo **imposto cobrado**, conforme previsão inserida no parágrafo único do art. 62, do RICMS/96, vigente ao tempo dos fatos trazidos neste PTA:

"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."

Saliente-se que as operações de saída de algodão em pluma com fibra padrão igual ou superior a 6/0, oriundas de Goiás, recebem, naquele Estado, tratamento tributário diferenciado, conforme estabelece o art. 11, inciso XIII, do Anexo IX, do Decreto 4.852/97, e desde 09/11/99, são beneficiadas por crédito presumido na ordem de 75% (setenta e cinco por cento), o que equivale a uma carga tributária de 3% (três por cento) sobre o valor da operação.

No entanto, considerando que o benefício fiscal mencionado fora concedido

pelo Estado de Goiás, de forma unilateral, sem a celebração de convênio com os demais Estados e o Distrito Federal, na forma exigida na alínea "g", inciso XII do § 2º, do art. 155, da CF/88, os valores destacados nas notas fiscais, mas não cobrados na origem, não são passíveis de aproveitamento.

Desse modo, tendo o Fisco verificado que o contribuinte se apropriara do montante integral do imposto destacado nos documentos fiscais, resultante da aplicação da alíquota interestadual, em desacordo com a legislação tributária retromencionada, tratou a Autoridade Lançadora de promover o estorno da parcela não cobrada, mediante a recomposição da conta gráfica, buscando exigir a diferença da parcela creditada indevidamente, em função do incentivo fiscal concedido de forma unilateral.

Os créditos admitidos pelo Fisco, na proporção do valor recolhido à unidade da Federação de origem, bem como os valores glosados, foram demonstrados na planilha de fls. 11, de acordo com o percentual previsto no subitem 4.4 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01.

Faz-se imperioso destacar que a vedação ao crédito ora glosado, ao contrário do que supõe a Impugnante, não foi estabelecida mediante a publicação e vigência da Resolução nº 3.166/01; ao contrário, o impedimento dos créditos objeto do presente estorno decorrem de inobservância, pelo Sujeito Passivo, de disposições inseridas no Texto Constitucional (alínea "g", inciso XII, § 2º, do art. 155), bem como do art. 29 da Lei 6763/75 c/c parágrafo único do art. 62 e inciso VI do art. 71, ambos, do RICMS/96, sendo que todos estes dispositivos já vigiam à época da ocorrência dos fatos ora apreciados.

Desse modo, restando caracterizadas as infrações apontadas no AI e tendo sido feitas as correções necessárias no levantamento quantitativo, infere-se corretas as exigências fiscais, demonstradas no DCMM de fls. 785."

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento anterior iniciado em 26/03/03, nos termos da Portaria 04/01, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento de conformidade com a reformulação do crédito tributário realizada pelo Fisco às fls. 766/785. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, mantendo as exigências fiscais apenas decorrentes do aproveitamento a maior de crédito do ICMS. O voto do Conselheiro retro referido foi retificado nos termos da citada Portaria, tendo sido apresentado por escrito, ante sua ausência.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 15.422/03/2ª - (Publicado no "MG" de 22/05/03)

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – VEÍCULOS – Constatou-se que a Autuada promoveu saídas de veículos sem emitir as notas fiscais correspondentes às operações efetivamente realizadas, ao argumento de tratarem-se de vendas diretas do fabricante, estabelecido em São Paulo, para consumidores finais localizados neste Estado. Entretanto, restou comprovado nos autos que referidas operações eram de vendas normais da Autuada/Concessionária mineira. Corretas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de veículos automotores (ônibus e caminhões), no exercício de 1997, destinados a consumidores finais (instituições financeiras de arrendamento mercantil), sem a emissão de notas fiscais correspondentes às operações realizadas, sob a alegação de tratar-se de venda direta do fabricante aos consumidores finais, ocasionando recolhimento a menor do ICMS apurado em VFA.

Lavrado em 27/03/02, AI exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II da Lei 6763/75).

Inconformadas, a Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 466/474 e 510/518, respectivamente.

O Fisco manifesta às fls. 504/507 e 555/558, refutando as alegações das Impugnantes.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 561, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 562 e juntada de documentos de fls. 563/581.

As Impugnantes se manifestam conjuntamente às fls. 585/586.

O Fisco novamente manifesta às fls. 589/590, ratificando posicionamento já externado.

As Impugnantes retornam aos autos, juntando cópia da Consulta SLT n.º 062/2001, às fls. 591 e 592, sobre a qual o Fisco manifesta às fls. 595.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 597/604, opina, em preliminar, pela rejeição da argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Inicialmente vale ressaltar que a quase totalidade dos fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal integra a presente decisão.

“DA PRELIMINAR**Nulidade do Auto de Infração**

Não prospera a hipótese de nulidade do Auto de Infração, argüida pelas Impugnantes, sob a alegação de estar o feito fiscal baseado em disposições inespecíficas e realidades ausentes.

O presente crédito tributário foi formalizado mediante Auto de Infração, anexado às fls. 06/07, o qual contém todos os requisitos exigidos no art. 58 da CLTA/MG, porquanto não devem ser acatadas as alegações de nulidade do Auto de Infração por falha material ou violação a qualquer princípio de direito.”

Note-se que as Impugnantes, contestando o feito fiscal, comparecem aos autos e se defendem com maestria da acusação fiscal que lhes está sendo imputada, demonstrando não terem dúvidas sobre a mesma.

“DO MÉRITO

Quanto ao mérito, cumpre esclarecer, em princípio, que não assiste razão à Coobrigada ao argüir sua inclusão errônea no pólo passivo da obrigação tributária.

No caso específico, a responsabilidade solidária da Fabricante/Scania, na condição de Coobrigada, decorre do disposto no art. 124, inciso I, do CTN, já que restou caracterizado seu interesse comum nas operações irregulares, na medida que, por

conveniência do negócio, efetuou faturamento direto ao consumidor, contribuindo assim para o não recolhimento do imposto ora reclamado.

Em relação a infração praticada, esclareça-se que a Autuada é concessionária dos produtos de fabricação da “SCANIA”, os quais lhes são fornecidos pela Scania do Brasil Ltda (Coobrigada), estabelecida no Estado de São Paulo, para comercialização em sua área de atuação em Minas Gerais, em caráter de exclusividade.

A tese de defesa da Autuada e Coobrigada está calcada no entendimento de que as operações, objeto das exigências em análise, tratam-se de “vendas diretas” realizadas pelo Fabricante a consumidores finais (empresas transportadoras), segundo eles, considerados compradores especiais, tendo a concessionária atuado como mera intermediária, auferindo comissões sobre as respectivas vendas.

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.

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 as denominadas “vendas diretas”, estão contempladas no art. 15 da Lei 6729/79, o qual estabelece as hipóteses em que o fabricante poderá realizar vendas diretas a consumidor:

Art . 15. O concedente poderá efetuar vendas diretas de veículos automotores.

I - independentemente da 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, alínea a , incumbindo o encaminhamento do pedido a concessionário que tenha esta atribuição;
- b) a 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.

Vemos que o diploma legal transcrito dispõe tanto no § 2º do artigo 15 quanto na alínea “b” do inciso I a necessidade de definições através de “ajustes prévios com a rede de distribuição”, as quais são feitas através das *Convenções da Marca*, da forma prevista em seu artigo 17, inciso II, c/c artigo 19 incisos VIII e XIV:

*Art. 17. As relações objeto desta Lei **serão também reguladas por convenção** que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre: (...)*

II - cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções da marca.

(...)

Art. 19. Celebrar-se-ão convenções da marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a:

(...)

VIII - quota de veículos automotores, reajustes anuais, ajustamentos cabíveis, abrangência quanto a modalidades auxiliares de venda (art. 7º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º) e incidência de vendas diretas (art. 15, § 2º);

(...)

*XIV - **vendas diretas, com especificação de compradores especiais**, limites das vendas pelo concedente sem mediação de concessionário, atribuição de faculdade a concessionários para venda à Administração Pública e ao Corpo Diplomático, **caracterização de frotistas de veículos automotores**, valor de margem de comercialização e de contraprestação de revisões, demais regras de procedimento (art. 15, § 1º); (...)* (gn)

Ocorre que a *Convenção da Marca Scania* celebrada com a rede de distribuição anexada aos autos (fls. 425/443), evidencia que as regras e procedimentos relativos à incidência das vendas diretas de veículos automotores novos pelo produtor **não foram estipulados**, de forma que os *compradores especiais* previstos na alínea “b” do inciso I do artigo 15 da Lei 6.729/79 não foram definidos.

À vista do disposto na legislação supra, pode-se concluir indubitavelmente, que as operações em questão, não se enquadram como “vendas diretas” do Fabricante, devendo ser enquadradas como vendas normais da Concessionária.

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.

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/Itaipu e o Consumidor, visando resguardar interesses econômicos do Fabricante/Scania, em detrimento ao Erário Mineiro.

Ademais, as respectivas notas fiscais de serviço emitidas pela Itaipu, constantes às fls. 30/125, revelam que de fato, as mercadorias foram comercializadas pela Autuada.

Voltando à Lei 6.729/79, vemos que o § 1º do artigo 15 dispõe que a venda realizada através da rede de distribuição garante ao concessionário o recebimento do valor

da margem de comercialização correspondente à mercadoria vendida. Trata-se, portanto, de lucro obtido com a venda e não de comissão calculada sobre o preço, que seria paga no caso de intermediação (corretagem).

Esta última atividade é sujeita ao ISS conforme item 50 da Lista de Serviços, devendo, porém, observar os requisitos previstos no artigo 36 e seguintes do Código Comercial para que assim possa ser caracterizada, sendo que a Lei 4.886/65, que regula as atividades dos representantes comerciais, determina em seu artigo 2º que obrigatoriamente estes devem se registrar como tal.

Observe-se que em nenhum momento a Autuada comprovou a condição de representante comercial, não estando autorizada legalmente a exercer esta atividade.

Tratando-se de vendas normais da concessionária, fica esta sujeita ao cumprimento das obrigações tributárias acessórias (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 e disposto no art. 6I, inciso I, letra “m”, do RICMS/96.

No tocante ao ICMS, reputa-se correta a aplicação da alíquota de 12%, prevista no art. 43, inciso I, “b.5”, do RICMS/96, haja vista que os caminhões e ônibus se enquadram nos códigos **NBM** 8701.20.0200, 8701.20.9900, 8706.00.0100 e 8706.00.0200 previstos no dispositivo legal, que correspondem aos códigos 8701.20.00 e 8706.00.10 da **NCM** citados nas notas fiscais emitidas pela Scania.

A título de esclarecimento, vale lembrar que não há que se falar em apropriação de créditos pelas operações anteriores (venda dos veículos da Scania para a Itaipu), tendo em vista que o Fisco já considerou tal crédito ao autuar apenas o valor agregado recebido pela Autuada, chamado por esta de “comissões”, conforme explica o Fisco às fls. 12.

Assim sendo, 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) por parte da Autuada, reputa-se corretas as exigências fiscais, referente ao ICMS e respectivas Multas de Revalidação (50%) prevista no art.56, inciso II, e Isolada (20%) prevista no art.55, inciso II, alínea “a” da Lei 6763/75, lançadas pelo Fisco.”

Observa-se, ainda, ser inaplicável ao caso, ora discutido, as disposições contidas no art. 112 do CTN, alegado pelos sujeitos passivos.

“No tocante a alegação de duplicidade, o fato já foi devidamente corrigido pelo Fisco da seguinte forma: NF 36.928 e 46.047 excluídas do presente AI e mantidas no de nº 01.000139885-71 (destinatários empresas de arrendamento mercantil); NF 48.357 mantida no presente AI e excluída do AI 01.000139886-52 (destinatário transportadora). As Impugnantes foram devidamente intimadas.”

Por derradeiro, vale acrescentar que o Fisco está a exigir o cumprimento das disposições contidas na legislação tributária mineira (Lei n.º 6763/75 e RICMS/96 – aprovado pelo Decreto n.º 38.104/96), relativamente às operações praticadas pela Autuada. Depreende-se do exame dos dispositivos citados como infringidos, na peça acusatória, fls. 07, que não há qualquer referência à Lei n.º 6.729 de 28/11/79.

Ademais, em virtude da **Lei n.º 6.729/79** (Renato Ferrari), regular a “**Concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre**”, não há nenhuma incoerência que a mesma seja citada pela Superintendência de Legislação Tributária (SLT), quando da resposta à **Consulta n.º 062/2001**, a qual foi parcialmente **transcrita pelo Fisco no “Anexo da Autuação”**, posto que as operações objeto da autuação envolvem justamente esta modalidade de

comercialização. Salienta-se que o recolhimento apenas do ISSQN, conforme mencionado em referida consulta, restringe-se aos casos em que haja apenas “intermediação”, situação diversa da ora discutida.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 15.650/03/2ª – (Pub. no “MG” de 18/12/03)

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO. Constatado mediante levantamento quantitativo financeiro diário a realização de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para manter as exigências fiscais apenas em relação às saídas desacobertas de queijo minas, bebidas lácteas e iogurte, no exercício de 2000.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE CONTROLE DE PRODUÇÃO E ESTOQUE. Infração caracterizada. Correta a exigência da MI prevista no artigo 55, inciso I, da Lei 6763/75. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da citada Lei, para cancelar a Multa Isolada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e de não escrituração do Livro Registro de Controle da Produção e Estoque. Exige-se ICMS, MR e MI previstas no artigo 55, incisos I, II e XXII, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 56, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 62 a 63.

A 2ª Câmara de Julgamento nas sessões dos dias 11/06/03 e 26/08/03, delibera converter os julgamentos em diligências, as quais são cumpridas pelo Fisco às fls. 68 e 72, respectivamente.

DECISÃO

A primeira acusação contida no Auto de Infração se refere a entradas e saídas de produtos (parmeirão, queijo minas, bebidas Lácteas, requeijão, iogurte, mussarela e cheddar) desacobertas de documentação fiscal. Tal acusação foi apurada pelo Fiscal mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (fls. 08/49).

De se esclarecer que, quanto ao ano de 2000, este se deu em exercício fechado e, quanto ao ano de 2001, este se deu em exercício aberto (TIAF de fls. 02).

Quanto ao produto “Queijo Minas” (fls. 28/29), a acusação é de saída desacoberta de documentação fiscal (fls. 08). Como se trata do exercício de 2000, que é fechado, tem-se que os dados constantes do quadro de fls. 28 foram extraídos do LRI. Havendo a entrada de produto no estabelecimento pela Nota Fiscal 609, de 04/04/2000, não havendo registro algum de saída do produto no mesmo exercício e não encontrando estoque registrado no final do exercício no LRI, correta é a acusação de que o que entrara

pela referida Nota Fiscal, saíra sem o correspondente documento fiscal. Assim, correta é a exigência quanto a tal produto.

O mesmo pode se dizer em relação às “bebidas lácteas”, que entraram em 14/09/2000, pela Nota Fiscal de nº 486.519 (fls. 30), observando-se que a acusação também é de saída desacobertada (fls. 08).

Igualmente com relação ao produto “iogurte”, sobretudo por se tratar de acusação apurada no exercício fechado de 2000.

Quanto às acusações de entrada e saída desacobertadas de documentação fiscal de “parmeirão”, “requeijão”, “cheddar” e de “mussarela”, do exercício de 2000, não se as admite.

A acusação de entrada desacobertada não pode ser admitida na forma como pretende o fiscal autuante, tendo em vista que não acusa ele da entrada de leite desacobertado, mas do próprio produto desacobertado. Isto tanto está incorreto que o próprio fiscal autuante confessa, no rodapé do quadro de fls. 10/11, que fez conversões de leite em produto. Não se admite como justificativa plausível e capaz de ser acolhida a resposta ao item 3 da diligência de fls. 66, ou seja, pelo simples fato de também naquele exercício ter adquirido produto com Nota Fiscal. Mais ainda não se admite a conversão aos valores mínimos da Tabela de fls. 52, pois a mesma contém quantidades mínimas e máximas de leites para se produzir cada qual dos produtos. Além do mais, também a resposta do fiscal autuante à indagação contida no item 1 da diligência de fls. 66 não é nada lógica. O simples fato de não escriturar o LRCPE não implica em desconhecer a realidade trazida aos autos pela prova de fls. 52, produzida pelo próprio Fiscal Autuante. Portanto, deveria o fiscal autuante ter se servido de valores médios ou máximos, neste caso para excluir toda hipótese de prejuízo ao contribuinte autuado. Solicitado, por duas vezes, o Fiscal Autuante para que respondesse ao quesito nº 5 da diligência de fls. 66, não o fez. Assim relutando e por todo o exposto, não há como prosperar as acusações de entrada e saída desacobertada de documento fiscal quanto aos produtos “parmeirão”, “requeijão”, “mussarela” e “cheddar”.

Se comprometidas se fazem as entradas, pela conversão em índices mínimos, comprometida também resta a acusação de saída desacobertada dos mesmos produtos.

Quanto ao exercício de 2001, totalmente comprometido fica, não somente pelas razões retro, mas se era ele de exercício aberto (TIAF constando o período de 01/01/2000 a 01/12/2001), não há nos autos uma contagem física das mercadorias em 01/12/2001, para se comparar com o LQFD. De se ressaltar que, para o exercício de 2001, fls. 09, a acusação é de saída desacobertada de “bebida láctea” e também de entrada e saída desacobertada para “parmeirão”.

A segunda acusação refere-se à não escrituração do LRCPE. Isto é patente e prova não trouxe o autuado em sentido contrário, pelo que correta se faz a exigência fiscal. Entretanto, acionando-se o permissivo legal (art. 53, § 3º, da Lei 6763/75), esta há de ser cancelada, pelas seguintes razões: os valores que o fiscal autuante se serve para a composição da base de cálculo são extraídos dos LQFD, que contém equívocos que o invalidam, como os apontados acima; o citado Livro não é simples escrituração, mesmo contendo no RICMS/96, disposição sobre tal procedimento. Resta dúvida da forma precisa de como deve se dar. Daí, porque, como medida de justiça, melhor é o cancelamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para manter as exigências apenas quanto: 1) à acusação de saída desacobertada de queijo minas, bebidas lácteas e iogurte, no exercício de 2000 (ICMS, MR e MI do artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75); 2) à MI por não escrituração do LRCPE. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3, da Lei nº 6763/75, para cancelar a MI por não escrituração do LRCPE.

Relator:Francisco Maurício Barbosa Simões

10 – MERCADORIA – ENTREGA DESACOBERTADA

2002

Acórdão: 15.742/02/1ª - (Publicado no “MG” de 07/08/02)

EMENTA

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA. A imputação de entrega de mercadoria desacoberta de documentação fiscal, não se encontra suficientemente sustentada nos autos, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a entrega de mercadoria (couro bovino salgado) desacoberta de documentação fiscal no dia 20/12/2001, apurado mediante confronto entre a contagem física da mercadoria em trânsito e as Notas Fiscais nºs 002.535 e 002.536, ambas de 18/12/2001, apresentadas na autuação. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformados, o Autuado e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 43 a 47, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 80 a 90.

DECISÃO

Exige-se do Autuado em tela o crédito tributário identificado às fls. 02/03, em virtude das irregularidades apontadas no relatório do Auto de Infração, tendo como escora os dispositivos legais lá também mencionados.

As Notas Fiscais nºs 002.535 e 002.536, de 18/12/2001, apresentadas no momento da autuação, foram emitidas na Cidade de Vitória da Conquista - BA, com destino à Cidade de Presidente Prudente - SP, estando apenas em trânsito pelo território mineiro.

Não há nos autos nenhuma evidência de que a mercadoria, objeto da autuação, tenha sido entregue a contribuinte mineiro.

O ICMS referente à operação foi recolhido ao estado de origem, conforme documentos de fls. 48 a 50.

Assim, não merece ser agasalhada a acusação fiscal, nos moldes e termos em que o libelo emerge no presente feito, ante a fragilidade dos elementos constantes dos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o Lançamento. Vencida a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara que o julgava procedente

Relator: José Luiz Ricardo

11 – MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO

2003

Acórdão: 15.565/03/2ª – (Pub. no “MG” de 06/11/03)

EMENTA

MERCADORIA - ESTOQUE DESACOBERTADO - AVES. Manutenção em estoque de aves para engorda desacobertadas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Adequada a multa isolada aplicada ao percentual previsto no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75. Acatado o índice de mortalidade das aves, deduzindo-o do estoque apurado. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – RAÇÃO CONSUMIDA. Apuradas entradas desacobertadas de ração, utilizadas na engorda de aves para corte. Infração caracterizada. Corretas as exigências do ICMS e da multa de revalidação. Excluída a multa isolada exigida, capitulada no art. 55, II, da Lei 6763/75, face à sua inaplicabilidade. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre aquisições de aves para corte e da ração utilizada no processo de engorda, sem a documentação fiscal correspondente.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 53/65, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 85/87.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 113, que resulta na manifestação do Fisco de fl. 114.

Por fim, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 116/120, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências vinculadas ao consumo de ração.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre aquisições de aves para corte e da ração utilizada no processo de engorda, sem a documentação fiscal correspondente. Para melhor compreensão, a presente decisão será analisada por tópicos, abrangendo as duas irregularidades narradas pelo Fisco e alguns aspectos vinculados a aspectos formais do feito fiscal.

Aves – Estoque Desacobertado

Através da diligência fiscal de fl. 10/11, datada de 21/02/2001, foi constatado pelo Fisco que no estabelecimento da Autuada, localizado na Fazenda Boa Vista, s/n.º, em Martinho Campos (MG), havia 24 (vinte e quatro) galpões, cada um com 23.000 aves, perfazendo um estoque total de 552.000 aves.

A quantia em estoque é corroborada pelo documento “Programação de Entrada de Pintinhos – Frigorífico Alvorada Ltda.” (fl. 12), documento apreendido no referido

estabelecimento, onde consta que, entre os dias 04/02/2001 e 20/02/2001, teriam sido adquiridos exatamente 552.000 “pintinhos para engorda”.

Além disso, os documentos anexados pelo Fisco à sua manifestação – Autorização para Trânsito Interno e Certificado de Vacinação – Aves/Ovos (fls. 89/101), de emissão do Instituto Mineiro de Agropecuária – IMA, ratificam as aquisições de aves pela Autuada, nas mesmas quantias consignadas no documento “Programação de Entradas de Pintinhos”.

Perceba-se que, após ter ciência da anexação dos documentos conseguidos junto ao IMA de Pitangui (MG), a Impugnante apenas questionou a origem e como os mesmo haviam sido obtidos (fl. 105), mas não os refutou.

Após receber o TIAF de fl. 06, a Autuada trouxe aos autos os documentos relacionados à fl. 8, entre os quais destacam-se as notas fiscais de entrada de pintos de um dia para corte (fls. 27/28).

A nota fiscal n.º 2502, de 20/02/01 (fl. 28), foi acatada pelo Fisco e a quantidade de aves nela consignada (46.000) foi abatida do total apontado na diligência (552.000), gerando um estoque desacobertado, em 21/02/2001, de 506.000 aves, conforme demonstrativo de fl. 05.

Não foi acatada, entretanto, a nota fiscal n.º 2504, de 21/02/2001 (fl. 27), uma vez que, segundo informação do Fisco (fl. 114), embora tenha a mesma data da diligência, as aves foram descarregadas em momento posterior à contagem, afirmação esta não contraditada pela Autuada.

Desse modo, afigura-se correta a quantidade de aves autuadas, apontadas no quadro demonstrativo de fl. 05, bem como pertinente o arbitramento do preço unitário de cada ave, tomando-se como parâmetro o valor unitário constante das notas fiscais acima mencionadas (R\$ 0,27).

Ao contrário do que requer a Autuada, não se aplica ao caso dos autos o benefício da redução da base de cálculo do imposto, prevista no item 23, “a.4”, do Anexo IV, do RICMS/96, que trata de **saídas internas de aves para corte, destinadas ao abate ou a consumidor final**, vez que a presente acusação versa sobre **estoque** desacobertado, oriundo de aquisições de “pintos de um dia”, sem a documentação fiscal correspondente.

A cobrança do ICMS, *in casu*, decorre da responsabilidade solidária atribuída à pessoa que **adquire ou mantém em estoque** mercadorias desacobertadas de documento fiscal, consoante disposição inserida no art. 21, VII, da Lei 6763/75.

Quanto à solicitação da Impugnante de utilização da alíquota prevista no art. 43, I, “b.1” do RICMS/96 (12 %), há que se ressaltar que os valores exigidos pelo Fisco foram apurados, originalmente, com a aplicação da referida alíquota, conforme demonstra o documento de fl. 88.

Portanto, a infração encontra-se plenamente caracterizada, sendo legítimas as exigências fiscais constituídas pelo ICMS, multa de revalidação e pela multa isolada prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75.

Há que se fazer, entretanto, duas retificações no crédito tributário: a primeira, em relação ao percentual da multa isolada aplicada; a segunda, em relação ao índice de mortalidade dos pintinhos.

Com efeito. Conforme será demonstrado em tópico específico abaixo, a infração foi apurada pelo Fisco com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita

fiscal do contribuinte, pois não houve, efetivamente, uma contagem física das aves encontradas nos galpões do estabelecimento autuado.

Assim, a multa isolada aplicada, deve ser adequada ao percentual de 20 % (vinte por cento), conforme previsão contida no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, tê-la em estoque ou depósito, desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a - quando as infrações a que se refere o inciso forem apuradas pelo Fisco, com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;” (G.N.)

Quanto ao índice de mortalidade, a Impugnante anexou às fls. 76/77, Consulta efetuada pela empresa “Pif Paf S.A.”, da qual pode-se extrair o seguinte trecho:

“ESCLARECE, AINDA, QUE DURANTE O PERÍODO DE CRESCIMENTO E ENGORDA DAS AVES, QUE SE DÁ ATÉ O 45.º DIA OU, EM CERTOS CASOS, ATÉ O 49.º DIA, OCORRE, PRINCIPALMENTE NOS PRIMEIROS DIAS, UMA MORTALIDADE QUE VARIA EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES DO LOTE, OU SEJA, CONDIÇÕES CLIMÁTICAS, ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DE CADA PINTINHO, MANEJO INADEQUADO PELO AVICULTOR, ASPECTO SANITÁRIO (DOENÇAS), APANHA DO FRANGO, ETC., SENDO QUE ESSA MORTALIDADE GIRA EM TORNO DE 6,5 %, ÍNDICE QUE ESTÁ DENTRO DOS PADRÕES NACIONAIS.”

O que deseja a Impugnante é que sobre o estoque considerado desacobertado, seja aplicado o índice acima mencionado. Aplicando-se o índice de 6,5 %, o estoque desacobertado passaria de 506.000 aves, para 473.110 ($506.000 \times 0,935 = 473.110$).

Embora o aludido índice não esteja comprovado mediante anexação de “laudo técnico”, merecem atenção dois aspectos que legitimam o seu acatamento:

1) O Fisco não contesta esse índice;

2) No relatório da diligência fiscal (fl. 09), o próprio Fisco afirma que existiam 552.000 aves no estabelecimento, “*resguardada a mortalidade normal do setor*”.

A frase reproduzida no item “2”, por si só, demonstra a necessidade da aplicação de um índice de mortalidade. Como o único existente nos autos é aquele a que a Impugnante faz alusão, nada mais justo que a sua adoção.

Embora possa haver forma expressamente técnica para a sua aplicação, decidiu esta Câmara pela adoção da metodologia mais simples e favorável ao contribuinte, qual seja, aplicá-lo sobre o total das entradas desacobertas do período, como deseja a Impugnante.

Assim, além da adequação do percentual da multa isolada aplicada, pelas razões já expostas, o crédito tributário deve ser ajustado, considerando-se como estoque desacobertado a quantia de 473.110 aves, obtida pela aplicação do índice de mortalidade sobre as entradas desacobertas do período (506.000 - estoque).

Ração – Entradas sem Notas Fiscais - Consumo:

É de elemental conclusão que, para a engorda das aves, é necessário o consumo de ração. Como no momento da ação fiscal não havia estoque do produto, conforme informação contida no “relatório de diligência fiscal” e como não foram apresentadas as notas fiscais de aquisições de períodos anteriores à ação fiscal, pode-se deduzir que a ração foi adquirida sem a documentação fiscal correspondente e integralmente consumidas.

Não pairam dúvidas quanto à técnica empregada pelo Fisco para encontrar o custo da alimentação consumida pelas aves, vez que alicerçada no demonstrativo fornecido pelo próprio contribuinte, denominado "Desempenho Zootécnico do Frango de Corte" (fl. 14) e no preço, por quilograma da ração, constante das notas fiscais de entrada deste produto (fls. 33/38).

Perceba-se que o Fisco calculou o consumo acumulado de ração, baseando-se no relatório de “desempenho” acima mencionado, de forma proporcional ao tempo de permanência (dias) dos pintinhos nos galpões.

No tocante a esse tópico, a única argumentação da Impugnante é que seria indevida a exigência do ICMS, uma vez que a ração estaria amparada pela isenção do imposto, prevista no item 5, do Anexo I, do RICMS/96.

No entanto, a isenção a que se refere a Impugnante é de natureza “condicional”, somente se aplicando caso a aquisição ocorra com a emissão regular do documento fiscal correspondente, conforme ressalva contida no subitem 5.2, do Anexo supramencionado, *in verbis*:

“5.2 - Para o efeito do disposto neste item, é condição que os produtos:

a – constantes da alínea “a”:

(...)

b – tenham sido acobertados com documento fiscal no qual conste a expressão: “Mercadoria de Produção Mineira – Isenta do ICMS nos termos do item 5 do anexo I do RICMS.” (G.N.)

Não se aplicando a isenção, correta se mostra a exigência do ICMS relativo às entradas desacobertas, bem como da respectiva multa de revalidação.

No entanto, no tocante a esse tópico, deve ser excluída a multa isolada aplicada, pois a irregularidade se refere a entradas desacobertas, cuja penalidade específica está prevista no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, enquanto que a capitulação legal utilizada pelo Fisco foi a do art. 55, II, da mesma Lei, aplicável, exclusivamente, aos casos de saída, transporte e estoque desacoberto.

Da Não Agressão ao Art. 194, § 1.º, do RICMS/96:

Alega a Impugnante que a ação fiscal ocorreu ao arrepio das normas estatuídas no § 1.º, do art. 194, do RICMS/96, especialmente seus itens 1 e 4.

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

(...)

§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, será observado o seguinte:

1) antes de iniciada a contagem física das mercadorias, a

autoridade fiscal intimará o contribuinte, seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

(...)

4) terminada a contagem, o contribuinte, seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinará, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada;” (G.N.)

Depreende-se do dispositivo acima transcrito, que os procedimentos que o Fisco deveria observar se aplicam aos casos em que for necessária uma **contagem física** das mercadorias em um dado estabelecimento. Se o próprio contribuinte quiser fornecer os dados desejados pelo Fisco, e este considerá-los confiáveis, não há motivos para lavratura de vários documentos que têm por único fim a obtenção do estoque de mercadorias que o próprio contribuinte está a oferecer.

Nesse sentido, conforme já mencionado, **não houve, efetivamente, uma contagem física das aves, mas apenas um acatamento de informações prestadas pelo preposto da Impugnante, Sr. Antônio Fernandes de Lima**, presente no estabelecimento no momento da diligência fiscal, informações essas que foram ratificadas pelos documentos apreendidos, especialmente aquele designado por “Programação de Entrada de Pintinhos – Frigorífico Alvorada Ltda.” (fl. 12).

Para confirmar essa afirmação, necessária se faz a transcrição de trechos de dois documentos lavrados pelo fiscal autuante. O primeiro, intitulado de “informações complementares sobre o trabalho fiscal”, encontra-se à fl. 45; o segundo, denominado de “Relatório de Diligência Fiscal, está anexado às fls. 09/11.

DOCUMENTO 1 – FL. 45

“FOMOS RECEBIDOS PELO SR. ANTÔNIO FERNANDES DE LIMA, CARTEIRA DE IDENTIDADE N.º M-3.743.784, SSPMG, QUE SE IDENTIFICOU COMO ENCARREGADO GERAL DOS NEGÓCIOS REALIZADOS NO ESTABELECIMENTO ORA VISITADO. APÓS IDENTIFICAÇÃO DE AMBAS AS PARTES O MESMO NOS APRESENTOU ALGUNS DOCUMENTOS E NOS INFORMOU O SEGUINTE:

QUE ERA ALI O ENCARREGADO DA EMPRESA FRIGORÍFICO ALVORADA LTDA.

QUE A EMPRESA POSSUÍA 40 GALPÕES COM 155M X 12M, COM CAPACIDADE DE ALOJAMENTO DE 23.000 AVES CADA. (CONFIRMAMOS EM PLANTAS EXAMINADAS NO LOCAL)

(...)

QUE HAVIA, NAQUELE MOMENTO, ALOJADO NO ESTABELECIMENTO, 552.000 AVES, CONFORME CRONOGRAMA (PROGRAMAÇÃO DE ENTRADAS DE PINTINHOS – APREENDIDOS PELO FISCO) E QUE OS MESMOS ERAM TRATADOS COM RAÇÕES ORIUNDAS DE OUTROS ESTABELECIMENTOS DA EMPRESA EM PITANGUI – MG” (G.N.)

.....

Documento 2 – FLS. 09/11

“CONSTATAMOS QUE NA PROPRIEDADE EXISTEM GALPÕES PARA A PRÁTICA DA AVICULTURA, NO TOTAL DE 40 GALPÕES, COM 155 MTS X

12 MTS = 1860 M2, ESTANDO NO MOMENTO DA AÇÃO FISCAL COM 24 GALPÕES OCULPADOS COM 23.000 AVES CADA, ALOJADOS A PARTIR DE 04/02/2001, PERFAZENDO UM TOTAL DE 552.000 AVES, RESGUARDADA A MORTALIDADE NORMAL DO SETOR.”

Ora, se o próprio Fisco lançou em seu relatório que havia 552.000 aves, *resguardada a mortalidade normal do setor*, fica evidenciado que não houve contagem física pois, caso contrário, não seria necessária a ressalva quanto à mortalidade.

Esse fato, aliado aos trechos transcritos do “documento 1”, permitem a conclusão de que os dados colhidos pelo Fisco foram obtidos através de informações prestadas pelo Sr. **Antônio Fernandes de Lima**, as quais foram ratificadas através de controles internos da empresa.

Acrescente-se que o referido preposto, além do fiscal autuante e do Policial Militar que acompanhava, assinaram o “Relatório da Diligência Fiscal” (fl. 11), conferindo veracidade às informações nele contidas.

À fl. 54, a Impugnante afirma que o “Relatório de Diligência Fiscal” foi emitido em única via e que não foi permitida ao seu preposto a sua leitura. No entanto, ao final do relatório, assinado por todos os presentes, inclusive o preposto da Autuada, há a seguinte menção: “*Por ser verdade firmamos a presente em 2 vias, sendo assinadas pelo agente fiscal, o encarregado da propriedade e o policial que acompanhava o Fisco.*”

Ainda que verdadeira fosse a afirmação, o fornecimento de cópias de todos os documentos que compõem o presente PTA à Impugnante, com reabertura do prazo 30 dias para apresentação da impugnação, contados a partir de 15/05/2001 (fls. 48/49), permitiu à Autuada defesa ampla e irrestrita quanto às acusações fiscais a ela imputadas.

Por fim, com relação aos documentos apreendidos, o Fisco fez menção de forma sumária e clara de toda a documentação apreendida no “Relatório de Diligência Fiscal” (fl. 10), o qual supre a necessidade da lavratura do TAD.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) se acatar o índice de mortalidade de 6,5 % para as aves; 2) se excluir a Multa Isolada incidente sobre a ração consumida; 3) se reduzir a Multa Isolada residual a 20 %, nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75. Vencidos, em parte: a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, que mantinha, apenas e integralmente, as exigências referentes a estoque desacobertado de aves; e o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que julgava improcedente o lançamento. O Conselheiro Antônio César Ribeiro apresentará voto em separado, nos termos do art. 43, do Regimento Interno do CC/MG. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Carlos Antônio Bento e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta.

Relator: José Eymard Costa

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

O feito fiscal versa sobre o argumento de que, mediante contagem física, teria sido constatada a aquisição de 506000 pintos para corte e as respectivas rações consumidas no processo de engorda, sem documento fiscal.

Este é o cerne da acusação, ou seja, contagem física de mercadorias, tal qual lançado do AI e nos dispositivos ali constantes.

Ora, o Fisco em manifestação de fls. “45” confessa a inocorrência da contagem física, quando sugere que os dados apostos na peça de acusação foram fundadas por informação do encarregado da empresa autuada e não por contagem física.

Como se observa, tal manifestação do autuante a fls. 45 corrobora a existência da contagem física que, repita-se, é o cerne do trabalho fiscal.

Com todo o respeito, não é possível aceitar também essa manifestação fiscal de fls. 45/46 para acolher o nº de 552000 aves como presentes no dia da diligência fiscal, pois, em 1º lugar, tal documento – fls. 45 / 46 não é assinado pelo contribuinte ou mesmo por preposto seu.

Em segundo lugar, porque tal documento fora lavrado após quase 20 dias da citada diligência fiscal.

Por esta razão, não há prova idônea neste documento de fls. 45 / 46 a referendar este número noticiado.

“Ad argumentandum tantum”, nem se pode aceitar a assinatura do encarregado na contagem física de fls.”7” como confissão do número “552000 aves” pois, como dito, está confessado, nos autos pelo próprio fisco que não houve contagem física e, se não há contagem física de fato, não se pode falar aqui em confissão.

Não bastasse tudo isso, seria, como efetivamente é, impossível aceitar a idéia de que o fisco através de um único agente, teria contado 552000 aves em duas horas, através de diligência em 24 galpões.

Não é razoável.

Noutro passo, os documentos de fls. 89 / 101, não militam em favor do trabalho fiscal porque o AI está fundado em uma contagem física que não ocorreu de fato. Em outro plano porque a quantidade representada nestes documentos não fecha com a quantidade apurada pelo fisco.

Finalmente, a “programação de entrada de pintinhos”, nada mais é que uma “programação”, sem assinatura da empresa e sem ao menos citar o exercício anual.

Portanto, dentro deste contexto, julgo improcedente o lançamento, nesta parte discordando dos votos proferidos pelos demais Conselheiros.

Nos demais itens do voto do relator, acompanho-o na íntegra.

Antônio César Ribeiro

2003

Acórdão: 15.964/03/1ª - (Publicado no “MG” de 20/02/03)

EMENTA

MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO - Acusação fiscal de que as mercadorias descritas nas notas fiscais apresentadas para acobertar o estoque divergiam daquelas constantes do TAD não restou provada nos autos. A mercadoria tida por desacobertada foi adquirida com nota fiscal, que foi incorretamente desclassificada pelo Fisco. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso II da Lei 6763/75) face a constatação de estoque de 11.680 kg de papelão ondulado sem documento fiscal. O papelão ondulado em chapas continha o logotipo do fabricante, Guarani Embalagens e estavam personalizados em nome da firma Movelar. As notas fiscais no. 235637 e 235638, emitidas por Movelar, não foram aceitas em razão do disposto no artigo 149, inciso III do RICMS/96, ou seja, as mercadorias nelas descritas (refugo de papelão) não coincidiam com as mercadorias em estoque.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 15/26, contra a qual o Fisco se manifesta às fls.31/37.

DECISÃO

O Fisco constatou em 08/07/2002 que a Autuada mantinha em estoque 11.680 kg de papelão ondulado em chapas, cortadas em tamanhos diversos, contendo o logotipo do fabricante Guarani Embalagens, personalizadas em nome de Movelar. As notas fiscais no. 235637 e 235638, emitidas por Movelar em 01/07/02 não foram aceitas pois descreviam a mercadoria como refugo de papelão em tamanhos diversos, descrição esta que não coincidia com as mercadoria encontradas no estabelecimento e descritas no TAD de fls. 02 (papelão ondulado em chapas).

Segundo a Autuada, o papelão foi vendido pela empresa remetente, Movelar Indústria de Móveis Ltda., como refugo, frente à necessidade de eliminação deste material, por força de mudanças efetuadas anualmente, que acabaram por inutilizar a mercadoria para fins de produção.

Mencionada explicação não foi contestada pelo Fisco e é sob esta ótica que deve ser analisado o trabalho.

As notas fiscais nº 235637 e 235638 apresentadas ao Fisco foram, com certeza, emitidas pela empresa Movelar para acobertar as mercadorias comercializadas. Se alguma dúvida havia em relação à mercadoria efetivamente vendida e aquela descrita nas notas fiscais, deveria ter sido interpelada a emitente dos documentos e não o adquirente, mesmo porque, a qualidade da mercadoria deve ser avaliada sob a ótica do vendedor.

Dispõe o artigo 149, inciso III do RICMS/96 que considera-se desacobertada a movimentação de mercadoria quando há divergência no tocante à qualidade, tipo, espécie, etc. Não é o caso dos autos.

O termo refugo, repita-se, deve ser analisado sob o ponto de vista de quem vende e não de quem compra. Para a Movelar as mercadorias não mais atendiam ao fim original, face às explicações contidas nos autos e não contestadas pelo Fisco.

Segundo o Dicionário Aurélio, refugo significa resto, rebotalho, coisa sem valor, ninharia.

Para a empresa emitente das notas fiscais as caixas de papelão não mais atendiam à sua finalidade original e portanto foram efetivamente refugadas. As caixas de papelão desmontadas estavam personalizadas com o nome da Movelar, o que indica que foram confeccionadas para serem por ela utilizadas. Se foram vendidas, por empresa do ramo de móveis, é porque não mais lhe serviam.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

12 – MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO

2002

Acórdão: 15.043/02/2ª - (Publicado no “MG” de 21/08/02)

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO - CERVEJAS E REFRIGERANTES - A acusação fiscal não restou evidenciada, uma vez que os documentos apresentados serviram para confronto entre a carga efetivamente transportada e aquela lançada nos documentos fiscais. A diferença entre os documentos e a referida carga é própria da situação fática verificada pelo Fisco. Exigências fiscais canceladas.

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA - CERVEJAS E REFRIGERANTES - Constatada pelo Fisco, mediante contagem das mercadorias em trânsito e os documentos fiscais apresentados, a entrega de mercadoria sem a competente nota fiscal. Por se tratar de produtos com imposto pago antecipadamente, devem ser excluídos o ICMS e a MR. No tocante à penalidade isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75, a base de cálculo deve ser aquela lançada nos documentos fiscais apresentados no momento da ação fiscal, sem contemplar a margem de agregação. Deve-se admitir, ainda, a dedução, em dobro, do pagamento relativo à Multa Isolada efetuado pela Autuada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, ocorrida em 22.04.02, versa sobre trânsito de mercadorias sem documento fiscal e entrega de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, onde se exige o ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 23/26, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 49/50.

DECISÃO

A autuação, ocorrida em 22.04.02, versa sobre trânsito de mercadorias sem documento fiscal e entrega de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, onde se exige o ICMS, MR e MI capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75.

No momento da ação fiscal, foram apresentadas as Notas Fiscais de fls. 05/17, tendo o Fisco emitido o documento de fls. 18 - Contagem Física de Mercadorias em Trânsito - apurando as acusações fiscais lançadas no Auto de Infração.

Diz o Fisco, que as exigências decorrentes do transporte de mercadorias sem documento fiscal ocorreram em face de que a quantidade remanescente não corresponde com qualquer das notas fiscais coletadas, de forma isolada e nem com a combinação entre as mesmas.

A defesa contesta a ação, esclarecendo que as mercadorias foram remetidas para evento no Município de Itinga e que após permanecerem com os adquirentes, retornavam, notas fiscais e parte das mercadorias, para acerto na sede da empresa e que, em momento posterior, seriam os documentos fiscais recambiados aos adquirentes, juntando declarações dos pseudos adquirentes.

É bem possível que a afirmativa da defesa represente a verdade dos fatos e que as vendas ocorreram em forma de consignação aos destinatários lançados nos documentos fiscais, como alega a Impugnante.

Entretanto, a hipótese de consignação é vedada aos produtos sujeitos ao pagamento do imposto por substituição tributária, a teor do disposto no § 4º, do art. 271, do Anexo IX, do RICMS/96.

A mercadoria não comercializada no evento deveria, por força de dispositivo legal, retornar acompanhada de Nota Fiscal Avulsa, emitida pela Repartição Fazendária da circunscrição de Itinga. Assim, as declarações juntadas ganham contornos de ajustes entre as partes, que, no entanto, não podem se opor à Fazenda Pública.

Desta forma, a acusação fiscal de entrega de mercadoria sem documentação fiscal encontra-se devidamente comprovada nos autos. Não deve ser mantido, no entanto, o ICMS lançado, uma vez que as mercadorias descritas nos documentos fiscais já se encontravam com o imposto pago por substituição tributária, razão pela qual devem ser excluídos o ICMS e a Multa de Revalidação.

Tratando-se de entrega desacobertada, a base de cálculo deve ser aquela lançada nos documentos fiscais que ensejaram a acusação do Fisco, sem qualquer margem de agregação.

Assim, a base de cálculo para incidir a penalidade isolada deve ser de R\$ 11.766,76, cuja Multa Isolada passa a corresponder a R\$ 4.706,70.

No tocante ao transporte de mercadoria sem documento fiscal, a acusação não merece prosperar, pois a apuração fiscal decorre exatamente do excesso de documentos fiscais encontrados no veículo. A afirmativa de que a mercadoria contada no veículo não guarda correlação com os documentos não merece guarida, pois é própria da entrega sem documento a não correlação mediante confronto com cada documento isoladamente. No conjunto, entretanto, pelo próprio documento de fls. 18, pode-se verificar que os montantes lançados nas notas fiscais superam aqueles produtos encontrados em trânsito.

Desta forma, referida exigência deve ser excluída do crédito tributário.

Destaca-se, ainda, que a defesa, ao contestar a base de cálculo, apontou aquela que seria pertinente e recolheu a Multa Isolada que entendeu devida, conforme documento de fls. 35. Neste caso, como o pagamento ocorreu dentro dos trinta dias iniciais do Auto de Infração, deve-se considerá-lo com a redução da MI em 50% (cinquenta por cento), o que conduz à dedução de tal valor pelo dobro.

Neste caso, o crédito tributário fica assim constituído:

| | |
|------------------------------|--------------|
| MI..... | R\$ 4.706,70 |
| (-) Pagamento em dobro | R\$ 936,32 |
| Saldo final de MI | R\$ 3.770,38 |

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: 1) Excluir as exigências fiscais decorrentes do trânsito de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal; 2) Adequar a base de cálculo da entrega desacobertada aos valores lançados nas notas fiscais (R\$ 11.766,76 - onze mil, setecentos e sessenta e seis reais e setenta e seis centavos); 3) Excluir o ICMS e MR das exigências fiscais decorrentes da entrega desacobertada; 4) Deduzir do crédito tributário, em dobro, o valor recolhido a título

de MI, conforme documento de fls. 35, (R\$ 468,16 x 2 = R\$ 936,32 - novecentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos).

Relator:Roberto Nogueira Lima

2003

Acórdão: 16.208/03/3ª– (Pub. no “MG” de 04/12/03)

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO - CONTAGEM FÍSICA DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO. Constatada divergência entre a mercadoria transportada e a constante do documento fiscal que acompanhava o transporte, ensejando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, em relação à diferença, nos termos do inciso III, artigo 149, RICMS/02. Infração plenamente caracterizada. Exigências mantidas.

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL SEM MERCADORIA. Constatada entrega de mercadoria desacompanhada do documento fiscal previamente emitido. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada. Exigências mantidas.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa a constatação de transporte e entrega de mercadorias sem acobertamento por documento fiscal. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, referentes ao mês de dezembro de 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 15/20, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 47/50.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de imputação fiscal de transporte de mercadorias desacobertas de documento fiscal, motivada pelo confronto entre a mercadoria efetivamente transportada e a discriminada na nota fiscal que acompanhava o transporte. Versa, também, o trabalho fiscal sobre entrega de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, referentes ao mês de dezembro de 2002.

O trabalho fiscal encontra-se alicerçado no parágrafo único do artigo 39, Lei 6763/75, vigente à época da ocorrência do fato gerador respectivo, além do inciso III, artigo 149, RICMS/02.

Lei 6763/75

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

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.(Grifado)

Art. 149 - Considera-se *desacobertada*, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a *movimentação de mercadoria*:

I - II -

III - *em que a quantidade, espécie, marca, qualidade, tipo, modelo ou número de série, isolada ou cumulativamente, sejam diversos dos discriminados em documento fiscal, no tocante à divergência verificada.*(Grifado)

Nesse sentido, verifica-se que a ocorrência fiscal é meramente fática. Realizada a conferência da mercadoria, através do procedimento fiscal de contagem física de mercadorias em trânsito, no qual se confronta mercadorias efetivamente transportadas com as discriminadas nos documentos fiscais que acompanham o transporte, *in casu*, nota fiscal nº 005439, emitida pela Autuada, constatou-se o desacobertamento fiscal de 33 (trinta e três) fômas atex medindo 825x450x225 mm, além da entrega desacobertada de 180 (cento e oitenta) fômas atex medindo 900x825x225 mm.

Sustenta, a Autuada, a impropriedade da exigência de ICMS, e respectiva Multa de Revalidação, considerando-se que o objeto de seus negócios passa, obrigatoriamente, pelo instituto da locação, conforme contrato pertinente trazido aos autos, acarretando, dessa forma, apenas pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), junto ao Fisco municipal.

Não obstante tal alegação, com o respectivo instrumento contratual apresentado, verifica-se que a previsão da legislação tributária para não incidência do ICMS em tais operações está intimamente relacionada à regularidade das operações, com a conseqüente constatação, inequívoca, de tratar-se de operações de locação.

Por outro lado, no caso em tela, há dois aspectos a serem considerados.

Primeiro, nos atos constitutivos da empresa, arquivados na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, consta como objeto social da sociedade “a locação de fômas e equipamentos para construção civil, **podendo também vender equipamentos e fômas.**”

Segundo, as operações objeto das exigências fiscais realizaram-se sem acobertamento de documentos fiscais, não se sabendo, desta forma, qual a natureza jurídica da circulação das mercadorias.

Nesse sentido, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao Autuado comprovar a que título circularam as mercadorias desacobertadas, tanto as transportadas quanto as entregues. A Autuada não apresentou nenhuma prova que caracterizasse a natureza jurídica dessas operações.

Considerando-se que as operações foram realizadas sem documento fiscal e considerando-se a previsão, nos atos constitutivos da empresa, do objetivo social de venda de mercadorias, inclusive, entende-se como correta a exigência do imposto, com a respectiva Multa de Revalidação.

Nesse sentido, e ainda considerando-se a inteligência do inciso I, artigo 89, RICMS/02, verifica-se pertinente a exigência de ICMS, e respectiva Multa de Revalidação, referente às mercadorias transportadas e entregues sem documentos fiscais.

Art. 89 - *Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:*

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto quando o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

No que se refere à penalidade isolada, inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, verifica-se coerente sua imputação, face à ausência do documento fiscal no ato da ação fiscal, concernente ao transporte e à entrega das mercadorias.

Lei 6763/75

Art. 55 - *As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:*

I -

*II - por dar saída a **mercadoria, entregá-la, transportá-la, tê-la em estoque ou depósito, desacobertada de documento fiscal**, salvo na hipótese do art. 40 desta lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, ...(Grifado)*

A Autuada argúi, ainda, ausência de sua responsabilidade pelo ilícito tributário, considerando-se que, segundo cláusula 2.1 do contrato de locação, a responsabilidade pelo transporte era da empresa locatária.

Contudo, não é o que se conclui dos autos.

A nota fiscal emitida pela Autuada, segundo a legislação pertinente, conduz à conclusão de que foi ela quem se responsabilizou pelo transporte das mercadorias.

RICMS/02

ANEXO V

Art. 20 - *O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem, real ou simbolicamente, bens ou mercadorias:*

I - novos ou usados, remetidos a qualquer título por particulares, produtores rurais ou pessoas físicas ou jurídicas não obrigados à emissão de documentos fiscais;

§ 1º - *A nota fiscal prevista neste artigo servirá para acompanhar o trânsito das mercadorias, até o local do estabelecimento emitente, nas seguintes hipóteses:*

1) *quando o estabelecimento destinatário, exceto armazém-geral, assumir o encargo de retirar ou de transportar as mercadorias a qualquer título, remetidas por*

2) *particulares ou por produtores rurais; (Grifado)*

Verifica-se, da legislação supra, que o destinatário deve emitir documento fiscal para acompanhar o transporte de mercadoria quando esta for remetida por pessoa não obrigada à emissão de documento fiscal.

Na própria nota fiscal, no campo de “frete por conta”, a Autuada, emitente do documento fiscal e destinatária da mercadoria informou ser ela a responsável pelo transporte.

Dessa forma, não resta qualquer dúvida quanto à responsabilização tributária da mesma.

Verifica-se, pois, de todo o acima exposto, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Relator), que o julgava parcialmente procedente, para exclusão do ICMS e MR. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor).

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

13 – MICRO GERAES

2003

Acórdão: 15.512/03/2ª (Pub. no “MG” de 21/08/03)

EMENTA

MICROGERAES - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurado mediante confronto de documento extrafiscal (arquivo magnético) apreendido no estabelecimento da Autuada com a sua escrita fiscal e contábil. Infração caracterizada nos termos do artigo 194, inciso I, do RICMS/96, legitimando-se a cobrança das exigências de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, mediante cotejo de controle paralelo (arquivo magnético) com a escrita fiscal, no período de maio a setembro de 2.002. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 538 a 547, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 618 a 621.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 625 a 629, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Versa o presente PTA sobre exigências de ICMS, MR e MI (40%), em decorrência de o Fisco, mediante acesso a arquivo magnético de controle de vendas relativas aos meses de maio a setembro de 2.002, em cotejo com a escrita fiscal do contribuinte, na ocasião, ainda EPP, ter apurado saídas ao desabrigo de notas fiscais.

O arquivo magnético, a que teve acesso o Fiscal, conforme declaração de entrega à fl. 07, traz os dados impressos nas fls. de nºs 08 a 510. Registra as vendas efetuadas de produtos farmacêuticos por espécie, quantidade, preço unitário, desconto concedido, nº de ticket, data, se foi ou não cancelada a venda e o valor líquido.

Os totais mensais (de maio a setembro/02) foram cotejados com os registrados no LRS (fls. 513/531), permitindo a apuração de diferença não declarada ao Fisco (fl. 511). A parcela apurada como não oferecida à tributação foi de R\$74.929,11.

Através da escrita fiscal (LRS), verificou a proporção das saídas a 18% e 25%, cujos índices serviram à aplicação na receita omitida.

A Impugnante, alegando fragilidade econômico-financeira, elevada inadimplência dos clientes, vendas "a prazo", aquisição incompatível com as saídas imputadas pelo Autuante, bem assim que parcela das mercadorias já tivesse sido tributada por ST, tenta desvencilhar-se das acusações.

Tais argumentos, todavia, afiguram-se muito frágeis a elidir o crédito tributário.

Pretende a Defesa que a tributação se faça tomando por referência as entradas (aquisições), que, no período fiscalizado, correspondiam apenas aos valores apresentados nos resumos de fls. 611/615.

Concebendo-se que o arquivo magnético seja de fato o registro das vendas reais (e não há como imaginar diferente, sob pena de se admitir que se tratasse de brincadeira), obviamente, para haver vendas, necessariamente terão ocorrido aquisições.

Acontece que, afora o diferencial de alíquota, a que estão obrigadas as EPP, a apuração do imposto a recolher depende essencialmente da diferença a maior entre o valor das entradas e o das saídas, consoante artigo 12, incisos III a V, do Anexo X ao RICMS/96. Daí que, quanto menor for o valor declarado das saídas, menor será o imposto a recolher.

Afirma a Acusada que parte das mercadorias terá sido adquirida com ST, donde a cobrança fiscal redundar em bitributação.

Apresentou a planilha de fls. 551/583, totalizando R\$6.986,87, acrescendo, à mão, "mercadorias com ST", mas não a fez acompanhar de uma nota fiscal comprobatória sequer.

Desde 01/04/2001, foi abolida do RICMS/96 a tributação por ST de produtos farmacêuticos, através do Decreto 41.588/01, vez ter sido o Convênio ICMS 76/94 denunciado pelo Estado de Minas Gerais, conforme Decreto 41.548/01.

É relevante assinalar que na forma do artigo 5º do Dec. 41.588/01, o contribuinte EPP, situação em que se enquadrava na época, teve a faculdade de se apropriar do ICMS/ST dos produtos em estoque, donde a irrelevância da alegação "improvada" de que parte dos produtos objeto da autuação tivera o ICMS retido por ST.

Vale destacar também o procedimento correto do Fisco concernente à aplicação de alíquotas. O contribuinte operava com produtos sujeitos à alíquota de 18% e de 25%, esta última, conforme escrituração fiscal, em quantidade irrisória. Eis que o Agente Fazendário utilizou-se dela para apurar os índices e aplicá-los às saídas omitidas.

Outro aspecto relevante é o procedimento adotado pela Fiscalizada quanto ao cumprimento de obrigações acessórias. Pelo que descreve, não emitia cupom fiscal a cada operação, no momento da ocorrência, mas quando do pagamento. Se verdadeira a confissão, evidentemente não emitira cupom fiscal quando houve inadimplência, que, aliás, era confessadamente alta.

De acordo com o artigo 16, inciso VII, da Lei 6.763/75, constitui obrigação do contribuinte "entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, ... o documento fiscal correspondente à operação realizada", que, no caso da Autuada, seria a nota fiscal série D ou o cupom fiscal.

Alegações de importância menor, vinculadas a formalidades, devem ser examinadas.

O sujeito passivo reclama de não observância do artigo 113 da CLTA/MG e de inconsistência de dados verificada no cotejo do DCMM de fl. 5 com o texto do AI.

Equivoca-se, quanto ao invocado artigo 113. Pretendia a oportunidade de discutir o conteúdo do arquivo magnético entregue ao Fisco (controle de saídas), após impressão, antes de receber o AI. Obviamente não teve esse escopo o referido artigo 113. A abertura de vistas, em respeito ao contraditório, como bem lembra o Autuante, aplica-se após formados os autos do PTA. Para a ocasião a que se refere o reclamo, sequer PTA existia.

Outra menção equivocada é a de inconsistência de dados na comparação do DCMM com o texto do AI, pela ausência, no primeiro, da MI. A alegação pode ter advindo do pequeno contato com o PTA, pois notório é que o DCMM expedido pelo SICAF para acompanhar o AI não traz a MI, dado que a incidência dos juros de mora sobre ela inicia-se a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração. Quando da expedição do AI e correlato DCMM, ainda não se sabia em que data se consumaria a intimação daquele. Não há, portanto, nenhuma inconsistência de dados entre o AI e o DCMM de fl. 05.

Outra questão merecedora de comentário é a alegação de que o Fiscal se equivocara quanto à capitulação da MI, no artigo 55, inciso II, da Lei 6.763/75, quando deveria ser na alínea "a" do mesmo inciso. É esta alínea que permite a redução da MI de 40% para 20%.

O entendimento do Agente Fazendário é o de que não cabe a redução, pelo fato de que a detecção da irregularidade não se deu por análise apenas dos documentos e lançamentos da escrita comercial e fiscal do contribuinte. Para ele, o arquivo magnético, que contém o controle de vendas do período autuado, vai além de documento comercial/fiscal. Seria um controle paralelo, desvinculado da escrita fiscal e contábil.

Nesse sentido, a DLT já se manifestou, reiteradas vezes, no sentido da não redução da MI a 20%, a exemplo da CFD 724/96, pela qual a constatação da irregularidade com emprego de documento extrafiscal não enseja predita minoração.

Importa lembrar que saídas desacobertas não se beneficiam do tratamento tributário destinado à EPP, a teor do disposto no artigo 46, inciso IX, do Anexo X ao RICMS/96.

Insta acrescentar, contrariamente a alegação impugnatória, que o Fisco não teve dúvida quanto a circunstâncias materiais ou aplicação de penalidade, de forma que implicasse aplicação do artigo 112 do CTN.

Relativamente ao artigo 164 da CLTA, não tem aplicação na espécie. Qualquer remissão depende de Lei expressa.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator:Francisco Maurício Barbosa Simões

14 – NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO

2003

Acórdão: 15.950/03/3ª - (Publicado no "MG" de 14/05/03)

EMENTA

NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - ATIVO IMOBILIZADO - NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatado venda de equipamento pertencente ao ativo imobilizado da Autuada, sem destaque do imposto na nota fiscal pertinente, sob fundamento de não incidência, nos termos do inciso XII, artigo 5º, RICMS/96. Não obstante, verifica-se enquadrar-se, o caso em tela, na exceção prevista alínea a do dispositivo citado, considerando-se que o equipamento não foi onerado pelo imposto na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75. Alegações da Autuada insuficientes para descaracterizar as exigências fiscais. Infração plenamente caracterizada.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a falta de destaque do ICMS na nota fiscal, emitida pela Autuada/Remetente, na condição de substituta tributária, referente à prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas, realizado por transportadora não inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75. Não obstante, considerando-se a inteligência da alínea c, inciso VII, artigo 75, RICMS/96, deve-se considerar, para a exigência do imposto, o crédito presumido de 20% (vinte por cento) sobre o valor do mesmo. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de destaque de ICMS referente à operação, venda de ativo imobilizado, e referente à prestação de serviço de transporte, relacionadas à nota fiscal nº 001100, emitida pela Autuada em 19.04.2002.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75 sobre a operação e sobre a prestação de serviço de transporte.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 33/38, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 54/58.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de falta de destaque de ICMS referente à operação, venda de ativo imobilizado, e referente à prestação de serviço de transporte, relacionadas à nota fiscal nº 001100, emitida pela Autuada em 19.04.2002.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75 sobre a operação e sobre a prestação de serviço de transporte.

No que concerne à exigência relacionada à operação, verifica-se que a Autuada

vendeu, através da nota fiscal acima citada, uma máquina *moto scraper 631B, série 13G4497*, para adquirente, não contribuinte, estabelecido no Distrito Federal, não tendo destacado o imposto no referido documento, argüindo, para tanto, a não incidência do mesmo, prevista no inciso XII, artigo 5º, RICMS/96:

Art. 5º - O imposto não incide sobre:

I - XI -

XII - saída, a partir de 1º de novembro de 1996, de bem integrado ao ativo permanente, assim considerado aquele imobilizado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, e após o uso normal a que era destinado, exceto nas seguintes hipóteses:

O Fisco, por sua vez, considerando o mesmo dispositivo argüido pela Autuada para não destacar o imposto, imputou à mesma a exigência do ICMS, acrescido de multa de revalidação e da multa isolada por emissão de documento fiscal com falta de indicação do valor do imposto, considerando-se, para tanto, a previsão de exceção à norma constante da alínea a do citado dispositivo:

a - quando se tratar de bem integrante do ativo fixo, de origem estrangeira, que não tenha sido onerado pelo ICMS, ou pelo Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM), até 12 de março de 1989, na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro, ou por ocasião de sua entrada no estabelecimento importador;
(Grifado)

No caso em tela, é incontroverso tratar-se de bem de origem estrangeira, conforme cópia da etiqueta de identificação do mesmo - *made in united states of america* (fls. 09).

Não paira dúvidas, também, quanto à não-tributação na etapa anterior de circulação, conforme demonstra o recibo referente à compra do equipamento (fls. 13), não havendo emissão de documento fiscal com destaque do imposto.

Verifica-se, ainda, que a etapa anterior de circulação do bem data de 18 de julho de 1988, portanto, antes da data limite prevista no dispositivo supra, ou seja, 12 de março de 1989.

Considerando-se esses 3 (três) aspectos acima explicitados, constata-se que a operação em questão encaixa-se como luva na exceção, para incidência do imposto, referente à norma acima transcrita.

Nesse sentido, como o bem de origem estrangeira não foi onerado pelo ICMS na etapa anterior de sua circulação, considerando-se o período anterior a 12 de março de 1989, evidencia-se a obrigatoriedade de tributação na operação objeto do trabalho fiscal.

É de bom alvitre salientar que a alínea a supra prevê exceção à não-incidência do imposto no caso de bem do ativo fixo de origem estrangeira, em duas situações, a do bem não ter sido onerado pelo imposto na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro **ou** por ocasião de sua entrada no estabelecimento importador.

A conjunção **ou** é alternativa e não aditiva. Dessa forma, ocorrendo uma das duas situações, descaracterizada está a não-incidência do imposto, devendo-se destacar e recolher o imposto na operação correspondente.

A Autuada sustenta, em sua Impugnação, considerando-se a aquisição do bem em operação interna, que o ônus da prova referente à não-tributação pelo imposto na operação de importação pertence ao Fisco e nunca a ela, Autuada, arguindo, para tanto, o inciso I, artigo 333, Código de Processo Civil.

Não obstante tal alegação, constata-se que a acusação fiscal respalda-se na falta de tributação pelo imposto na operação anterior de circulação, como já acima demonstrado, não carecendo de qualquer comprovação relacionada à tributação ou não na operação de importação do bem.

Pelo exposto, corretas as exigências referentes à operação, considerando-se ainda as exigências de multa de revalidação e da multa isolada prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75 c/c alínea f, inciso VI, artigo 215, RICMS/96, por emitir documento fiscal com falta da indicação do valor do imposto.

No que concerne à exigência relacionada à prestação de serviço de transporte, verifica-se que a matéria encontra-se disciplinada no artigo 37 do RICMS/96, que trata da responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria, quando contribuinte do ICMS, pelo imposto devido na prestação de serviço de transporte de carga, executado por empresa transportadora de outra unidade da Federação, hipótese em que fica dispensada a emissão de conhecimento de transporte, devendo a nota fiscal que acobertar a mercadoria em trânsito conter, além dos demais requisitos exigidos, os dados relativos à prestação, conforme estabelece o § 1º do aludido preceito legal.

Art. 37- Na prestação de serviço de transporte de carga executado por transportador autônomo ou por empresa transportadora de outra unidade da Federação, não inscritos no Cadastro de Contribuintes deste Estado, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido fica atribuída ao alienante ou remetente da mercadoria, quando contribuinte do imposto, exceto se produtor inscrito no Cadastro de Produtor Rural ou microempresa.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, fica dispensada a emissão de conhecimento de transporte, devendo a nota fiscal que acobertar a mercadoria em trânsito conter, além dos demais requisitos exigidos, os seguintes dados relativos à prestação do serviço:

1) identificação do tomador do serviço: nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ ou CPF;

2) preço;

3) base de cálculo;

4) alíquota aplicada;

5) valor do imposto.

O transportador, *in casu*, é a empresa Construmil Construções e Terraplanagens Ltda, estabelecida no Estado de Goiás (fls. 28).

Não tendo a Autuada observado a norma regulamentar supra, correta a exigência do ICMS sobre o valor da prestação de serviço de transporte (frete), da Multa de Revalidação e da Multa Isolada prevista no inciso VI, artigo 54, Lei 6763/75 c/c alínea g, inciso VI, artigo 215, RICMS/96.

Não se sustenta a alegação da Autuada de que o sujeito passivo, referente à infração em questão, seria o transportador. Conclui-se, dessa forma, ao se considerar a

literalidade da norma, que estabelece, no âmbito das responsabilidades advindas da sistemática de tributação por substituição tributária, a responsabilização do remetente da mercadoria referente à prestação de serviço de transporte realizada por transportador autônomo ou transportadora não inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Não obstante, merece reparo parcial a exigência em questão, considerando-se a arguição constante da peça defensiva relacionada a crédito presumido.

A Impugnante argúi a alínea c, inciso VII, artigo 75, RICMS/96, que assim estabelece:

Art. 75 - Fica assegurado crédito presumido:

I - VI -

VII - ao estabelecimento prestador de serviço de transporte, exceto o aéreo, de valor equivalente a 20% (vinte por cento) do valor do imposto devido na prestação, observando-se o seguinte:

a - b -

c - aplica-se, inclusive, na hipótese do artigo 37 deste Regulamento; (Grifado)

O valor da prestação não foi impugnando pela Autuada. Não obstante, verifica-se, nos termos da previsão constante do dispositivo supra, que sobre o valor do imposto devido na prestação de serviço de transporte deve ser abatido o valor correspondente ao percentual de 20% (vinte por cento) a título de crédito presumido.

Portanto, de todo acima exposto, verifica-se que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para considerar o crédito presumido de 20% sobre o valor do imposto devido na prestação de serviço de transporte, nos termos do inciso VII, artigo 75, RICMS/96.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

15 – NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO

2002

Acórdão: 15.114/02/2ª - (Publicado no “MG” de 04/10/02)

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – INIDONEIDADE – EMISSÃO APÓS DATA-LIMITE PARA UTILIZAÇÃO. A Autuada promoveu o transporte de mercadoria (soja) desacobertada de documentação fiscal. A nota fiscal apresentada para acobertar a

operação, considerada inidônea, foi desclassificada, face a emissão da mesma após a data-limite para utilização. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a Autuada promoveu o transporte das mercadorias constantes do TA de fls. 02, desacobertas de documento fiscal, em razão da desclassificação da Nota Fiscal nº 000068, considerada inidônea nos termos do art. 134, V, do RICMS/96, pelo que se exige ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, a Impugnação de fls. 10/12, contra a qual o Fisco apresenta manifestação de fls. 25/31.

DECISÃO

Conforme se vê das peças processuais, a questão tratada é de transporte de mercadorias (soja em grãos) desacobertas de documentação fiscal, tendo em vista que os documento fiscal apresentado foi desclassificado, por ter sido emitido em 22/04/2002, após a data-limite para utilização.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de que a mercadoria (soja em grãos) foi produzida em sua propriedade rural e seria comercializada com a empresa ADM Exportadora e Importadora S/A, citando as notas fiscais de entrada no estabelecimento destinatário e que as notas fiscais anteriores à autuada foram submetidas ao mesmo Posto Fiscal e carimbadas, seguindo o seu curso, onde foram devidamente contabilizadas e os tributos recolhidos.

Alega, ainda, a Impugnante, a falta de dolo ou má-fé e pede pela procedência de sua Impugnação.

A fiscalização, por sua vez, não concorda com os argumentos da Autuada, sustentando que a infração está devidamente caracterizada nos autos, tendo em vista que o documento apresentado não era válido e pede pela manutenção integral do feito fiscal.

Efetivamente, o que se percebe é que os argumentos da Impugnante não são suficientes para modificar o feito fiscal e, apesar de alegado pela mesma que as notas fiscais de entrada no estabelecimento de destino foram devidamente emitidas, a verdade é que tais documentos não têm o condão de validar as notas fiscais de produtor de fls. 05/08, objeto da presente autuação.

A verdade é que sendo a data limite para emissão da nota fiscal o dia 20/07/2001, conforme consignado no próprio documento fiscal, com a sua emissão no dia 22/04/02, perfeitamente caracterizada se mostra a infração, nos termos da legislação tributária vigente, motivo pelo qual procedeu a fiscalização à lavratura do Auto de Infração.

A nota fiscal de entrada citada pela Impugnante, emitida pela destinatária para fins de escrituração no LRE, não dispensa o acobertamento da saída e do transporte da mercadoria por nota fiscal de produtor específica, de emissão da remetente.

Mister, ainda, se faz a citação a citação dos artigos 136 do CTN e 12, do RICMS/96, além dos artigos 134, V, do RICMS/96 e 149, I, do mesmo diploma legal que sustentam o feito fiscal, na forma como disposto no Auto de Infração.

Desta forma, considerando a ausência de documentação fiscal acobertadora da mercadoria no momento da autuação, e, tendo em vista que aquela apresentada foi

desclassificada por sua inidoneidade, mantidas devem ser as exigências na forma como capituladas no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator: Luiz Fernando Castro Trópia

2003

Acórdão: 15.533/03/2ª - (Pub. no "MG" de 04/09/03)

EMENTA

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO – INIDONEIDADE – DATA DE SAÍDA POSTERIOR À AÇÃO FISCAL – Acusação fiscal de transporte de gado bovino desacobertado de documentação fiscal. Desclassificada a nota fiscal apresentada, por tratar-se de documento inidôneo, nos termos do art. 134, inciso VIII, do RICMS/2002, tendo em vista que consignava data de saída posterior à ação fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte desacobertado de documentação fiscal de gado bovino (9 novilhas de 24/36 meses). Quando da abordagem pelo Fisco, ocorrida em 08/04/03, foi apresentada a Nota Fiscal Avulsa de Produtor de n.º 506.607 consignando data de saída em 13/04/03. Referido documento foi considerado inidôneo nos termos do art. 134, inciso VIII do RICMS/2002 (em virtude da data de saída ser posterior à da ação fiscal).

Lavrado em 05/05/03 – Auto de Infração exigindo ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso X da Lei 6763/75).

Inconformado, o Autuado, apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 13/16.

O Fisco se manifesta às fls. 28/30, refutando as alegações do Impugnante.

DECISÃO

Dispõe o art. 134, inciso VIII, do RICMS/2002:

“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 à da ação fiscal;”

Depreende-se da análise do Termo de Apreensão e Depósito - TAD, fls. 02, que a abordagem do veículo transportador pelo Fisco ocorreu em **08/04/03**.

Outrossim o carimbo apostado pela fiscalização na nota fiscal de fls. 06, confirma que a ação fiscal se dera na data retro mencionada.

A Nota Fiscal Avulsa de Produtor n.º 506.607 apresentada como acobertadora da operação, emitida pelo Sindicato Rural de Varginha, consignava como data de saída o

dia 13/04/03.

Desta forma restou perfeitamente caracterizado o transporte desacoberto das mercadorias, face as disposições contidas no art. 149, inciso I, do RICMS/2002 e a desclassificação do documento, em razão da inidoneidade do mesmo.

O próprio Impugnante não nega que tenha ocorrido a infração apontada pelo Fisco, restringindo-se a argumentar que houve apenas lapso da funcionária responsável pela emissão da nota fiscal objeto da autuação. Salientando que o engano na indicação da data de saída, pelas circunstâncias que descreve e comprova, não permite enfoque de qualquer ação dolosa ou de má fé que possa vir a prejudicar o erário público.

Importante, ressaltar os ensinamentos do mestre “Paulo de Barros Carvalho”, (Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, pág. 345 e 347.), acerca das infrações objetivas:

“ Infrações objetivas, de outra parte, são aquelas em que **não precisa apurar-se a vontade do infrator**. Havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a intenção do agente, dá-se por configurado o ilícito.

Tratando-se de infração objetiva, o único recurso de que dispõe o suposto autor do ilícito, para defender-se, é concentrar razões que demonstrem a inexistência material do fato acoimado...” (gn)

Ademais, a boa-fé da Autuada não lhe socorre, face às disposições contidas no art. 136 do CTN.

Corretas, portanto, as exigências do ICMS, MR, bem como da MI, prevista no art. 55, inciso X, da Lei 6763/75, em razão da utilização de documento fiscal inidôneo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

16 – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

2002

Acórdão: 15.000/02/2ª - (Publicado no “MG” de 21/08/02)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NÃO EXIGIR O CARTÃO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL DOS ADQUIRENTES - Acusação fiscal sem comprovação documental e sem lançamento dos fatos motivadores que ensejaram a assertiva do Fisco. Destaca-se, ainda, que não houve capitulação da penalidade no Auto de Infração e o seu valor não foi lançado no montante do crédito tributário. Exigência fiscal cancelada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DESCLASSIFICAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR - SÉRIE "D" - À luz da legislação tributária, a não identificação completa do destinatário, mencionando apenas "consumidores", bem como o grande volume comercializado não se constituem elementos

suficientes à desclassificação das Notas Fiscais de Venda a Consumidor - série "D". A infração não restou plenamente caracterizada, motivando o cancelamento das exigências fiscais.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - Configurado nos autos o cancelamento irregular de notas fiscais, em inobservância à regra estabelecida no art. 147 da Parte Geral do RICMS/96. Correta a exigência do imposto incidente sobre tais operações, tendo em vista não se aplicar, neste caso, a modalidade de tributação do "Micro Gerais", por força do disposto no art. 46, IX, do Anexo X, do RICMS/96. Todavia, faz-se necessário adequar a Multa de Revalidação a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, conforme preceitua o art. 56, II, da Lei 6763/75, haja vista que a MR de 200% (duzentos por cento), prevista no art. 17, II, "a", da Lei 13437/99, cobrada pelo Fisco, não se aplica à espécie.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO - Acusação fiscal de entrega de documentos fiscais fora do prazo estipulado na intimação, ensejando a aplicação da MI prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75. Entretanto, verifica-se dos autos, que a documentação, quando existente foi entregue ao Fisco. A acusação fiscal de extemporaneidade não ficou devidamente comprovada no processo. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE LIVROS FISCAIS - Evidenciada a falta de registro, junto à Repartição Fazendária, dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Inventário, justificando, assim, a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 54, II, da Lei 6763/75. Correta a penalidade lançada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - EXTRAVIO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA - O Sujeito Passivo trouxe aos autos as notas fiscais tidas por extraviadas, à exceção da nota fiscal 000122, mod. 1, o que justifica a reformulação do crédito tributário, efetuada pelo Fisco, para manter apenas as exigências de ICMS, MR e MI em relação à mencionada nota fiscal. Todavia, a MR deve ser adequada a 50% (cinquenta por cento), tendo em vista que o percentual de 200% (duzentos por cento) não se aplica à espécie.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ENTRADA DESACOBERTADA - Constatou-se entradas de mercadorias desacobertas de documento fiscal. Infração apurada com base no levantamento das quantidades vendidas, tendo em vista que nenhuma nota fiscal de aquisição foi apresentada pelo Contribuinte. Entretanto, a penalidade cabível é aquela do Inciso XXII, do art. 55 da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal cancelada por errônea capitulação legal da penalidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, envolvendo o período de 08.11.1999 a 31.12.2001, versa sobre as seguintes irregularidades:

- 1) não exigiu dos adquirentes a apresentação do Cartão de Inscrição Estadual.
- 2) saídas desacobertas de documento fiscal decorrentes da desclassificação de notas fiscais de venda a consumidor - série "D";
- 3) saídas desacobertas de documento fiscal, tendo em vista o cancelamento irregular de notas fiscais;
- 4) não cumprimento de intimação, no prazo estabelecido;
- 5) falta de registro de livros fiscais (LRE, LRS e LRI), junto à Repartição

Fazendária;

6) extravio de notas fiscais de saída;

7) entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

Em decorrência, exige-se: ICMS, MR (200%), MI (20%), MI 200 UFIR e MI de 146,94 UFIR.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 51/54, juntando, na oportunidade, os documentos apontados pelo Fisco como extraviados.

O Fisco se manifesta às fls. 903/905, acatando os documentos apresentados (Notas Fiscais extraviadas), exceto quanto à Nota Fiscal nº 000122 (documentos de fls. 308/921), com reabertura de prazo ao Impugnante, que retornou aos autos (fls. 923/924), reiterando suas alegações de defesa.

O Fisco também retorna aos autos, opinando pela manutenção do crédito tributário nos termos da reformulação anteriormente efetuada.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 931, que resultam nas providências de fls. 932/935.

O Autuado apresenta nova manifestação na mesma linha da defesa anterior (fls. 936/937), rebatida pelo Fisco às fls. 942.

Novamente nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 945/953, opina pela procedência parcial do Lançamento, para acatar a reformulação efetuada pelo Fisco e, ainda, **excluir** as exigências relacionadas com a desclassificação das notas fiscais série "D" e **adequar** a MR incidente sobre o cancelamento irregular de notas fiscais e sobre a nota fiscal extraviada, ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

DECISÃO

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Diz o Autuado que o Fisco cerceou seu direito de defesa, bloqueando a sua inscrição estadual, tirando-lhe o direito de exercer suas atividades comerciais e que tal procedimento contraria decisão do STF, proferida na súmula nº 70, que não admite a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Ora, é evidente o equívoco da defesa ao pleitear a possível nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa. Deve o Contribuinte separar as questões, ou seja: discute-se nos autos o lançamento tributário, ao contrário do outro procedimento administrativo (bloqueio da Inscrição Estadual) que deve ser discutido entre o Contribuinte e a Administração Fazendária e, se em impasse chegar, desaguar no judiciário.

Neste caso, o cerceamento de defesa não se verifica, haja vista que o devido processo legal encontra-se regularmente instaurado, sendo que todos os atos inerentes ao lançamento foram comunicados ao Autuado.

Desta forma, rejeita-se a arguição de cerceamento ao direito de defesa.

DO MÉRITO

Inicialmente, cabe esclarecer que o Contribuinte encontra-se inscrito no "Micro Gerais". Entretanto, a autuação fiscal não decorre de enquadramento indevido, alteração de faixa, abatimentos indevidos ou desenquadramento, haja vista que o Fisco não faz nenhuma menção no Auto de Infração a tais ocorrências.

Desta forma, as irregularidades decorrentes de entradas ou saídas de mercadorias desacobertadas devem ser tratadas à luz do disposto nos incisos VIII e IX do art. 46 do Anexo X, do RICMS/96, que assim dispõem:

Art. 46 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observando o disposto no § 2º do art. 47 deste Anexo:

.....

VIII - à aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal, ou com documento fiscal falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea;

IX - à operação ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, ou com documento fiscal falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea.

Assim, as Multas de revalidação aplicadas ao percentual de 200 % (duzentos por cento) devem, quando pertinentes, ser adequadas ao disposto no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75, mantendo-se apenas o percentual de 50% (cinquenta por cento).

Destaca-se, inclusive, que o percentual de 200%, levou o Impugnante a, equivocadamente, pleitear a redução das penalidades, por entender que não há prova de reincidência, citando decisões desta Casa pertinentes à majoração de Multa Isolada (fls. 936).

Item 6.1.1 do AI - Não exigiu dos adquirentes a apresentação do Cartão de Inscrição Estadual.

Esta acusação fiscal, ao que parece, decorre da desclassificação das notas fiscais série "D", entendendo o Fisco que tais mercadorias destinaram-se a comerciantes.

Entretanto, o Fisco não apresentou as razões de suas convicções. Ocorre, no entanto, que a afirmativa fiscal constitui-se em acusação fiscal de difícil comprovação documental, não sendo possível afirmar que tal fato não tenha ocorrido, ainda mais, quando a Autoridade Lançadora não descreve os fatos motivadores do lançamento ora em apreço.

Destaca-se, inclusive, que tal acusação não mereceu comentários nem mesmo em sede de Manifestação Fiscal, também não o fazendo a Auditoria Fiscal, por ocasião de seu Parecer.

Desta forma, por absoluta falta de provas, deve tal penalidade ser cancelada. Por oportuno, cabe destacar que a penalidade não foi capitulada no Auto de Infração e os valores a ela relativos não são vislumbrados no demonstrativo do crédito tributário.

Item 6.1.2 do AI - Saídas desacobertas decorrentes da desclassificação das notas fiscais de venda a consumidor - série "D"

O Fisco relaciona às fls. 11/14, todas as notas fiscais série "D", emitidas pelo Autuado, no período de novembro/99 a dezembro/01 e, sobre o valor das operações exige ICMS, MR (200%) e MI (20%), em face da desclassificação de todas essas notas, sob o argumento de teriam sido emitidas para acobertar operações que, pelo volume de mercadorias e pela frequência de vendas a um mesmo destinatário, permitem pressupor vendas a comerciantes.

Em verdade, a quantidade de queijo constante das notas fiscais série "D" é elevada, sendo pouco provável que tais mercadorias, de fato, tenham sido destinadas a consumidores finais. Mas, por outro lado, não há nos autos elementos probantes de que os adquirentes de tais mercadorias sejam comerciantes, já que na maioria das notas fiscais não é possível identificar o real comprador, vez que, na identificação do destinatário, mencionou-se apenas "diversos" e, em outras, pessoas físicas.

Porém, ao que se vê dos autos, as operações de venda de queijo, promovidas pelo contribuinte autuado, foram realizadas fora do seu estabelecimento.

Convém ressaltar que tais operações possuem tratamento tributário diferenciado, tendo sido disciplinadas na Seção II, do Capítulo V, do RICMS/96, que em seu art. 75 estabelece:

Art. 75 - *Na saída de mercadoria para realização de operações fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículo, o contribuinte emitirá nota fiscal, em seu próprio nome, para acompanhar a mercadoria no seu transporte.*

§ 1º - *A nota fiscal conterá os números das notas fiscais a serem emitidas por ocasião da entrega das mercadorias e será o documento hábil para a escrituração no livro Registro de Saídas, com o respectivo débito do imposto.(destacamos)*

Verifica-se, à luz dos dispositivos acima, que o documento hábil para acobertar as **saídas** e o transporte de queijo "A Vender" é a nota fiscal emitida em nome do próprio estabelecimento vendedor.

As notas fiscais emitidas por ocasião da realização da venda se prestam a acobertar a **entrega** da mercadoria, devendo ser emitidas notas fiscais a cada venda, não havendo previsão legal para emissão globalizada, aglutinando, em um único documento fiscal, vendas a diversos destinatários, identificando o comprador apenas como "diversos", tal como se observa do demonstrativo de fls. 10/14.

Entretanto, se por um lado a legislação não permite a emissão de nota fiscal global, por outro lado, o fato de não haver a identificação do destinatário nas notas fiscais série "D" não se constitui motivo suficiente à desclassificação destes documentos, mesmo porque tal requisito, obrigatório nas notas fiscais modelo 1, sequer consta das indicações essenciais da Nota Fiscal de Venda a Consumidor, apontadas no art. 33, do Anexo V, do RICMS/96.

Assim, ainda que o Impugnante não tenha emitido o documento hábil para acobertar as entregas de mercadorias, quando destinadas a comerciantes, (NF mod. 1 ao invés de NF série "D"), a saída destas do estabelecimento autuado deveria ser abrigada pela nota fiscal "A Vender", a qual se constitui documento hábil para escrituração e apuração do débito do imposto, a teor do disposto no § 1º, do art. 75, do Anexo IX, do RICMS/96.

Ademais, se não há motivos suficientes à desclassificação das notas fiscais série "D", mostra-se, por conseguinte, descabida a tributação de tais operações a 18% (dezoito por cento), tendo em vista que o Contribuinte encontra-se enquadrado no "Micro Gerais", sendo beneficiário de regime de tributação diferenciado, não tendo sido desenquadrado de ofício de tal modalidade, conforme se observa da consulta ao SICAF (fls. 944), não podendo, pois, aplicar-se-lhe a regra inserida no § 3º do art. 16 da Lei 13.437/99.

Por outro ângulo, ainda que fosse devido o imposto sobre tais operações, mostra-se ilegítima a exigência da MR de 200% (duzentos por cento), alicerçada, segundo o Autuante, no art. 17, II, "a", da Lei 13.437, de 30/12/99, eis que, conforme estabelece o *caput* do mencionado artigo, tal penalidade se aplica, exclusivamente, ao contribuinte que **enquadrar-se** como microempresa ou EPP, **em desacordo** com as condições impostas na mencionada Lei, o que não restou provado nos autos.

Sendo assim, considerando que não há provas de que as saídas do

estabelecimento não foram acobertadas por notas fiscais mod. 1 "A Vender", tal como dispõe a legislação tributária e que inexistem motivos suficientes para desqualificar as notas fiscais de venda a consumidor - série "d" ou para considerá-las inidôneas, de modo a justificar o afastamento do contribuinte da modalidade de tributação especial, aplicável à microempresa, torna-se imperioso o cancelamento das exigências fiscais relacionadas neste item, compostas de ICMS, MR (200%) e MI, por não restar caracterizada a infração apontada pelo Fisco.

Neste caso, o Contribuinte deveria ter sido apenado com a multa não específica, prevista no art. 57 da Lei nº 6763/75.

Item 6.2 do AI - Saídas desacobertadas decorrentes do cancelamento irregular de notas fiscais

Às fls. 10/14, foram listadas, também, notas fiscais modelo 1, "A Vender", as quais foram canceladas irregularmente.

Referidos documentos, apensados às fls. 21 a 41, de fato, foram cancelados sem a observância das condições previstas na legislação tributária vigente (art. 147 da Parte Geral do RICMS/96), vez que não foram integradas ao bloco todas as suas vias, tampouco contêm declaração do motivo que determinou o cancelamento.

Desse modo, conclui-se que as saídas das mercadorias consignadas em tais notas fiscais ocorreram desabrigadas de documento fiscal, justificando a cobrança do ICMS, pois, neste caso, não se aplica a modalidade de pagamento do imposto prevista para a Microempresa, conforme ressalva contida no art. 46, IX, do Anexo IX, do RICMS/96.

Contudo, pelas mesmas razões já apontadas anteriormente, não deve prevalecer a MR de 200% (duzentos por cento), prevista no art. 17, II, "a", da Lei 13.437, de 30/12/99, mas sim aquela prevista no art. 56, II, da Lei 6763/75, qual seja, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto devido.

Destarte, das exigências fiscais demonstradas às fls. 10/14, devem remanescer apenas aquelas relacionadas com as notas fiscais modelo 1, "A Vender", canceladas irregularmente, cujas vias encontram-se anexas às fls. 21 a 41, nos termos do quadro seguinte:

| NOTA FISCAL | DATA | BC | ICMS | MR (50%) | MI |
|-------------|----------|----------|--------|----------|--------|
| 000127 | 26/12/00 | 1.500,00 | 270,00 | 135,00 | 300,00 |
| 000128 | 02/01/01 | 1.550,00 | 279,00 | 139,50 | 310,00 |
| 000147 | 12/03/01 | 1.500,00 | 270,00 | 135,00 | 300,00 |
| 000161 | 30/04/01 | 1.500,00 | 270,00 | 135,00 | 300,00 |
| 000184 | 23/07/01 | 1.500,00 | 270,00 | 135,00 | 300,00 |
| 000216 | 19/11/01 | 2.000,00 | 360,00 | 180,00 | 400,00 |
| 000218 | 10/12/01 | 2.250,00 | 405,00 | 202,50 | 450,00 |

Item 6.3 do AI - Não Cumprimento de Intimação, no prazo estabelecido

Quanto a exigência da MI prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75 c/c art. 215, VII, do RICMS/96, equivalente a 200 UFIR, decorre do não cumprimento, pelo Contribuinte, da intimação referente ao Ofício AF/PTM/489 (fls. 43), no prazo ali

estipulado, o qual fora emitido após o não atendimento da notificação relacionada com TIAF (fls. 42- AR/fls. 49).

Verificando a intimação de fls. 43 e as exigências fiscais lançadas, pode-se afirmar que o Autuado cumpriu a intimação quanto aos documentos que possuía, sendo autuado quanto aos não entregues (notas fiscais de entrada e livros registrados na repartição).

Neste caso, se não possuía tais documentos não poderia de fato entregá-los ao Fisco.

Já no tocante à entrega a destempo, a mesma não se encontra devidamente caracterizada nos autos.

Desta forma, deve tal exigência ser excluída do crédito tributário.

Item 6.4 do AI - Falta de registro de livros na repartição fiscal

A acusação versa sobre descumprimento de obrigação acessória, ensejando a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso II da Lei 6763/75 c/c art. 215, II do RICMS/96, equivalente a 146,94 UFIR por livro, em face da constatação da falta de registro, junto à Repartição Fazendária, dos Livros de Registro de Entrada, Livro de Registro de Saída e Livro de Registro de Inventário.

Infração configurada, tendo em vista a inobservância ao que determina o art. 160, I, II e VI c/c art. 164, ambos do RICMS/96.

Item 6.5 do AI - Extravio de notas fiscais de saída

Às fls. 17/19, o Fisco relaciona notas fiscais de saída de mercadorias, buscando encontrar o valor médio de vendas por nota fiscal emitida, para toma-lo como parâmetro a ser utilizado no arbitramento do valor das operações relacionadas com 150 notas fiscais, tidas pelo Fisco como extraviadas.

Contudo, em face da apresentação destes documentos, pelo Contribuinte, à exceção da nota fiscal 000122, modelo 1, tais exigências foram excluídas, conforme aponta o novo demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 921 - DCMM 932/933), remanescendo tão-somente a parcela relacionada com a nota fiscal mencionada anteriormente, vez que a mesma não fora trazida aos autos.

Saliente-se, ainda, que a parcela relacionada com a MR, também deve ser reduzida ao percentual de 50% (cinquenta por cento), pelos motivos já mencionados.

Assim, fica remanescendo a base de cálculo de R\$ 941,53 (novecentos e quarenta e um reais e cinquenta e três centavos), devendo, sobre ela, incidir o ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento); a Multa de revalidação equivalente (50%) e MI de 40% (quarenta por cento).

Item 6.6 do AI - Entradas de mercadorias desacobertadas

O valor atribuído às entradas desacobertadas de documento fiscal encontra-se demonstrado nas planilhas de fls. 07/09.

Cumpra esclarecer que o referido valor fora apurado com base no total das saídas do contribuinte, já que o Autuado não apresentou nenhuma nota fiscal de aquisição das mercadorias vendidas.

De notar-se que no levantamento elaborado pelo Fisco, considerou-se como tendo entrado no estabelecimento do contribuinte todas as mercadorias constantes das notas fiscais de venda, assim entendidas, as Notas de Venda a Consumidor - série "D", bem como as Notas Fiscais - modelo 1, "A Vender", canceladas irregularmente.

Assim, considerando que o Sujeito Passivo não apresentou qualquer nota fiscal relativa a aquisição das mercadorias vendidas no período autuado, há de concluir-se que todas as entradas ocorreram desacobertadas de documento fiscal, justificando a cobrança da Multa Isolada de 10% (dez por cento).

Necessário destacar no entanto, que a penalidade aplicável à infração é aquela prevista no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, ao contrário daquela capitulada no AI em apreço, vez que, no entendimento da Autoridade Lançadora, a multa aplicável seria a do art. 55, II, "b", da mesma Lei.

O entendimento do Fisco, no entanto, não deve prevalecer, cabendo a exclusão das exigências por errônea capitulação legal da penalidade aplicada, ficando ressalvada a oportunidade de promover novo lançamento.

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, rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, para acatar a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 921, e ainda, excluir integralmente as exigências fiscais dos itens 6.1.1; 6.1.2; 6.3 e 6.6. Quanto àquelas do item 6.2, e remanescente do item 6.5 (NF 000122), adequar a MR ao percentual de 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 56, II da Lei nº 6763/75.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 15.017/02/2ª - (Publicado no "MG" de 21/08/02)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA - A perícia requerida mostra-se irrelevante para o deslinde da questão, uma vez que as respostas aos quesitos formulados encontram-se nos autos. Recurso de Agravo não provido.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ENTRADA DESACOBERTADA - Constatou-se entradas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal. Infração apurada com base no levantamento das quantidades vendidas, tendo em vista que nenhuma nota fiscal de aquisição foi apresentada pelo Contribuinte. Entretanto, a penalidade cabível é aquela do Inciso XXII, do art. 55 da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal cancelada por errônea capitulação legal da penalidade.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DESCLASSIFICAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR - SÉRIE "D" - À luz da legislação tributária, a não identificação completa do destinatário, mencionando apenas "consumidores", bem como o grande volume comercializado não se constituem elementos suficientes à desclassificação das Notas Fiscais de Venda a Consumidor - série "D". A infração não restou plenamente caracterizada, motivando o cancelamento das exigências fiscais de ICMS, MR (200%) e MI do art. 55, II, "a" da Lei 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL - Devidamente comprovado nos autos a falta de registro das notas fiscais de saída de mercadorias em LRS, ensejando a aplicação da Multa Isolada capitulada no art. 55, I da Lei nº 6763/75. Entretanto, faz-se necessário excluir da exigência fiscal a parcela

relacionada com as notas fiscais lançadas em duplicidade, bem como adequar a penalidade remanescente ao percentual de 2% (dois por cento) em razão do disposto na alínea “b” do citado artigo.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO - Acusação fiscal de entrega de documentos fiscais fora do prazo estipulado na intimação, ensejando a aplicação da MI prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75. Entretanto, verifica-se dos autos, que a documentação, quando existente foi entregue ao Fisco. A acusação fiscal de extemporaneidade não ficou devidamente comprovada no processo. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE LIVROS FISCAIS - Evidenciada a falta de registro, junto à Repartição Fazendária, dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Inventário, justificando, assim, a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 54, II, da Lei 6763/75. Correta a penalidade lançada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - Configurado nos autos o cancelamento irregular de notas fiscais, em inobservância à regra estabelecida no art. 147 da Parte Geral do RICMS/96. Correta a exigência do imposto incidente sobre tais operações, tendo em vista não se aplicar, neste caso, a modalidade de tributação do “Micro Gerais”, por força do disposto no art. 46, IX, do Anexo X, do RICMS/96. Todavia, faz-se necessário adequar a Multa de Revalidação a 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto, conforme preceitua o art. 56, II, da Lei 6763/75, haja vista que a MR de 200% (duzentos por cento), prevista no art. 17, II, “a”, da Lei 13437/99, cobrada pelo Fisco, não se aplica à espécie.

Lançamento parcialmente procedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação, envolvendo o período de 01.12.1999 a 31.12.2001, versa sobre as seguintes irregularidades:

- 6.1) entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal;
- 6.2) saídas desacobertas de documento fiscal decorrentes da desclassificação de notas fiscais de venda a consumidor - série “D”;
- 6.3) falta de registro em LRS das notas fiscais de saída de mercadoria emitidas no período fiscalizado;
- 6.4) não cumprimento de intimação, no prazo estabelecido;
- 6.5) falta de registro de livros fiscais (LRE, LRS e LRI), junto à Repartição Fazendária;
- 6.6) saídas desacobertas de documento fiscal, tendo em vista o cancelamento irregular de notas fiscais.

Em decorrência, exige-se: ICMS, MR (200%), MI (20%), MI 200 UFIR e MI de 146,94 UFIR.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 84/87, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 108/111.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de prova pericial, conforme despacho de fls.115.

O Autuado apresenta, tempestivamente, o Recurso de Agravo (fls. 119/120, reiterando os argumentos apresentados na peça de defesa.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

Ainda nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 125/134, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

DO RECURSO DE AGRAVO

Quanto ao pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que o 1º quesito, que questiona a ausência de demonstrativo de **unidades** utilizadas no levantamento das mercadorias comercializadas (entradas e saídas), mostra-se supérfluo por outras provas produzidas nos autos, haja vista que a unidade adotada no feito fiscal foi o quilograma, conforme indicado na planilha de fls. 07/10.

Já os quesitos de nº 2 e 3 tratam de questões de direito e não de fato, que dizem respeito ao mérito da autuação, sendo, pois, descabida a produção de prova pericial.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso II, da CLTA/MG, cabendo portanto, negar provimento ao Recurso de Agravo.

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA

Diz o Autuado que o Fisco cerceou seu direito de defesa, bloqueando a sua inscrição estadual, tirando-lhe o direito de exercer suas atividades comerciais e que tal procedimento contraria decisão do STF, proferida na súmula nº 70, que não admite a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Ora, é evidente o equívoco da defesa ao pleitear a possível nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa. Deve o Contribuinte separar as questões, ou seja: discute-se nos autos o lançamento tributário, ao contrário do outro procedimento administrativo (bloqueio da Inscrição Estadual) que deve ser discutido entre o Contribuinte e a Administração Fazendária e, se em impasse chegar, desaguar no judiciário.

Neste caso, o cerceamento de defesa não se verifica, haja vista que o devido processo legal encontra-se regularmente instaurado, sendo que todos os atos inerentes ao lançamento foram comunicados ao Autuado.

Desta forma, rejeita-se a arguição de cerceamento ao direito de defesa.

DO MÉRITO

Inicialmente, cabe esclarecer que o Contribuinte encontra-se inscrito no "Micro Gerais". Entretanto, a autuação fiscal não decorre de enquadramento indevido, alteração de faixa, abatimentos indevidos ou desenquadramento, haja vista que o Fisco não faz nenhuma menção no Auto de Infração a tais ocorrências.

Desta forma, as irregularidades decorrentes de entradas ou saídas de mercadorias desacobertadas devem ser tratadas à luz do disposto nos incisos VIII e IX do art. 46 do Anexo X, do RICMS/96, que assim dispõem:

Art. 46 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observando o disposto no § 2º do art. 47 deste Anexo:

.....
VIII - à aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal, ou com documento fiscal falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea;

IX - à operação ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, ou com documento fiscal falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea.

Assim, as Multas de revalidação aplicadas ao percentual de 200 % (duzentos por cento) devem, quando pertinentes, ser adequadas ao disposto no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75, mantendo-se apenas o percentual de 50% (cinquenta por cento).

Item 6.1.1 do AI - Entradas de mercadorias desacobertas

O valor atribuído às entradas desacobertas de documento fiscal encontra-se demonstrado nas planilhas de fls. 07/10.

Cumpra esclarecer que o referido valor fora apurado com base no total das saídas do contribuinte, já que o Autuado não apresentou nenhuma nota fiscal de aquisição das mercadorias vendidas.

De notar-se que no levantamento elaborado pelo Fisco, considerou-se como tendo entrado no estabelecimento do contribuinte todas as mercadorias constantes das notas fiscais de venda, assim entendidas, as Notas de Venda a Consumidor - série "D", bem como as Notas Fiscais - modelo 1, "A Vender", canceladas irregularmente, tendo sido decotadas deste somatório as operações de devolução.

Assim, considerando que o Sujeito Passivo não apresentou qualquer nota fiscal relativa a aquisição das mercadorias vendidas no período autuado, há de concluir-se que todas as entradas ocorreram desacobertas de documento fiscal, justificando a cobrança da Multa Isolada de 10% (dez por cento).

Necessário destacar no entanto, que a penalidade aplicável à infração é aquela prevista no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, ao contrário daquela capitulada no AI em apreço, vez que, no entendimento da Autoridade Lançadora, a multa aplicável seria a do art. 55, II, "b", da mesma Lei (20%).

O entendimento do Fisco, no entanto, não deve prevalecer, cabendo a exclusão da exigência por errônea capitulação legal da penalidade aplicada, ficando ressalvada a oportunidade de promover novo lançamento.

Item 6.2 do AI - Saídas desacobertas decorrentes da desclassificação das notas fiscais de venda a consumidor - série "D"

O Fisco relaciona às fls. 11/14, todas as notas fiscais série "D", emitidas pelo Autuado, no período de dezembro/99 a novembro/01 e, sobre o valor das operações exige ICMS, MR (200%) e MI (20%), em face da desclassificação de todas essas notas, sob o argumento de teriam sido emitidas para acobertar operações que, pelo volume de mercadorias e pela frequência de vendas a um mesmo destinatário, permitem pressupor vendas a comerciantes.

Em verdade, a quantidade de queijo constante das notas fiscais série "D" é elevada, sendo pouco provável que tais mercadorias, de fato, tenham sido destinadas a consumidores finais. Mas, por outro lado, não há nos autos elementos probantes de que

os adquirentes de tais mercadorias sejam comerciantes, já que na maioria das notas fiscais não é possível identificar o real comprador, vez que, na identificação do destinatário, mencionou-se apenas "diversos" e, em outras, pessoas físicas.

Porém, ao que se vê dos autos, as operações de venda de queijo, promovidas pelo contribuinte autuado, foram realizadas fora do seu estabelecimento.

Convém ressaltar que tais operações possuem tratamento tributário diferenciado, tendo sido disciplinadas na Seção II, do Capítulo V, do RICMS/96, que em seu art. 75 estabelece:

Art. 75 - *Na saída de mercadoria para realização de operações fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículo, o contribuinte emitirá nota fiscal, em seu próprio nome, para acompanhar a mercadoria no seu transporte.*

§ 1º - *A nota fiscal conterá os números das notas fiscais a serem emitidas por ocasião da entrega das mercadorias e será o documento hábil para a escrituração no livro Registro de Saídas, com o respectivo débito do imposto.(destacamos)*

Verifica-se, à luz dos dispositivos acima, que o documento hábil para acobertar as **saídas** e o transporte de queijo "A Vender" é a nota fiscal emitida em nome do próprio estabelecimento vendedor.

As notas fiscais emitidas por ocasião da realização da venda se prestam a acobertar a **entrega** da mercadoria, devendo ser emitidas notas fiscais a cada venda, não havendo previsão legal para emissão globalizada, aglutinando, em um único documento fiscal, vendas a diversos destinatários, identificando o comprador apenas como "diversos", tal como se observa do demonstrativo de fls. 10/14.

Entretanto, se por um lado a legislação não permite a emissão de nota fiscal global, por outro lado, o fato de não haver a identificação do destinatário nas notas fiscais série "D" não se constitui motivo suficiente à desclassificação destes documentos, mesmo porque tal requisito, obrigatório nas notas fiscais modelo 1, sequer consta das indicações essenciais da Nota Fiscal de Venda a Consumidor, apontadas no art. 33, do Anexo V, do RICMS/96.

Assim, ainda que o Impugnante não tenha emitido o documento hábil para acobertar as entregas de mercadorias, quando destinadas a comerciantes, (NF mod. 1 ao invés de NF série "D"), a saída destas do estabelecimento autuado deveria ser abrigada pela nota fiscal "A Vender", a qual se constitui documento hábil para escrituração e apuração do débito do imposto, a teor do disposto no § 1º, do art. 75, do Anexo IX, do RICMS/96.

Ademais, se não há motivos suficientes à desclassificação das notas fiscais série "D", mostra-se, por conseguinte, descabida a tributação de tais operações a 18% (dezoito por cento), tendo em vista que o Contribuinte encontra-se enquadrado no "Micro Gerais", sendo beneficiário de regime de tributação diferenciado, não tendo sido desenquadrado de ofício de tal modalidade, conforme se observa da consulta ao SICAF (fls. 944), não podendo, pois, aplicar-se-lhe a regra inserida no § 3º do art. 16 da Lei 13.437/99.

Por outro ângulo, ainda que fosse devido o imposto sobre tais operações, mostra-se ilegítima a exigência da MR de 200% (duzentos por cento), alicerçada, segundo o Autuante, no art. 17, II, "a", da Lei 13.437, de 30/12/99, eis que, conforme estabelece o *caput* do mencionado artigo, tal penalidade se aplica, exclusivamente, ao contribuinte que **enquadrar-se** como microempresa ou EPP, **em desacordo** com as condições impostas

na mencionada Lei, o que não restou provado nos autos.

Sendo assim, considerando que não há provas de que as saídas do estabelecimento não foram acobertadas por notas fiscais mod. 1 "A Vender", tal como dispõe a legislação tributária e que inexistem motivos suficientes para desqualificar as notas fiscais de venda a consumidor - série "d" ou para considerá-las inidôneas, de modo a justificar o afastamento do contribuinte da modalidade de tributação especial, aplicável à microempresa, torna-se imperioso o cancelamento das exigências fiscais relacionadas neste item, compostas de ICMS, MR (200%) e MI, por não restar caracterizada a infração apontada pelo Fisco.

Neste caso, o Contribuinte deveria ter sido apenado com a multa não específica, prevista no art. 57 da Lei nº 6763/75.

Item 6.3 do AI - Falta de registro de notas fiscais de saída em LRS

Versa tal acusação sobre falta de registro de notas fiscais de saída, no Livro de Registro de Saídas, conforme demonstra a planilha de fls. 22/27.

Correto o procedimento fiscal ao exigir a Multa Isolada sobre o valor constante no documento, por força do disposto no art. 55, I, da Lei 6763/75, dado que o Autuado não trouxe aos autos qualquer prova capaz de elidir a infração.

Todavia, da análise das planilhas de fls. 22/27, constata-se que algumas notas fiscais, injustificadamente, foram ali lançadas em duplicidade, devendo, portanto, tais parcelas serem excluídas do montante da exigência, conforme valores a seguir demonstrados:

| NOTA FISCAL | DATA | BASE DE CÁLCULO | MI |
|-------------|----------|-----------------|--------|
| 000071 | 11/07/00 | 1.550,00 | 77,50 |
| 000034 | 12/07/00 | 805,00 | 40,25 |
| 000072 | 13/07/00 | 745,00 | 37,25 |
| 000075 | 24/07/00 | 1.500,00 | 75,00 |
| TOTAL/2000 | | 4.600,00 | 230,00 |
| 000118 | 02/01/01 | 2.000,00 | 100,00 |
| 000119 | 09/01/01 | 2.000,00 | 100,00 |
| 000122 | 23/01/01 | 1.950,00 | 97,50 |
| 000132 | 28/02/01 | 1.700,00 | 85,00 |
| 000135 | 13/03/01 | 1.450,00 | 72,50 |
| 000144 | 17/04/01 | 1.625,00 | 81,25 |
| 000167 | 09/07/01 | 1.250,00 | 62,50 |
| 000172 | 30/07/01 | 1.250,00 | 62,50 |
| 000179 | 27/08/01 | 1.375,00 | 68,75 |
| TOTAL/2001 | | 14.600,00 | 730,00 |

Quanto aos valores remanescentes, verifica-se, ainda, a necessidade de adequação do percentual da multa isolada ao disposto na alínea "b" do citado dispositivo, haja vista que a cota de imposto que cabia ao emitente recolher, por suas operações normais, era o montante devido ao FUNDESE, que foi devidamente quitado conforme

documentos juntados à peça de defesa.

Assim, a MI remanescente deve ser adequada ao percentual de 2% (dois por cento).

Item 6.4 do AI - Não Cumprimento de Intimação, no prazo estabelecido

Quanto a exigência da MI prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75 c/c art. 215, VII, do RICMS/96, equivalente a 200 UFIR, decorre do não cumprimento, pelo Contribuinte, da intimação referente ao Ofício AF/PTM/489 (fls. 80), no prazo ali estipulado, o qual fora emitido após o não atendimento da notificação relacionada com TIAF (fls. 75- AR/fls. 82).

Verificando a intimação de fls. 80 e as exigências fiscais lançadas, pode-se afirmar que o Autuado cumpriu a intimação quanto aos documentos que possuía, sendo autuado quanto aos não entregues (notas fiscais de entrada e livros registrados na repartição).

Neste caso, se não possuía tais documentos não poderia de fato entregá-los ao Fisco.

Já no tocante à entrega a destempo, a mesma não se encontra devidamente caracterizada nos autos.

Desta forma, deve tal exigência ser excluída do crédito tributário.

Item 6.5 do AI - Falta de registro de livros na repartição fiscal

A acusação versa sobre descumprimento de obrigação acessória, ensejando a cobrança da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso II da Lei 6763/75 c/c art. 215, II do RICMS/96, equivalente a 146,94 UFIR por livro, em face da constatação da falta de registro, junto à Repartição Fazendária, dos Livros de Registro de Entrada, Registro de Saída e Registro de Inventário.

Infração configurada, tendo em vista a inobservância ao que determina o art. 160, I, II e VI c/c art. 164, ambos do RICMS/96.

Item 6.6 do AI - Saídas desacobertadas decorrentes do cancelamento irregular de notas fiscais

Às fls. 15/16, foram listadas, também, notas fiscais modelo 1, "A Vender", e notas fiscais série "D", as quais foram canceladas irregularmente.

Referidos documentos, apensados às fls. 28 a 73, de fato, foram cancelados sem a observância das condições previstas na legislação tributária vigente (art. 147 da Parte Geral do RICMS/96), vez que não foram integradas ao bloco todas as suas vias, tampouco contém declaração do motivo que determinou o cancelamento.

Desse modo, conclui-se que as saídas das mercadorias consignadas em tais notas fiscais ocorreram desabrigadas de documento fiscal, justificando a cobrança do ICMS, pois, neste caso, não se aplica a modalidade de pagamento do imposto prevista para a Microempresa, conforme ressalva contida no art. 46, IX, do Anexo IX, do RICMS/96.

Contudo, pelas mesmas razões já apontadas anteriormente, não deve prevalecer a MR de 200% (duzentos por cento), prevista no art. 17, II, "a", da Lei 13.437, de 30/12/99, mas sim aquela prevista no art. 56, II, da Lei 6763/75, qual seja, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto devido.

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, negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos e, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, para excluir integralmente as exigências fiscais dos itens 6.1, por errônea capitulação legal; 6.2 e 6.4. Quanto àquelas do item 6.3, excluir as notas fiscais lançadas em duplicidade e adequar a penalidade remanescente ao percentual de 2% (art. 55, I, b da Lei 6763/75). Quanto ao item 6.6, adequar a MR ao percentual de 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 56, II da Lei nº 6763/75.

Relator: Roberto Nogueira Lima

17 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

2002

Acórdão: 15.808/02/1ª - (Publicado no “MG” de 09/11/02)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – NOTA FISCAL FALTA DE DESTAQUE DE ICMS. Comprovado que a Autuada deixou de oferecer à tributação do ICMS diversos serviços de comunicação, durante o exercício de 2000. Infração configurada, tendo em vista o disposto no art. 44, inciso X c/c § 4º do RICMS/96.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO. Evidenciado nos autos o recolhimento a menor de ICMS, decorrente do aproveitamento indevido de créditos pela entrada de material de uso e consumo e de bens alheios à atividade do estabelecimento. Exclusão das exigências fiscais relativas ao estorno de crédito concernente às notas fiscais de aquisição de bens imobilizados que estão diretamente ligados à produção da Impugnante, cuja ausência inviabilizaria a consecução da atividade fim.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre não oferecimento à tributação, de diversos serviços de comunicação, prestados durante o exercício de 2000 e recolhimento a menor de ICMS, em face do aproveitamento indevido de créditos originários de entradas de material de uso e consumo e aquisição de mercadorias/bens alheios à atividade do estabelecimento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 41/73, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 97/101.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 104/110, opina pela procedência do lançamento.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 14/06/02, exara o despacho interlocutório de fls. 111, o qual é cumprido pela Autuada (fls.115/122). O Fisco

se manifesta a respeito (fls. 126) e a Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls.128/129).

DECISÃO

DOS SERVIÇOS NÃO OFERECIDOS À TRIBUTAÇÃO

Foram listados às fls. 09/13, diversos serviços de comunicação, prestados pela Autuada, durante o Exercício de 2000, os quais não foram levados à tributação do ICMS.

Mediante análise do banco de dados do Contribuinte, com a identificação dos serviços por código, a Autoridade Lançadora levantou as quantias recebidas e, aplicando a alíquota de 25%, 18% ou 13%, conforme o caso, encontrou o imposto devido, conforme aponta o demonstrativo do crédito tributário de fls. 09.

Alega o Sujeito Passivo que a exigência fiscal é indevida, eis que alicerçada no Convênio ICMS 69/98, inconstitucional, uma vez que ampliara a base de cálculo, o que só se admite através de lei complementar.

Necessário ressaltar que, embora determinados serviços suplementares ou de valor adicionado, relacionados com acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, conceitualmente, não se constituam serviços de telecomunicação, na forma do art. 61, § 1º da Lei Federal 9472, de 16/07/97, não significa que estes não pertençam ao gênero "comunicação", ou que não possam integrar a base de cálculo do imposto, quando debitados ao usuário.

Por força da CF/88, quem estabelece a base de cálculo do imposto é a Lei Complementar 87/96, que em seu art. 13, inciso III, prevê:

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

I (...)

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço; (destacamos)

Acresce, ainda, o seu § 1º:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

I - (...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;(grifamos)

Ao que se vê, quando da regulamentação do ICMS, tanto para a operação com mercadoria, quanto na prestação de serviço, todas as "demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas", integram a base de cálculo do imposto.

Desse modo, além dos valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade e assinatura, todos os serviços suplementares e facilidade adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, integram a base de cálculo do imposto, não apenas porque previstos na cláusula 1ª do Convênio ICMS 69/98, mas também porque, em consonância com a CF/88, a Lei Complementar já os incluía, de forma genérica, na base tributável, como sendo o "preço do serviço".

Conclui-se, pois, que o Convênio ICMS nº 69/98, de 29/06/98 veio apenas explicitar o que havia sido previsto na Lei Complementar nº 87/96.

Este é o sentido do § 4º, do art. 44, do RICMS/96, *in verbis*:

§ 4º - Na hipótese do inciso X, incluem-se também na base de cálculo do imposto, quando for o caso, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como de serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Convém salientar que os serviços PORTANET I - DIAL e PORTA INTERNET LINK, que segundo afirmações da Impugnante referem-se a locações de equipamentos, não foram objeto da presente autuação.

Quanto aos serviços denominados 900, Telegrama fonado, LAN NET e NET SUPER, a Defendente assegura que a sua atividade resume-se em manter em funcionamento os meios físicos necessários à prestação do serviço, incluir e cobrar os débitos relacionados com o acesso a tais serviços.

Ora, se quem oferece as condições necessárias para que a comunicação se realize, quem cobra por tais serviços é a empresa Autuada, nada mais coerente que exigir dela, o ICMS incidente sobre o valor cobrado do usuário final.

A Impugnante recusa-se a admitir a tributação do ICMS sobre os serviços de comunicação internacional, sob a alegação de que este constitui "exportação de serviço" e, como tal, a partir do advento da LC 87/96, estaria afastado do campo da incidência do imposto.

Contudo, não se pode 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 localizado no território nacional.

Para efeito de identificação do serviço de comunicação (se nacional ou exportado) é fundamental que se conheça a figura do **destinatário do serviço** (tomador), em regra, quem o remunera, o que não se confunde com o destinatário da mensagem.

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.

Importa ressaltar que, para se caracterizar como exportação, há que, em contrapartida, ocorrer o ingresso de divisas no país.

O posicionamento adotado pelo Fisco encontra respaldo na Consulta DOET/SLT/SEF nº 062/2000, cujo fragmento transcrevemos:

"(...)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.(...)"

Desse modo, restando configurada a infração, mostra-se legítima a exigência fiscal.

DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS

O RICMS/96, por meio de seu art. 70, III, veda a apropriação de crédito até 31/12/2002, por entrada de bens destinados a uso ou consumo do estabelecimento, salvo se empregados em processo de produção de industrializados e semi-elaborados destinados à exportação para o exterior.

De igual modo, também com alicerce nessa mesma LC 87 (art. 20, § 1º), o Regulamento Mineiro, via inciso XIII do art. 70, impede a apropriação de crédito por aquisições de bens/serviços alheios à atividade do estabelecimento. Ditos bens/serviços estão explicitados na IN DLT/SRE/01/98.

Acobertado pela legislação e em virtude de obrigação funcional, o Autuante, às fls. 14/18, levantou todas as notas fiscais escrituradas no período de janeiro a dezembro/2000, de entradas de materiais de uso/consumo do estabelecimento e alheios à atividade deste, alguns de uso na construção civil (tijolo, cimento, etc.), outros, materiais de escritório (retroprojetor, armários, mesas, cadeiras, etc.), glosando o respectivo crédito (operação própria + diferencial de alíquota, quando houve), apropriado indevidamente.

A defesa da Autuada, recheada de fragmentos doutrinários, centra-se na tese de que, por força do princípio da não-cumulatividade, toda e qualquer aquisição tributada de mercadorias, bens e serviços, à exceção da isenção/não-incidência, enseja, ao estabelecimento adquirente, direito a crédito, que não poderia ser decotado, mesmo que temporariamente, por lei infraconstitucional, ainda que complementar.

No presente contencioso, dentre os materiais/bens arrolados pelo fisco, nenhum fora especificamente apontado pela Impugnante como não alcançado pela vedação prevista.

Houve defesa simplesmente jurídica, fundada em arguição de inconstitucionalidade da “vedação”, matéria esta que foge à apreciação decisória do Órgão Julgador Administrativo (art. 88, I, CLTA/MG).

Oportuno observar que o regime de compensação do imposto é matéria disciplinável por lei complementar (CF, art. 155, § 2º, XII).

A regra base da não-cumulatividade é a de que o direito a crédito por entradas vincula-se à existência de débitos por saídas, considerando-se, necessariamente, o ciclo de produção e circulação até a chegada ao consumidor final.

Assim, relativamente à produção de mercadorias e prestação de serviços, só cabe direito a crédito enquanto **entradas** de matéria-prima/insumos indispensáveis ao processo de produção/circulação/prestação que **resultem** em “produtos/serviços” tributados subsequente. Fora do ciclo “produção/comercialização/prestação”, serão materiais de uso/consumo/ativo fixo/ ou alheios à atividade, que face determinação constitucional, não ensejariam crédito.

Em razão disso, deverão ser excluídas das exigências fiscais aquelas relativas ao estorno de crédito constantes das notas fiscais n.ºs 001.124, 088.730, 090.094, 091.688, 011.43, 000.767, 097.983, 200.545, 011.244, 099.700, 101.339, 102.510, 102.524, 006.077, 003.107, 005.356, 105.987, 108.542, 108.544, 108.545, 000.950, 000.951, 004.822, 000.611, 110.210 e 113.122 relacionadas as fls. 115/122 dos autos, face a comprovação de tratar-se de aquisição de bens imobilizados pela empresa e que estão diretamente ligados à produção da Impugnante, relativamente a área de utilização, sendo

que sua ausência inviabilizaria a consecução da atividade fim.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir das exigências fiscais aquelas relativas ao estorno de crédito para aquisição de bens imobilizados constantes das notas fiscais nºs 001.124, 088.730, 090.094, 091.668, 001.143, 000.767, 097.983, 200.545, 011.244, 099.700, 101.339, 102.510, 102.524, 006.077, 003.107, 005.356, 105.987, 108.542, 108.544, 108.545, 000.950, 000.951, 004.822, 000.611, 110.210 e 113.122 relacionadas as fls. 115/122 dos autos.

Relator: José Luiz Ricardo

2003

Acórdão: 15.501/03/2ª – (Pub. no “MG” de 08/08/03)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - APROVEITAMENTO A MAIOR. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, decorrente do aproveitamento integral de créditos de ICMS, originários de entradas de bens destinados ao ativo permanente e do diferencial de alíquota. Corretas as exigências fiscais resultantes do estorno dos valores apropriados indevidamente, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco, quando foram excluídas as parcelas decorrentes das notas fiscais para as quais o Sujeito Passivo comprovou tratar-se de mercadorias destinadas a comercialização. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, nos meses de janeiro/01 a dezembro/01, decorrente do aproveitamento integral de créditos do imposto originários de entradas de bens destinados a integrar o ativo fixo e as respectivas diferenças de alíquota, quando o procedimento permitido é o aproveitamento do imposto à razão de 1/48 (hum quarenta e oito avos) ao mês.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 80/85, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 903/905.

A Auditoria Fiscal exara Despacho Interlocutório (fls. 960), para abertura de vista dos autos ao Sujeito Passivo, em razão da juntada dos documentos de fls. 907/956, o que é cumprido pela ACT/AF/III/Uberlândia, conforme Ofício de fls. 961 e Aviso de Recebimento - AR (fls. 962).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 964/968, opina pela procedência parcial do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fl. 970, o qual é cumprido pela Autuada (fls. 981). O Fisco se manifesta a respeito (fls. 2801) e a Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 2804/2806).

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Argumenta o Sujeito Passivo que o procedimento administrativo ora discutido encontra-se eivado de vícios, devendo ser declarado nulo o lançamento, porque alicerçado

em dispositivo da Lei Complementar nº 87/96, o qual fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Todavia, convém assinalar que a regra inserida no art. 88 da CLTA/MG retira deste Órgão Julgador a competência para declarar a inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Ademais, não se vê dos autos qualquer vício insanável capaz de invalidar o lançamento em apreço.

DO MÉRITO

A autuação, propriamente dita, versa sobre recolhimento a menor de ICMS, durante o exercício de 2001, decorrente do aproveitamento **integral** de valores destacados em notas fiscais de entradas de bens destinados a integrar o ativo fixo e o respectivo diferencial de alíquota, quando o procedimento previsto na legislação vigente permite o aproveitamento, a título de crédito do imposto, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês, conforme determina a regra inserida na subalínea "a.2", do item 4 do § 5º do art. 29 da Lei 6763/75, reproduzida no item 1, do § 3º do art. 66, da Parte Geral do RICMS/96.

As notas fiscais objeto de estorno parcial de créditos foram listadas às fls. 08/57 e o crédito tributário encontra-se demonstrado às fls. 06/07.

Importa destacar que a informação quanto à destinação dada às mercadorias como sendo para integração ao ativo imobilizado, foi fornecida pelo próprio Contribuinte Autuado, tendo sido extraída dos registros fiscais, mediante a aferição dos Códigos Fiscais de Operações - CFOP "1.91" ou "2.91", conforme o caso.

Quando da apresentação da peça defensiva, a Impugnante trouxe aos autos uma pequena parte das cópias das notas fiscais objeto desta autuação (fls. 108/139), afirmando que as mercadorias autuadas **não** foram adquiridas para serem destinadas ao ativo fixo do contribuinte, mas compradas para fins de comercialização, muito embora tenham sido registradas, equivocadamente, com códigos fiscais de operação - CFOP 2.91 ou 1.91.

De fato, da análise das cópias das 32 notas fiscais, anexas às fls. 108/139 e diante do objetivo social da empresa autuada, verifica-se que as mercadorias ali mencionadas (identificador de chamadas, telefones e modem comercial), certamente, foram adquiridas para fins de comercialização, embora tenham sido registradas com classificação incorreta de CFOP.

Em vista disso, mostra-se correto o procedimento da Autoridade Lançadora, que acatou parcialmente as razões da Impugnante, a fim de excluir do crédito tributário as parcelas relativas às mencionadas notas fiscais.

Fora essas 32 notas fiscais, verifica-se que apenas mais duas outras, cujas cópias encontram-se anexas às fls. 895/896, referem-se a mercadorias adquiridas para serem comercializadas, o que ensejou a reformulação das exigências, conforme justificativas do Fisco às fls. 891, cujos valores remanescentes foram demonstrados às fls. 892/893 e 907/956.

No entanto, de um total de 1.794 documentos autuados, apenas para as 34 notas fiscais (fls. 108/139 e fls. 895/896), a Impugnante comprovou tratar-se de mercadorias comercializáveis, mas que, inadvertidamente, foram lançadas como se destinadas ao ativo fixo e, portanto, com direito ao crédito integral.

Assim, tratando-se de acusação apurada com base nas informações prestadas pela própria autuada, mediante análise da classificação por CFOP (1.91 ou 2.91), o que caracteriza as mercadorias como sendo aquisições destinadas ao ativo permanente e tendo em vista que, para as notas fiscais remanescentes, a Autuada não trouxe as provas inequívocas de que se tratam de mercadorias destinadas à comercialização, mostra-se correto o procedimento fiscal, que resultou na glosa parcial de créditos, de forma a concedê-los, tão-somente, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês, em cumprimento ao que determina a legislação tributária pertinente.

Feitas essas considerações, infere-se caracterizada a infração, sendo, pois, legítimo o lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco, às fls. 891/894.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação fiscal de fls. 891/894. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Osvaldo Nunes França.

Relator: Antônio César Ribeiro

Acórdão: 15.831/03/3ª - (Publicado no "MG" de 28/02/03)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - APROVEITAMENTO A MAIOR - ATIVO PERMANENTE. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, decorrente do aproveitamento integral de créditos de ICMS, originários de entradas de bens destinados ao ativo permanente, quando o procedimento previsto na legislação tributária permite o aproveitamento fracionado do imposto, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - APROVEITAMENTO A MAIOR. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, decorrente do aproveitamento integral de créditos referentes ao diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens do ativo permanente, quando o procedimento previsto na legislação tributária permite o aproveitamento fracionado do imposto, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário procedida pelo fisco.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, nos meses de janeiro/01 a junho/01 e setembro/01 a dezembro/01, decorrente do aproveitamento integral de créditos do imposto, originários de entradas de bens destinados a integrar o ativo fixo e as respectivas diferenças de alíquota, quando o procedimento previsto na legislação tributária permite o aproveitamento, a título do crédito do imposto, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 43 a 48, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 424 a 426.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 431, que resulta na manifestação de fls. 433 a 436.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 463 a 467, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 416 a 419.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Argumenta o Sujeito Passivo que a presente autuação é arbitrária e desprovida de embasamento jurídico-legal, que se encontra eivada de vícios, devendo ser declarado nulo o lançamento, porque alicerçado em dispositivo da Lei Complementar nº 87/96, o qual fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Todavia, convém assinalar que a regra inserida no artigo 88 da CLTA/MG retira deste Órgão Julgador a competência para declarar a inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Ademais, não se vê dos autos qualquer vício insanável capaz de invalidar o lançamento em apreço.

Do MÉRITO

A autuação, propriamente dita, versa sobre recolhimento a menor de ICMS, durante o exercício de 2001, decorrente do aproveitamento integral de imposto originário de notas fiscais de entradas de bens destinados a integrar o ativo fixo e o respectivo diferencial de alíquota, quando o procedimento previsto na legislação vigente permite o aproveitamento, a título de crédito do imposto, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês, conforme determina a regra inserida na subalínea "a.2", do item 4 do § 5º do art. 29 da Lei 6763/75, reproduzida no item 1, do § 3º do art. 66, da Parte Geral do RICMS/96.

As notas fiscais objeto de estorno parcial de créditos foram listadas na planilha de fls. 08/20, reformulada às fls. 447/458 e o crédito tributário encontra-se demonstrado às fls. 06/07, alterado às fls. 433/436.

Importa destacar que a informação quanto à destinação dada às mercadorias como sendo para integração ao ativo imobilizado, foi fornecida pelo próprio Contribuinte Autuado, mediante a aferição dos Códigos Fiscais de Operações - CFOP "1.91" ou "2.91", extraídos da escrita fiscal da Impugnante.

Quando da apresentação da peça defensiva, a Impugnante trouxe aos autos uma parte das notas fiscais objeto desta autuação (fls. 74/186), afirmando que as mercadorias autuadas não foram adquiridas para serem destinadas ao ativo fixo do contribuinte, mas compradas para fins de comercialização, muito embora tenham sido registradas, equivocadamente, com códigos fiscais de operação - CFOP 2.91 ou 1.91.

De fato, da análise das cópias das 113 notas fiscais, anexas às fls. 74/186 e diante do objetivo social da empresa autuada, verifica-se que as mercadorias ali mencionadas (telefones celulares, capas, fone de ouvido, etc.), certamente, foram adquiridas para fins de comercialização, embora tenham sido registradas com classificação incorreta de CFOP.

Em vista disso, mostra-se correto o procedimento fiscal que acatou parcialmente as razões da Impugnante, a fim de excluir do crédito tributário as parcelas relativas às mencionadas notas fiscais.

Fora essas 113 notas fiscais, apenas mais outras oito, cujas cópias encontram-

se anexas às fls. 437/446, de fato, referem-se a mercadorias adquiridas para serem comercializadas, o que ensejou a reformulação das exigências fiscais, conforme justificativas do Fisco às fls. 433, cujos valores remanescentes foram demonstrados às fls. 434/436 e 447/458.

No entanto, verifica-se que, de um total de 216 documentos autuados, apenas as notas fiscais retromencionadas referem-se à mercadorias comercializáveis pelo estabelecimento autuado, mas que, inadvertidamente, foram lançadas como se destinadas ao ativo fixo e, portanto, com direito ao crédito integral.

Assim, em se tratando de acusação apurada com base nas informações prestadas pela própria Autuada, mediante análise da classificação por CFOP (1.91 ou 2.91), o que caracteriza as mercadorias como sendo aquisições destinadas ao ativo permanente e tendo em vista que, para as notas fiscais remanescentes, a Autuada não trouxe as provas inequívocas de que as mercadorias referem-se a aquisições destinadas a comercialização, mostra-se correto o procedimento fiscal, que resultou na glosa parcial de créditos, de forma a concedê-los, tão-somente, à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) ao mês, em cumprimento ao que determina a legislação tributária pertinente.

Feitas essas considerações, infere-se caracterizada a infração, sendo, pois, legítimo o lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 416 a 419 e 433 a 436.

Relator: Windson Luiz da Silva

18 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE

2003

Acórdão: 16.036/03/3ª (Pub. no “MG” de 17/07/03)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que provenientes de aquisições de materiais destinados à manutenção de vias férreas. Vedada a apropriação de tais créditos, haja vista que as mercadorias foram alocadas em bens imóveis, portanto, fora do campo de incidência do ICMS. Além do mais, a referida manutenção caracteriza-se como obra de construção civil, outro fator que impede o aproveitamento dos respectivos créditos. Corretas as exigências fiscais.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE CARGAS - ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - Falta de recolhimento do ICMS resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e interestadual pelas entradas de mercadorias destinadas à manutenção das vias férreas, adquiridas em operações interestaduais. Corretas as exigências fiscais.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação, compreendendo o período de janeiro de 1988 a março 2000, versa sobre:

Item 01) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que provenientes de aquisições de materiais de manutenção de vias férreas, e créditos das correspondentes prestações de serviço de transporte.

Item 02) Falta de recolhimento do ICMS devido referente à diferença de alíquota pelas aquisições, feitas em outras Unidades da Federação, de materiais de manutenção de vias férreas e correspondentes serviço de transporte.

Exige-se ICMS e MR (50%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 842/857, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 913/930.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 978/987, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Item 01 do Auto de Infração:

Foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que relativos às aquisições de materiais de manutenção de vias férreas (dormentes, trilhos, contra-trilhos, fixações, brita e AMV), no período de janeiro/98 a março/00.

A tese central da defesa é de que tais produtos são considerados bens do ativo imobilizado, sendo certo o direito ao crédito do imposto. Esclarece, ainda, a Impugnante, em sua peça defensiva, que os dormentes possuem vida útil de 12 (doze) anos, enquanto os trilhos duram até 20 (vinte) anos. Prossequindo em sua defesa, salienta que a aplicação de tais produtos nas vias férreas, nas diversas fases de manutenção, amplia a vida útil da linha, que se constitui em elemento fundamental e indispensável à atividade econômica.

Como bem disse o Fisco, em sua Manifestação, as assertivas da defesa não podem ser desprezadas. É inegável que as vias férreas compõem o ativo imobilizado da Autuada, como também inegável a essencialidade delas para consecução dos objetivos sociais.

Entretanto, em se tratando de ICMS, tais particularidades não são as únicas a se observar, no que toca à possibilidade de apropriar os créditos do imposto advindos das aquisições de mercadorias. O creditamento não é livre e ao alvedrio da Contribuinte, mas se obriga às regras dos legisladores complementar e ordinário.

Não obstante a inegável condição de bem integrante do ativo imobilizado, as linhas férreas são bens imóveis, conforme prescrição do art. 43, II do Código Civil vigente à época dos fatos geradores, que assim dispõe:

Art. 43 – São bens imóveis:

I -

II – tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de

modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano;

As partes e peças móveis, quando aplicadas em tais bens imóveis, igualmente se tornam, por força da inteligência do disposto no art. 49 do mesmo diploma legal citado, *in verbis*:

Art. 49 – Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

Com efeito, a aplicação das mercadorias envolvidas no presente feito nas linhas férreas, torna-as bens imóveis, *ex vi* do citado dispositivo.

Uma vez incorporados às edificações, esses materiais adquiridos, por se tornarem imóveis, não serão objeto de saídas posteriores no sentido técnico do ICMS. Eventuais saídas de linhas férreas se sujeitarão ao ITBI ou ITCD.

Estando fora do campo de incidência do ICMS, as aquisições dos produtos elencados não ensejam créditos do imposto, nos termos do § 3º, do art. 20, da LC 87/96, que traz restrições ao crédito, da seguinte forma:

§ 3º - É vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviço a ele feita:

I – para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior.

II – para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

Por outro lado, as atividades de reforma, conservação, reparação e construção de ferrovia, se enquadram no conceito de construção civil, tributável, portanto, pelo ISS, conforme entendimento posto no RICMS/96, então vigente, com fulcro no estatuído nos itens 32 e 34 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87, que menciona:

Art. 177 – Entende-se como obra de construção civil, hidráulica ou semelhantes:

.....

II – construção e reparo de estradas de ferro e de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior das estradas e obras de arte;

Assim sendo, também por esta linha de raciocínio, há óbice ao aproveitamento de tais créditos, uma vez que se constituem bens alheios à atividade principal da Autuada, não obstante a essencialidade, como de resto são todos os produtos e serviços adquiridos pelo empreendimento, uma vez não ser possível admitir que a Empresa estaria disposta a adquirir produtos supérfluos e não necessários, em detrimento do lucro, fim maior de todo empreendedor.

Na hipótese da Autuada contratar empresa de construção civil para manutenção das vias férreas, compreendendo a prestação do serviço e emprego de material adquirido pela construtora, esta emitiria documento fiscal autorizado pela municipalidade, sem

qualquer apontamento de ICMS, situação que vedaria à Autuada o aproveitamento de crédito.

Da mesma forma, então, por força do princípio do tratamento isonômico, na aquisição de peças para emprego nas obras de recuperação de vias férreas, com serviço executado por ela ou por terceiros, há de se obstaculizar o aproveitamento dos créditos do imposto, sob pena de tratar de modo diverso situações pares.

Nesta seara, a vedação ao crédito do imposto encontra-se lançada no § 1º, do art. 20, da LC 87/96, com interpretação via Instrução Normativa 01/98, cujos efeitos retroagem à data de vigência do dispositivo complementar. Com efeito, prescreve a citada Instrução:

Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

.....

II _ os bens entrados, inclusive mercadorias, ou os serviços recebidos e que:

A – sejam utilizados em atividade exercida no estabelecimento fora do campo de incidência do imposto;

.....

III – as mercadorias ou os serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.

Além do mais, a simples substituição das partes das vias férreas não lhe garante o aumento da vida útil, de forma a caracterizar que tais peças, individualmente, possam ser consideradas como integrantes do ativo imobilizado. Por exemplo:

1) a substituição de um dormente, quando já em decomposição, garante a segurança da linha férrea, mas não lhe aumenta a vida útil, que continua a depender do estado dos demais componentes;

2) as peças de fixação (pregos, parafusos, etc) podem e devem ser substituídas de forma preventiva, afim de evitar danos maiores, mas também não conferem às linhas férreas maior durabilidade, posto que esta está diretamente ligada ao conjunto da via;

3) a aplicação de brita no trajeto da via visa recuperar o leito ferroviário, danificado por erosão ou alagamento, mas além da segurança do tráfego, em nada mais interfere;

4) a substituição de um quilômetro de trilho não aumenta a vida útil da via férrea, mas apenas recompõe o traçado, estando aquela parte recuperada sujeita ao desempenho do restante da linha. Se de pouca qualidade os demais trechos, a parte substituída nada agrega ao conjunto.

O Plano Uniforme de Contas, da batuta da Agência Nacional dos Transportes Terrestres, é norma alienígena ao Direito Tributário e a sua aplicação fica condicionada à inexistência de oposição às regras pertinentes ao ICMS, na inteligência do disposto no art. 123 do CTN, uma vez que nem o Ministério dos Transportes, nem a Agência Reguladora podem legislar sobre tributos.

Portanto, correto o estorno dos créditos indevidamente apropriados, ensejando as exigências fiscais de ICMS e MR (50%), na exata obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Item 02 do Auto de Infração:

Foi imputada a falta de recolhimento do ICMS resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas entradas de mercadorias, em decorrência de operações interestaduais, destinadas ao uso nas vias férreas.

Correto o procedimento fiscal, nos estritos termos da legislação tributária, em especial a Lei nº 6763/75, que determina:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

II – na entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadoria oriunda de outra Unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente” (grifos nossos)

“Art. 13 – A base de cálculo é:

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 6º, a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou prestação sobre o qual foi cobrado o imposto na unidade de Federação de origem, e o imposto a recolher será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual” (grifos nossos)

“Art. 14 – Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto” (grifo nosso)

Portanto, as alegações inerentes a este tópico não podem sequer ser apreciadas por esta Casa, por força do disposto no art. 88, I, da CLTA/MG.

Quanto à possibilidade de creditamento do referido diferencial, na hipótese de se tratar de aquisições destinadas à imobilização, tal fato encontra-se inserido no texto legal, não sendo objeto de controvérsia, quando as mercadorias adquiridas não se encontrarem dentro das exceções discorridas na abordagem do item anterior. Neste caso, portanto, não há possibilidade de creditamento do diferencial de alíquotas, uma vez constatado que as mercadorias se destinaram à obra de construção civil, constituindo-se, portanto, em bens imóveis.

Quanto ao sentido de se recolher o imposto para posterior creditamento, trata-se de juízo de valor da Impugnante, mas fora do campo do contencioso fiscal, que se limita a verificar a correta aplicação da legislação estadual ao fato concreto.

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, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento. Vencido o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor) que o julgava improcedente.

Relator: Roberto Nogueira Lima

19 - RESTITUIÇÃO

2003

Acórdão: 15.359/03/2^a – (Publicado no “MG” de 27/03/03)

EMENTA

RESTITUIÇÃO – ALÍQUOTA DE ICMS - UTILIZAÇÃO INDEVIDA – APLICAÇÃO INCORRETA – A restituição do valor relativo à utilização indevida da alíquota de 12%, ao invés da alíquota de 7% deve ser calculada sobre o valor das operações descritas nas notas fiscais. A Impugnante não comprovou documentalmente que o valor das operações foi inferior àquele descrito nas notas fiscais objeto da restituição. Não reconhecido o direito à restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre pedido de restituição do valor de R\$80.055,75, por ter destacado e recolhido o ICMS relativo às notas fiscais listadas a fls. 03 utilizando a alíquota de 12% quando a alíquota correta para a operação é de 7%, uma vez que a adquirente Sipetrol Brasil encontra-se localizada no Estado de Sergipe.

A Chefe da Administração Fazendária/Belo Horizonte deferiu parcialmente o pedido apresentado pela empresa, para restituir-lhe a importância de R\$74.004,04, referente a aplicação indevida da alíquota de 12% em mercadorias destinadas a contribuinte localizado na região Nordeste.

Inconformada com o deferimento parcial do seu Pedido de Restituição, a empresa impugna tempestivamente o referido despacho (fls. 103/106), por intermédio de seus procuradores regularmente constituídos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 147/150, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Inicialmente, a empresa pediu a restituição do valor do ICMS relativo às notas fiscais listadas a fls. 03, tendo em vista a aplicação da alíquota indevida de 12%, quando a correta seria de 7%, uma vez que a adquirente Sipetrol Brasil Ltda. está localizada na Região Nordeste, Estado de Sergipe.

A Administração Fazendária deferiu parcialmente o pedido solicitado, face a utilização indevida da alíquota de 12%, ao invés da alíquota correta de 7%.

A Impugnante requer a restituição da diferença do valor que foi solicitado e do valor que foi autorizado pela Chefe da Administração Fazendária/Belo Horizonte, ao fundamento que os valores da base de cálculo do ICMS relativo às mercadorias foram inferiores aos valores discriminados nas notas fiscais de fls. 09/31, e, conseqüentemente, o ICMS devido nas operações realizadas também seria inferior ao valor devido, conforme apurado pelo Fisco, fls. 66.

Após análise dos documentos constantes dos autos, verifica-se que os valores da base de cálculo do ICMS relativo às operações, objeto do Pedido de Restituição,

efetivamente, são aqueles descritos nas notas fiscais de fls. 09/31.

Conforme demonstrado pela fiscalização, a Sipetrol, adquirente das mercadorias, lançou as referidas notas fiscais de fls. 09/31 em seu Livro Registro de Entradas, fls. 04/05, considerando o valor nelas discriminado.

Além disso, na GIM – Guia Informativa Mensal do ICMS, fls. 06, apresentada pela Sipetrol à Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, foi utilizado o valor global relacionado nas notas fiscais emitidas pela V & M do Brasil para efeito de pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota, segundo consta no campo “ICMS devido de acordo com entradas e saídas” da mencionada Guia.

Constata-se, ainda, que, como as aquisições interestaduais de mercadorias promovidas pela Sipetrol limitam-se àquelas adquiridas da V & M, conforme consta dos campos próprios do seu Livro Registro de Entradas, fls. 04/05, o diferencial de alíquota só corresponde a estas aquisições.

No seu Livro Registro de Saídas, fls. 81/96, a Impugnante escriturou as notas fiscais em tela com o valor especificado nesses documentos.

Dessa forma, não há qualquer documento nos autos que comprove que o valor das mercadorias mencionadas nas notas fiscais de fls. 09/31 foi inferior àquele descrito nos respectivos documentos.

Embora intimada, conforme documentos de fls. 56/57 e 63/64, a Impugnante não apresentou a documentação necessária para comprovar que o valor das operações foi inferior àquele descrito nas notas fiscais.

Os cálculos do valor da operação apresentados na Impugnação desacompanhados de provas inequívocas do seu real valor não comprovam a afirmativa da Impugnante.

Portanto, o valor de ICMS para restituição deferido pela AF/Belo Horizonte está correto, não havendo, qualquer diferença de imposto que a Impugnante teria a receber.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação

Relator: Francisco Maurício Barbosa Simões

Acórdão: 15.398/03/2ª - (Publicado no “MG” de 14/05/03)

EMENTA

RESTITUIÇÃO - MULTA ISOLADA. Falta de previsão legal. Por força do artigo 167 do CTN, estampado na CLTA/MG (artigo 37, parágrafo único) e no RICMS/96 (artigo 92), não se restitui valor relativo a pagamento de penalidade por infração de caráter formal não prejudicada pela causa da restituição. Outrossim, transparece legítima a multa isolada aplicada, face confirmar-se inidônea, nos termos do artigo 134, inciso VIII, do RICMS/96, a nota fiscal acobertadora do transporte de vasilhame, situação jamais contemplada com exoneração pela Resolução 3.111/00. Indeferida a restituição pleiteada. Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da

importância de R\$ 2.018,88, ao argumento de que pagou indevidamente a multa, pois, a operação com vasilhame ampara-se na isenção e, ainda que desacoberta, não deve ensejar exigência fiscal, segundo a Resolução nº 3.111/00.

A Chefe da AF II Janaúba, referendando parecer de sua Assessoria, indefere o Pedido, conforme despacho de fls. 52.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de seu representante legal, apresenta Impugnação de fls. 55 a 56, requerendo a sua procedência.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 58 a 60, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 64 a 67, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Primeiramente, cumpre destacar que trata-se de operação interestadual (o vasilhame se destinava ao Rio Grande do Sul) e que, portanto, os preceitos da Resolução 3.111/00 não prevaleceria fora do Estado, salvo se houvesse Convênio firmado, o que inexistente.

Mais ainda, há preceitos expressos na legislação vigente vedando a restituição, seja no CTN, seja na CLTA e seja no RICMS/96.

Do RICMS/96, consta:

“Art. 92. (...)

*§ 1º. 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.**” (Grifei).*

Da CLTA, consta:

“Art. 37 - (...)

*Parágrafo único - A restituição total ou parcial do valor pago a título do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção do valor das penalidades pecuniárias, **salvo as referentes a infração de caráter formal, não prejudicadas pela causa assecuratória da restituição.**” (Grifei).*

O CTN, por sua vez, assim diz:

*“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, **salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.**” (Grifei).*

A Auditoria Fiscal, às fls. 67, ressalta a vedação legal para a restituição que pretende o Contribuinte e, com muita propriedade, assim diz: “em resumo, posto que o pagamento indevido tivesse havido, o que não é o caso, não cabe restituição da multa pecuniária decorrente da inadimplência da obrigação acessória, por não se vincular a cobrança do tributo.”

A doutrina não diverge e, nem poderia, do preceito legal. Não bastasse a citada

pelo ilustre Auditor, em seu parecer de fls. 67, já suficiente clara, ainda pode se citar:

“Não são restituídas, porém, como decorrência da restituição do tributo, as multas por infrações formais, vale dizer, pelo descumprimento de obrigações acessórias. A razão é simples: se a obrigação acessória efetivamente foi descumprida, e por isto a multa efetivamente era devida, não há por que se cogitar de sua restituição (CTN, art. 167).” (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19ª Edição. 2001. Malheiros Editores. São Paulo).

Assim, por todo o exposto, o pedido de restituição formulado pelo Contribuinte não tem amparo na legislação vigente, pelo que é mantida a decisão impugnada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação.

Relator:Francisco Maurício Barbosa Simões

20 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

2003

Acórdão: 15.922/03/3ª - (Publicado no “MG” de 14/05/03)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – MEDICAMENTOS – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatado recolhimento a menor do ICMS/ST, relativamente às saídas de fraldas, promovidas pela Autuada nos exercícios de 1999 e 2000. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), nos termos do § 2º, artigo 56, Lei 6763/75. Reformulação do crédito tributário realizada pelo Fisco para considerar alíquota de IPI a 0,5 % na apuração da base de cálculo do ICMS/ST, considerando-se a Autuada como optante pelo “SIMPLES”. Infração, em parte, caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FRALDA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatadas, mediante levantamento quantitativo, saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, nos exercícios de 1999 e 2000. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação, referentes às operações próprias e referentes à substituição tributária, além de exigência de Multa Isolada, capitulada na alínea a, inciso II, artigo 55, Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO FISCAL. Constatada falta de apresentação do Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque e do Livro Diário, conforme intimações promovidas pelo Fisco. Exigência de Multa Isolada capitulada no inciso VII, artigo 54, Lei 6763/75. Exclusão da exigência referente ao Livro Diário devido à não obrigatoriedade de escrituração do mesmo. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

A autuação versa sobre:

- 1) Recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária pelas saídas de mercadorias com notas fiscais destinadas a contribuintes no período de 1999, no valor de R\$22.084,79, e no período de 2000, no valor de R\$10.527,57;
- 2) Saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais nos exercícios de 1999 e 2000, no valor de R\$1.022.440,65, resultando em falta de recolhimento do ICMS devido por suas operações e o ICMS devido por substituição tributária;
- 3) Falta de apresentação ao Fisco do Livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque e do Livro Diário, de exibição obrigatória, conforme intimações anexas ao Auto de Infração.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 243/253), por intermédio de seu representante legal.

O Fisco, em manifestação de fls. 617/629, refuta as alegações da defesa, procedendo à reformulação do crédito tributário às fls. 630/639.

Tendo em vista a reformulação citada, foi concedido a Autuada a reabertura do prazo para pagamento ou parcelamento do crédito tributário, conforme documentos de fls. 642/643.

Por ter a Autuada reconhecido parte do débito, foi lavrado o Auto de Infração n.º 01.0001399516.86, fls. 646/648, no qual consta os valores por ela reconhecidos, para fins de parcelamento.

O Termo de Autodenúncia ou de Reconhecimento de Débito e o DAE relativo à entrada prévia do parcelamento estão anexados às fls. 649/650.

Às fls. 653/655, o Fisco esclarece o reconhecimento, por parte da Autuada, do débito principal relativo ao ICMS/ST no exercício de 1999, nos meses de março a dezembro.

O Fisco deduz do crédito tributário os valores reconhecidos pela Autuada, conforme DCMM de fls. 655.

Tendo em vista Recurso Inominado apresentado pela Autuada, doc. fls. 658/659, onde informa que solicitou o parcelamento de parte do crédito tributário relativo ao presente PTA, e alega que o preenchimento do Termo de Autodenúncia ou de Reconhecimento de Débito, doc. fls. 649, se deu forma incorreta, a Administração do Crédito Tributário/AF/BH, com a anuência da Superintendência do Crédito Tributário, incluiu no PTA 01.000139516-86, emitido para fins de parcelamento, os novos valores apresentados pela Autuada às fls. 660/662.

Em decorrência da nova situação apresentada, o processo foi encaminhado ao fiscal autuante, para dedução do demonstrativo do crédito tributário dos novos valores reconhecidos pela Contribuinte, considerando as proposições apresentadas às fls. 663/664.

O Fisco demonstrou o novo crédito tributário, conforme documentos de fls. 688/690.

A Autuada teve vista dos autos, doc. fls. 692/696, e não se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 698/708, opina pela procedência parcial do Lançamento.

Cuida o caso em tela de exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação, referentes às operações próprias da Autuada e à retenção por substituição tributária, além de exigências de Multa Isolada por saídas desacobertas de documento fiscal (levantamento quantitativo) e por descumprimento de obrigação acessória (falta de apresentação de livros). Exigências consubstanciadas nos exercícios de 1999 e 2000.

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo referente ao item 3 do Auto de Infração.

Item 1) Recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária pelas saídas de mercadorias com notas fiscais destinadas a contribuintes nos exercícios de 1999 e 2000:

O Fisco constatou que a Autuada recolheu a menor o ICMS/ST, relativamente às operações descritas nas notas fiscais constantes do quadro de fls. 16, retificado às fls. 631.

As operações são relativas a vendas de fraldas descartáveis.

Nos termos do § 1º do artigo 237 do Anexo IX do RICMS/96, o estabelecimento industrial ou fabricante de fraldas descartáveis fica responsável, na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas saídas subseqüentes dessas mercadorias, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário.

Ao calcular o valor devido do ICMS/ST, relativamente às notas fiscais descritas no quadro de fls. 631, conforme determina o artigo 239, § 1º, item 1 e § 3º do Anexo IX do RICMS/96, o Fisco constatou recolhimento a menor, como demonstrado no referido quadro.

A Impugnante argumenta que, por ser optante do "Simples", beneficiada com a redução da alíquota do IPI de 15% para 0,5%, o cálculo do agregado do IPI a ser considerado para efeito de apuração do ICMS/ST deve levar em conta a alíquota de 0,5%, na forma explicitada na legislação federal, e não de 15%, como calculou o agente do Fisco.

O Fisco concorda com essa argumentação e faz a retificação do trabalho, demonstrando o novo crédito tributário às fls. 639.

O saldo remanescente relativo a esta irregularidade foi reconhecido pela Autuada, considerando-se o "Termo de Reconhecimento de Débito" (fls. 649) e lavratura do Auto de Infração nº 01.000139516-86 (fls. 646/647), para efeito de parcelamento. Nesse sentido, o Fisco demonstrou o crédito tributário remanescente às fls. 690.

Sendo assim, não há mais contenda relativa a esta irregularidade.

Item 2) Saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais nos exercícios de 1999 e 2000, resultando em falta de recolhimento do ICMS normal e o ICMS devido por substituição tributária:

Mediante Levantamento Quantitativo, procedimento tecnicamente idôneo, previsto no artigo 194, inciso II do RICMS/96, o Fisco constatou que a Autuada promoveu saídas de mercadorias (fraldas) desacobertas de documentos fiscais, nos exercícios de 1999 e 2000, que resultou em falta de recolhimento do ICMS devido por suas operações e o ICMS devido por substituição tributária.

Quanto ao exercício de 1999, o Fisco apurou, inicialmente, a produção mensal da empresa, relativa ao período de abril a novembro/99, conforme quadro de fls. 19/20,

com base no gráfico de produção elaborado pela própria empresa, fls. 25. A produção do mês de dezembro/99 foi apurada com base nos valores constantes dos controles internos emitidos pela Autuada, denominados “Paradas das Máquinas”, fls. 29/41 e Ficha de Produção da empresa, fls. 42/102.

Tendo em vista que os documentos da empresa, relativos ao exercício de 1999, não apresentam a discriminação das fraldas por tamanho, entende-se correto o procedimento do Fisco em englobar os diversos tamanhos do referido produto em um só item para efeitos de levantamento.

O estoque final do período está registrado no Livro Registro de Inventário da empresa, cópia às fls. 121.

Com relação ao exercício de 2000, os valores da produção foram retirados do controle de “Comunicação Interna”, emitida pela Gerência de Produção da empresa para a Diretoria, em 01.02.00, doc. fls. 26.

O estoque inicial foi aquele registrado no Livro Registro de Entradas, relativo a 31.12.99, doc. fls. 121, e o estoque final foi aquele verificado pelo Fisco, em 07.02.00, conforme Contagem Física de fls. 24.

Ao lançar no Demonstrativo Global, fls. 18 e 633 e 22 e 637, as entradas e saídas com notas fiscais de fraldas, bem como os estoques inicial e final, constantes do Livro Registro de Inventário e da Contagem Física, o Fisco apurou as saídas reais do produto, no período fiscalizado, constatando saídas de mercadorias sem nota fiscal.

Para a base de cálculo das saídas desacobertadas, o Fisco utilizou o preço médio unitário de cada produto, com respaldo no artigo 194, § 4º do RICMS/96 c/c art. 54, inciso IX do mesmo Regulamento, conforme demonstrado nos quadros de fls. 21 e 23.

Ressalta-se que o valor apurado pelo Fisco não foi contestado pela Impugnante, conforme lhe faculta o § 2º do artigo 54 do RICMS/96.

Não assiste razão à Autuada ao alegar que o trabalho fiscal não foi calcado na Legislação Tributária e que não contém o mínimo de condições de sustentação legal, nem base técnica e documental que comprove a existência dos produtos e as saídas desacobertadas, eis que, conforme demonstrado acima, o levantamento fiscal está em conformidade com as disposições da legislação tributária.

A Impugnante entende que o Fisco realizou um levantamento de produção e não um levantamento quantitativo de mercadorias e reclama que o Fisco não esclarece em que índices técnicos baseou-se para elaboração do trabalho, conforme exige a orientação legal transcrita.

A Impugnante diz, ainda, que o Fisco, após presumir a produção, presumiu também que esta foi saída desacobertada de documento fiscal.

Não procede tais argumentos, uma vez que o levantamento da produção, com base nos documentos emitidos pela própria Autuada, foi a entrada do período, utilizada para elaboração do Levantamento Quantitativo.

A produção não foi presumida, como alega a Impugnante, as entradas (produção) que constam do Levantamento Quantitativo foram obtidas mediante os dados constantes do gráfico de produção elaborado pela própria empresa, fls. 25, dos controles internos emitidos pela Autuada, denominados Paradas das Máquinas, fls. 29/41 e Ficha de Produção da empresa, fls. 42/102, como também da Comunicação Interna emitida pela Gerência de Produção da empresa para a Diretoria, fls. 26.

Então, não há se falar em aplicação de índice técnico, como entende a Impugnante, uma vez que foi considerada a produção informada pela própria empresa, não houve levantamento da produção.

Quanto às cópias autenticadas de “fichas internas de produção”, fls. 254/598, apresentadas pela Impugnante, conforme demonstra o Fisco, mediante análise de uma das fichas de produção colhida na empresa, e de uma das fichas de produção apresentada na Impugnação, às fls. 624/626, não há nenhuma diferença nos modelos dos documentos – Fichas de Produção - trazidos para análise pela Impugnante e os documentos que embasaram o feito fiscal.

Verifica-se que o Fisco deduziu do crédito tributário valores parciais que foram recolhidos pelo Contribuinte, conforme demonstrativo de fls. 690.

Portanto, restando demonstrado que a Autuada promoveu saídas de mercadorias sem documentação fiscal, corretas as exigências fiscais.

Item 3) Falta de apresentação ao Fisco do Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque e Livro Diário:

A Autuada deixou de apresentar ao Fisco os Livros de Registro de Controle da Produção e do Estoque e Diário, conforme intimações anexas ao Auto de Infração.

O Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque é um dos livros que o contribuinte do imposto deve manter, em cada um dos seus estabelecimentos, nos termos do artigo 160, inciso III do RICMS/96.

Em se tratando de estabelecimento industrial, a Autuada fica obrigada a escriturar o referido livro, nos termos do § 3º do artigo 160 do RICMS/96.

“O livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, modelo 3, destina-se à escrituração dos documentos fiscais e dos documentos de uso interno do estabelecimento, correspondentes à entrada e à saída, à produção e ao estoque de mercadoria”, conforme preceitua o artigo 175 do Anexo V do RICMS/96.

É obrigação do contribuinte *“exibir ou entregar ao Fisco, quando exigido em lei ou quando solicitado, os livros ou documentos fiscais, bem como outros elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte”* (grifado), conforme determina o inciso III do artigo 16 da Lei n.º 6.763/75.

Mediante as intimações anexas ao Auto de Infração, doc. fls. 3/4, a Autuada foi intimada a apresentar diversos documentos, dentre eles, o Livro Diário e o Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

Não obstante a intimação, a Autuada alega que na condição de empresa de pequeno porte não estaria obrigada à escrituração do Livro Diário (fls. 250).

O Fisco, por sua vez, comentando a alegação da Impugnante, entende que, em que pese a não obrigatoriedade alegada, nas mesmas intimações foi exigida, também, a apresentação do Livro Caixa, cuja obrigatoriedade de escrituração foi reconhecida pela Autuada. Diante desses fatos, entendia correta a exigência referente ao livro em questão.

Verifica-se, pois, da narrativa supra, que não procede a exigência em foco referente ao Livro Diário, não cabendo o argumento do Fisco de que valeria a mesma exigência para o Livro Caixa, uma vez que a exigência do Auto de Infração é expressa. A imputação fiscal não pode ser alterada ao alvedrio do Fisco.

Dessa forma, considerando o entendimento supra, decide-se pela exclusão da exigência do item 3 do Auto de Infração referente ao Livro Diário.

Portanto, de todo o acima exposto, conclui-se que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas,

em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do Crédito Tributário efetuada pelo Fisco às fls. 630/639, excluindo, ainda, a exigência decorrente da não apresentação do livro Diário (item 03 do Auto de Infração). Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Carlos Wagner Alves de Lima (Revisor) que excluía também o item 02 do Auto de Infração.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Acórdão: 16.210/03/3ª – (Pub. no “MG” de 04/12/03)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições interestaduais de produtos a que se refere o art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96. Responsabilidade atribuída ao estabelecimento atacadista mineiro, conforme § 1º, item 4, do referido dispositivo legal. Infração caracterizada. Exigências não contestadas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Aproveitamento indevido de crédito de ICMS consignado em notas fiscais declaradas inidôneas, bem como em notas fiscais emitidas por Empresa de Pequeno Porte. Estorno de crédito procedido pelo Fisco com amparo no art. 68 e 70, inciso V, do Regulamento. Exigências mantidas.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO - Irregularidades apuradas mediante procedimento tecnicamente idôneo, a teor do estatuído no art. 194, inciso II, da Parte Geral, do RICMS/96. Infrações caracterizadas. Razões de defesa insuficientes para elidir o feito.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - Conforme estabelecido no art. 147 do RICMS/96 e RICMS/2002, "o documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido". Infração caracterizada. Exigências mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DIVERSAS IRREGULARIDADES - Constatado que o contribuinte deixou de escriturar notas fiscais de aquisição e saída, respectivamente, no LRE e LRS bem como escriturou nota fiscal declarada inidônea no LRE, sem o respectivo aproveitamento do crédito. Infrações configuradas. Multas isoladas de 2%, 5% e 40%, mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre: falta de retenção do ICMS/ST nas aquisições de medicamentos e outros produtos relacionados no art. 237 do Anexo IX do RICMS/96;

aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas; escrituração de notas fiscais inidôneas no LRE sem aproveitamento do crédito do ICMS; falta de escrituração de notas fiscais no LRE e LRS; cancelamento irregular de notas fiscais de saída; aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais emitidas por EPP; entrada, saída e manutenção de mercadoria em estoque desacoberta de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1279/1281.

Afirma que conforme documentação anexa, em todas as operações o imposto devido foi efetivamente pago, devendo, pois, ser aplicado o disposto no art. 70, V, RICMS/96. Transcreve parte do Acórdão 14.215/01/2ª desta Casa e acrescenta que as notas fiscais foram declaradas inidôneas após a realização da operação, o que entende, confere legalidade ao crédito escriturado.

Diz que a ausência de escrituração de documentos fiscais de saídas, entradas e estoque, deve-se ao fato de que a empresa ampliou seu depósito para um imóvel ao lado de sua sede, que está devidamente registrado. Solicita a realização de perícia no depósito e livros fiscais onde se constatará que as mercadorias foram apenas transferidas de depósito, conforme informado ao fiscal no momento da fiscalização.

Aduz que os cancelamentos das notas fiscais obedeceram as normas regulamentares e foram realizados por solicitação do destinatário.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 1616 dos autos.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em manifestação de fls. 1618/1624, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que a Impugnante não apresentou provas de que o imposto estornado referente às notas fiscais inidôneas foi recolhido na origem. Acrescenta que os documentos apresentados pela mesma às fls. 1385/1412 demonstram o pagamento da operação acobertada por parte das notas inidôneas e que os atos declaratórios foram publicados antes da ação fiscal.

Salienta que o levantamento quantitativo foi realizado em consonância com o art. 194, § 1º, do RICMS/96 e que o depósito citado pela Autuada foi constituído e registrado na junta comercial após a realização da contagem física. Aduz que o cancelamento de notas fiscais não obedeceu aos preceitos do art. 147 do RICMS/96.

DO PARECER DA AUDITORIA

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1629/1635, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A **irregularidade 1** do AI se refere à falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária nas aquisições interestaduais realizadas pela Autuada no período de julho/00 a março/01, de medicamentos e demais produtos relacionados no art. 237, do Anexo IX, do RICMS/96, sem a retenção do imposto pelo remetente.

Registre-se apenas que as notas fiscais objeto das exigências (cópia fls. 747/773) bem como a memória de cálculo do ICMS/ST encontram-se discriminadas no

quadro de fls. 15/16 dos autos, sendo que nas operações em comento a responsabilidade do estabelecimento atacadista mineiro, na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido é prevista no art. 237, § 1º, item 4, do Anexo IX, do RICMS/96.

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e MR (50%), que sequer foram contestadas pela Contribuinte.

A **irregularidade 2** do AI trata da constatação do aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados em notas fiscais declaradas inidôneas emitidas no período de agosto/01 a outubro/02, as quais encontram-se arroladas no demonstrativo de fls. 17/18 dos autos, sendo que a apuração do imposto devido foi levada a efeito na recomposição da conta gráfica de fls. 743/745.

Ressalte-se que o ato declaratório de inidoneidade decorre da realização de diligência especialmente efetuada para a investigação da real situação do contribuinte e das operações por ele praticadas.

Detectada a ocorrência de quaisquer das situações irregulares arroladas no art. 3º da Resolução nº 1.926/89, é providenciado o respectivo ato declaratório, nos termos do art. 1º da aludida norma legal.

Segundo ensina Aliomar Baleeiro:

“o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc)”.

Desse modo, verifica-se que os documentos declarados inidôneos ao serem emitidos já nasceram inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade legal, sendo referidos atos declaratórios publicados no Diário Oficial do Estado visando, tão-somente, tornar pública e oficial uma situação preexistente.

Registre-se que os mesmos (tela SICAF) encontram-se anexados às fls. 1228/1229 dos autos juntamente com cópia das respectivas notas fiscais (fls. 775/792) e foram devidamente publicados no "Minas Gerais" em data anterior ao início da ação fiscal consubstanciada na lavratura do TIAF em novembro/02, dispondo, pois, a Autuada, de período suficiente para regularizar a situação, o que não ocorreu.

Insta destacar que consta de cada um dos respectivos atos declaratórios os motivos ensejadores da inidoneidade bem como a data de sua publicação.

Vale salientar que a teor do estatuído no art. 70, inciso V, da Parte Geral, do RICMS/96, a única hipótese em que se poderia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal declarado inidôneo, seria mediante prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos pela Autuada.

Acrescente-se que o estorno do crédito do imposto promovido pelo Fisco encontra-se respaldado também no art. 30 da Lei nº 6.763/75 que preceitua que:

"O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições

estabelecidos na legislação." (GN)

Nesse sentido, mostra-se inoperante a tentativa da Contribuinte em querer atestar a efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento ou mesmo a realização do negócio jurídico, mediante a apresentação, às fls. 1385/1412, de cópia das duplicatas relativas ao pagamento das operações a que se referem parte das notas fiscais inidôneas objeto das exigências.

Quanto à multa isolada, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a penalidade de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos, sendo que a multa de revalidação (50%) encontra amparo no art. 56, inciso II, do mesmo diploma legal.

Relativamente ao Acórdão 14.215/01/2ª mencionado pela Impugnante, vale registrar que a Fazenda Pública Estadual interpôs o competente Recurso de Revisão, oportunidade em que a Câmara Especial reformulou a decisão da Câmara "a quo", conforme Acórdão 2.568/02/CE (fls. 1636/1637), restabelecendo-se as exigências.

Corretas, pois, as exigências de ICMS, MR (50%) e MI (40%).

A **irregularidade 3** do AI se restringe à cobrança da penalidade isolada de 40% prevista no art. 55, inciso X, da Lei nº 6.763/75, em relação às Notas Fiscais 001.426 e 001.459 (fls. 794/795), discriminadas no quadro de fls. 19, emitidas em agosto e dezembro de 2.000 por Star Médica Ltda, que foram declaradas inidôneas, conforme Ato Declaratório de fls. 1230 dos autos.

Acrescente-se apenas que os referidos documentos foram escriturados no LRE sem o aproveitamento do crédito de ICMS por parte da Impugnante, mesmo porque não houve o respectivo destaque do imposto (operação própria) nos mesmos.

Assim, a referida exigência deve prevalecer.

As **irregularidades 4 e 5** do AI se referem à falta de escrituração no LRE e LRS, respectivamente, da Nota Fiscal 656.305 de 28-12-01 e Nota Fiscal 000.672 de 18-04-02, discriminadas nos quadros de fls. 20 e 21 dos autos, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 797 e 799 dos autos, fato que configura desobediência ao disposto no art. 16, inciso VI, da Lei nº 6.763/75 c/c artigos 166 e 172, do Anexo V, do RICMS/96.

Portanto, as exigências de MI de 2% e 5%, capituladas no art. 55, inciso I e respectiva alínea "a", da Lei nº 6.763/75, devem ser mantidas.

A **irregularidade 6** do AI trata do cancelamento irregular de notas fiscais de saídas, emitidas pela Autuada no período de 22-01-02 a 24-02-03, arroladas no quadro de fls. 22 dos autos, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 801/867 e os respectivos originais trazidos à colação pela Impugnante às fls. 1289/1362.

Verifica-se que o trabalho fiscal encontra amparo no art. 147 da Parte Geral do RICMS/96 e RICMS/2002, que preceitua que:

"Art. 147 - O documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido." (gn)

Nesse sentido, analisando-se as referidas notas fiscais, infere-se que as

mesmas evidenciam a efetiva saída das mercadorias do estabelecimento da Impugnante, quer seja pelo preenchimento do campo "data da saída"; quer seja pela assinatura do "canhoto" de recebimento do produto; quer seja pela aposição de "carimbo do posto fiscal" e "visto de recebimento" no verso do documento pelo destinatário; a efetiva emissão de CTRC, ou mesmo a falta de integração de todas as suas vias ao bloco de notas fiscais, circunstâncias, pois, que caracterizam o irregular cancelamento dos documentos, motivo pelo qual reputam-se como corretas as exigências de ICMS e MR (50%).

Na **irregularidade 7** do AI o Fisco constatou que a Autuada efetuou o aproveitamento indevido de créditos de ICMS consignados nas notas fiscais discriminadas no demonstrativo de fls. 23 dos autos, emitidas no período de 19-11-02 a 14-03-03 por Distribuidora Matos & Almeida Ltda, sediada no Município de Juiz de Fora/MG, I.E. 367.083.308.0041, enquadrada no regime de recolhimento de Empresa de Pequeno Porte (EPP), conforme tela SICAF de fls. 1638.

Importante acrescentar que tanto a aludida empresa remetente como a Autuada encontram-se cadastradas neste Estado no CAE nº 43.3.1.00-1, ou seja, "comércio atacadista de produtos farmacêuticos, da flora medicinal e ervanários", circunstância para a qual é vedado o destaque do imposto nas operações entre esses estabelecimentos, conforme preceitua o art. 18, inciso II, § 2º, item 2, e § 3º, do Anexo X, do RICMS/96, e correspondente art. 22, inciso II, §§ 2º e 3º, do Anexo X, do RICMS/2002, este *in verbis*:

"Art. 22 - A empresa de pequeno porte deverá:

(...)

II - emitir regularmente os documentos fiscais para acobertar todas as operações e prestações que realizar, vedado o destaque do ICMS, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo;

(...)

§ 2º - O estabelecimento industrial, distribuidor ou atacadista de empresa de pequeno porte, relativamente às operações tributadas destinadas a contribuinte, destacará no documento fiscal o valor do imposto, calculado mediante a aplicação da alíquota prevista no artigo 42 deste Regulamento.

§ 3º - O disposto no § 2º não se aplica à saída destinada a distribuidor ou atacadista localizado neste Estado, quando promovida por estabelecimento distribuidor ou atacadista de empresa de pequeno porte." (GN)

Corretas, pois, as exigências de ICMS e MR (50%) resultantes da glosa do imposto promovida pelo Fisco, procedimento esse que encontra amparo também no estatuído no art. 68, *caput*, da Parte Geral dos citados Regulamentos, "O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação." (gn)

As **irregularidades 8, 9 e 10** do AI se referem à constatação de saídas, entradas e manutenção de mercadorias em estoque, desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário que engloba o período de 01-01-02 a 24-09-02, procedimento esse que é considerado tecnicamente idôneo, a teor do estatuído no art. 194, inciso II, da Parte Geral, do RICMS/96.

Insta destacar que o AI é composto de diversos quadros que bem explicitam o trabalho realizado (fls. 94/742), nos quais o Fisco discrimina os medicamentos objeto das exigências, bem como as quantidades, preços e as notas fiscais consideradas.

Importante ressaltar que a contestação de levantamento quantitativo só se faz mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

Nesse sentido, a Impugnante se restringe a alegar que as diferenças apuradas no levantamento quantitativo deve-se ao fato de que a empresa ampliou seu *depósito* para um imóvel ao lado de sua sede para onde as mercadorias foram apenas transferidas, fato esse que solicita que seja comprovado mediante realização de perícia.

Não obstante, constata-se que o referido *depósito* a que se refere a Autuada, localizado na Av. Francisco Sá, nº 177, BH-MG, ao lado de sua sede, somente foi constituído em 07-10-02 através da Quarta Alteração Contratual (fls. 1614/1615) registrada na Junta Comercial em 21-10-02, ou seja, após a realização do levantamento quantitativo, cuja contagem física deu-se em 24-09-02, a teor dos documentos de fls. 26/32 dos autos, não tendo, portanto, nenhuma interferência na irregularidade em comento que abrange período anterior. Acrescente-se ainda que na ocasião do levantamento levado a efeito pelo Fisco a sócia da empresa, ao assinar o documento de fls. 29, em cumprimento ao disposto no art. 194, § 1º, item 4, do RICMS/96, não fez referência a existência de qualquer estoque de mercadorias em outro local, fato que também convalida o trabalho fiscal.

Quanto a prova pericial requerida, saliente-se apenas que nos termos do art. 98, inciso III, da CLTA/MG, o mérito da mesma não está sendo apreciado, haja vista que a Impugnante deixou de formular os quesitos.

No que concerne às penalidades, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a multa de 10% prevista no art. 55, XXII, da Lei nº 6.763/75, em relação às entradas desacobertas, bem como a multa de 20% capitulada no art. 55, II, "a", do mesmo diploma legal, para as saídas e estoque desacobertos de documentação fiscal. Corretas, pois, as exigências de ICMS, MR (50%) e as citadas MIs de 10% e 20%.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente, o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal.

Relator: Mauro Rogério Martins

21 – TAXA FLORESTAL

2003

Acórdão: 16.405/03/1ª – (Publicado no “MG” de 23/12/03)

EMENTA

TAXA FLORESTAL - CARVÃO VEGETAL - FALTA DE RECOLHIMENTO. Constatado a falta de recolhimento da Taxa Florestal referente à aquisição de mercadoria(carvão vegetal) desacoberta de documentação fiscal, autuada e apreendida pelo Fisco. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de recolhimento da Taxa Florestal e Multa,

referentes à aquisição de 100 m³ de carvão vegetal apreendidos pelo Fisco através do TAD nº 013621, de 02/06/03, e objeto do AI nº 02.000205733.71.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 17 a 21, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 39 a 42.

Novas participações tiveram a Impugnante (fls. 48 a 51) e o Fisco (fls. 52 a 54), ratificando seus entendimentos anteriores.

DECISÃO

Da Preliminar

Verifica-se que existem nos autos elementos suficientes que determinam, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator. Além disso, os dispositivos infringidos foram corretamente capitulados na peça fiscal e retratam a irregularidade descrita no relatório do Auto de Infração.

Portanto, não há se falar em nulidade da peça fiscal.

Do Mérito

A fiscalização constatou que a Autuada deixou de recolher a Taxa Florestal devida pela aquisição desacobertada de documentação fiscal de 100 m³ de Carvão Vegetal, conforme TAD nº 013621, de 02/06/03.

O artigo 1º do Regulamento da Taxa Florestal, aprovado pelo Decreto n.º 36.110/94, dispõe que:

“Art. 1º - A Taxa Florestal tem como fato gerador as atividades fiscalizadoras, administrativas, policiais e de estímulo à questão florestal no âmbito da legislação concorrente estatuída pela Constituição Federal de 1988, quanto à execução, no Estado e por intermédio do Instituto Estadual de Florestas (IEF), das medidas decorrentes da Lei Estadual nº 10.561, de 27 de dezembro de 1991, que dispõe sobre a política florestal para o Estado de Minas Gerais, conforme estabelece a Lei nº 4.747, de 9 de maio de 1968, bem como o artigo 207 e a Tabela A, anexa à Lei nº 5.960, de 1º de agosto de 1972, com as alterações posteriores”.

Consoante o artigo 3º do referido Regulamento, são contribuintes da Taxa Florestal, as empresas cuja finalidade principal ou subsidiária seja a produção ou a extração de produto ou subproduto de origem florestal.

Nos termos do artigo 4º, inciso I do Regulamento da Taxa Florestal, respondem solidariamente com o contribuinte pelo pagamento da taxa, as indústrias em geral, dentre elas as siderúrgicas, que utilizem como combustível, a lenha ou o carvão extraídos no Estado.

Tendo em vista o não recolhimento da Taxa Florestal referente à mercadoria apreendida (TAD 013621) e autuada pelo Fisco (AI nº 02.000205733.71), foi lavrado o presente Auto de Infração.

A Impugnante diz que não pode ser sujeito passivo de tal exigência, pois o carvão foi adquirido totalmente de outro Estado da Federação.

Tal argumento não prevalece, uma vez que não há provas nos autos de que o

carvão proveio de outro Estado da Federação e, estando a mercadoria desacoberta de documentação fiscal, a mesma é considerada mineira, na forma do § 1º do artigo 33, da Lei nº 6763/75, in verbis:

“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:

d - onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação falsa ou inidônea, conforme dispuser o Regulamento;...”

Saliente-se que a simples alegação desprovida de provas não elide o feito fiscal, haja vista que “os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, sob pena de preclusão”, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 98 da CLTA/MG.

O artigo 61 da Lei n.º 4.747, de 09.05.68, dispõe sobre o prazo para o recolhimento da Taxa Florestal, sujeitando-se o contribuinte, em caso de atraso, às penalidades previstas no artigo 68 da citada Lei.

Sendo assim, correta a exigência da Taxa Florestal, e respectiva Multa de Revalidação capitulada no artigo 68, da Lei n.º 4.747/68.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento.

Relator: Edmundo Spencer Martins

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
- 2003 - Presidente: José Luiz Ricardo (janeiro a setembro)
Vice-Presidente: Francisco Maurício Barbosa Simões
- 2003 - Presidente: Roberto Nogueira Lima (outubro a dezembro)
Vice-Presidente: Francisco Maurício Barbosa Simões
- 2004 - Presidente: Roberto Nogueira Lima
Vice-Presidente: Francisco Maurício Barbosa Simões

Impresso na Gráfica da SEF/MG

Equipe Técnica:

Agnaldo Araújo da Silva

Diogo Rodrigues de Souza

Elizabete dos Santos Vitor

Carlos Eduardo Custódio

Jeferson Antônio Custódio