

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

PRINCIPAIS DECISÕES
2005
NÚMERO 30

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
ESTADO DE MINAS GERAIS**
GOVERNADOR DO ESTADO
Aécio Neves da Cunha
SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA
Simão Cirineu Dias
PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Roberto Nogueira Lima
VICE-PRESIDENTE DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Luiz Fernando Castro Trópia

ELABORAÇÃO DO BOLETIM
Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais
Cláudia Campos Lopes Lara - Gerente

COLABORADORES
Carlos de Paula Santos
José Roberto de Carvalho Figueira
Maria Lídia Ribeiro de Medeiros
Moacyr Pereira Guimarães
Valéria do Carmo Melo Peres
Valter Soares Filho

Av. João Pinheiro, 581 – Belo Horizonte – MG

 (31) 3217 8500  (31) 3217 8543

 ccmg@fazenda.mg.gov.br

www.fazenda.mg.gov.br

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE
MINAS GERAIS – CC/MG**

COMPOSIÇÃO 2007

Presidente do CC/MG: Roberto Nogueira Lima

Vice-Presidente: Luiz Fernando Castro Trópia

CONSELHEIROS EFETIVOS

Representantes dos Contribuintes:

André Barros de Moura
Antônio César Ribeiro
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Luiz Fernando Castro Trópia
Rodrigo da Silva Ferreira
Sauro Henrique de Almeida

Representantes do Fisco:

Edvaldo Ferreira
Edwaldo Pereira de Salles
Mauro Heleno Galvão
René de Oliveira e Sousa Júnior
Roberto Nogueira Lima
Rosana de Miranda Starling

CONSELHEIROS SUPLENTE

Representantes dos Contribuintes:

Cássia Adriana Lima Rodrigues
José Francisco Alves
Luiz Villela Vianna Neto
Paulo Roberto Elias Mansur
Vander Francisco Costa
Wagner Dias Rabelo

Representantes do Fisco:

Antônio Leonart Vela
Helaine Couto Fiuza de Carvalho
João Alberto Vizzotto
Livio Wanderley de Oliveira
Lúcia Maria Bizzoto Randazzo
Luiz Geraldo de Oliveira

COMPOSIÇÃO 2005

Presidente do CC/MG: Roberto Nogueira Lima
Vice-Presidente: Francisco Maurício Barbosa Simões

CONSELHEIROS EFETIVOS

Representantes dos Contribuintes:

Antônio César Ribeiro
Francisco Maurício Barbosa Simões
Juliana Diniz Quirino
Luciana Mundim de Mattos Paixão
Luiz Fernando Castro Trópia
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 SUPLENTE

Representantes dos Contribuintes:

Aureliano Borges de Rezende
Cássia Adriana Lima Rodrigues
Leonardo de Lima Naves
Lorena Ferreira Mendes
Regina Beatriz dos Reis

Representantes do Fisco:

Antônio Jorge Freitas Lopes
Livio Wanderley de Oliveira
Lúcia Maria Bizzoto Randazzo
Rosana de Miranda Starling
Sérgio Torres Moreira Penna

APRESENTAÇÃO

No ensejo desta apresentação, cumpre inicialmente destacar, com pesar, o falecimento em janeiro de 2007, do Conselheiro Windson Luiz da Silva, representante classista indicado pela FEDERAMINAS.

Nos mais de quinze anos em que militou nesta Casa, o Conselheiro Windson sempre dedicou parcela considerável de sua vida aos trabalhos de revisão, fazendo deste Órgão Julgador sua segunda morada. Foram anos a fio de dedicação e valorização do Conselho, sempre a destacar o importante papel social aqui praticado, em especial no atendimento dos pequenos empreendedores, que aqui chegam, muitas vezes, sequer sem Advogado constituído.

Ao Conselheiro Windson e seus familiares, nossa sincera homenagem pelo relevante trabalho realizado e pelo amor à causa na revisão administrativa.

O Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.618, de 8 de janeiro de 1946, como supremo intérprete das leis tributárias do Estado, cujas decisões, desde que reiteradas no mesmo sentido, firmariam precedentes obrigatoriamente aplicáveis aos casos idênticos, salvo modificação pelo próprio Conselho ou em virtude de lei.

A matéria ganhou status constitucional em 1977 através da Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais de nº 10, promulgada em 20/10/1977, que alterou o artigo 245 da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1967, cuja redação passou a dispor sobre a criação de contencioso administrativo, sem poder jurisdicional, para decisão de questões fiscais e previdenciárias.

Atualmente, o processo tributário administrativo encontra o seu fundamento de validade no art. 263 da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, disciplinado através da Lei 13.470, de 17/01/2000. O referido dispositivo da Constituição Mineira estabelece que o Estado instituirá contencioso administrativo para apreciação de recursos contra as decisões da Fazenda Estadual, com composição paritária entre o Estado e os contribuintes, sem prejuízo da competência do Poder Judiciário.

Ao longo de sua história, o Conselho de Contribuintes passou por diversas revisões em sua organização e funcionamento. Entretanto, sua finalidade essencial, qual seja: resolver as questões originadas de interpretação de lei no exercício da revisão do ato de constituição do crédito tributário através do lançamento, não sofreu alteração.

Com efeito, a composição paritária entre o Estado e os Contribuintes, representados pelas Entidades de Classe, que se encontra consignada no artigo 263 da Constituição Mineira, é peculiar ao nosso arranjo institucional desde a sua concepção, conforme disposto no § 1º, do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 1.618, de 8 de janeiro de 1946.

A sexagenária instituição mantém-se viva e bem sintonizada com a

evolução das regras e dos costumes, sendo que, ao longo dos anos, tem-se aliado à razão e à justiça no intuito de resolver os conflitos tributários entre a Administração Tributária e os Contribuintes, sempre observando os limites e as garantias constitucionais que norteiam a Administração Pública no exercício do seu mister.

O Conselho de Contribuintes sempre foi reconhecido 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.

Para divulgá-las junto ao mundo jurídico e acadêmico, esta edição, de nº 30, vem trazendo decisões relevantes proferidas no transcurso do ano de 2005, dentre os mais de 2.000 processos com análise profunda dos fatos narrados e das provas apresentadas, com todos os Conselheiros sempre vigilantes na interpretação e aplicação da legislação tributária.

Na busca da qualidade no desempenho desse trabalho, mantém-se um controle administrativo prévio de saneamento e instrução de processos, proporcionando aos contribuintes e ao Estado uma demonstração de maior compromisso com a celeridade e a correção das decisões proferidas no âmbito do contencioso administrativo em matéria tributária no Estado de Minas Gerais.

Ao Dr. Fuad Noman, então Secretário de Estado de Fazenda, que sempre deu mostra de acreditar e avaliar o desempenho do Conselho de Contribuintes, um especial reconhecimento pelo trabalho realizado no período 2003/2006.

Ao Dr. Simão Cirineu, que inicia neste ano de 2007 a administração da Pasta da Secretaria de Fazenda, o nosso incentivo e a certeza de que realizará um trabalho de envergadura e de responsabilidade, e o desejo e a convicção do apoio irrestrito ao Conselho de Contribuintes.

Quanto ao corpo técnico e administrativo, agora sob a responsabilidade do Gabinete-SEF e supervisão técnica do próprio Conselho de Contribuintes, o reconhecimento pela qualidade dos serviços.

Por fim, cabe destacar que as demais decisões do CC/MG proferidas no exercício de 2005 encontram-se, na íntegra, disponibilizadas no "site" www.fazenda.mg.gov.br.

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

ÍNDICE

01 - Alíquota de ICMS	010
02 - Base de Cálculo	015
03 - Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido	029
04 - Crédito Tributário - Procedimento Irregular	083
05 - Diferimento - Descaracterização	095
06 - Exportação - Descaracterização	100
07 - ICMS - Escrituração/Apuração Incorreta	107
08 - Importação	122
09 - Isenção - Descaracterização	131
10 - Mercadoria - Entrada Desacobertada	136
11 - Mercadoria - Entrada, Estoque e Saída Desacobertada ..	143
12 - Mercadoria - Entrada e Saída Desacobertada	147
13 - Mercadoria - Saída Desacobertada	152
14 - Mercadoria - Transporte Desacobertado	191
15 - Nota Fiscal - Desclassificação	195
16 - Nota Fiscal - Falta de Destaque do ICMS	206
17 - Obrigação Acessória	210
18 - Prestação de Serviço de Comunicação	262
19 - Prestação de Serviço de Transporte	295
20 - Responsabilidade Tributária	305
21 - Restituição	318
22 - Substituição Tributária	321
23 - Taxa de Fiscalização Judiciária	337
24- Diversas Matérias	340

1 – ALÍQUOTA DE ICMS

Acórdão: 17.314/05/1ª – (Publicado no “MG” de 08/12/2005)

EMENTA

ALÍQUOTADO ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL - REMESSA A CONSUMIDOR FINAL. Acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessa de mercadorias para não contribuintes do imposto. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessa de mercadorias para não contribuintes do imposto. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 109/125.

O Fisco (fls. 137) intima a Autuada a apresentar provas de que os destinatários das mercadorias encontravam-se na situação de contribuintes do ICMS à época da emissão das notas fiscais objeto do lançamento.

A Impugnante rejeita a pretensão fiscal, taxando a intimação de hipótese para legitimar a presunção adotada pelo Fisco por ocasião da lavratura do Auto de Infração.

O Fisco se manifesta às fls. 141/149, pedindo a manutenção das exigências fiscais.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão de 04.08.2004, converte o julgamento em diligência, pedindo ao Fisco a juntada de provas que indiquem que os destinatários não eram, ao tempo das operações, contribuintes do imposto estadual, a qual é cumprida pelos autuantes (fls. 156/169). Devidamente cientificada, a Autuada nada manifestou.

DECISÃO

Cuida a presente ação fiscal em exigir ICMS e Multa de Revalidação, por recolhimento a menor do imposto em virtude de aplicação incorreta da alíquota interestadual em remessa de mercadorias para não contribuintes do imposto.

O trabalho, já em seu nascedouro, demonstra que os registros do “SINTEGRA” indicavam que os destinatários não são contribuintes do imposto

estadual em seus respectivos estados.

Ainda, assim, buscou o Fisco outros elementos, diligenciando junto ao Cadastro da Receita Federal (Anexo IV –fls. 12/23), fazendo juntar cópia do “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica”, com a descrição do código e da atividade econômica principal, dando conta de que os destinatários não são contribuintes do ICMS.

Inicialmente, a Impugnante pretende que seja reconhecida a decadência, com fulcro no parágrafo quarto, do artigo 150 do CTN.

Sem razão, no entanto, uma vez que a contagem, por se tratar de lançamento de ofício, deve se dar nos termos do inciso I, do artigo 173 do citado diploma legal.

Além do mais, inúmeras decisões do STJ noticiam o prazo de até dez anos, quando contados nos termos do referido parágrafo quarto do mencionado artigo 150.

Quanto ao mérito, a Impugnante não questiona a adoção de alíquota interna nas remessas de mercadorias a consumidores finais. Discorda do método utilizado pelo Fisco, com as consultas ao SINTEGRA e Códigos de Atividades Econômicas.

Sustenta que adoção do código de atividade se refere à principal desenvolvida pelo estabelecimento e que os dados do SINTEGRA não são admitidos pelo Fisco como prova. As duas afirmativas da peça impugnatória são verdadeiras, mas insuficientes para ilidir o feito fiscal.

Com efeito, não trouxe a Autuada nenhuma prova de que os destinatários, em qualquer tempo, tenham sido comerciantes sujeitos ao ICMS, ainda que expressamente intimado pelo Fisco.

A alegação de que podem ter alterado suas atividades não se coaduna com os elementos dos autos. É bem verdade que a consulta do Fisco se deu em momento posterior à emissão das notas fiscais, por ocasião da ação fiscal. Não menos verdade, no entanto, é que os dados obtidos pelo Fisco retratam os mesmos inseridos nos documentos fiscais, como a então “razão social”, adotada pelas empresas adquirentes. Certo é que em 12.03.2004, a consulta ao cadastro da Receita Federal (fls. 13) indicada que a Organização Educacional Saber S/C Ltda. continua com a mesma “razão social” e o mesmo CNPJ utilizados em 11.03.1999, por ocasião da emissão das notas fiscais (fls 44).

O mesmo acontece com Banco Itaú S/A e ITAUSA Empreendimentos S/A, que jamais foram comerciantes de cabos elétricos.

Os nomes comerciais dos destinatários já indicam a natureza de suas atividades. Se algum pormenor existisse, que permitisse a adoção da alíquota interestadual, o ônus da prova seria da Autuada, por se utilizar de tributação diferenciada (alíquota reduzida), que a rigor somente se defere aos contribuintes do ICMS.

Os destinatários, dentre outros, são assim identificados, conforme informações do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica:

Nome empresarial	Atividade principal
Organização Educacional Saber S/C Ltda.	Educação média de formação geral
Condomínio Edifício Higienópolis Classic Office	Condomínio de prédios residenciais
MG Dois – Engenharia Ltda.	Edificações
Consórcio SRL	Incorporações e compra e venda de imóveis
ITAUSA Empreendimentos S/A	Incorporações e compra e venda de imóveis
Maville Empreendimentos Imobiliários Ltda.	Incorporações e compra e venda de imóveis
Panamerica Park do Brasil Projetos Ltda.	Gestão de participações societárias
Brazil Realty Empreend. Participações	Incorporações e compra e venda de imóveis
Banco Itaú S/A	Bancos múltiplos
Serplan Desenvolv. Imob. Comercial Ltda.	Administração de imóveis
TDS Centro Comercial Ltda.	Outros serviços

Como se percebe, apenas a empresa MG Dois –Engenharia Ltda. teria a possibilidade de se encontrar inscrita, como contribuinte efetivo, no cadastro estadual do ICMS. Caberia à Autuada, no entanto, fazer tal prova.

As demais alegações da Impugnante não se prestam a ilidir o lançamento, especialmente as discussões envolvendo taxa selic e inconstitucionalidade de dispositivos legais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator) e Juliana Diniz Quirino, que o julgavam improcedente. Designando relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor) Participou do julgamento, além dos mencionados, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Consta do relatório do Auto de Infração que o fisco apurara a condição de não contribuinte dos destinatários através de “consulta, através do SINTEGRA, aos cadastros dos Estados destinatários (...)”. Consta ainda que também o fisco efetuara consulta ao cadastro da Receita Federal para a identificação do C.A.E.

Em princípio, a prova fiscal residiria nestas consulta.

Dados SINTEGRA, com todo o respeito, não se prestam a sustentar uma acusação deste porte. É entendimento corrente desta casa que os dados da consulta ao SINTEGRA não geram o resultado suficiente seja para acusar, seja para defender.

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE. O fato de constar na tela do "Sintegra" o contribuinte como "não habilitado" não autoriza o Fisco a considerar as notas fiscais por ele emitidas como inidôneas, nos termos do artigo 134 do RICMS/96 e, também, em face da ausência dos atos declaratórios de inidoneidade. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime. (Acórdão CC/MG, 16.434/04/1ª, em 10/02/04).

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA – Com base em informações repassadas pelo fisco paulista em consultas ao SINTEGRA, o Fisco mineiro imputara à Contribuinte a utilização de documentos fiscais inidôneos com a conseqüente entrada de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais. Entretanto, diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais. Recurso de Revista conhecido pelo voto de qualidade e não provido à unanimidade. (Acórdão CC/MG 2.700/02/CE, em 27/09/02).

"[...] A Impugnante alega que a empresa emitente dos documentos objeto do presente feito estava em situação regular, conforme consulta pública ao cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo (fl. 150).

Contudo, tal consulta não tem o condão de invalidar o ato declaratório de inidoneidade, regularmente publicado com base no Relatório DRTC-II/NF-4 da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo (fl. 12).

Note-se que na tela do Sintegra/ICMS consta a observação de que 'os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas'. [...]" (Decisão, Acórdão 16.357/05/2ª, em 08/06/05).

Porém, mesmo que as consultas SINTEGRA tivessem o efeito probante, sequer foram juntadas aos autos.

Resta, pois, analisar a segunda sustentação da qual se serve o fisco para a acusação constante do Auto de Infração: C.A.E. das destinatárias, através de consultas aos cadastros da Receita Federal. As telas das consultas encontram-se às fls. 13/23.

Com todo o respeito, tal dado também é insuficiente para provar a condição de não contribuinte, a duas razões: a primeira delas é que o C.A.E. apenas informa a atividade principal; e a segunda é que diversas pesquisas trazem dados das destinatárias posteriores às operações realizadas. Por exemplo, a situação cadastral informada pela tela do C.N.P.J. da empresa TDS Centro Comercial é de 03 de janeiro de 2004, quando a operação alcançada pela presente autuação é de 18-09-02. Da mesma forma quanto à Organização Educacional Saber, com a situação cadastral de 11-10-03, quando as operações se deram; O mesmo com relação ao Consórcio SRL-T Ipê Roxo, ITAUSA Empreendimentos S.A., Maville Empreendimentos Imobiliários Ltda., Brazil Realty S.A. e MG2 Engenharia.

	DESTINATÁRIO	C.N.P.J.			OPERAÇÕES	
		Fis	Situação cadastral	Abertura	Data	Nota Fiscal
1.	ITAUSA EMPREENDIMENTOS S.A.	17	02-08-03	29-09-79	29-01-01	43302
						43303
					23-01-01	43745
					24-01-01	43787
					25-01-01	43864
					26-01-01	43906
					29-01-01	43989
					30-01-01	44041
	44084					
2.	MAVILLE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA	19	25-10-03	31-01-80	11-01-01	43373
3.	BRAZIL REALTY S.A.	20	17-01-04	13-12-93	16-03-01	45810
4.	BANCO ITAÚ S.A.	21	05-08-01	28-06-73	20-07-01	50624
5.	ORGANIZAÇÃO EDUCACIONAL SABER	13	11-10-03	06-12-79	11-03-99	17251 17252
6.	TDS CENTRO COMERCIAL	23	03-01-04	19-03-98	18-09-02	63167

O interesse da informação, quanto a ser contribuinte do ICMS ou não, para se ter a sustentação da acusação com segurança necessária deveria ter se dado via consulta à Secretaria da Fazenda dos Estados destinatários. Jamais informações do Fisco Federal na síntese de uma tela do C.N.P.J. gerariam a informação de que necessitava o fisco mineiro para sustentar a sua acusação.

De se ressaltar que a Câmara anterior deu esta oportunidade ao Fisco para trazer a prova efetiva aos autos. O Fisco, entretanto, não logrou êxito nas respostas.

Sendo assim, não há prova nos autos suficiente e segura para manter o trabalho fiscal, pelo que deve ser o mesmo cancelado.

Por estas razões, voto pela improcedência do lançamento.

Conselheiro: Francisco Maurício Barbosa Simões

2 – BASE DE CÁLCULO

Acórdão: 17.218/05/1ª - (Publicado no “MG” de 17/03/2006)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO - FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Constatado que a Impugnante recolheu ICMS a menor, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS nas operações com mercadorias que não se destinaram a posterior comercialização ou industrialização pelos destinatários. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para excluir as exigências relativas aos documentos de fls. 61 e 84.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatadas vendas de mercadorias a pessoas físicas e jurídicas, não contribuintes do imposto, localizadas em outros Estados da Federação, utilizando, indevidamente, a alíquota interestadual. Infração caracterizada nos termos do artigo 43, inciso II, alíneas “a” e “a.2”, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO - ZONA FRANCA DE MANAUS. Perda do benefício da isenção por inobservância das disposições contidas no artigo 285, inciso II, parágrafo único, item 4, Anexo IX, e Anexo I, item 57, Alínea “b”, todos do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no exercício de 1998, pelas seguintes irregularidades:

falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas à comercialização/industrialização;

aplicação indevida de alíquota interestadual nas operações para não contribuinte do imposto;

remessas de mercadorias para os Estados de Amazonas e Rondônia, ao abrigo indevido da isenção.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 372 a 394, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 414 a 426.

A 2ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 04/08/04, deliberou

converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco que se manifesta às fls. 442 a 444 e apresenta os documentos de fls. 445 a 469. A Autuada se manifesta a respeito (fls. 473 a 474).

Em sessão realizada em 20/07/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 03/08/05.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator), pela procedência parcial do lançamento, para manter: 1) a exigência 1 quanto às Notas Fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165, 213; 2) a exigência 2 integralmente; a exigência 3 apenas quanto às Notas Fiscais do quadro de fls. 314/315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Ana Carolina Silva Barbosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

DECISÃO

1 - Falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas a comercialização/industrialização

Conforme estabelece o artigo 50, inciso I, letra “a” do RICMS/96, integram a base de cálculo do imposto, nas operações, todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, acréscimo ou outras despesas.

No caso dos autos, a Autuada deixou de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS, nas operações não destinadas à comercialização ou industrialização, no exercício de 1998, gerando uma diferença de ICMS a recolher.

Todavia, deve-se excluir do crédito tributário as exigências relativas às notas fiscais de fls. 61 e 84, efetivamente destinadas à comercialização pela destinatária.

2 - Aplicação indevida da alíquota interestadual nas operações destinadas a não contribuintes do ICMS

O feito fiscal refere-se à exigência da diferença de ICMS entre o imposto que o Fisco entende devido nas operações realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 309 a 312 dos autos, de emissão da Autuada, e o imposto por esta destacado.

A Autuada, por considerar os destinatários como contribuintes do ICMS nos Estados de destino, promoveu a venda das mercadorias descritas nas citadas notas fiscais destacando o ICMS com fundamento no artigo 43, inciso II, alíneas “b e c”, da Parte Geral, do RICMS/96, que determinam que as alíquotas serão: de 7%,

quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado no Estado do Espírito Santo ou nas regiões Norte, Nordeste ou Centro-Oeste e de 12%, quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões sul e sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo.

O Fisco, por entender que os destinatários não são contribuintes do imposto, advoga que a alíquota que deveria ter sido aplicada nas operações seria a alíquota interna (18%), conforme o mandamento do mesmo artigo 43, inciso II, porém, alínea “a”, subalínea “a.2”.

Vê-se, portanto, que o cerne da questão resume-se em se precisar a condição dos destinatários das mercadorias, se contribuintes ou não contribuintes do ICMS, uma vez que a localização dos mesmos nos Estados da Bahia, Rio de Janeiro e Paraná são pontos incontroversos na presente demanda.

Não há, pois, nenhuma dúvida acerca da alíquota que deveria ter sido aplicada nas operações interestaduais com destinatários dos referidos Estados face à caracterização dos destinatários como não contribuintes do ICMS.

A diferenciação de alíquotas, internas e interestaduais, tem como objetivo propiciar ao Estado destinatário o benefício do recolhimento a seu favor, o que só ocorrerá se houver uma operação subsequente. No caso em análise, os destinatários são consumidores finais das mercadorias adquiridas e, portanto, não seria atingido o aspecto finalístico da norma.

3 - Remessas de produtos ao abrigo indevido da isenção para os Estados do Amazonas e de Rondônia

Imputado o recolhimento a menor do ICMS devido, em razão de saídas de mercadorias ao abrigo indevido da isenção, tendo em vista o não atendimento às condições impostas pela legislação mineira.

As notas fiscais, datas de emissão, valores base de cálculo e ICMS devidos encontram-se relacionados conforme Anexo V (fls. 314/315). Notas fiscais anexadas às fls. 316/357 e Consulta Sintegra às fls. 358 a 366 dos autos.

O Estado de Minas Gerais, dada a previsão contida no artigo 176 do CTN e a competência disciplinada no artigo 8º, “caput”, da Lei nº 6763/75, e na condição de signatário do Convênio ICM 65/88, que concedeu isenção de ICMS nas remessas de produtos industrializados para Zona Franca dos Estados de Amazonas e Rondônia, fixou condicionantes ao gozo de tal benefício - artigo 6º, Parte Geral, c/c item 57, Anexo I, c/c artigos 285 a 298, Anexo IX, todos do RICMS/96.

O disposto no artigo 285, parágrafo único, item 4, dispõe o seguinte:

“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:

(...)”

4- somente é aplicável se o remetente abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa na respectiva nota fiscal.

Corretas as exigências fiscais (ICMS e MR), em face do disposto no artigo 8º, § 2º, da Lei nº 6763/75, “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”.

Notocante à alegação da Impugnante que questiona a constitucionalidade e legalidade da aplicação da taxa SELIC, a mesma têm amparo na legislação mineira e tal alegação não encontra aqui o foro adequado para sua discussão.

Quanto à alegação da Impugnante de que o “lapso temporal”, entre a realização dos trabalhos fiscais e a lavratura do Auto de Infração, a faz presumir que o próprio Fisco teve dúvidas quanto à emissão da peça fiscal, parece suscitar a discussão acerca da ocorrência da decadência do crédito tributário em epígrafe.

A ação fiscal não violou os preceitos contidos nos artigos 51 e seguintes e o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos ditames dos artigos 58 e seguintes, todos da CLTA/MG.

Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05(cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

No presente caso, o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2003 e seu recebimento pela Impugnante ocorreu em 29/12/2003, sendo que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para o exercício de 1998 foi 01/01/1999 e o marco final 31/12/2003.

Desta forma, a pretendida decadência para o exercício de 1998 não se afigura nos autos, devendo as exigências fiscais serem mantidas integralmente.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 03/08/05, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para, em relação ao item 1 do Auto de Infração excluir as exigências relativas aos documentos de fls. 61 e 84. Vencidos, em parte, os Conselheiros Francisco Mauricio Barbosa Simões (Relator) e Juliana Diniz Quirino, que o julgavam parcialmente procedente, para manter: 1) a exigência 1 quanto às Notas Fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165, 213; 2) a exigência 2 integralmente; 3) a exigência 3 apenas quanto às Notas Fiscais de quadro de fls. 314/315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”. Designado Relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor).

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Este voto diverge do voto vencedor quanto: à primeira exigência, pela razão se somente aquele manter o crédito tributário inerente às notas fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165 e 213; à terceira exigência, pela razão de somente manter o crédito tributário perseguido pelo Auto de Infração inerentes às notas fiscais do quadro de fls. 314/315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”.

Exigência 1 do Auto de Infração

A razão da grande exclusão quanto à primeira exigência faz-se pelo fato de o Fiscal Atuante ter se embasado, para acusar, em dados SINTEGRA e no CAE das destinatárias.

Dados SINTEGRA, com todo o respeito, não se prestam a sustentar uma acusação deste porte. É entendimento corrente desta casa que os dados da consulta ao SINTEGRA não geram o resultado suficiente seja para acusar, seja para defender.

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE. O fato de constar na tela do “Sintegra” o contribuinte como “não habilitado” não autoriza o Fisco a considerar as notas fiscais por ele emitidas como inidôneas, nos termos do artigo 134 do RICMS/96 e, também, em face da ausência dos atos declaratórios de inidoneidade. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime. (Acórdão CC/MG, 16.434/04/1ª, em 10/02/04).

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA – Com base em informações repassadas pelo fisco paulista em consultas ao SINTEGRA, o Fisco mineiro imputara à Contribuinte a utilização de documentos fiscais inidôneos com a conseqüente entrada de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Entretanto, diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais. Recurso de Revista conhecido pelo voto de qualidade e não provido à unanimidade. (Acórdão CC/MG 2.700/02/CE, em 27/09/02).

“[...] A Impugnante alega que a empresa emitente dos documentos objeto do presente feito estava em situação regular, conforme consulta pública ao cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo (fl. 150).

Contudo, tal consulta não tem o condão de invalidar o ato declaratório de inidoneidade, regularmente publicado com base no Relatório DRTC-II/NF-4 da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda de São Paulo (fl. 12).

Note-se que na tela do Sintegra/ICMS consta a observação de que ‘os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de

direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas'. [...].” (Decisão, Acórdão 16.357/05/2ª, em 08/06/05).

Resta, pois, analisar a segunda sustentação da qual se serve o fisco para a acusação constante do Auto de Infração: C.A.E. das destinatárias, através de consultas aos cadastros da Receita Federal. Com todo o respeito, tal dado também é insuficiente para provar a condição de não contribuinte, pois o C.A.E. apenas informa a atividade principal.

O interesse da informação, quanto a ser contribuinte do ICMS ou não, para se ter a sustentação da acusação com segurança necessária deveria ter se dado via consulta à Secretaria da Fazenda dos Estados destinatários. Jamais informações do Fisco Federal na síntese de uma tela do C.N.P.J. gerariam a informação de que necessitava o fisco mineiro para sustentar a sua acusação.

Porém, está escrito no campo “Dados adicionais” das notas fiscais de fls. 35, 36, 74, 118, 129, 164, 165 e 213 que as mercadorias delas constantes Destinam-se a obra ou canteiro de obras. Esta destinação expressa no documento fiscal ratifica que não tratava de operações destinadas à comercialização ou à industrialização. Sendo assim, correta a exigência fiscal.

Exigência 3 do Auto de Infração

Quanto à exigência nº 3 do Auto de Infração, conforme constou do voto vencido, apenas devem ser mantidas as exigências quanto às notas fiscais constantes do quadro de fls. 314 e 315, que constem as infringências “sem destaque” e “município não contemplado”.

Neste caso apenas uma ressalva, pois constou como sendo as infringências “sem destaque”. No entanto, não consta do citado quadro tais infringências. São elas, por um equívoco citadas “sem destaque”, porém referem-se às “sem desconto”.

A razão da exclusão das demais também se dá pelo de o Fisco ter se embasado, quanto a estas, em dados SINTEGRA, sendo desnecessário repetir a fundamentação já apresentada quanto da apreciação acima, da exigência 1 deste mesmo Auto de Infração.

Estas são, pois, as razões das divergências deste voto com o voto vencedor.

Conselheiro: Francisco Maurício Barbosa Simões

Acórdão: 17.047/05/1ª - (Publicado no “MG” de 16/06/05)

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - JUROS RECEBIDOS DE CLIENTES NÃO INCLUÍDOS NA BASE DE CÁLCULO. A imputação de recolhimento a menor do ICMS, em decorrência da não inclusão dos juros recebidos de clientes, na base de cálculo do imposto, não restou devidamente caracterizada. Diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, em decorrência da não inclusão na base de cálculo do imposto, de juros recebidos de Clientes, no período de 01/01/1998 a 31/12/1998. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 43 a 61 e 71 a 79.

O Fisco após reformulação do crédito tributário (fls. 145 a 147), se manifesta a respeito das Impugnações apresentadas (fls.157 a 162).

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização não especificou a correta capitulação da suposta infração, comprometendo o trabalho fiscal que não pode prosperar, diante do nítido cerceamento do direito de defesa que lhe foi imputado.

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator.

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos da penalidade está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no artigo 142 do CTN e nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, foram observados, não tendo procedência a arguição de nulidade do mesmo.

Do MÉRITO

A presente acusação fiscal diz respeito à não inclusão dos juros recebidos dos clientes na base de cálculo do ICMS, lançados em conta contábil própria, conforme documentos de fls. 18/36.

O Fisco intimou o sujeito passivo a apresentar os desdobramentos dos

lançamentos, quando então deveria informar a data, o número da nota fiscal, o cliente, a UF de destino, a alíquota adotada e o valor dos juros recebidos.

Em face do não atendimento à intimação, lavrou-se o AI em questão, adotando-se a alíquota padrão de 18% (dezoito por cento).

Preliminarmente, a defesa alega a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de sua inexatidão. Sem razão no entanto, uma vez que a ocorrência narrada no AI reflete os fatos mencionados pelo Fisco, bem como os valores demonstrados em planilha juntada aos autos.

Decadência também não se enxerga no presente lançamento, uma vez que ao lançamento de ofício aplica-se a regra disposta no art. 173, I, do CTN, nos termos de reiteradas decisões deste Órgão Julgador Administrativo, sustentadas em inúmeras outras decisões judiciais.

Também não se vê a decadência em relação aos juros recebidos em 1998, porém relativos às vendas realizadas em exercícios anteriores, uma vez que, pela ótica do Fisco, quanto ao incidir o ICMS sobre tais valores, a contagem evidentemente se inicia em relação à data de recebimentos de tais parcelas, não se atrelando àquela de emissão do documento fiscal acobertador da mercadoria vendida.

Discussões envolvendo ilegalidade e inconstitucionalidade de normas não se encontram dentro da competência desta Casa, a teor do art. 88, I, da CLTA/MG.

A mesma regra se aplica à discussão envolvendo a abusividade da multa, que também não encontra amparo neste Órgão Julgador.

Quanto ao mérito propriamente dito, a Autuada demonstrou alguns recebimentos a título de juros referentes a contratos de mútuo. Quanto a estes, o Fisco retificou o trabalho, excluindo as exigências decorrentes de tais parcelas, nos termos do documento de fls. 146. Na ocasião, o Fisco adotou para o crédito tributário remanescente, a alíquota média apurada nos respectivos períodos do lançamento fiscal.

Outra das argumentações da defesa diz respeito ao lançamento da unidade da Autuada sediada em Guarulhos/SP. Não obstante os documentos juntados, corretamente o Fisco se recusou a reconhecer os lançamentos, por não ver nos documentos a necessária correspondência com os fatos contábeis escriturados.

Outro ponto abordado pelo Fisco se refere aos lançamentos ditos meramente financeiros, onde a Impugnante destaca as observações inseridas de "ND" e "CHEQUE". Quanto a estes, demonstra o Agente a falta de correspondência entre os elementos escriturados e os documentos e relatórios apresentados, estando correta a decisão do Fisco em não excluí-los das exigências fiscais.

Entretanto, resta analisar o mérito central da questão, envolvendo o saldo remanescente do presente PTA, ou seja, se o recebimento de juros deve ser levado à tributação do ICMS.

Junto à sua defesa, a Impugnante carrega aos autos a planilha antes requerida pelo Fisco. Pelos lançamentos, percebe-se, com clareza, que os

recebimentos dizem respeito ao pagamento efetuado pelo cliente adquirente, por ocasião do vencimento da obrigação (boleta bancária). Pelos valores – R\$ 0,14, por exemplo, para a NF 17.123 – é possível afirmar que os juros não estavam convencionados no momento da realização da operação comercial, ou seja, não influíram no valor da mercadoria. Ao contrário, estavam condicionados a um evento futuro, qual seja, o não cumprimento da obrigação na data aprazada. No exemplo citado, o atraso foi de 01 (um) dia.

Não obstante as manifestações da então SLT, apresentadas por ocasião da Manifestação Fiscal, deve ser observado para o evento em discussão a mesma regra para formação da base de cálculo.

Com efeito, dispõe o art. 13 da LC 87/96 e seus equivalentes na legislação mineira, que integra a base de cálculo o valor correspondente aos descontos concedidos sob condição. Neste caso, somente os descontos concedidos no momento da operação, deduzidos do valor da mercadoria, diretamente no documento fiscal, não são alcançados pela tributação do imposto.

Ao contrário, os descontos concedidos, por exemplo, a título de antecipação do pagamento, que por dependerem de evento futuro, não ensejam a desoneração tributária.

Interpretando tal qual mencionado, quando os juros cobrados forem negociados no ato da realização da venda, são considerados encargos financeiros e devem compor a base de cálculo. De outro modo, estando a depender de evento incerto, que somente virá pela inadimplência do cliente, são receitas financeiras, que longe de se constituir em plus que se acrescenta, é um minus evita. E ainda, assim, sujeitam-se tais receitas à tributação pelo IRPJ, agregando-se diretamente ao lucro advindo da conta mercadoria.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Aureliano Borges de Resende (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 17.032/05/3^a - (Publicado no "MG" de 25/08/2005)

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - Constatou-se, através de documentos extrafiscais, que a Autuada deixou de recolher ICMS em diversas operações de saídas de mercadorias de seu estabelecimento. Excluídas pelo Fisco as

exigências referentes a nota fiscal complementar. No entanto, exclui-se, ainda, do crédito tributário reformulado, a importância relativa ao adiantamento/sinal, concernente ao “Pedido de Venda de n.º 302”, bem como altera-se os valores das operações (nas quais se utilizou como parâmetro o valor de produtos semelhantes), adotando-se como valor das mesmas a importância consignada em seu respectivo “Pedido de Venda”. Exigências parcialmente mantidas.

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO - Constatou-se através de documentos extrafiscais, apreendidos no estabelecimento da Autuada, o não oferecimento à tributação de parcela da receita auferida quando da venda de diversas mercadorias. Entretanto, exclui-se, mensalmente da base de cálculo do ICMS, os valores constantes dos “Pedidos de Venda” (que alicerçaram a irregularidade 1 do AI), com fulcro no art. 112, inciso II do CTN. Exigências parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias do estabelecimento da Autuada, localizado em Betim/MG, indevidamente acobertadas por notas fiscais emitidas no período de janeiro a dezembro/2.000 e janeiro/2.001, por estabelecimento de mesma titularidade, localizado em Guarulhos/SP. Irregularidade apurada através de documentos extrafiscais (Pedidos de Venda, Duplicatas, Declarações de Clientes, dentre outros).

2 – Não oferecimento à tributação, nos exercícios de 1.999, 2.000, 2.001 e 2.002, de parcela da receita auferida, quando da vendas de diversas mercadorias. Irregularidade apurada mediante documentos extrafiscais (Relatórios Gerenciais), apreendidos no estabelecimento da Autuada.

Lavrado em 26/05/03 - AI exigindo ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.549 a 1.559.

O Fisco se manifesta às fls. 1.984 a 2.000, acolhe, em parte, as razões de defesa, altera o crédito tributário (doc. de fls. 1.972 a 1.983), refuta as demais alegações trazidas pela Impugnante, bem como anexa aos autos os documentos de fls. 1.579 a 1.940.

Concedida vistas dos autos ao Sujeito Passivo (documentos de fls. 2.001 a 2.003), este não se manifesta.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 2.005, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 2.007 e 2.008 e juntada das planilhas de fls. 2.009 a 2.013.

Novamente concedida vista dos autos à Impugnante, esta se manifesta às fls. 2.018 a 2.020.

O Fisco também comparece aos autos, manifestando-se às fls. 2.023.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.024 a 2039, opina pela procedência parcial do Lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco e, ainda, pela exclusão do valor de R\$7.000,00 relativos à adiantamento, Pedido de Venda nº 302.

DECISÃO

Irregularidade 1 do Auto de Infração

Mediante confronto dos documentos fiscais emitidos pela Autuada e documentos extrafiscais, legalmente apreendidos em seu estabelecimento, através do “Auto de Busca, Apreensão e Depósito” (doc. de fls. 1.351 e 1.352), constatou-se a falta de recolhimento do ICMS devido nas operações de vendas de mercadorias correspondentes aos “Pedidos de Venda” relacionados nas planilha de fls. 14 a 17 dos autos.

Cumprido ressaltar que para acobertar as operações de saídas supra citadas foram emitidas notas fiscais emitidas por estabelecimento de mesma titularidade localizado em Guarulhos/SP.

Os valores das operações foram arbitradas pelo Fisco, mediante os seguintes parâmetros:

1 – O próprio valor consignado no “Pedido de Venda”. Ex.: Mercadorias relativas aos “Pedidos de Venda” n.º 504 a 513 - planilha de fls. 14;

2 – O valor constante de “Pedido de Venda” de mercadoria semelhante (ou seja, com o mesmo código de produto). Ex.: Mercadorias referentes aos “Pedidos de Venda” n.º 596, 450, 635, dentre outras elencadas na planilha de fls. 14/17;

3 – O valor do produto constante de seu próprio “Pedido de Venda”, acrescido do sinal/adiantamento. Ex.: Mercadoria relativa ao “Pedido de Venda” n.º 302 - planilha de fls. 14.

Em sua peça defensiva sustenta a Impugnante que não há como negar a validade dos documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento de Guarulhos/SP, visto que estes não contêm nenhum vício legal ou formal que possam desqualificá-los, tendo sido destacado em todos eles o valor do ICMS devido, o qual fora levado a débito junto ao Fisco paulista. Entende estar ocorrendo tributação em duplicidade, posto que já fora recolhido 12% de ICMS para o Estado de São Paulo.

No entanto, conforme deixou claro o Fisco em sua manifestação, não há nos autos questionamento quanto a idoneidade dos documentos emitidos pelo estabelecimento paulista, porém restou comprovado através de documentos extrafiscais que as mercadorias constantes dos Pedidos relacionados na planilha de fls. 14/17, efetivamente saíram do estabelecimento ora autuado, localizado em Betim/MG, sendo devido, portanto, o ICMS ao Estado de Minas Gerais.

Oportuno salientar algumas provas trazidas pelo Fisco, as quais não deixam dúvidas acerca do local de saída das mercadorias:

1 – Declarações de clientes da Autuada (fls. 1.681, 1.682, 1.708, 1.715,

1.718, 1.714 e 1.733), confirmam que as mercadorias saíram do estabelecimento da Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda., localizado em Betim/MG.

2 – Solicitação de envio de jogo de nota fiscal da empresa filial de Bonsucesso (Guarulhos/SP), para o estabelecimento da Autuada (em Betim/MG), para faturamento do pedido “OP 000421 (doc. de fls. 32).

3 – “Pedidos de Venda” consignando em seu cabeçalho, à esquerda, a expressão Rossetti/Betim, bem como informando que a retirada da mercadoria seria em Betim.

4 – Correspondência remetida pelo Gerente Geral Sr. Álvaro Antunes R. Filho ao Dr. Jésus (fls. 1.866), descreve de forma minuciosa os procedimentos adotados pela Autuada, que promovia saídas de mercadorias de seu estabelecimento em Betim/MG, porém acobertava as operações com notas fiscais do estabelecimento paulista e, ainda, em diversos casos faturava os produtos por valores inferiores aos reais.

Argumenta a Impugnante que muitos pedidos contêm em seu cabeçalho a sigla Rossetti/Água Chata, tendo sido emitidos pela empresa de SP e por lá faturados, sendo que o único fato que ocorreu em MG foi a apreensão de documentos, o qual não pode dar causa à desconsideração da operação efetuada em outra unidade da Federação. Alerta que a inclusão do pedido no sistema geral da empresa não implica que: fabricação, faturamento e entrega teriam se dado pelo estabelecimento que efetuou o pedido.

Entretanto, do exame da documentação extrafiscal acostada aos autos percebe-se não assistir razão à Impugnante, visto que a quase totalidade dos “Pedidos de Venda” contêm em seu cabeçalho, à esquerda, a expressão Rossetti/Betim. Para os demais pedidos (que consignavam em seu cabeçalho a sigla Rossetti/Água Chata), o Fisco cuidou de juntar aos autos outros documentos que comprovam que a venda fora realizada pelo estabelecimento de Betim. Ex.: “Pedido de Venda” n.º 004 (fls. 89) e documento de fls. 95; “Pedido de Venda” n.º 005 (fls. 136) e documento de fls. 143.

Importante frisar que o Fisco às fls. 1.990 a 1.993 aponta com detalhes as provas que sustentam a manutenção das exigências fiscais nos casos em que os pedidos se deram em nome da Rossetti/Água Chata.

Questiona a Impugnante o arbitramento dos valores das operações adotado pelo Fisco, frisando que para cada produto fabricado e vendido existem diferenças de “opcionais” e “detalhes de fabricação”. Cita exemplos dos produtos referentes aos “Pedidos de Venda n.º 60 e 64”. Acrescenta que nos autos existem documentos bastantes para possibilitar a exata determinação do valor de cada produto.

Contrariamente às razões trazidas pelo Fisco, percebe-se dos documentos acostados aos autos, que efetivamente os produtos fabricados pela Autuada atendiam a pedidos específicos de seus clientes. Assim sendo, não procede o arbitramento efetuado pelo Fisco em algumas operações, nas quais tomou-se como parâmetro valores de produtos semelhantes), posto que todos os produtos objeto da autuação eram individualizados e continham seus respectivos “Pedidos

de Venda”, com seus próprios valores. Incabível, portanto, o arbitramento nestes casos. Ademais, para vendas realizadas em janeiro/2.000, por exemplo, foram tomados valores de vendas ocorridas em agosto/2.000.

Vale citar exemplos que demonstram a incorreção do arbitramento nestes casos:

1 – “Semi Reboque Basculante....sem instalação hidráulica” , relativo ao “Pedido de Venda n.º 292”, emitido em janeiro de 2.000 (doc. de fls. 19/21), código do produto: 15.625.002, no valor de R\$14.671,30. Valor do produto arbitrado pelo Fisco: R\$ 38.500,00 (conforme se extrai dos esclarecimentos de fls. 2.007 o parâmetro adotado para este arbitramento fora obtido através do “Pedido de Venda n.º 60” (fls.751 a 763), emitido em de agosto/2.000, referente a venda de “Semi Reboque Basculantecom instalação hidráulica”, cujo código era: 15.625.000.

2 – Da mesma forma o arbitramento relativo ao produto constante do “Pedido de Venda n.º 100” (fls. 26/28), tomando-se por parâmetro a operação concernente ao “Pedido de Venda n.º 60”.

Não é por demais frisar que na “Declaração” (fls. 1.682) a empresa Calcinação Imperial Ltda., cliente da Autuada, afirma que retirou a mercadoria em Betim/MG. No entanto, esclarece, atendendo solicitação do Fisco, que o valor real da operação concernente à NF n.º 1.978 (fls. 1.305), emitida pelo estabelecimento de Guarulhos foi de R\$ 19.500,00. Também, neste caso o Fisco arbitrou o valor da operação tomando como valor a importância de R\$25.560,00 (conforme se extrai da planilha de fls. 17 – “Pedido de Venda n.º 139”).

Pelas considerações expostas devem ser alterados os valores das operações (nas quais se utilizou como parâmetro o valor de produtos semelhantes), adotando-se como valor do produto a importância consignado em seu respectivo “Pedido de Venda”. Exemplos: 1) operação concernente ao “Pedido de Venda n.º 100”, valor R\$ 15.000,00 (fls. 26); 2) operação do “Pedido de Venda n.º 292”, valor R\$14.671,30 (fls. 19).

Outrossim, em relação à operação relativa ao “Pedido de Venda n.º 302”, deve ser excluída a parcela relativa ao sinal, na importância de R\$7.000,00 (planilha de fls. 14), visto que nos autos não há comprovação da inclusão deste valor no preço da mercadoria.

Salienta-se que o Fisco reformulou o crédito tributário (fls. 1.972 a 1.983), acolhendo, em parte, os argumentos trazidos pela Impugnante, no tocante ao “Pedido de Venda n.º 116”.

Pleiteia a Impugnante, na remota hipótese de serem mantidas as exigências fiscais, a concessão dos créditos das operações de transferências.

Entretanto, não há se falar em concessão de créditos, uma vez que se os produtos vendidos são de produção da própria Autuada, o creditamento do imposto já teria ocorrido quando das aquisições de mercadorias destinadas à fabricação dos mesmos.

Irregularidade 2 do Auto de Infração

Através do confronto dos documentos extrafiscais - Relatórios

Gerenciais, regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada e das DAPIs emitidas no período de janeiro/99 a abril/02, constatou o Fisco que o Contribuinte deixou de levar à tributação parcela da receita auferida quando das vendas de mercadorias.

Cópias de mencionados Relatórios encontram-se acostadas às fls. 161 a 328, 1.336 a 1.348 e 1.356 a 1.379 dos autos, neles estão expressamente descritos o montante das vendas efetuadas pelo estabelecimento ora autuado.

O Fisco ao apurar a diferença a tributar, considerou os valores consignados nas DAPIS, conforme pode ser observado pelo exame da planilha de fls. 08.

Quanto a esta infração alega a Impugnante que a quantia apurada pelo Fisco supera o valor patrimonial da empresa. Afirmando, ainda, que os relatórios utilizados representam apenas informações comerciais e previsões de equipe de vendas.

As alegações da Impugnante não podem prosperar, uma vez que a correspondência de fls. 1.866 do Gerente da Autuada à Advocacia Tributária da empresa (Dr. Jésus), não deixa dúvidas quanto a ausência de tributação de parcela da receita auferida proveniente de vendas de mercadorias.

Ademais, os Relatórios acostados aos autos (dentre eles o de fls. 1.335 a 1.348), não corroboram a tese de defesa, uma vez que neles estão inseridos dados acerca da data da venda, n.º do pedido, cliente, sinal, valor, produto e vendedor.

Tratando-se de Relatórios de Vendas, não há como acatar o pleito da Impugnante no sentido de se abater o valor do custo dos produtos.

Outrossim, são totalmente irrelevantes os argumentos da Impugnante de que não haveria possibilidade de vender seus produtos sem nota fiscal, face a necessidade de registro dos mesmos no DETRAN, posto que a acusação fiscal não é de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal. Ademais, as próprias DAPIs da empresa e os documentos estra-fiscais, legalmente apreendidos no estabelecimento autuado, confirmam a emissão de documentos fiscais, porém com valores inferiores aos reais.

Por derradeiro, vale acrescentar que os citados Relatórios apontam mensalmente os valores das vendas efetuadas pelo estabelecimento de Betim, que provavelmente englobam as importâncias relativas às vendas dos produtos referentes à irregularidade 1 do Auto de Infração, realizadas no período de janeiro/2.000 a janeiro/2.001.

Assim sendo, com fulcro no art. 112, inciso II do CTN, exclui-se, mensalmente, da base de cálculo do ICMS, os valores constantes dos “Pedidos de Venda” (que alicerçaram a irregularidade 1 do AI).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para que se promovam as seguintes adequações no crédito tributário reformulado pelo Fisco (fls. 1.972 a 1.983): 1 – Quanto à irregularidade do item 1 do Auto de Infração; 1.1 - exclusão da importância de R\$ 7.000,00, do valor da operação relativa ao Pedido de Venda de n.º 302; 1.2 - alteração dos valores das operações (nas quais se utilizou

como parâmetro o valor de produtos semelhantes), adotando-se como valor das mesmas a importância consignada em seu respectivo "Pedido de Venda". 2 – No tocante a irregularidade do item 2 do Auto de Infração: exclusão, mensalmente, na base de cálculo do ICMS, dos valores constantes dos "Pedidos de Venda" (que alicerçaram a irregularidade 1 do AI), com fulcro no art. 112, inciso II do CTN. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Jésus Natalício de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

3 – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO

Acórdão: 16.659/05/2^a - (Publicado no "MG" de 17/03/2006)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. O exame pericial não se faz necessário, uma vez que os elementos existentes nos autos são suficientes para análise e julgamento da matéria. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - NOTA FISCAL QUE NÃO CORRESPONDE AO RECEBIMENTO DA MERCADORIA. A imputação de aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude de o imposto estar destacado em notas fiscais que não correspondem ao recebimento das mercadorias nelas discriminadas não restou devidamente caracterizada nos autos. Diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. Constatada a falta de registro na repartição fazendária dos livros Registro de Inventário nºs 01 e 02 referentes aos exercícios de 2001 e 2002. Infração caracterizada. Exigência reconhecida e recolhida pela Autuada através do DAE de fl. 262.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) o recolhimento a menor do imposto no período compreendido entre janeiro a abril e entre junho e agosto de 2001, apurado através de recomposição da conta gráfica, devido ao aproveitamento indevido de crédito de ICMS nos meses de janeiro, março e abril de 2001, em virtude de o imposto estar destacado em notas fiscais que não correspondem ao recebimento das mercadorias nelas discriminadas; e

2) a falta de registro na repartição fazendária dos livros Registro de Inventário referentes aos exercícios de 2001 e de 2002.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas previstas no inciso II do artigo 54 e no inciso IV do artigo 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 218 a 248, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2.526 a 2.541.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl. 2543), o mesmo foi agravado às fls. 2595 a 2605.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 2609, que resulta na manifestação de fls. 2610 a 2614.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2615 a 2626, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

1: Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

A Autuada solicita às fls. 322 a realização de perícia, apresentando os seguintes quesitos:

1)É possível averiguar-se pelos documentos anexos se as mercadorias mencionadas nas notas fiscais nºs 001, 002 e 003, emitidas por Ling Fort Importação Ltda., são as mesmas mercadorias mencionadas nas notas fiscais de saída emitidas pela empresa Hudson Imports Ltda.?

2)Se positiva a resposta, pode-se afirmar, explicando detalhadamente, que as mercadorias mencionadas nas notas fiscais nºs 001, 002 e 003, emitidas por Ling Fort Importação Ltda., são as mesmas mercadorias mencionadas nas notas fiscais de saída emitidas pela empresa Hudson Imports Ltda.?

3)Pode-se afirmar que as mercadorias constantes do Registro de Inventário 2001/2002 são as mesmas mercadorias descritas nas notas fiscais nºs 001, 002 e 003, e das mercadorias mencionadas nas notas fiscais de saída da empresa Impugnante?

Observa-se, no entanto, que a questão fundamental que caracteriza a infração apontada não está em se averiguar se as mercadorias mencionadas nas Notas Fiscais nºs 001, 002 e 003 são as mesmas mercadorias mencionadas nas notas fiscais de saída emitidas pela Autuada, nem tampouco se constam de seu livro Registro de Inventário 2001/2002.

O que importa na presente autuação, com efeito, é detectar que citadas notas fiscais correspondem ou não ao recebimento das mercadorias nelas discriminadas.

O fato de que tais mercadorias sejam, em tese, as mesmas constantes das notas fiscais de saída ou do livro Registro de Inventário da Autuada em nada altera a acusação fiscal, pois a efetiva entrada física de tais mercadorias pode ter ocorrido a qualquer tempo, em momento anterior ou posterior à emissão das notas fiscais objeto da autuação, sem que isso signifique que as notas fiscais em debate tenham servido para o acobertamento do transporte das mercadorias nelas discriminadas e o conseqüente recebimento, sendo assim dispensável a verificação solicitada para caracterizar a infringência de que se acusa a Autuada.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no inciso I do art. 116 da CLTA/MG.

O novo pedido de prova pericial de fls. 2.547/2.548 não foi apreciado pois, além de ser defesa a apresentação intempestiva de quesitos, conforme disposto no inciso III do art. 98 da CLTA/MG, o mérito do pedido de perícia anterior já havia sido apreciado, nos termos do despacho de fls. 2.543, inexistindo previsão legal para a apresentação sucessiva de quesitos.

2: Quanto à nulidade do lançamento por ausência do procedimento legal obrigatório previsto no art. 55-A da CLTA/MG

A Autuada alega que o AI é nulo por não ter sido observado pelo Fisco o art. 55-A da CLTA/MG na desconsideração dos negócios jurídicos celebrados entre a Autuada e a emitente das notas fiscais objeto do estorno.

Ocorre, contudo, que conforme afirmado pelo próprio Fisco, o trabalho fiscal não foi fundamentado na desconsideração dos negócios jurídicos celebrados entre a Autuada e a emitente das notas fiscais, mas, sim, em estorno de crédito do imposto indevidamente aproveitado, conforme detalhado no Relatório Fiscal e tendo o respaldo legal citado no AI.

Logo, também superada de plano a preliminar argüida de nulidade do lançamento, uma vez que não houve desconsideração dos negócios jurídicos por parte do Fisco.

Do Mérito

Decorrem as exigências fiscais formalizadas da constatação da prática das seguintes irregularidades:

1) recolhimento a menor do imposto no período compreendido entre janeiro a abril e entre junho e agosto de 2001, apurado através de recomposição da conta gráfica, devido ao aproveitamento indevido de crédito de ICMS nos meses de janeiro, março e abril de 2001, em virtude de o imposto estar destacado em notas fiscais que não correspondem ao recebimento das mercadorias nelas discriminadas; e

2) falta de registro dos livros Registro de Inventário referentes aos exercícios de 2001 e de 2002.

Compõem o AI o relatório fiscal de fls. 6/7, contendo o demonstrativo do crédito tributário; a verificação fiscal analítica do exercício de 2001 de fls. 11 e o Anexo I de fls. 12, contendo a relação das notas fiscais correspondentes a operações fictícias.

Fazem ainda parte dos autos as notas fiscais (originais) e respectivos romaneios de fls. 50/49, bem como as cópias dos livros Registro de Inventário, caixa, Registro de Apuração do ICMS, diário e razão de fls. 55/206.

1. Quanto ao estorno de crédito em virtude de o imposto estar destacado em notas fiscais que não correspondem ao recebimento das mercadorias nelas discriminadas

Trata-se do aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados nas Notas Fiscais nºs 001, 002 e 003 (fls. 24, 42 e 50), emitidas pela empresa Ling Fort Importação Ltda., estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, infringência pela qual se exige o ICMS, MR e MI prevista no inciso IV do artigo 55 da Lei nº 6.763/75.

Em sua peça impugnatória, a Autuada relaciona justificativas para a seqüência de irregularidades apontadas pelo Fisco, contestando, efetivamente os fatos apontados.

Alega que os erros encontrados pelo Fisco para desconsiderar as operações relativas às Notas Fiscais nºs 01, 02 e 03, por si só, não justificam o procedimento fiscal, por terem sido justificados e verificado tratar-se de um número ou uma letra.

Esclarece que os erros encontrados são formais, pequenos e demonstram que a placa, o CNPJ, eram os mesmos, com as devidas correções, verificados em outras operações com a Autuada.

Além do mais, comprovado ficou, do negócio celebrado com as devidas cópias dos recibos de pagamento, com os documentos financeiros acostados.

Quanto à recomposição da conta gráfica, legítima é a pretensão da Autuada, haja vista o próprio reconhecimento por parte do Fisco do “erro de lançamento” e que ensejaria o lançamento correto dos valores constantes do documento lançado com valor equivocado.

As compras, objeto do trabalho fiscal foram pagas gradativamente mas, seus valores conferem no total, conquanto feitos de forma fragmentada. Consta também no inventário a mercadoria da qual se fala.

O Livro Caixa denuncia pagamentos à pessoa do sócio da transportadora, tais como fretes contratados e realizados.

Quanto ao erro que gerou recolhimento a maior, o mesmo se deu em razão da análise pelo Fisco, somente dos livros que traziam erros de registro de uma venda. Se o trabalho tivesse sido elaborado através de conferência dos documentos, os valores corretos constariam da conta gráfica elaborada pelo Fisco.

A Impugnante, por conseguinte, faz prova de que as notas fiscais tenham acobertado as mercadorias em seu transporte; de que a transportadora tenha sido contratada e paga pela prestação do serviço de transporte das mercadorias; de que os documentos fiscais relativos à prestação do serviço de transporte das

mercadorias tenham sido exigidos e registrados em seus livros fiscais e contábeis; de que o peso e o volume indicados na Nota Fiscal nº 001 não sejam corretos, dada a quantidade de mercadorias relacionadas em seu romaneio e de que as notas fiscais tenham sido pagas.

Desta forma, o conjunto das razões expostas pela Impugnante, evidencia, sobremaneira, que as notas fiscais objeto do estorno serviram, de fato, para o acobertamento do transporte das mercadorias nelas discriminadas, e, conseqüentemente, correspondem ao recebimento das mesmas mercadorias.

Assim, não restando devidamente caracterizada a infração, reputa-se ilegítima a glosa de créditos que resultou na cobrança de ICMS e MR e MI.

2. Quanto à falta de registro dos livros Registro de Inventário referentes aos exercícios de 2001 e de 2002

Trata-se da exigência da penalidade prevista no inciso II do artigo 54 da Lei nº 6.763/75, por haver sido constatada a falta de registro na repartição fazendária dos livros Registro de Inventário nºs 01 e 02 referentes aos exercícios de 2001 e 2002.

Uma vez que a Autuada efetuou o recolhimento da exigência conforme DAE de fls. 262, fica extinto o crédito tributário no tocante a este item da autuação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido. Também em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para prevalecer a exigência fiscal contida no item 2 do Auto de Infração, devendo nesse caso ser considerado o pagamento representado pelo documento de fls. 262 dos autos. Vencidos, em parte, os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Relator) e Cláudia Campos Lopes Lara, que o julgavam procedente e que também admitiam o pagamento de fls. 262. Designado Relator o Conselheiro Windson Luiz da Silva (Revisor). Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Júlio César Baêta Neves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha. Conforme artigo 139, da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º, artigo 137.

Relator: Windson Luiz da Silva

Voto proferido pelo Conselheiro Mauro Rogério Martins, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Situa-se nossa divergência em relação à decisão referida, no aspecto em que a mesma, considerou como improcedente as exigências constantes do item 1 do Auto de Infração, decorrentes da constatação de falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS, em razão da utilização indevida de créditos de

ICMS, vez que as notas fiscais 001, 002 e 003, de emissão de Ling Fort Importação Ltda, estabelecida à Rua do Acre, nº 51 – Sala 1205 – Centro – Rio de Janeiro, não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento autuado.

Observa-se que o Fisco chegou a esta conclusão apoiando-se em diversos indícios, que foram apontados em Relatório Anexo ao Auto de Infração.

Da defesa apresentada pela Autuada, podemos verificar que alguns destes indícios ficaram fragilizados, podendo-se até mesmo entender que alguns foram até mesmo demonstrados como improcedentes.

Contudo, não se pode afirmar que tenha a Impugnante logrado desconstituir todos os indícios apontados, em especial a não comprovação através de sua escrita e de documentos próprios, dos pagamentos relativos às operações que teriam sido realizadas através das notas fiscais autuadas, bem como do serviço de transporte a elas relativo.

Assim, inverte-se o ônus da prova, cabendo à Autuada, fazer prova inequívoca de que as notas fiscais autuadas representam efetivas entradas de mercadorias em seu estabelecimento, na forma noticiada nos documentos emitidos.

Neste sentido, não se pode acolher a tese da Autuada, que por exemplo em relação à nota fiscal 001, com data de emissão e saída em 10/01/2001, pretende demonstrar o pagamento da mesma, com valores pulverizados e aleatórios, que teriam sido transferidos à emitente da nota, em sua maioria, no longo período que se estende de 08 de fevereiro de 2001 a 13 de agosto/2001, havendo ainda um último pagamento que teria ocorrido em 05 de novembro de 2001, conforme se observa da planilha por ela apresentada às fls. 1662/1669.

Ressalte-se que nos documentos de pagamentos anexados após a referida planilha, não há qualquer elemento que os vincule às notas fiscais autuadas.

Idêntico procedimento foi adotado pela Impugnante, em relação às duas outras notas fiscais autuadas.

Cabe ainda destacar, que levando a concluir no sentido de que os pagamentos apontados pelo contribuinte como sendo relativos às notas fiscais autuadas, em verdade não o são, ressalta do fato de que por exemplo no exercício de 2001 (planilha de fls. 1662/1669), não obstante as inúmeras operações realizadas entre a Impugnante e a empresa carioca, compreendendo, conforme docto. de fls. 15/18, notas fiscais de numeração 001 de 10/01/2001 até a nota fiscal 159 de 13/12/2001, os pagamentos apontados que foram realizados até 27 de dezembro de 2001, se encerram com a nota fiscal 33. Dessa forma, um grande número de operações realizadas, relativas ao exercício de 2001, só foram apontadas como tendo sido pagas, no exercício de 2002 (conforme planilha de fls. 1949/1953).

Há que se ressaltar, que não obstante devidamente intimado a apresentar as faturas com as respectivas duplicatas, conforme TIAF e Intimação anexa de fls. 13/14, o contribuinte neste sentido nada apresentou.

Somando-se a isto, o fato de que nenhum contrato formal relativo às notas fiscais autuadas foi apresentado, temos que contrariando praticas e garantias

que regem as relações comerciais, em especial considerando o valor das transações noticiadas, não existiria prazo, e nem mesmo obrigação formal, para que o Autuado quitasse as obrigações.

Outro elemento que merece ser destacado, e que fragiliza a tentativa da Impugnante de comprovar o pagamento das notas fiscais autuadas, diz respeito à natureza dos documentos apresentados, e a forma como os mesmos são vinculados às notas fiscais. Os referidos documentos seguem as planilhas de fls. 1662/1669 e 1949/1953.

Observa-se que foram apresentados diversas cópias xerográficas de comprovantes de depósito bancário, bem como Documentos de Ordem de Crédito, cheques e documentos internos.

Em relação às cópias de cheques, observamos que ainda que constem como sendo nominais, não foram apresentados extratos bancários ou quaisquer outros elementos que comprovem a compensação dos mesmos.

Contudo, outro elemento importante a ser destacado em relação a estes documentos juntados para fazer prova das transferências realizadas para a emitente das notas fiscais autuadas, é que vários deles, em verdade, representam meros documentos internos que tiveram origem na própria Impugnante, e para os quais não se comprovou a efetiva transferência do numerário. Como exemplo destes documentos, e que denotam a forma aleatória como os mesmos são vinculados às notas fiscais autuadas, apontamos o documento de fls. 1828, no valor de R\$14.000,00. Conforme se observa na planilha de fls. 1665, o referido valor foi apontado, na data de 13 de agosto, como tendo sido utilizado para quitar parte da nota fiscal nº 1 e nº 2.

Também em relação ao Comprovante de Transferência de fls. 1884, observa-se que o valor do mesmo, R\$10.000,00, serviu conforme consta da planilha de fls. 1667, na data de 10 de outubro de 2001, para justificar o pagamento de parte da nota fiscal nº 2 e nº 3.

Milita ainda em desfavor da Impugnante, o fato de que não conseguiu a mesma fazer prova, nem mesmo da realização do serviço de transporte atrelado às notas fiscais autuadas.

Neste aspecto, chama a atenção, o fato de que não houve o registro na escrita do sujeito passivo dos CTCs relativos ao serviço de transporte possivelmente realizados, registros estes que seriam do interesse da autuada, para poder se creditar do imposto cobrado, uma vez que a mesma figura nas notas fiscais como responsável pelo frete.

O argumento de que os CTC's não foram entregues pelo transportador é frágil, tendo em vista, que em se tratando de transportadora regular, nenhuma dificuldade haveria para que se obtivesse os referidos documentos, ou até mesmo em último caso, cópia autenticada dos mesmos.

Alega ainda o sujeito passivo, que teria efetuado o pagamento dos fretes em dinheiro. Contudo, até mesmo a prova produzida, representada pela apresentação dos livros Caixa e Diário, é contraditória, uma vez que nas notas fiscais consta como transportador Rodoviário Julia e Joyce Ltda, e nos livros

referidos são apontados valores que teriam sido pagos a pessoa física, sem que os pagamentos estejam atrelados a quaisquer documentos emitidos relativos ao transporte realizado.

Se isto não bastasse, temos ainda, que os livros em questão, não se revestem de formalidades capazes de constituí-los em provas hábeis, face o não registro dos mesmos.

Assim, o que temos, é que os argumentos e elementos de prova apresentados pela Impugnante, não se revelaram capazes de desconstituir a acusação fiscal.

O seu pedido para que seja exibido documento relativo a solicitação de informações envolvendo o Fisco mineiro e carioca, não merece ser também acolhido, uma vez que não logrou a mesma comprovar a existência de tal documento, devidamente negada pelo Fisco mineiro.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Conselheiro: Mauro Rogério Martins

Acórdão: 17.420/05/1^a - (Publicado no "MG" de 23/03/2006)

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a falta de recolhimento da diferença de alíquota devida pelas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, em decorrência de entradas no estabelecimento para uso e consumo. Procedimento fiscal respaldado pelos artigos 2º, inciso II, 43, § 1º, 44, inciso XII, e 84, inciso III, do RICMS/96. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo, ou seja, não se caracterizam como intermediário, uma vez que não se integram ao novo produto e/ou não se consomem imediatamente e integralmente no curso da industrialização. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco e, ainda, para excluir as exigências relativas às partes e peças (exceto acessórios de veículos), graxas e lubrificantes utilizados em máquinas, equipamentos e veículos - desde que de propriedade da Autuada - vinculados ao processo de produção e produtos químicos utilizados no tratamento de água, na proporção da exportação realizada pela Autuada no exercício fiscalizado.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período de 01/01/98 a 31/12/98, provenientes de aquisições de materiais de uso e consumo, bem como falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 288 a 310.

O Fisco, após reformular o crédito tributário (fls. 466 a 751), se manifesta às fls. 848 a 862, pela procedência parcial do lançamento.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 870, que resulta na manifestação de fls. 871 a 872.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl. 875), o mesmo foi agravado às fls. 879 a 882.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 885 a 892, opina, em preliminar, pelo indeferimento do pedido de perícia e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, tendo em vista a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco (fls. 346 a 751).

A 1ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 23/03/05(fl. 894), decide, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de ofensa ao Ato Jurídico Perfeito e, ainda, dar provimento parcial ao Agravo retido, deferindo os seus quesitos.

Deferida parcialmente a Perícia, a mesma foi elaborada às fls. 903 a 1035 e Laudo de fl.1.036. A Impugnante, o Fisco e a Auditoria Fiscal voltam a se manifestarem, ratificando suas pretensões iniciais.

DECISÃO

No tocante à homologação, o Auto de Infração nº 01.000134989.22 (fl. 319) refere-se à correção monetária de créditos de ICMS. O presente Auto de Infração refere-se à matéria diversa. Inaplicabilidade do disposto no artigo 149 do CTN.

Não assiste ainda razão à Contribuinte no tocante à arguição de decadência. Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. No exercício de 1998, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/99, findando-se em 31/12/03. A Contribuinte foi intimada do Auto de Infração em 30/12/03. Inaplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, vez que não se trata de homologação tácita.

Foi imputado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, uma vez que provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso e consumo, bem como falta de recolhimento do diferencial de alíquota nas aquisições interestaduais

A princípio, o cerne da questão consiste no correto enquadramento dos materiais, para efeito de crédito de ICMS, ou seja, uso e consumo, como pretendido pelo Fisco, ou intermediário, como pretendido pela Contribuinte.

A seguir, dispositivos do RICMS/96 pertinentes à matéria:

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:

(...)

§ 1º - Também ensejará o aproveitamento sob a forma de crédito:

(...)

2) o valor do imposto correspondente à matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem adquiridos ou recebidos no período, para emprego diretamente no processo de produção, extração, industrialização, geração ou comunicação, observando-se que:

(...)

2.2) são compreendidos entre as matérias-primas e produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição”(grifos nossos)

Segundo ainda a IN SLT nº 01/86, o conceito de produto intermediário, para efeito de direito ao crédito do imposto, é aquele que empregado diretamente no processo de industrialização, seja integrado ao novo produto. Foi definido ainda, por extensão, o conceito de produto intermediário como aquele que, embora não se integrando ao novo produto, seja consumido, imediatamente e integralmente, no curso da industrialização. Por consumo imediato entende-se o consumo direto no processo de industrialização, ou seja, em um ponto qualquer da linha de produção, mas nunca marginalmente ou em linhas independentes, e na qual o produto tiver o caráter de indiscutível essencialidade na obtenção do novo produto. Por consumo integral, entende-se o exaurimento de um produto individualizado na finalidade que lhe é própria, ou seja, o consumo ou desgaste, contínuo, gradativo e progressivo, na linha de industrialização, até resultar acabado, esgotado ou inutilizado, por força do cumprimento da finalidade específica no processo, sem comportar recuperação ou restauração.

Não se consideram consumidos imediata e integralmente os produtos, tais como ferramentas, instrumentos ou utensílios que, embora se desgastem ou deteriorem no processo de industrialização, não se esgotam de maneira contínua, gradativa e progressiva, até o completo exaurimento, na linha de produção.

Não se consideram consumidos imediata e integralmente os produtos, tais como partes e peças de máquina, aparelho ou equipamento, pelo fato de não se constituírem em produto individualizado, mas apenas componentes de uma estrutura estável e duradoura, cuja manutenção naturalmente pode importar na substituição das mesmas. Excepcionam-se 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 contato 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 complementa ou as contém.

Consta tanto nos quadros elaborados pelo Fisco (fls. 347/465), como nos quadros elaborados pela Impugnante (fls. 756/847) referência ao “local de aplicação”, “contato produto elaborado/elaboração” e “situação”, tomando-se como ponto de partida a legenda de fl. 346. Observa-se que há inteira concordância entre o Fisco e a Contribuinte em relação ao “local de aplicação” e “contato produto elaborado/elaboração”.

Trata-se de materiais aplicados em veículos diversos (luvas, varetas, juntas de vedação, juntas tampa válvula, anéis de vedação, lanterna traseira, bombas injetoras, elementos filtrantes, pneus, câmaras de ar, manchões pneu, calibradores pneu, buzinas elétricas, válvulas, discos de freio, pastilhas de freio, buchas cilindro, aditivo p/ água radiador, retentores, bobinas, mangueiras etc...), máquinas/equipamentos (rolamentos rolos esféricos, capas rolamento rolo, buchas fixação rolamentos, anéis de fixação, arruelas, parafusos, retentores, mancais, correias transmissão, óleo lubrificante, graxas lubrificante, cruzetas, roletes, etc...), sistemas hidráulicos/elétricos (interruptores, bujão ferro maleável, luva ferro maleável, válvulas gaxeta, válvula borboleta, fusíveis cartucho, sondas haste tubular, cabos elétricos, elos fusível, reatores lâmpadas, adaptadores, chaves de partida diretas, chaves de comutação, chaves seccionadora fusível, botões de sinalização, isoladores em porcelana, pinos p/isolador, cabos de força, tomadas, etc ...), sistemas eletrônicos/informática (cápsula transmissora telefone, etc...), escritório/material escritório (blocos, canetas, formulários contínuos, impressos, percevejos, gomas elástica, etc...), materiais de segurança (abafadores, óculos lente cristal, sapatos, óculos segurança lente, calça operacional etc...), laboratório (solução PH, ácido orto-fosfórico, ácido clorídrico, álcool, carbonato sódio, tetraborato sódio, cloreto estanho, tampa cadinho, cadinho indução carbono, papel filtrante, hidróxido de potássio, tungstênio metálico, bicromato potássio, etc...), tratamento de água (cal hidratada tratamento de água) e flotação (floculante tratamento de água industrial).

Nesse sentido, os materiais considerados pelo Fisco não se enquadram no conceito de produto intermediário definido pela Instrução Normativa SLT n° 01/86, uma vez que é fato incontroverso que os mesmos não se integram ao novo produto e/ou não se consomem imediata e integralmente no curso da industrialização.

Importante ainda ressaltar que o Fisco não procedeu ao estorno dos créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais abarcados pela Instrução Normativa IN SLT n° 01/2001, conforme se observa na legenda (fl. 346) e quadros (fls. 347/465), ou seja, tais materiais foram classificados na situação “2” (intermediário).

O Fisco, ao analisar a Impugnação apresentada, entendeu haver razão parcial à Impugnante, promovendo a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 466 a 751.

Entretanto, a Impugnante, além de considerar tais produtos como intermediários, postula o creditamento do imposto em face da norma albergada na Lei Complementar 87/96, por se tratar de contribuinte exportador.

Com efeito, o RICMS/96 trata da matéria no art. 66, com a seguinte disposição:

Art. 66 - ...

Parágrafo primeiro – Também ensejará o aproveitamento sob a forma de crédito:

2) o valor do imposto correspondente à matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, adquiridos ou recebidos no período, ...

2.1) ...

2.2) são compreendidos entre as matérias-primas e produtos intermediários aqueles que sejam consumidos ou integrem o produto na condição de elemento indispensável à sua composição;

Na esteira na norma geral da LC nº 87/96, o mencionado dispositivo do RICMS/96 continua a informar:

3) o valor do imposto correspondente:

3.1) às mercadorias adquiridas ou recebidas, a partir de 16 de setembro de 1996, para integração ou consumo em processo de produção de produtos industrializados, inclusive os semi-elaborados, destinados à exportação para o exterior.

Assim, temos que para as empresas industriais não exportadoras, o creditamento se restringe à aquisição de matéria-prima, produtos intermediários e material de embalagem. Por outro lado, em se tratando de exportação, permite-se apropriação de créditos inerentes aos produtos de uso e consumo utilizados no processo industrial, antecipando a vigência do dispositivo geral que abriga o material de uso/consumo.

Existindo a diferença no seio do Regulamento, é razoável o entendimento de que o material de uso/consumo mencionado não é produto intermediário, caracterizando-se exatamente por aquele que não atende aos ditames da Instrução Normativa 01/86, mas que está vinculado ao processo produtivo.

Neste caso, há de se conceder crédito do imposto em relação às partes e peças (exceto acessórios de veículos), graxas e lubrificantes utilizados em máquinas, equipamentos e veículos - desde que de propriedade da Autuada - vinculados ao processo de produção, por efetivamente serem consumidos na etapa de industrialização.

Do mesmo modo quanto aos produtos químicos utilizados no tratamento de água, uma vez que, não obstante seu uso em linha marginal, são consumidos no tratamento de água utilizada na limpeza do minério.

A ressalva quanto à propriedade dos veículos se revela necessária em face da indicação pelo Fisco de veículos mantidos pela empresa em regime de locação, sendo que, na espécie, em relação a tais veículos, não se admite o creditamento do imposto.

Em ambas as hipóteses, os créditos devem ser apropriados no limite da proporcionalidade entre as operações internas e interestaduais, levadas em confronto com as operações de exportação para o exterior. Tais volumes devem ser apurados mediante critérios formais obtidos na análise da escrita fiscal ou comercial da Impugnante, ou outro parâmetro seguro para as partes.

Na mesma toada, afasta-se o crédito em relação aos produtos não vinculados diretamente ao processo industrial, como, a exemplo, materiais de escritório, equipamentos de proteção individual, material hidráulico e elétrico e demais materiais inerente a construção civil e reformas.

Análise distinta, no entanto, deve se feita em relação à exigência do imposto devido pelo diferencial de alíquota na aquisição de mercadorias destinadas a uso/consumo da Autuada.

A possibilidade de creditamento analisado em linhas anteriores, não exclui a condição de uso/consumo de tais produtos, produzindo, como já dito, apenas a antecipação da vigência de dispositivo prorrogado, afetando apenas as empresas industriais exportadoras.

Assim, é cabível a exigência da diferença de alíquota, mesmo em tais circunstâncias. Uma vez pago o imposto, em sua integralidade, cabível o crédito na proporção das exportações realizadas.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 466/751, excluindo-se, ainda, as exigências relativas às partes e peças (exceto acessórios de veículos), graxas e lubrificantes utilizados em máquinas, equipamentos e veículos - desde que de propriedade da Autuada - vinculados ao processo de produção e produtos químicos utilizados no tratamento de água, na proporção da exportação realizada no exercício fiscalizado. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava parcialmente procedente, mantendo-se apenas as exigências quanto a material escolar, higiene pessoal, eletrodomésticos, cesta básica e materiais de construção e engenharia. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Cláudia Horta de Queiroz e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Nilber Andrade. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira supracitada, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Acórdão: 16.431/05/2^a - (Publicado no "MG" de 18/08/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS- APROVEITAMENTO INDEVIDO- OPERAÇÃO SUBSEQUENTE COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão da falta de estorno proporcional decorrente de saídas com redução de base de cálculo reduzida. Infração caracterizada nos termos do artigo 71, inciso IV, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas.

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA. Constatada a redução indevida da base de cálculo, posto que aplicou o percentual de redução após deduzir o imposto dispensado na operação. Infração caracterizada. Exigências mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de nov/00 a agos/02, proveniente de aquisições de mercadorias cujas saídas foram beneficiadas com redução de base de cálculo, bem como, reduziu incorretamente a base de cálculo, no período de jun/01 a dez/04, posto que aplicou o percentual de redução após deduzir o imposto dispensado na operação. Exige-se ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 105 a 111, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 123 a 125.

DECISÃO

Da Preliminar

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização não especificou a correta capitulação da suposta infração, comprometendo o trabalho fiscal que não pode prosperar, diante do nítido cerceamento do direito de defesa que lhe foi imputado.

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração e a pessoa do infrator.

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos da penalidade está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no artigo 142 do CTN e nos

artigos 57 e 58 da CLTA/MG, foram observados, não tendo procedência a arguição de nulidade dos mesmos.

Do Mérito

A fiscalização constatou que a Autuada promoveu saídas de mercadorias beneficiadas com a redução da base de cálculo prevista no item 27 do Anexo IV do RICMS/96 e alínea “b”, do item 8.5, anexo IV, do RICMS/02, que assim dispõem:

“27.7 – A redução de base de cálculo prevista neste item, somente será aplicável se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa, no campo “Informações Complementares”, da respectiva nota fiscal.

8.5 - A redução de base de cálculo prevista neste item:

(...)

b) - somente será aplicável se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa no campo “Informações Complementares” da respectiva nota fiscal.”

Todavia, a Impugnante reduziu a base de cálculo incorretamente, posto que aplicou o percentual de redução após deduzir o imposto dispensado na operação, ao invés de aplicar sobre o valor das mercadorias.

Tendo em vista o disposto no artigo 111 do CTN, a interpretação do referido dispositivo deve ser literal, restringindo o benefício àqueles contribuintes que atenderem aos requisitos nele arrolados.

Portanto, correta a exigência do ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso VII relativamente a diferença do imposto não destacado nas referidas notas fiscais.

Quanto à falta de estorno de crédito proporcional às saídas com redução de base de cálculo, trata-se de matéria claramente expressa na legislação tributária (Artigo 70, §1º e 71, inciso IV do RICMS/96 e 02, in verbis:

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

§ 1º - salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subseqüentes estiverem beneficiadas com redução de base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

IV - vierem a ser objeto de subsequente operação ou prestação com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução”.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª 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 procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Relator: Windson Luiz da Silva

Acórdão: 16.962/05/1ª – (Publicado no “MG” de 07/04/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS, apropriados extemporaneamente, relacionados a encargos financeiros referentes às operações de venda do Contribuinte, mas sem vinculação a documentos fiscais respectivos e em desacordo com a legislação. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso IV, artigo 55, Lei 6763/75, referentes aos exercícios de 2001 a 2004. Alegações da Impugnante insuficientes para elidir as exigências fiscais. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, apropriados extemporaneamente, relacionados a encargos financeiros referentes às operações de venda do Contribuinte, mas sem vinculação a documentos fiscais respectivos e em desacordo com a legislação.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso IV, artigo 55, Lei 6763/75, referentes aos exercícios de 2001 a 2004.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 46/55, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 73/75.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 77/83, opina pela procedência do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, em Sessão de 9 de novembro de 2004, delibera pela remessa dos autos à Advocacia-Geral do Estado, nos termos do artigo 11 da CLTA/MG (fls. 84).

A Advocacia se manifesta às fls. 86/89.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso IV, artigo 55, Lei 6763/75, referentes aos exercícios de 2001 a 2004, tendo em vista que o Autuado promoveu o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, extemporaneamente, relacionados a encargos financeiros referentes às suas operações de venda, mas sem vinculação a documentos fiscais respectivos e em desacordo com a legislação.

A Impugnante emitiu documentos fiscais, destacando base de cálculo e crédito respectivo, nos campos próprios, informando tratar-se de créditos extemporâneos, mas sem nenhuma justificativa ou correlação com documentos fiscais.

A Impugnante argúi que a matéria encontra-se sub judice, tendo em vista Ação Declaratória por ela proposta junto ao Poder Judiciário pleiteando pronunciamento daquele Poder a respeito da incidência ou não dos encargos financeiros, decorrentes das vendas a prazo, na base de cálculo do ICMS.

Verifica-se que o Contribuinte conseguiu sucesso parcial em seu intento, pelo menos até o nível de Tribunal de Justiça. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que não deve incidir o imposto sobre tais encargos. Não obstante, decidiu que a forma de pleitear o imposto pago a maior junto ao Poder Público, em razão do entendimento, deveria seguir o rito próprio junto ao órgão competente.

Dessa forma, considerando-se que o rito próprio para repetição de indébitos tributários é o pedido de restituição, previsto em lei (art. 36, Lei 6763/75), e como a Impugnante simplesmente procedeu ao aproveitamento extemporâneo de créditos em sua escrita fiscal sem respeitar o citado rito, conclui-se pela impertinência de seu procedimento.

Cumpre destacar que os créditos aproveitados indevidamente não guardam nenhuma relação com os citados encargos financeiros, tendo em vista que não há qualquer vinculação deles com as vendas a prazo realizadas pelo Contribuinte.

Portanto, considerando-se que a própria Impugnante deixou de respeitar decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no que concerne ao rito procedimental relacionado à repetição de indébito, e considerando-se, ainda, que os créditos apropriados não guardam nenhuma relação com as vendas a prazo realizadas pelo Contribuinte, verifica-se que a acusação fiscal restou plenamente caracterizada.

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação e à Multa Isolada, prevista no inciso IV, artigo 55, Lei n° 6763/75, “por utilizar crédito do imposto decorrente de registro de documento fiscal que não corresponda à utilização de prestação de serviço ou ao recebimento de bem ou mercadoria”.

Salienta-se que, nos termos do disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, não se incluem na competência do CC/MG a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

No que tange às penalidades, verifica-se que elas encontram-se previstas na legislação tributária estadual, não devendo ser apreciadas as argumentações do Contribuinte em relação ao caráter confiscatório, em face, também, do disposto no art. 88, I, da CLTA/MG.

Quanto à ilegalidade da utilização da taxa SELIC, o artigo 226 da Lei n.º 6.763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal 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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Revisora) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Acórdão: 17.245/05/1ª – (Publicado no “MG” de 04/11/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO DE ICMS. Constatado o recebimento de créditos de ICMS para compensação com o imposto destacado nas faturas de energia elétrica das Coobrigadas, através de transferências realizadas com fulcro em ação declaratória, superando os valores constantes da petição inicial, em flagrante desrespeito a decisão judicial. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a utilização de créditos de ICMS transferidos indevidamente a maior pela empresa Rima Industrial S/A, transferências estas realizadas com fulcro em decisão judicial proferida em ação declaratória reconhecendo àquela empresa o direito de transferir créditos de ICMS limitado ao valor constante na petição inicial.

Inconformadas, Autuada e Coobrigadas apresentam, tempestivamente e através de procuradores regularmente constituídos, Impugnações, respectivamente às fls. 230 a 234, 265 a 273 e 480 a 488.

A Autuada sustenta que a autoridade administrativa deixou de promover a correta investigação dos fatos, merecendo o lançamento ser revisto, visando à correta aplicação da legislação tributária.

Menciona que a matéria objeto da autuação encontra-se “sub-judice”, uma vez que o respectivo processo judicial encontra-se ainda em tramitação, não havendo decisão transitada em julgado, como procura comprovar com a Certidão do Processo que anexou aos autos às fls. 235/236.

Requer, de plano, a suspensão imediata da tramitação do presente PTA, em razão de não ser parte na ação declaratória promovida pela Rima Industrial contra a Fazenda Pública Estadual, o que, segundo ela, impossibilitaria a execução provisória contra sua pessoa, por ser terceiro à lide.

Entende ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo.

Alega que os fatos relatados pelo Fisco não condizem com a situação fática ocorrida, vez que se tratava de compensação de ICMS nas faturas de energia elétrica, e não transferência de crédito de ICMS.

Assevera que o lançamento, como foi feito, fere os princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal, especialmente o da moralidade, vez que este impede que a autuação fiscal imponha a cobrança de tributo em desacordo com a legislação, criando medidas confiscatórias.

Pede a suspensão da tramitação do presente PTA até que seja julgado o mérito da ação declaratória movida pela Coobrigada Rima Industrial S/A.

No mérito, reitera que o que houve foi uma imputação de créditos, cuja existência foi reconhecida judicialmente, para efeito de compensação/pagamento de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica, e que apenas cumpriu a determinação judicial no sentido de acatar os créditos que a Rima Industrial dizia ser titular.

Entende que este PTA não pode suscitar efeitos contra seu patrimônio enquanto não houver a palavra final do Poder Judiciário sobre o caráter regular ou não da compensação dos créditos.

Requer, ao final, a revisão do lançamento e o seu cancelamento, ou a sua exclusão do pólo passivo.

Os estabelecimentos da Rima Industrial S. A., sujeitos passivos neste PTA, identificados como Coobrigados, requerem, em preliminar, a nulidade do Auto de Infração, por entenderem que a tipificação da peça fiscal é imprecisa e improcedente, pois não teriam incorrido em nenhum dos dispositivos elencados como infringidos, e, por conseguinte, não estariam sujeitas às penalidades.

Dizem que a Fazenda Estadual, tendo tipificado a conduta de maneira improcedente, estaria utilizando o Auto de Infração para constituir crédito tributário através do instituto da presunção.

Alegam que não houve descumprimento de qualquer exigência fiscal prevista na legislação e que as transferências de crédito do ICMS obedeceram às exigências do RICMS, estando amparadas por decisão judicial.

Esclarecem que a ação declaratória que fundamenta a transferência

de crédito de ICMS reconheceu o direito à correção monetária plena dos créditos acumulados do imposto e a transferência destes valores resultantes, em forma de crédito de ICMS, para a CEMIG.

Relatam o trâmite da ação declaratória, que se iniciou com a ação ordinária n.º 024.94.029.369-9.

Dizem que todos os recursos da Fazenda Pública Estadual foram improvidos, restando certo o direito à correção plena dos créditos de ICMS, tendo o trâmite da ação declaratória junto ao Poder Judiciário transitado livremente em julgado.

Frisam que todas as transferências de crédito de ICMS ocorridas foram realizadas com autorização judicial, ressaltando que não poderia a CEMIG deixar de receber as notas de transferência acompanhadas por decisão da justiça.

Contam que quando o estabelecimento de Bocaiúva foi autuado em outros autos de infração, pelo suposto crédito tributário proveniente da correção monetária garantido por decisão judicial, abdicou a empresa da impugnação administrativa, sendo que a sentença proferida desconstituiu as referidas autuações.

Requerem, ao final, a procedência das Impugnações e o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco, em manifestação de fls. 696/706, refuta as alegações da defesa.

Ressalta que a discussão no presente Auto de Infração se refere ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS, créditos estes indevidamente gerados em virtude de um excedente de valores transferidos pela Coobrigada, Rima Industrial S/A, sem amparo legal, para a Autuada, Companhia Energética de Minas Gerais S. A. – CEMIG.

Reconhece que houve transferências de créditos nos limites permitidos, em cumprimento da sentença judicial, nos termos da petição formulada pela Rima Industrial S / A, mas ressalta que o que se exige da Autuada é o estorno da transferência de crédito efetuada além do constante na petição inicial feita pela Rima Industrial S/A..

Explica que o histórico das circunstâncias e da constatação de que tais transferências realizadas em excesso não têm amparo legal encontra-se explicitado de maneira clara e precisa no Acórdão referente à Apelação Cível n.º 1.0000.00.313544-9/000, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, documentos de fls. 211 a 221, que seria o documento que põe termo a uma longa discussão judicial.

Assevera que o processo judicial em questão, como depreende do Acórdão do TJMG, transitou em julgado, não havendo mais o que ser discutido quanto ao mérito.

Diz que cabe nessas decisões tão somente os recursos Especial ou Extraordinário, não tendo nenhum deles efeito processual suspensivo, somente efeito devolutivo, o que implicaria para o Fisco o direito e o dever de atuar a Impugnante.

Observa que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário somente ocorre nas hipóteses previstas nos incisos I a VI do art. 151 do Código Tributário Nacional, e como nenhuma dessas hipóteses, como, por exemplo, o pagamento, ocorreu no caso em questão, não há que se falar em lançamento indevido.

Entende que a Autuada, embora não seja parte na ação declaratória, pode e deve ser acionada como sujeito passivo, tendo em vista o art. 124 do CTN.

Chama atenção para o fato da Autuada, a CEMIG, ter sido a grande beneficiária destas transferências de crédito acima do limite autorizado, valor este que foi abatido integralmente do montante do imposto por ela devido

Reitera mais uma vez que está explícito no Auto de Infração, que são exigidos não os valores recepcionados pela Autuada em cumprimento à sentença judicial e que correspondem a 2.194.164,26 UFIR (dois milhões, cento e noventa e quatro mil, cento e sessenta e quatro UFIR e vinte e seis centésimos), mas os valores recepcionados por ela sem amparo legal, porque excederam o valor constante no Anexo I da petição inicial feita por Rima Industrial S/A, documento de fls. 196 a 203.

Quanto as alegações concernentes à correta aplicação da legislação por força do disposto no art. 37 da Constituição Federal, e da violação do princípio constitucional da moralidade, assegura que o presente processo foi corretamente instruído, tendo sido obedecido princípios como da moralidade, da legalidade, da impessoalidade e da publicidade.

Ressalva que além de aguardar o trânsito em julgado do processo quanto ao mérito, a Autuada, por solicitação da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, recebeu ofício do Procurador Geral da Fazenda Estadual, esclarecendo alguns aspectos relevantes referentes à compensação de créditos, objeto do pedido judicial formulado pela Coobrigada, e que neste ofício, a Autuada é alertada do risco sobre tais transferências de crédito e que, “a seu turno, suportará, na qualidade de responsável tributário, o ônus do imposto não recolhido”.

Cita que tal ofício informa à CEMIG que decisão do TJMG expressamente reconheceu serem nulos os atos executórios de transferências de créditos e que “sendo nulos os atos executórios, todas as transferências de créditos que superem os 2.194.164,26 UFIR (dois milhões, cento e noventa e quatro mil, cento e sessenta e quatro UFIR e vinte e seis centésimos) e que resultarem em diminuição do imposto a pagar pela CEMIG, deverão ser revertidas, com a cobrança do imposto devido da CEMIG, inclusive com os acréscimos legais, por força do artigo 161 do CTN”.

Menciona que a Autuada, apesar do ofício, não apenas deixou de efetuar os estornos, como continuou a recepcionar os créditos de ICMS transferidos indevidamente pela Rima Industrial S/A até março de 2002, conforme demonstrativos de fls. 13 a 18.

Transcreve integralmente o item “a” do requerimento feito por Rima Industrial S/A, reiterando que nele está expresso que a Coobrigada pede que o ICMS das contas de energia elétrica seja pago de acordo com a decisão judicial, não podendo a Autuada alegar ignorância aos limites de transferência que a decisão judicial impôs.

Alega que não há como excluir do pólo passivo a Autuada, pois conforme mencionou à época a Procuradoria Geral da Fazenda, ao recepcionar transferências de créditos de ICMS acima do limite permitido pela decisão judicial, a Autuada estava agindo por sua “conta e risco”.

Chama atenção para os ofícios que os MM. Juízes enviaram à Autuada, de fls. 237 e 238, deferindo a compensação de créditos, destacando dois pontos que considera fundamentais ao fiel cumprimento e entendimento da sentença judicial e da fundamentação dos referidos ofícios: a citação do documento de fls. 433, no qual a procuradora da CEMIG manifesta-se de acordo com a petição de fls. 420 a 422 feita por Rima Industrial S/A; e a determinação à Autuada de que faça as compensações “sempre observando o limite existente para e/ou ainda por compensar”, determinação esta que, segundo o Fisco, a Autuada não cumpriu.

Quanto ao pedido de suspensão da tramitação do Processo Tributário Administrativo até o trânsito em julgado da Ação Declaratória, entende que há aí um equívoco, porque o processo em questão, quanto ao mérito, já teria transitado em julgado, conforme Acórdão de fls. 211 a 221.

Assegura que as últimas manifestações que ocorreram no referido processo, conforme Certidão expedida pelo SIAP II – Sistema de Acompanhamento Processual do TJMG, documentos de fls. 235 e 236, juntado aos autos pela Autuada, foram embargos declaratórios interpostos pela Coobrigada e também pela Fazenda Pública Estadual.

Tais embargos, notícia, foram rejeitados e não teriam o condão de alterar o mérito do Acórdão.

Ressalta que não há nada que suspenda a exigibilidade do crédito ou que justifique a suspensão da tramitação do presente Processo Tributário Administrativo.

Reitera que houve respeito em relação aos valores transferidos por força de decisão judicial e que o que ora se decide são transferências de créditos indevidos, ou seja, valores não alcançados pela sentença judicial.

Com relação às impugnações das Coobrigadas, repete mais uma vez que o que se discute na presente autuação é o aproveitamento indevido de crédito de ICMS pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG, gerado em virtude de um excedente de valores transferidos pelas Coobrigadas sem amparo legal.

Explica que as transferências de créditos ocorreram nos limites permitidos, em cumprimento a sentença judicial, nos termos da petição formulada pelas Coobrigadas e que o que se exige da Autuada é o estorno dos créditos transferidos além do constante na petição inicial feita por Rima Industrial S/A.

Assevera que o chamamento da Rima Industrial S/A ao presente Processo Tributário Administrativo na condição de Coobrigada ocorreu por força do disposto na legislação, especialmente no inciso XII do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, que trata da responsabilidade tributária, pois teriam sido os atos praticados por estas Coobrigadas – emissão de notas fiscais de transferência de crédito acima do valor autorizado por sentença judicial, redundando no não recolhimento do tributo pela Autuada.

Diz mais uma vez que as Coobrigadas não se ativeram aos limites deferidos na decisão judicial proferida na ação declaratória que transitou em julgado, conforme o Acórdão referente à Apelação Cível n.º 1. 0000.00.313544-9/000.

Explica que a ação rescisória interposta pela Fazenda Pública Estadual, cujo provimento foi negado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, conforme Acórdão do TJMG, documentos de fls. 454 a 464, em nada ilide o feito fiscal nem põe termo ao referido processo. Acrescenta que o processo não tem seu termo final em 03 de abril de 2002, como procuram dar a entender as Coobrigadas, pois o julgamento definitivo do mérito teria ocorrido em junho de 2003 através do Acórdão relativo à Apelação Cível n.º 1.000.00.313544-9/000, que reitera decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 168.783-9/00, documento de fls. 205 a 209, que diz que são nulos os atos executórios praticados em decorrência da ação declaratória respeitando-se simplesmente o acórdão como coisa julgada.

Afirma que as transferências de crédito objeto da lide não foram feitas mediante decisão judicial, pois os limites da petição judicial não foram respeitados.

Quanto à menção feita pelas Coobrigadas de uma ação anulatória de débito cujo desfecho lhes teria sido favorável, conta que nada tem a acrescentar já que elas nada juntaram aos autos, e mesmo que se assim o fizessem, não estaria o Fisco desobrigado ou impossibilitado de cumprir seu dever legal procedendo à autuação que ora se discute, já que, conforme assegura, houve transferência indevida de crédito de ICMS.

Pelo exposto, pede seja julgado procedente o lançamento.

A Auditoria Fiscal determina abertura de vista dos autos aos Sujeitos Passivos, através da Diligência de fls. 722, que resulta nas manifestações de fls. 729/731 (da Autuada) e 734/741 (das Coobrigadas) e juntada de documentos de fls. 742/772.

A CEMIG reitera os termos de sua impugnação e acrescenta que, ao contrário da manifestação do Fisco, sua manifestação nos autos do processo judicial n.º 024.94.029.369-9, movido pela Rima Industrial S. A. contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, restringiu-se tão somente a dar ciência da intimação judicial e anuir com a petição, em que a autora – a Rima – cuidou apenas de informar que os seus pedidos foram acatados.

Alega ainda que o ofício de intimação somente foi enviado a ela em junho de 2001, dois anos após o início da compensação dos créditos.

As Coobrigadas afirmam que não se apropriaram de créditos excedentes, apenas os corrigindo de forma plena e integral baseada em decisão judicial.

Sustenta que os valores que foram objeto da autuação já teriam sido cobrados através dos PTA 01.000138816.37 e 01.000138817.18, com execução fiscal em curso e ações anulatórias ajuizadas.

Da Manifestação Fiscal de fls. 774/779

Em razão das juntadas desses documentos, o Fisco comparece mais uma vez às fls. 774/779.

Afirma que a Autuada, a CEMIG, foi cientificada e disse estar ciente da decisão judicial, não podendo, portanto, extrapolar os limites dessa decisão.

Diz que o ofício enviado pela Procuradoria Geral da Fazenda Estadual teve a função de esclarecimento e alerta à CEMIG acerca do erro na sua conduta de acolher aludidos créditos sem ater-se aos limites autorizados pela sentença judicial, mas que esta persistiu no erro até março de 2002.

Quanto à manifestação das Coobrigadas, esclarece que o objeto da autuação que ora se discute é diverso dos PTA mencionados por elas. Naquele caso, o que se discutiu, diz o Fisco, foi a apropriação indevida da correção monetária de créditos extemporâneos, enquanto neste o que se discute é a apropriação indevida de créditos transferidos por Rima Industrial S/A para a CEMIG.

Esclarece que a Rima Industrial S. A. integra o presente processo na condição de Coobrigada em virtude de seus atos terem concorrido para o não recolhimento do tributo pela Autuada.

Pede pela manutenção do feito.

O Fisco comparece novamente às fls. 795/797, em razão da juntada de documentos pela Coobrigada.

Reitera os argumentos já apresentados.

A Auditoria Fiscal encaminha o PTA para análise da Advocacia Geral do estado, através do despacho de fls. 799, para que esta se manifeste sobre a Ação Declaratória movida pela Rima Industrial S. A., tendo em vista o Acórdão do TJMG, de fls. 211/221, sobre a Certidão de fls. 235/236, e sobre a alegada impossibilidade da execução provisória contra a CEMIG, em razão desta não ser parte naquela Ação Declaratória.

A Advocacia Geral do Estado, em razão do despacho proferido por esta Auditoria Fiscal, se manifesta às fls. 800 a 805.

Explica que através de petição inicial de fls. 184/194, a Rima Industrial S. A. foi a juízo e requereu o direito de corrigir créditos expressamente listados no anexo I, de fls. 196/203, e de transferir tais valores à CEMIG, em pagamento do ICMS incidente nas contas de energia elétrica.

Diz que a ação escolhida pela Coobrigada foi uma Ação Declaratória, que não comporta execução.

Conta que a impetrante delimitou livremente seu pedido, sendo de 2.194.164,26 (dois milhões, cento e noventa e quatro mil, cento e sessenta e quatro reais e vinte e seis décimos) de UFIR, ou seja, R\$ 2.143.698,48 (dois milhões, cento e quarenta e três mil, seiscentos e noventa e oito reais e quarenta e oito centavos).

Esclarece que a Fazenda Estadual não se opôs ao creditamento deste valor após tais pedidos terem sido julgados procedentes, por decisão judicial transitada em julgado, mas que a Rima não se conteve ao valor por ela mesmo definido e passou a incluir créditos não listados na inicial.

Aponta decisão do TJMG que suscitou na nulidade das correções de créditos feitas pela Rima e posteriores às transferências de créditos à CEMIG.

Reitera posição do Fisco que indica que a CEMIG vinha cumprindo espontaneamente a transferência de créditos, ressaltando que ao acatar créditos

superiores aos listados na inicial, o fez por conta e risco, tornando-se responsável pelo crédito tributário decorrente da redução indevida de seu próprio ICMS a recolher.

No que tange ao Acórdão do TJMG, de fls. 211/221, afirma que houve “inquestionavelmente” – palavra do TJMG – a indevida correção de créditos e sua respectiva transferência à CEMIG, em tudo quanto supere o valor apontado no anexo I da inicial – os 2.194.164,26 (dois milhões, cento e noventa e quatro mil, cento e sessenta e quatro reais e vinte e seis décimos) de UFIR, valor este não objeto de autuação.

Garante que é totalmente cabível ao Fisco autuar a CEMIG e a Rima pelo ato de transferência de tais créditos, com fulcro no Acórdão de fls. 211/221, não havendo nenhum recurso, especial ou extraordinário, que suspenda a exigibilidade do valor objeto da presente autuação.

Afirma que mesmo que a Rima resolvesse pagar o valor cobrado pelos autos de infração 01.000138816.37 e 01.000138817.18, não lhe seria dado o direito de transferir créditos à CEMIG em valor superior ao montante constante do anexo I da inicial ação declaratória.

Observa que há distinção entre a situação que se refere à validade dos créditos tomados pela Rima, a título de correção monetária de créditos extemporâneos, objeto dos referidos PTA, e a transferência dos respectivos créditos à CEMIG para pagamento do ICMS incidente sobre contas de energia elétrica da Rima.

A Auditoria Fiscal despacha às fls. 846, abrindo vista dos autos aos sujeitos passivos, pelo prazo de 5 (cinco) dias, em razão do parecer da Advocacia Geral do Estado e dos documentos anexados por este órgão, que resulta na manifestação da autuada de fls. 850/851.

Nessa oportunidade a Impugnante enfatiza os argumentos da Coobrigada, afirmando que não houve compensações sem a chancela do Poder Judiciário.

As Coobrigadas comparecem às fls. 857/864, alegando que houve bitributação, pois os mesmos créditos estariam sendo discutidos através das ações judiciais propostas contra outros Autos de Infração.

DECISÃO

“Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram, em parte, utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.”

DA PRELIMINAR

Da arguição de nulidade do Auto de Infração

A Autuada entende que houve falhas na investigação fiscal, por não terem sido observadas todas as circunstâncias necessárias para a validade do lançamento, posto que a matéria objeto da autuação encontra-se “sub-judice”.

Pede, porquanto a isso, a suspensão da tramitação do presente PTA até que seja julgado o mérito da ação declaratória movida pela Coobrigada Rima Industrial S/A.

Clama pela sua exclusão da relação tributária, por ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo.

Aduz também, em fase preliminar, que os fatos relatados pelo Fisco não condizem com a situação fática ocorrida, vez que não se trataria, na espécie, de transferência de crédito de ICMS, mas de compensação de ICMS nas faturas de energia elétrica, por imposição judicial.

As Coobrigadas clamam pela nulidade do Auto de Infração porque a tipificação da peça fiscal seria imprecisa e improcedente e não traduziriam a ocorrência da pretensa irregularidade.

Sem razão, entretanto, as preliminares defensórias.

Conforme relato da Advocacia Geral do Estado, após demanda da Auditoria Fiscal, em razão da nulidade dos atos executórios de correção e transferência de créditos pela Rima à CEMIG, como restou decidido pelo acórdão prolatado no Agravo de Instrumento 000.168.783-9/00, de fls. 205/209, o Fisco podia e devia exercer seu direito/dever indisponível de formalizar o crédito tributário através do lançamento, como “esclarecido e reafirmado expressamente pelo acórdão prolatado na Apelação Cível 1.0000.00.313544-9/000”, de fls. 211/221, respeitando o valor de R\$ 2.143.698,48 (dois milhões, cento e quarenta e três mil, seiscentos e noventa e oito reais e quarenta e oito centavos) constante do anexo I da ação declaratória, que prevalecerá até eventual decisão favorável na ação rescisória em curso.

Ainda de acordo com o Representante da Advocacia geral do Estado, “todos os recursos cabíveis em relação às decisões judiciais referidas na presente manifestação” – recursos especial e extraordinário – “não possuem efeito suspensivo, mas mero efeito devolutivo”, não havendo, por conseguinte, a suspensão da exigibilidade do valor objeto dessa autuação, como expressamente relatado no acórdão da mencionada Apelação Cível.

No que se refere à legitimidade passiva da CEMIG, vale mencionar que esta decorre do fato desta empresa ter reduzido o seu ICMS a recolher através de créditos que lhe foram transferidos em excesso ao valor constante do anexo I da ação declaratória pelas Coobrigadas.

Com efeito, ao se utilizar dos créditos transferidos indevidamente a maior, deixou a Autuada de recolher ao erário a parcela devida de imposto, daí materializando-se a conduta perfeitamente tipificada pelos dispositivos legais infringidos.

Os dispositivos da Lei 6.763/75 e do Decreto que a regulamenta, elencados na peça fiscal, dão conta da injuridicidade da conduta reprovada, e que desencadeou no descumprimento da obrigação tributária principal pela Autuada, qual seja, o não recolhimento do tributo corretamente apurado, nos prazos estipulados pela legislação tributária.

Quanto à situação fática ocorrida, não há como negar a ocorrência

relatada no relatório fiscal, qual seja, a transferência de créditos das Coobrigadas para a Autuada, e que essas transferências tinham por fim a compensação de ICMS nas faturas de energia elétrica, por imposição judicial.

Importante mencionar que a decisão do TJMG determina que a CEMIG “receba créditos da apelada extirpando da conta de luz o valor do ICMS gerado por seu consumo”. Ora, o ato de receber, nesse caso, teve necessariamente de ser precedido por uma transferência de créditos, sendo possível a compensação apenas a partir desse procedimento.

Quanto aos dispositivos de conteúdo genérico suscitados na peça fiscal, estes remetem os sujeitos passivos ao alcance das regras previstas na legislação tributária, que uma vez descumpridos, prejudicam o direito da Fazenda Pública ao crédito tributário de que faz jus.

Sem embargos, o relatório do Auto de Infração, de fls. 03/04 dos autos, descreve com clareza e segurança a irregularidade imputada, tão acessível que possibilitou às Impugnantes a perfeita compreensão do que lhes foi imputado, porquanto combateu in totum o mérito da exigência.

Improcede, portanto, o requerimento de nulidade do Auto de Infração e demais argumentos preliminares.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre a transferência e compensação de parcela de ICMS além dos limites permitidos em decisão judicial proferida em ação declaratória.

Segundo o Fisco, foi constatado que a Autuada, no período de setembro de 1999 a março de 2000, utilizou créditos de ICMS transferidos indevidamente a maior pelas Coobrigadas. Tais transferências foram realizadas com fulcro em decisão judicial proferida em ação declaratória, reconhecendo à Rima Industrial S/A o direito de transferir créditos de ICMS limitado ao valor de 2.194.164,26 UFIR (dois milhões, cento e noventa e quatro mil, cento e sessenta e quatro UFIR e vinte e seis centésimos).

Ao recepcionar créditos em valores que totalizaram R\$ 19.859.770,71 (dezenove milhões, cento e noventa e quatro mil, setecentos e setenta reais e setenta e um centavos), gerou-se o excedente de crédito cuja glosa foi realizada no presente trabalho, baseado em Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais referente à apelação cível n.º 1.0000.00.313544-9/000, autuado às fls. 211/221.

Não merece prosperar a alegação de que as transferências de crédito objeto do presente Auto de Infração teriam sido feitas mediante decisão judicial, já que os limites da petição judicial foram acatados pelo Fisco. O que se discute e se cobra é o excesso de créditos transferidos indevidamente das Coobrigadas para a Autuada.

Resta comprovado nos autos que a Rima Industrial S/A foi acolhida nos dois pedidos que fez à Justiça: (i) corrigir créditos expressamente listados no anexo I de fls. 196/203 do presente PTA e (ii) transferir tais valores à CEMIG, em pagamento do ICMS incidente nas contas de energia elétrica.

Cumprir destacar que a Coobrigada nesse PTA delimitou livremente seu pedido ao listar os créditos cuja correção e transferência pretendia fazer à CEMIG. Referidos pedidos, como informa a Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, foram julgados procedentes, por decisão judicial transitada em julgado.

Havendo as Coobrigadas transferido, e a Autuada compensado o ICMS incidente nas contas de energia elétrica em valores que superaram o limite estabelecido através da ação declaratória, utilizou o Fisco o direito/dever de contra elas constituir o crédito tributário.

O limite de transferência dos créditos pela Coobrigada à Autuada, encontra-se claramente estabelecido no decurso judicial, conforme parte expositiva juntada às fls. 831 dos autos, quando afirma que “tal qual se fez na inicial, o pedido é determinado e indica precisamente os créditos a que se quer aproveitar” e “que esses créditos compreendem os havidos no período de janeiro de 1989 a abril de 1994”.

Prosseguindo na exposição, o eminente Desembargador afirma, categoricamente (documento de fls.836) “que caberia à apelada efetuar as compensações se atendo a seus limites, reservando-se ao fisco o direito de contra ela constituir crédito tributário caso entendesse que as compensações estariam se dando fora dos limites decididos”.

Outro ponto a se destacar é que a responsabilidade da CEMIG está estampada nos autos, em relação ao excesso, uma vez que os comunicados encaminhados pelo Juízo claramente indicavam que a CEMIG deveria receber os créditos em transferência nos limites da decisão. Assim, caberia à Impugnante peticionar junto ao Judiciário, no sentido de conhecer o real limite da decisão. Conforme documento de fls. 237, por exemplo, o Juiz de Direito Dídimo Inocêncio de Paula encaminha determinação à CEMIG deferindo “a compensação referente aos valores das contas do mês de setembro de 1999 no importe de R\$ 522.000,00 (quinhentos e vinte e dois reais –sic) sempre observando o limite existente para e/ou ainda por compensar” (Grifo não consta do original).

Por outro lado, a Autuada recebeu comunicado da então Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, prestando informações sobre o limite estabelecido da decisão judicial.

Se não bastasse, a Autuada foi chamada ao processo, em 15.07.1999, quando as transferências ainda estavam dentro do limite determinado pelo decisório judicial. Também nessa oportunidade, a Autuada não buscou segurança, não demonstrando qualquer interesse em conhecer o limite de transferência.

Cabe destacar, também, que a única ação inerente ao tema em curso é a Ação Rescisória interposta pela Fazenda Pública e que a ausência de definitividade em relação a ela não prejudica o presente lançamento, uma vez que a decisão favorável às Coobrigadas não altera o valor ora lançado. O oposto, a decisão favorável à Fazenda Pública, apenas ainda mais a Autuada, pois provocaria o lançamento complementar em relação ao limite da transferência mantida pelo Fisco em cumprimento da decisão judicial.

Inegável, portanto, a responsabilidade da Autuada e sua correta inclusão no pólo passivo da obrigação tributária.

No que toca às empresas indicadas coobrigadas, o primeiro ponto da defesa, versa sobre a ausência de limite para a transferência dos créditos para a Autuada. Quanto a isso, não lhe assiste razão, por tudo já mencionado em linhas anteriores, na abordagem da Impugnação da CEMIG.

Por outro lado, a manutenção dos estabelecimentos da Rima Industrial S/A como Coobrigadas no presente Processo Tributário Administrativo se justifica pelos atos por elas praticados – emissão de notas fiscais de transferência de crédito acima do valor autorizado por sentença judicial, redundando no não recolhimento do tributo pela Autuada, estando fundamentada especialmente no inciso XII, do art. 21 da Lei n.º 6.763/75, que trata da responsabilidade tributária, bem como no art. 124, I, do CTN.

Outro ponto aviado pela RIMA, diz respeito ao PTA em análise e os PTA n.º 01.000138816.37 n.º 01.000138817.18, cujos sujeitos passivos eram as atuais Coobrigadas, insurgindo contra a bitributação.

Versam aqueles feitos sobre a apropriação de parcela do produto da correção monetária de saldos credores de ICMS em desconformidade com aquela permitida à Impugnante por decisão judicial transitada em julgado.

Ao julgar o Agravo de Instrumento 000.168.783-9/00, de fls. 205/209 o Tribunal admitiu a correção monetária pelos índices oficiais, tendo, no entanto, a Rima Industrial utilizado de elementos estranhos a tais índices, como expurgos inflacionários e até juros de mora.

Nota-se, portanto, que a irregularidade descrita naqueles autos não condiz com o que está caracterizado neste PTA. Além do mais, a metodologia imprimida nos trabalhos fiscais que antecederam a este acusaram deficiência de recolhimento de ICMS naqueles períodos, que nada tem haver com os fatos geradores que ensejaram os débitos da Autuada que ora se exige.

Naquelas autuações, o ilícito é a atualização dos saldos credores por índices não autorizados pela decisão judicial. Nesta, estorno de crédito em transferência realizada em desacordo com o provimento judicial.

É bem verdade que o resultado apurado nos Autos de Infração anteriores provém dos débitos lançados no LRAICMS, correspondentes aos documentos fiscais emitidos para a transferência de crédito para a Autuada, uma vez que os débitos, ainda que impossíveis, não foram estornados pelo Fisco naquela ocasião.

E andou bem o Fisco, uma vez que aqueles valores foram repassados a terceiro, possibilitando a redução do saldo devedor do estabelecimento que recebeu os créditos.

Do ponto de vista econômico, o erário se viu reduzido apenas de uma parcela igual ao montante reduzido no recolhimento da Autuada, uma vez que as unidades Rima detinham saldo credor suficiente, não fossem as transferências realizadas,

É fato, portanto, que a bitributação reclamada pelas Coobrigadas poderá ocorrer, na hipótese de quitação do crédito tributário relativo ao presente lançamento. Neste caso, caberá à AGE estabelecer alternativas para invalidar os lançamentos anteriores.

Certo é que, enquanto não se entregar à Fazenda Pública a parcela que lhe é devida, não se pode alegar bitributação, sob pena de erário não receber sequer o que lhe é devido.

Certo, também, que em nenhuma hipótese os créditos poderão ser homologados à Autuada ou às Coobrigadas, por serem fictícios. Exceção haverá se novo provimento judicial reconhecer a possibilidade de atualização nos moldes praticados pelas Coobrigadas e ausência de qualquer limite para a transferência dos créditos.

Demonstrada, pelo exposto, a juridicidade do lançamento, haja vista que a Autuada utilizou créditos de ICMS transferidos indevidamente por Rima Industrial S/A, em flagrante desrespeito a decisão judicial.

Assim, não assiste razões às Impugnantes, sendo legítimas as exigências fiscais.

Os demais argumentos apresentados pelas Impugnantes não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Juliana Diniz Quirino e Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), que o julgavam improcedente. Pelas Coobrigadas, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Maurício Bhering Andrade. Participou também do julgamento, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Este voto é antagônico em relação aos votos vencedores.

Entendeu o fisco que a Coobrigada não poderia ter transferido os créditos para a Autuada, no montante que efetivamente foi transferido. Daí, porque entende como devido o ICMS e as penalidades constantes do auto de infração.

Porém, com todo o respeito, o trabalho fiscal não merece o respaldo ante a execução fiscal que já existe contra a Coobrigada em razão dos mesmos créditos ora perseguidos. Esta execução foi precedida dos processos administrativos 01.000138816-37 e 01.000138817-18, que, por suas vezes, foram gerados pela autuação fiscal contra a Coobrigada em razão do estorno de crédito por correção monetária apropriada indevidamente decorrente da decisão judicial. Estes autos de infração encontram-se no presente feito às fls. 789/790 e 791/792. É o que diz a Coobrigada, em sua peça às fls. 740, da qual não discorda o fisco, em sua manifestação de fls. 778.

Sendo assim, com todo o respeito, entendemos que o fisco está a perseguir duplamente os mesmos créditos. Se estes créditos chamados indevidos já foram exigidos das Coobrigadas, se foram eles transferidos à Autuada, não poderia desta e das mesmas Coobrigadas exigí-lo novamente.

Com todo o respeito, é o entendimento no qual me amparo para afirmar pela improcedência do lançamento em apreciação neste PTA.

A razão para assim decidir refere-se ao trabalho fiscal realizado, onde o fisco deveria, ao exigir o crédito tributário da CEMIG, em razão da transferência de crédito de ICMS

Conselheiro: Francisco Maurício Barbosa Simões

Acórdão: 16.978/05/1^a – (Publicado no “MG” de 12/05/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO. Constatada a apropriação indevida de créditos de ICMS, provenientes de documentos fiscais previamente declarados inidôneos pelo Fisco, resultando em recolhimento a menor do imposto. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso X do artigo 55 da Lei 6763/75. Alegações da Autuada insuficientes para descaracterizar as exigências fiscais. Infração plenamente caracterizada. Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, referente aos exercícios de 2003 e 2004, créditos esses provenientes de documentos fiscais previamente declarados inidôneos pelo Fisco, resultando em recolhimento a menor do imposto.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso X, artigo 55, Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 126/142, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 281/284.

Em sessão realizada em 08/03/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, defere-se o pedido de vista formulado por este Conselheiro Presidente, nos termos da Portaria nº 04, de 19/02/2001, marcando-se extra pauta para o dia 09/03/05.

Na oportunidade, em preliminar, os Conselheiros Juliana Diniz Quirino,

Francisco Maurício Barbosa Simões e Edwaldo Pereira de Salles decidiram: 1) converter o julgamento em diligência com retorno dos autos à origem, para que o Fisco manifeste-se sobre a validade dos carimbos fiscais apostos nos documentos declarados inidôneos; 2) exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contados da intimação, promova a juntada de cópias dos cheques relacionados em documentos anexados à peça impugnatória.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de imputação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, consignados em notas fiscais declaradas inidôneas pelo Fisco, emitidas nos exercícios de 2003 e 2004, acarretando, dessa forma, recolhimento a menor de imposto.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capitulada no inciso X, artigo 55, Lei 6763/75.

O direito ao crédito, garantido pelo princípio constitucional da não cumulatividade, não se confunde com as providências formais exigidas para o seu exercício. O direito é amplo, submetendo-se unicamente aos limites constitucionais, mas seu exercício depende de normas instrumentais de apuração.

A Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 23 e atendendo à determinação constitucional, preconiza que o direito ao crédito só é reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias e é condicionado à idoneidade da documentação, bem como à sua escrituração nos prazos e condições estabelecidas na legislação. Não havendo débito devidamente formalizado, prejudicado ficará o registro do crédito.

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

A Lei Complementar 87/96 introduziu a exigência de escrituração idônea, a fim de que a apuração do imposto devido pudesse prevalecer, mantendo a consonância com a Lei Federal nº 6.404/76 e os princípios contábeis geralmente aceitos.

A falta de instrumentalização necessária para o exercício do direito, que depende exclusivamente do interessado, não implica qualquer inconstitucionalidade, já que o direito mantém-se pleno e intacto aguardando sua regular fruição, salvo a ocorrência da decadência do direito.

No que concerne ao estorno de créditos propriamente dito, consubstanciado pela declaração de inidoneidade dos documentos fiscais pertinentes, verifica-se, a priori, que os atos declaratórios foram publicados em datas anteriores ao início da ação fiscal empreendida pelo Fisco.

Os atos declaratórios estão presentes nos autos às fls. 13/14. As notas fiscais, às fls. 41/123.

Os documentos fiscais foram declarados inidôneos nos termos do artigo 134 do RICMS/02, vigente à época da emissão dos referidos.

Art. 134 - Considera-se inidôneo o documento fiscal:

I -

II - não enquadrado nas hipóteses do artigo anterior e com informações que não correspondam à real operação ou prestação;

(...)

§ 1º - Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se, dentre outras hipóteses, inidôneo o documento:

I - de contribuinte que tenha encerrado irregularmente sua atividade;

O ato declaratório de inidoneidade ou falsidade 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 o efeito *ex tunc* dos atos declaratórios, 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.

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*)”.

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, explícita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória e não natureza normativa, ao contrário do alegado pela Autuada.

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, no intuito de legitimar o creditamento, 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, já que, em se tratando de documento fiscal inidôneo, a única exceção contemplada na legislação está condicionada à prova concludente

de que o imposto tenha sido corretamente recolhido, prova esta não produzida pela Impugnante.

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

I - IV -

V - a operação ou prestação estiver acobertada por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago.(Grifado)

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 a alegação de efetividade das operações, considerando-se carimbos fiscais nos documentos ou supostos cheques referentes às transações.

Relativamente à Multa Isolada, verifica-se que o Fisco corretamente aplicou a penalidade de 40%, prevista no inciso X, artigo 55, Lei nº 6.763/75, pela utilização dos documentos inidôneos, sendo que a Multa de Revalidação (50%) encontra amparo no inciso II, artigo 56, do mesmo diploma legal.

Assim, infere-se que a glosa de crédito promovida pelo Fisco encontra respaldo na legislação tributária em vigor, não havendo que se falar em quebra do princípio da não cumulatividade ou mesmo em confisco, aplicando-se, no que couber, o disposto no inciso I, artigo 88, 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.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/2001, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 08/03/05. Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar as proposições de diligência e interlocutório formuladas pela Conselheira Juliana Diniz Quirino. Vencidos, a proponente e o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões. Na oportunidade, o Conselheiro Edwaldo Pereira Salles retificou seu voto anterior. No mérito, por maioria de votos, julgou-se procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários e da Conselheira vencida, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Consta do Auto de Infração sub judice que foi constatada a falta de recolhimento de ICMS, no período de 01.12.2003 a 30.04.2004, em razão do aproveitamento indevido de créditos provenientes de notas fiscais declaradas inidôneas, emitidas pelas empresas Distribuidora de Ferro e Aço Vieira e Francelino Ltda. e Trapézio Produtos Siderúrgicos Ltda., atos declaratórios 03223060000898 e 13672060001242, respectivamente.

São empresas inscritas no Estado do Rio de Janeiro, emitentes de notas fiscais de venda de carvão coque, no valor de R\$1.143.790,00.

Foi exigido ICMS, MR, MI (55, X) e juros moratórios, devido à infringência aos artigos: 16, VI, IX e XIII, da lei 6763 – 69, par. único; 70, V; 96, XIII e XVII, do RICMS/02.

Instruíram-no os documentos de fls. 02, 05-125.

** relação das notas fiscais (Distribuidora de Ferro e Aço Vieira e Francelino Ltda. – 15 a 20.12.03; e Trapézio Produtos Siderúrgicos Ltda. – 16.02.04 a 14.03.04) – fls. 09-10

** informação Sicafe - Distribuidora de Ferro e Aço Vieira e Francelino Ltda. - ato declaratório 03223060000898, de 18.10.2004 – encerramento irregular das atividades (docs. a partir de 02.10.03) – fl. 13

** informação Sicafe - Trapézio Produtos Siderúrgicos Ltda. - ato declaratório 13672060001242, de 15.09.04 – empresa fictícia – fl. 14

** cópia do LRE – fls. 15-40 → quase todas as NFs de entrada são de MG e não geram crédito

** cópia das notas – fls. 41-123 → todas têm carimbo de PF, não foi destacado o comprovante de recebimento, transportador: 'emitente'

Não se conformando com a acusação, a Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 126-142.

Esclarece, inicialmente, que tem por atividade a fabricação e comercialização de ferro gusa; e que, em seu processo industrial, consome, na condição de matéria-prima, carvão vegetal ou mineral. Ressalta que apenas 10% deste volume é de carvão coque, utilizado em substituição ao carvão vegetal, por questões estratégicas.

Frisa que todas as operações descritas ocorreram de fato e de direito, que houve efetiva entrada de mercadoria no estabelecimento, com registro e escrituração dos documentos fiscais, bem como pagamento aos fornecedores.

Argumenta que:

- as mercadorias circularam e foram vistoriadas pelos postos fiscais (carimbos apostos);

- houve efetivo pagamento das operações (junta cópia dos registros contábeis, onde se vê a contabilização dos pagamentos, através de cheques – fls. 143-148);

- o encerramento irregular de atividades não invalida as operações anteriormente realizadas e não há que se falar em empresa fictícia, se ela possui inscrição estadual e autorização para impressão de notas fiscais.

Para comprovar a legitimidade, efetividade e realidade das operações, junta: planilha de produção e controle de estoque de ferro gusa (fls. 232-245), cópia das informações prestadas ao IEF, de jan. a julho/04, informando o consumo de coque (fls. 246-252); e cópia das fichas de materiais – carvão coque (fls. 253-270).

Dispõe a legislação mineira que os créditos decorrentes de documentos inidôneos só podem ser aproveitados na hipótese de se comprovar o recolhimento do imposto, na origem.

No entanto, é de se considerar que, economicamente, o tributo é transferido para o adquirente pelo mecanismo dos preços. Assim, realizada a operação e quitada a dívida, cessam as responsabilidades do adquirente quanto à esta etapa comercial. A falta de repasse do imposto, ao Estado, pelo vendedor/emitente, não pode ser imputada à compradora.

Com efeito, o ICMS é um imposto indireto, onde o contribuinte de fato é o adquirente da mercadoria, sendo o remetente considerado contribuinte de direito.

Tratando-se de operações e prestações efetivamente realizadas, não há que se impedir o direito ao crédito, sob a assertiva de que o emitente das notas fiscal é inidôneo (art.23 da LC n.º 23/96).

No caso sub judice, o contribuinte juntou aos autos documentos que conduzem à presunção de que as operações ocorreram tal como descritas nos documentos impugnados.

Para que se tivesse maior segurança quanto a isso, seria necessário que o Fisco informasse se os carimbos apostos nos documentos estavam sendo utilizados nas datas e locais mencionados; bem como a Autuada juntasse cópia dos cheques referentes aos pagamentos das notas fiscais declaradas inidôneas, destacando o titular e a conta na qual foram depositados.

Na ausência desta providência, prevalece a dúvida, que, em uma relação tributária, pende a favor do contribuinte, como o diz o art. 112 do CTN.

Por todo o dito, julgo improcedente o lançamento.

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Acórdão:17.102/05/1ª – (Publicado no “MG” de 14/07/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado que a Autuada aproveitou extemporânea e indevidamente créditos de ICMS, em razão de diferença ocorrida entre a base de cálculo utilizada na retenção do imposto e a base de cálculo utilizada na venda da mercadoria a consumidor final. Inobservância ao disposto no artigo

166 do CTN, bem como de norma idêntica da CLTA/MG. Infração plenamente caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Aos 08 de novembro de 2004, tiveram início os trabalhos de fiscalização do estabelecimento epigrafado, relativamente ao período de 01.01.2000 a 30.09.2004.

Findos estes, constatou-se o creditamento extemporâneo indevido de ICMS, no mês de fev./01, indeferido pelo coordenador de fiscalização, em 13.03.2001, por não atendimento ao disposto no art. 166 do CTN, bem como de norma idêntica da CLTA/MG.

Foi, então, lavrado Auto de Infração, para se exigir ICMS, MR e MI (artigo 57, da Lei nº 6763/75), em razão da infringência ao art. 16, IX e XIII, da Lei 6763/75.

Não se conformando com o lançamento efetuado, a empresa autuada apresentou, regular e tempestivamente a Impugnação de fls. 16 a 25.

Pede, ao final, seja decretada a nulidade do Auto de Infração e do crédito tributário correspondente, mantendo-se o creditamento feito em fev./01. Alternativamente, em sendo mantido o AI, que seja reduzido o crédito aos casos em que tenha sido comprovadamente repassado o ônus do imposto ao consumidor final.

Requer, ainda, seja reconhecida a existência de crédito de ICMS em seu favor, a ser levantado sobre o valor de todos os tributos incidentes sobre o frete e comprovadamente não repassados.

O Fisco refutou a defesa, em Manifestação fiscal de fls. 69 a 76.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre o estorno de créditos extemporâneos de ICMS não autorizados pelo Fisco mineiro.

- TIAF n. 10.040001637.25, de 08.11.2004 (fl. 02);
- recomposição da conta gráfica (fl. 15).

No dia 08 de março de 2001, foi encaminhado, pela empresa Impugnante à Administração Fazendária de Divinópolis, requerimento de homologação de creditamento extemporâneo de ICMS por ela efetuado no mês anterior.

Referido creditamento teria sido feito após o contribuinte ter ciência, pela Consulta n. 141/27.09.00, “de que a alíquota de ICMS incidente no setor automotivo, especificamente sobre o frete que paga sobre o transporte de veículos novos que adquire para revenda, é de 12% em vez de 18%”.

A homologação pretendida foi negada pelo coordenador de fiscalização, nos termos do Parecer de fls. 12 a 13.

- Requerimento de homologação do creditamento efetuado, dirigido ao chefe da Administração Fazendária em Divinópolis/MG (diferença de alíquota erroneamente aplicada, relativa a fretes de veículos automotores) – datado de 08.03.2001 – protocolo n. 300486 – base: Consulta 141/2000 (fl. 09 a 11);

- Parecer do coordenador de fiscalização, Sr. João Martins Donizete (fls. 12-13) – indeferimento 13.03.2001 – no tocante ao período de jan./96 a jan./99, considera que o débito repercutiu em terceiros, sendo a requerente mera intermediária na cadeia negocial, pelo que aplicável o art. 166 do CTN. Período posterior a fev./99: “ao que se refere ao pagamento a maior da ST pela entrada não há dúvidas do direito à restituição e por conseguinte ao creditamento daquele excedente nos termos dos demonstrativos trazidos à baila e no mérito do pedido estamos acordes. Entretanto no 1º caso (o recolhimento a maior ocorreu via saída), o débito repercutiu em 3ºs sendo que a ora requerente, intermediária na cadeia negocial, repassou o encargo do imposto”. (...) Salaria que, mesmo acorde ao que se refere ao mérito do creditamento do ICMS/ST do frete, este só pode ser abatido a partir da autorização ou do deferimento de restituição (CLTA, art. 41), donde a DAPI e a apuração de fev./01 estão erradas;

- Ofício 024/01, de 16.03.2001 (fl. 14) – orienta a empresa a proceder ao pedido de restituição.

Convém a análise dos fatos que emolduram a lide.

Estabelece a legislação do Estado de Minas Gerais que o valor do frete compõe a base de cálculo do imposto relativo ao veículo vendido pela Montadora às Concessionárias.

Art. 44 – (...)

§ 6º - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, observado o disposto nos §§ 7º a 13, será:

(...)

2) em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

2.2) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço

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;

Considerando que, no momento da emissão da nota fiscal de venda, a Montadora não tem conhecimento do valor a ser pago pelo frete, foi a destinatária responsabilizada pelo recolhimento desta diferença.

No período de janeiro/1996 a janeiro/1999, este recolhimento era efetuado lançando-se os valores do ICMS/frete na conta corrente fiscal do contribuinte. Após este mês, passou a ser pago separadamente, pela sistemática da substituição tributária.

Ao calcular o montante a ser recolhido, a empresa autuada fazia-o à alíquota de 18%, quando aplicável ao setor automotivo a de 12%.

Patente, portanto, o excesso no recolhimento de imposto aos cofres estatais. Fato este reconhecido pelo agente fiscal, ao se negar a homologar o creditamento pleiteado.

O que ensejou o indeferimento, relativamente aos créditos acumulados até janeiro/1999, foi o fato de entender que o valor total devido a título de frete, no qual está incluído o imposto, ter sido suportado efetivamente pelos consumidores finais dos veículos.

“Não obstante tenha havido uma aplicação errônea da alíquota interna de 18% quando a correta seria de 12% e, em decorrência, recolhimento a maior indevido do ICMS referente ao frete complementar da base de cálculo da substituição tributária (...), o recolhimento ocorreu pela sistemática de débito e crédito, junto com as demais operações, não havendo, portanto, como provar a assunção do ônus financeiro ou trazer a autorização do terceiro que assumiu o recebimento, requisitos indispensáveis ao atendimento do pleito de restituição”. (Manifestação fiscal)

Em sua peça de defesa, a empresa Impugnante afirma ter suportado o ônus de todo o tributo incidente sobre o frete, o que a transformaria, de credora da diferença, em credora de todo o valor não transferido para o consumidor.

Pondera que o Fisco não hesitou em impor o art. 166 do CTN, ao período anterior a fev./99; mas, embora reconhecendo seu direito, quanto aos meses subseqüentes, absteve-se de aplicar o 165, I, do mesmo diploma.

Em tópico específico, tece comentários acerca do art. 166 do Código Tributário:

“Há provas mais do que evidentes de que a Impugnante não repassa aos consumidores finais de suas mercadorias todo o ICMS sobre o próprio automóvel que revende, quanto mais sobre o frete, despesa meramente acessória.

(...) Insistir no fato de que pelo simples fato de ser tributo indireto o repasse é automático é desconhecer a realidade fiscal do Estado de MG”.

Afirma ser fácil comparar as bases de cálculo sobre as quais o tributo é calculado, na aquisição para revenda, e aqueles preços de venda efetivamente praticados, invariavelmente inferiores.

- cópia de notas fiscais de aquisição e de revenda de veículos: bc sobre a qual o tributo é calculado > preço de venda (fls. 33 a 63).

Exemplifica com quadros demonstrativos da formação de preço de compra e revenda (fls. 22 a 24); e comenta, em um dos casos:

“o veículo Astra foi adquirido para ser revendido por R\$38.142,00 (esta é a base de cálculo do ICMS-ST), mas só foi revendido por R\$35.000,00. Se ele foi vendido por preço inferior à base de cálculo sobre a qual foi recolhido o ICMS-ST,

por óbvio que nem todo o imposto recolhido repercutiu no consumidor final. Daí a conclusão necessária: por certo que parte alguma do ICMS incidente sobre o frete foi repassada.

É importante ressaltar que, nestes casos, não interessa se o ICMS do frete foi destacado na NF (ou mesmo o próprio frete), o que interessa, segundo o próprio art. 166 do CTN, aliás, é a prova de que quem assumiu o encargo foi o próprio contribuinte de direito”.

A aplicação do artigo 166 do CTN é complexa e o encargo atribuído ao contribuinte demanda hercúleo esforço para ser cumprido. Nas palavras do fiscal autuante, ‘não há como provar a assunção do ônus financeiro’.

Reza o indigitado dispositivo legal que:

“a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

Ilógico seria imaginar que o legislador autorizasse uma restituição e impusesse condições que, na prática, não pudessem ser cumpridas. A prova da assunção do ônus deve ser feita através dos meios disponíveis ao contribuinte.

Nesta linha, a empresa faz jus à restituição do imposto pago a maior, nas operações em que o preço de venda do bem for inferior à base de cálculo do imposto (o que claramente demonstra que não houve repercussão ou repasse do ônus ao consumidor).

No entanto, a CLTA/MG condiciona esta restituição ao prévio deferimento de seu pedido, não podendo esta instância suprir este ato administrativo. Por força do art. 88, I, desta Consolidação, não poderá ser analisado seu confronto com o CTN, art. 165, I, e, via de consequência, deve ser julgado procedente o lançamento.

CLTA - Art. 36 - A restituição de importância paga indevidamente a título de tributo ou penalidade depende de requerimento contendo:

(...)

§ 2º - A restituição de tributos que comportem transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove havê-lo assumido, ou, no caso de o ter transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Art. 41 - Deferido o pedido, a restituição se efetivará:

I - sob a forma de aproveitamento de crédito, no caso de contribuinte de ICMS;

O creditamento, pelo contribuinte, de um dado valor recolhido a título de ICMS, depende de três fatores: ter sido indevidamente pago aos cofres públicos, não ter sido repassado a terceiros e ter sido objeto de prévio pedido de restituição. Esta a inteligência do art. 36, I, c/c art. 41 da CLTA supra citados.

A falta de preenchimento de um ou mais requisitos não autoriza o creditamento.

A empresa não fez pedido administrativo de restituição dos valores ora estornados, apenas requereu a homologação do creditamento já efetivado. Poderá vir a fazê-lo, a qualquer momento, relativamente àqueles não alcançados pela decadência, demonstrando a assunção do ônus.

Por fim, importante anotar que, com relação ao valor de restituição referente ao período de fevereiro/1999 a agosto/2000, pago em DAE distinto sob a modalidade de ST pelas entradas, o fiscal autuante, em sua Manifestação, informa que “não foi objeto de autuação, já que não houve repasse do ônus financeiro a terceiros. O creditamento foi condicionado à autorização ou ao deferimento de restituição nos termos do artigo 41 da CLTA, no parecer emitido pelo Coordenador de Fiscalização. Como se tratasse de requisito formal que não prejudicou o mérito da questão, foi homologado e ratificado no presente AI”.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Jovê Silmar Guerra Bernardes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 16.638/05/2ª – (Publicado no “MG” de 16/02/2006)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Os elementos constantes dos autos comprovam que a Autuada emitiu documentos fiscais que não corresponderam efetivamente a saídas de mercadorias do estabelecimento, uma vez que este jamais teve existência real, mas apenas documental, conforme provas indiciárias apresentadas pelo Fisco e não descaracterizadas pela Autuada. Correta a aplicação da sanção prevista no artigo 55, inciso III, da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – Utilização de crédito de imposto decorrente de registro de documentos fiscais que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento, porque este não existia de fato e porque os documentos estavam destinados ou com informação de entrega em outros locais. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI, art. 55, inciso IV, da Lei 6763/75.

Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes infrações:

1- Emissão de documentos fiscais que não correspondem efetivamente a saídas de mercadorias do estabelecimento, no período de janeiro a maio de 1997. Exigência da multa isolada capitulada no artigo 55, inciso III, da Lei 6763/75.

2 - Utilização de crédito de imposto decorrente de registro de documentos fiscais que não correspondem a entradas de mercadorias no estabelecimento, no período de janeiro a abril de 1997. Exigência de ICMS, MR e MI, art. 55, inciso IV, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e através do seu representante legal, Impugnação às fls. 398 a 403, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 424 a 426.

AAuditoria Fiscal, em parecer de fls. 430/432, opina pela improcedência do lançamento.

Em 18/11/2003 (fl. 433), a 2ª Câmara de Julgamento, converte o julgamento em diligência para que o Fisco preste informações e apresente documentos.

O Fisco se manifesta às fls. 435 e apresenta os documentos de fls. 436/442.

Regularmente cientificada da juntada de documentos (fl. 446), a Autuada não se manifesta.

AAuditoria Fiscal, em parecer de fls. 452/454, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

O presente feito refere-se à emissão, entre janeiro e maio de 1997, de documentos fiscais que não correspondem a saídas de mercadorias do estabelecimento da Autuada, e a utilização, no período de janeiro a abril de 1997, de crédito de imposto decorrente de registro de documentos fiscais que não correspondem a efetivas entradas de mercadorias no estabelecimento.

Foram estornados os créditos da Autuada, conforme relação de fls. 374/380 e aplicadas as multas isoladas previstas no artigo 55, incisos III e IV, da Lei 6763/75:

Art. 55 – As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

...

III – por emitir documento fiscal que não corresponda efetivamente a uma saída de mercadoria, a uma

transmissão de propriedade desta ou ainda a uma entrada de mercadoria no estabelecimento – 40% (quarenta por cento) do valor da operação indicada no documento fiscal;

IV – por utilizar crédito do imposto decorrente de registro de documento fiscal que não corresponda à utilização de prestação de serviço ou ao recebimento de bem ou mercadoria – 40% (quarenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;

...

O motivo que ensejou tais imputações é a constatação, pela fiscalização, de que a Autuada não exercia nenhuma atividade na Rua Balbina Gonçalves Barbosa, n.º 62, município de Prudente de Moraes, endereço no qual se encontrava registrada, durante o período fiscalizado, no cadastro de contribuintes da SEF/MG.

Apesar de a Autuada ter emitido documentos (fls. 94/139) e escriturado livros fiscais (fls. 15/93), o Fisco constatou, conforme provas carreadas aos autos, que as saídas ou entradas declaradas não se realizaram de acordo com as informações estampadas nos documentos, já que, repita-se, o estabelecimento, situado à Rua Balbina Gonçalves Barbosa, 62, nunca funcionou, ou seja, não recebeu, tampouco promoveu saídas de mercadorias.

Documentalmente, a empresa autuada funcionou à Rua Balbina Gonçalves Barbosa, 62, Prudente de Moraes/MG no período de 28.10.1996 a 09.04.1997 (fls. 231/232).

Vale destacar os documentos que tratam da constituição da empresa e das subseqüentes alterações efetuadas:

- Em 22.09.1992, a empresa foi constituída, com endereço à Rua Brasília, 962, no Centro de Prudente de Moraes/MG, conforme Contrato de Constituição da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada, fls. 217/220;

- Em 30.11.1995, criou-se a filial número 1 (um), localizada à Rua Grão Para, 424, no Bairro Santa Efigênia, em Belo Horizonte/MG, para comercialização de gêneros alimentícios, conforme 4ª Alteração Contratual, fls. 226/230;

- Em 28.10.1996, através da 5ª Alteração Contratual, fls. 231, alterou-se a sede da Av. Brasília, para a Rua Balbina Gonçalves Barbosa;

- Em 10.04.1997, novamente alterou-se a sede da Rua Balbina Gonçalves Barbosa, 62, para a R. VPI s/n Penitenciária Nelson Hungria em Contagem/MG, conforme 6ª Alteração Contratual, fl. 232.

Apesar das informações documentais, o Fisco logrou demonstrar, através de um conjunto de provas indiciárias, que a Autuada jamais exerceu atividades na Rua Balbina Gonçalves Barbosa, 62, em Prudente de Moraes. Comprovam as assertivas fiscais os seguintes elementos:

- Boletim de Ocorrência nº 226 de 12.05.1997 (fls. 237/238) dando notícia de que nada funciona no local (Rua Balbina Gonçalves Barbosa) e que a energia elétrica do local estava cortada. Informa ainda que a Testemunha nº 03, Márcia Penha da Silva, declarou que foi contratada para trabalhar na tal firma,

recebeu o primeiro salário e nada mais e a Testemunha nº 04, Sra. Vera Sales Silva, declarou que recebe em dia os aluguéis, mas “nunca viu nada funcionar naquele local”. O policial militar acrescenta que em 23/04/1996 foi atendida uma ocorrência de nº 175, de apoio à fiscalização volante da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte pelo mesmo motivo no endereço.

- A inscrição estadual da Autuada somente foi liberada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais em cumprimento ao Mandado de Segurança nº 4719-5 (fls. 329/339), apesar das seguintes irregularidades: certidão positiva dos sócios e funcionamento de outro contribuinte no local (I.E. 536.554642.0023).

- Relatório de Diligência fiscal (fl. 340) com o seguinte teor: “Em diligência levada a efeito junto ao Estabelecimento sito à Rua Balbina Gonçalves Barbosa, nº 62, Centro – Prudente de Moraes-MG na data de 11/05/97, através dos Agentes do Fisco assinados abaixo e mediante Ocorrência Policial de nº 175 ficou constatado “IN LOCO” inclusive com prova testemunhal nela firmada que a empresa Prudente Prestação de Serviço Ltda jamais funcionou neste endereço bem como jamais produziu refeições naquele estabelecimento. Que desde a concessão da inscrição (18/12/96) a empresa vem emitindo Nota Fiscal sem a correspondente saída física da mercadoria. ... Que a empresa emitiu as Notas Fiscais nº 000002 em 01/01/97 referente a 8266 desjejuns no valor de R\$ 5.182,38 e 5.633 referente ao período de 01/10/96 a 31/10/96, período este anterior a data autorizativa para confecção da N.Fiscal (aut. nº 00075926/1996 de 20/12/96 e impressa em 27/12/96). Idem para as N.Fiscais nº 000003, 000004, 000005 (esta última até 26/12/96) com mesmo procedimento irregular.”

- Memorando Interno de 20/12/96 (fls. 344/345) da Auditoria da SEF/MG, cujas informações foram obtidas junto à Auditoria Interna da Secretaria de Estado da Justiça – SEF, dando conta que a empresa Prudente Prestação de Serviços Ltda. forneceu alimentação para as Penitenciárias Estevão Pinto e Nelson Hungria nos períodos de julho/95 a abril/96 e abril/95 a setembro/96, respectivamente, e que CULINÁRIA é o nome fantasia das empresas Prudente Prestação de Serviços Ltda. e Bias Fortes Comércio e Indústria Ltda. constituídas pelos mesmos sócios: Éder Ribeiro Dias e Orrison Manoel Louro. Observação: Apesar de algumas notas fiscais emitidas pela Autuada no período de janeiro a maio de 1997 estarem destinada à Secretaria do Estado da Justiça, supostamente referentes a refeições fornecidas no período de outubro a dezembro de 1996, janeiro a abril de 1997 às penitenciárias (fls. 95/99, 113/116, 134/139) o Memorando da Auditoria da SEF/MG não reconhece fornecimento da alimentação em tal período.

- O endereço citado na maior parte das notas fiscais registradas pela Autuada (Rua Padre Marinho, 319, Santa Efigênia – BH/MG) é o local onde funcionou, no período de 01/10/92 a 10/10/97, a empresa Bias Fortes Comércio e Indústria Ltda. (fls. 357/358), dos mesmos sócios da Autuada, indicando que as mercadorias supostamente adquiridas sequer foram entregues no estabelecimento autuado.

- As Notas Fiscais - Contas de Energia Elétrica (fls. 440/442), indicam a Sra. Vera Sales da Silva como titular e dão conta de que no período de dez/96 a jun/97 o consumo de energia elétrica no endereço da Autuada foi muito pequeno

Vale lembrar que a Sr. Vera declarou que “nunca viu nada funcionar naquele local” (fl. 238).

Registre-se que após diligência proposta pela Câmara de Julgamento em 18/11/2003 (fl. 433), restou comprovado que apesar da Sra. Vera Sales da Silva não ser a efetiva proprietária do imóvel (Rua Balbina Gonçalves Barbosa, 62), era responsável por ele, constando inclusive como titular nas contas da CEMIG. E mais, o nome do Sr. Vigilato Pires de Sales, proprietário do imóvel e locador constante do Contrato de Locação, fls. 436/437 é o mesmo constante do Boletim de Ocorrência da Polícia Militar, fl. 237, no campo destinado à indicação do pai da Envolvida, Sr. Vera Sales da Silva.

Importante observar ainda a situação das notas fiscais de aquisição da Autuada, normalmente destinadas a outros estabelecimentos, ou com indicação de entrega em outros locais, ainda que destinada à Autuada. Não fossem os demais elementos apresentados pelo Fisco, tais notas fiscais não poderiam gerar créditos para a Autuada, em razão do disposto no artigo 70, inciso VIII, do RICMS/02:

- várias notas fiscais, apesar de escrituradas pela Autuada em seu livro Registro de Entradas, sequer estavam endereçadas a ela, a exemplo dos documentos de fls. 141, 142, 144, 146, 149, 150, 159, 163, 166, 195, 196, 198, 199, escriturados no LRE, conforme cópias de fls. 16/19 e 26/27. Mencionados documentos se destinavam à Prudente Prestação de Serviços Ltda. estabelecida à Rua Padre Marinho, 319, no Bairro Santa Efigênia, em Belo Horizonte/MG. Em alguns casos (exemplo fls. 140, 143, 160, 167, 168, 169, 192, 193, 194, 197, 200, 202, 203, 206, 207, 209) havia informação para que a entrega fosse feita à Rua Pirite, 458, no Bairro Esplanada, em Belo Horizonte, ou à Rua Padre Marinho, 319, em BH/MG. Todas as notas fiscais referem-se a materiais de construção.

- Em algumas notas fiscais, apesar de destinadas à Autuada (ou à Av. Brasília, 962, Prudente de Moraes/MG), havia informação para entrega na Rua Padre Marinho, 319, em BH/MG, à exemplo dos documentos de fls. 153, 154, 156 ou Av. dos Andradas, também em BH/MG, à exemplo das fls. 155.

- Apesar de registrar uma grande quantidade de notas fiscais de aquisição de materiais relacionados à construção civil, quase sempre destinados ou para entrega em outros locais, a Autuada não logrou comprovar ter efetuado obras no estabelecimento objeto da ação fiscal, Rua Balbina Gonçalves, ao contrário, o balancete de fls. 316, indica a realização de obras na loja da Rua Grão Pará, em Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG.

A Autuada junta Alvará de Licença para Localização (fl. 252), livro Registro de Empregado (fls. 253/314), balancete (fls. 315/322) e nada mais. Até mesmo o registro de empregados apresentado é frágil se considerada a declaração prestada por uma das funcionárias (Márcia Penha da Silva, fls. 237/238) no sentido de que foi contratada, recebeu o primeiro salário, mas nunca trabalhou. Além do registro, a Autuada não apresentou comprovantes de pagamentos de salário ou contribuições sociais.

Também não conseguiu comprovar a realização de operações de entradas e saídas no estabelecimento autuado, pois não apresentou um único

comprovante de pagamento pelas aquisições realizadas ou recebimento pelo fornecimento de alimentação. Resta assim demonstrado que a existência do estabelecimento no local objeto da autuação é somente documental e não real, legitimando as exigências de ICMS, MR e multas isoladas.

Mencionados os aspectos fáticos atinentes ao presente lançamento, resta concordar com o procedimento adotado pelo Fisco, no sentido de concluir pela inexistência do estabelecimento no endereço inscrito e também das operações de entradas e saídas noticiadas em documentos fiscais, a partir da existência de fortes elementos indiciários e da inexistência de provas em sentido contrário.

De acordo com Maria Rita Ferraguti, 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 a mesma autora, a presunção pode ser aplicada no direito tributário, sem ferir qualquer de seus princípios, desde que os indícios sejam graves, precisos e concordantes, ou seja, as relações do fato conhecido com o fato desconhecido sejam tais que a existência de um estabelece, por uma forte indução, a existência do outro; inexista prova em contrário, apesar de ser possível apresentá-las e 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 as exigências fiscais tal como demonstradas no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Relator), que o julgava improcedente nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora). Participaram do julgamento, além dos signatários, Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 17.088/05/3ª – (Publicado no “MG” de 22/09/2005)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. Constatado

aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de parcela de imposto não cobrada e não paga pelo fornecedor ao Estado de origem, em virtude da concessão de benefício sem aval do CONFAZ, bem assim deixou de proceder ao estorno de crédito por entradas de mercadorias na proporção da redução de base de cálculo das respectivas saídas em operações internas. Recomposta a conta gráfica, apurou-se recolhimento a menor de tributo. Reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 452/468. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de ICMS e Multa de Revalidação, referentes ao período fiscalizado compreendido entre abril a agosto de 2003, em razão da constatação de recolhimento a menor do imposto, apurado em recomposição de conta gráfica, em decorrência de:

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS, relacionados com aquisições interestaduais de mercadorias, cujos remetentes gozavam de benefício fiscal nos Estados de origem, concedido unilateralmente, isto é, sem aquiescência do CONFAZ, contrariando a Resolução SEF/MG n.º 3.166/01;
- falta de estorno de crédito por aquisições vinculadas a saídas com redução de base de cálculo.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de representante legal, Impugnação às fls. 398/400, aos seguintes argumentos:

- a Fazenda Pública, ao legislar por resoluções, quebra o princípio da hierarquia das leis e coloca o contribuinte em situação embaraçosa, mesmo porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- Minas Gerais, na tentativa de estancar os efeitos da guerra fiscal, alveja a parte mais fraca, o contribuinte;
- não se pode vedar o crédito, estando o imposto incluso no preço da mercadoria adquirida, independentemente da alíquota de venda, sob pena de redundar em ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Ao final, pede o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco, em manifestação de fls. 434/438, refuta as alegações da defesa, apresentando em síntese os seguintes fundamentos:

- a Resolução SEF n.º 3.166/01 é ato administrativo, editado com o único propósito de tornar público e esclarecer aos adquirentes de mercadorias de outros Estados as restrições legais ao crédito - quanto e sobre quais aquisições -, decorrentes de concessões unilaterais de benefícios, isto é, sem observância de convênio interestadual;
- cita os artigos 150, § 6º e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, ambos da Constituição Federal de 1988;
- os benefícios fiscais vinculados ao ICMS, para produzirem efeitos

válidos extraterritorialmente, devem respeitar os convênios interestaduais celebrados nos termos da Lei Complementar n.º 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988;

- a obrigação de estorno de crédito por entradas na proporção da redução da base de cálculo pelas saídas internas se impõe pelo RICMS/96, especificamente através dos artigos 70, § 1º; 71, inciso IV e 72 da Parte Geral, e do item 23.4 do Anexo IV, bem como do artigo 31, § 1º da Lei n.º 6.763/75;

- a redução de base de cálculo trata-se de benefício fiscal, e, para sua fruição o Regulamento do ICMS exige, em contrapartida, a minoração do preço ao consumidor, constituindo a parcela de redução uma isenção parcial, logo, validando-se constitucionalmente a glosa admitida pelo artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “b”;

- a redução de base de cálculo é opcional, nada impedindo que o contribuinte a relegate e se utilize da sistemática comum de débito x crédito;

- no entanto, se o contribuinte optar pela redução da base de cálculo, obriga-se a estornar o crédito correspondente à parcela de alíquota que exceda a da saída;

- cita, ainda, o artigo 62, § 1º, do RICMS/MG, para a definição do que vem a ser “imposto cobrado”;

- cita decisões do CC/MG.

Ao final, pugna pela procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 441 a 449, opina pela procedência do lançamento.

A 1ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 26 de maio de 2004 deliberou converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco, que reformulou o crédito tributário (fls. 452 a 468).

Regularmente é concedida vista dos autos à Impugnante que se manifesta a respeito da reformulação do crédito tributário às fls. 485 a 490.

A Auditoria Fiscal em parecer final às fls. 513 a 516, abordando a reformulação do crédito tributário, retificando seu entendimento anterior, e opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

A atuação consubstanciada no lançamento ora em análise versa sobre exigência de ICMS e Multa de Revalidação, referentes ao período fiscalizado compreendido entre abril a agosto de 2003, em razão da constatação de recolhimento a menor do imposto, apurado em recomposição de conta gráfica, em decorrência de:

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS, relacionados com aquisições interestaduais de mercadorias, cujos remetentes gozavam de benefício fiscal nos Estados de origem, concedido unilateralmente, isto é, sem aquiescência do CONFAZ, contrariando a Resolução SEF/MG n.º 3.166/01;

- falta de estorno do imposto creditado na proporção da redução de base de cálculo das saídas.

Como já mencionado, um dos assuntos tratados no Auto de Infração sob exame refere-se ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais relativas a operações interestaduais, cujos remetentes das mercadorias são beneficiários de incentivos fiscais concedidos sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Esta afirmativa final, qual seja, a de que os remetentes das mercadorias cujo crédito é questionado gozam de benefícios fiscais em seu Estado de origem, é tomada como verdadeira uma vez que não foi contraditada especificamente nos presentes autos e também porque não foram carreadas provas irrefutáveis que conduzissem a conclusão diversa. Assim, entende o Fisco Mineiro que citados benefícios estariam contrariando o disposto no artigo 1.º, da Resolução SEF/MG n.º 3.166, de 11 de julho de 2001 (publicada no “Minas Gerais” de 13 de julho de 2001), que assim estabelece:

“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.”

As notas fiscais objeto da autuação estão listadas no presente Processo Tributário Administrativo sendo todas elas de emissão de contribuintes sediados em outra Unidade da Federação. O Fisco indica na planilha n.º I (fls. 07 a 14), para cada uma dessas notas fiscais objeto de glosa a parcela de crédito a que, em seu entendimento com base na Resolução SEF/MG n.º 3.166/01, a Impugnante tem direito, correspondente ao imposto que acredita ter sido efetivamente pago na origem e o valor do ICMS por ela apropriado. Desta planilha consta a nota fiscal, a base de cálculo, o valor creditado, o percentual exigido do fornecedor, o valor do imposto destacado e o total do crédito a ser estornado.

Inicialmente ressalte-se que a não-cumulatividade do ICMS, prevista no artigo 155, da Constituição Federal de 1988, se opera através da compensação do imposto devido em cada operação com aquele cobrado na operação antecedente. Nesta linha traçou Minas Gerais seu entendimento exposto na já citada Resolução SEF/MG n.º 3.166/01, no sentido de que se parcela do ICMS deixou de ser cobrada pelo Estado de origem da mercadoria, em função de incentivo/benefício fiscal, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Cumprе ressaltar que a Lei Complementar n.º 24/75 também tratou da matéria estabelecendo em seu artigo 1º:

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios

celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução de base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.”

Continua ainda o legislador nas determinações contidas nos artigos 2º, § 2º, e 8º da Lei Complementar n.º 24/75:

“Art. 2º -

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados;

.....

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

.....”

Destaque-se que estas normas aplicam-se a todas as unidades da Federação, ficando clara a impossibilidade de qualquer delas, isoladamente, conceder benefício fiscal a seus contribuintes a revelia do CONFAZ.

Mirando-se em tais normas o legislador regulamentar mineiro trouxe para o RICMS/02 os ditames contidos em seu artigos 62 e 68, in verbis:

“Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - 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.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.”

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

Também o artigo 71 do mesmo diploma normativo é taxativo, ao dispor que:

“Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

.....
VI - tiver o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no parágrafo único do artigo 62 deste Regulamento.”

Lembramos aqui que vários Estados concederam benefícios fiscais aos contribuintes situados em seu território, sem que estivessem amparados por convênios interestaduais celebrados nos termos da retro transcrita Lei Complementar n.º 24/75.

A forma utilizada pelos Estados remetentes das diversas mercadorias para conceder os benefícios fiscais questionados neste Processo fere, no entendimento do Poder Executivo Mineiro, normas estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, que determina que a concessão de benefícios fiscais deve ser deliberada entre os Estados-membros.

No entanto, uma vez que não houve questionamento judicial dos benefícios que o Estado de Minas Gerais considera contrários às normas retro mencionadas, a publicação da Resolução SEF/MG n.º 3.166/01 fez-se necessária para esclarecer o contribuinte mineiro e orientar a Fiscalização quanto às operações realizadas ao abrigo de atos normativos, concessivos de benefício fiscal, que, no entendimento do Estado de Minas Gerais, não observaram a legislação de regência do tributo.

Desta forma, uma vez que o Fisco ampara as exigências em dispositivos regulamentares da legislação tributária, as arguições de inconstitucionalidade formuladas pela Impugnante em sua peça de defesa não podem ser apreciadas pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais em face do que dispõe o artigo 88 da CLTA/MG, in verbis:

“Art. 88 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

II - a aplicação de equidade;

III - a apreciação de questões relacionadas com o valor de operações, bem como o correspondente débito de ICMS, fixados pelo fisco, na hipótese de regime de estimativa.” (grifo nosso)

No caso dos autos, diversas são as espécies de mercadorias, como também as unidades da Federação de origem. Como já dito e repita-se pela importância, a planilha n.º I, de fls. 07 a 14, expõe claramente os documentos questionados.

A matéria já foi tratada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, valendo transcrever o entendimento esposado pelo citado órgão no processo 000298643-8/01, decidindo Agravo Regimental oposto a suspensão de execução de Liminar deferida:

“É de se ver que, na verdade, a edição da Resolução 3166, de 11/07/2001, alterada pela Resolução 3209, de 04/12/2001, não tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, pelo contrário, apenas preserva as normas tributárias, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

Na realidade, não seria mesmo de se conceber que a economia mineira se visse afetada pela unilateral concessão de benefícios fiscais por outros Estados da Federação, o que tornaria letra morta os preceitos tributários contidos no art. 150, § 6º e art. 155, § 2º, XII, ‘g’ da Carta Magna, violando também as disposições contidas na Lei Complementar 24/75, que exigem a celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal para que se proceda a determinadas graciosidades fiscais.

Nesse compasso, os atos normativos supramencionados nada mais fizeram do que orientar os agentes fazendários para que se acautelassem diante da possibilidade de apropriação de créditos fiscais ilegítimos, evitando, assim, que houvesse aproveitamento de valores que não foram efetivamente recolhidos ao Fisco.

Embora análise mais aprofundada da questão há de encontrar melhor lugar em sede de reexame necessário da sentença, tenho que se mostram frágeis os fundamentos que alicerçaram a concessão da ordem, o que, aliados aos riscos de grave lesão à economia pública, se põe a recomendar a manutenção do decisum agravado.”

Lembramos que também consta do Auto de Infração sob exame a questão relacionada a falta de estorno proporcional relativamente a utilização da redução da base de cálculo nas saídas.

Também esta irregularidade encontra-se discriminada na planilha n.º II de fls. 15/19. Referida planilha traz a listagem das notas fiscais relacionadas com aquisições interestaduais, não contempladas na planilha n.º I, com base de cálculo reduzida, correspondendo ao multiplicador de 7% (sete por cento) sobre a base cheia. A planilha II aponta ainda o valor creditado, extraído do Livro Registro de

Entradas, o valor relativo ao crédito permitido (multiplicador de 7% sobre a base de cálculo da aquisição) e o valor a estornar.

Neste ponto, ainda adstritos a competência determinada pelo artigo 88 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, já apresentado nesta decisão, cumpre analisar as normas regulamentares mineiras que tratam da matéria.

Nesta linha temos as determinações do artigo 71, inciso IV do Regulamento do ICMS de Minas Gerais:

“Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

*.....
IV - vier a ser objeto de operação ou prestação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;*

.....”

Cumpram também destacar as regras contidas no artigo 70, § 1º, do mesmo diploma normativo, in verbis:

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

*.....
§ 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou prestação subsequente estiver beneficiada com redução de base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.”*

Tais dispositivos regulamentares encontram-se alicerçados na Lei n.º 6.763/75, cujo artigo 31 estabelece:

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

*.....
§ 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subsequente estiver beneficiada com redução de base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.”*

Assim, dentro das normas estaduais que regem a matéria, às quais repita-se o Conselho de Contribuintes está adstrito em seu julgamento, conforme estabelece o retro citado artigo 88 da CLTA/MG, procedeu a Fiscalização a glosa dos créditos.

Merece destaque o fato de que inicialmente o cálculo efetuado pelo Fisco

decorreu da “presunção” de que todas as saídas tivessem ocorrido internamente. Apurados os índices mensais de saídas interestaduais, procedeu-se sua aplicação sobre os valores que seriam estornáveis (se tais saídas foram todas internas), para deles abater o que correspondesse a parcela cujo crédito poderia ser mantido, em virtude de saídas interestaduais. Isso se fez pela planilha de fl. 21, chegando-se aos valores totais de estorno (para os meses de maio a agosto de 2003), cujo somatório atingiu a cifra de R\$223.167,55.

Levados à conta gráfica, tanto os valores estornados em decorrência da acusação primeira quanto da segunda, resultaram na apuração de recolhimento a menor, no período, da mesma ordem (planilha de fl. 22).

Convém assinalar que o Autuante recusou-se manifestar a respeito da peça de defesa protocolada pelo sujeito passivo às fls. 458/490, questionando a necessidade, em razão de conceber que, a teor do artigo 98 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, as alegações de defesa devem ser proferidas de uma só vez na Impugnação (ver fl. 492).

De fato, o artigo 100, § 1º, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, estabelece:

“Art. 100 -

§ 1º - Havendo reformulação do crédito tributário, será aberto ao sujeito passivo o prazo de 10 (dez) dias para pagamento com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis no prazo de trinta dias do recebimento do AI.”

Evidentemente não poderia ser diferente a redação. Esta abertura de vistas é devida para cientificar a Impugnante do novo valor do crédito tributário, em razão do acatamento de alegações presentes na peça impugnatória, e para que esta efetue o pagamento com redução das penalidades aplicada no prazo de trinta dias do recebimento do Auto de Infração.

No tocante aos produtos “LEITE DE CABRA E MASSA PARA BOLO”, houve alteração do motivo do estorno. Relativamente à massa para bolo, como não há previsão de redução de base de cálculo na saída, o Fisco estornou crédito por força do artigo 62 do RICMS/02 c/c com a Resolução SEF n.º 3.166/01.

Ainda quanto ao leite de cabra, na readequação das planilhas, houve alteração do estorno pois este passou a ser integral em face da previsão de isenção nas saídas internas nos termos do artigo 45 do Anexo I do RICMS/02.

No presente Processo Tributário Administrativo, não houve estorno de crédito por aquisição de “bebida láctea” e nem houve mudança de motivo de estorno de crédito na aquisição da banha. Foi anulado o estorno relativo a entradas de banha. As referências a bebida láctea (providência solicitada pela Câmara de Julgamento) e de mudança de motivo de estorno nas aquisições de banha devem-se ao fato de ter existido outro Processo para o qual fora expedida a mesma Diligência.

Entretanto, é importante ressaltar que a Defendente na oportunidade em que se manifestou em nada tocou no procedimento fiscal.

Lembramos que esta decisão deve analisar os argumentos postos pela Impugnante em sua manifestação quando da reabertura de prazo face à reformulação do crédito tributário. Tais argumentos no entanto, não se mostram suficientes a alterar o crédito tributário, pois estão relacionados a inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação mineira sustentadora do feito, e como já dito e repetido por diversas vezes nesta decisão, o órgão julgador administrativo não detém competência para apreciá-los ou mesmo para negar aplicação de lei, decreto e ato normativo.

Temos ainda o argumento de defesa relativo ao Protocolo ICMS n.º 19/04, que foi posteriormente à sua edição considerado sem efeito pelo Despacho n.º 02/04 em razão de não referendado pelos Estados acordantes. A par do citado Protocolo temos que as normas estaduais são claras ao vedar ao contribuinte mineiro, o aproveitamento integral do crédito de imposto não pago ao Estado da situação do remetente.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 452/468. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

4 – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PROCEDIMENTO IRREGULAR

Acórdão: 16.489/05/2^a – (Publicado no “MG” de 29/09/2005)

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. Constatada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a mudança do critério jurídico do trabalho fiscal (erro de direito), o que acarretou a reformulação do Crédito Tributário. Decisão preliminar tomada pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, por parte do Fisco, de recolhimento a menor do ICMS, em virtude de aproveitamento indevido de créditos do imposto destacado em notas fiscais relativas a mercadorias recebidas em transferência de estabelecimento da mesma empresa, situado no Estado de Pernambuco, no período de 01.09.01 a 31.03.03. Conforme ainda o Fisco, as transferências ocorreram com benefício fiscal concedido unilateralmente ao estabelecimento remetente pelo

Estado Pernambucano, sem a observância dos preceitos estabelecidos pela alínea “g”, inciso XII, do § 2º do artigo 155 da CF/88.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1037/1054, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1069/1076.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1093/1106, opina pela procedência do lançamento.

A Autuada solicita, às fls. 1110, a juntada de declaração emitida pela Chefia de Análise de Benefícios Fiscais da SEF de Pernambuco.

A 1ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 1112, o qual é cumprido pela Autuada (fls. 1116/1117). O Fisco se manifesta a respeito (fls. 1562/1563), reformulando o Crédito Tributário, conforme Termo de Re - Ratificação às fls. 2086/2087 e demonstrativos de fls. 2088/2094.

A Autuada é comunicada da Reformulação, às fls. 2095, e se manifesta solicitando prazo ao menos razoável para apresentação de sua defesa (fls. 2096/2097). Contudo, apresenta, às fls. 2112/2130, sua Manifestação.

O Fisco volta a se manifestar, às fls. 2142/2145, mantendo o Crédito Tributário com a reformulação efetuada.

A Auditoria Fiscal se manifesta, às fls. 2147/2155, pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do Crédito Tributário.

DECISÃO

O feito fiscal em referência versa sobre a exigência de ICMS e MR, por ter a Impugnante se apropriado de créditos do imposto destacados em notas fiscais relativas a mercadorias oriundas do Estado de Pernambuco. Referidos créditos foram considerados pelo Fisco como indevidos, ao argumento de que aquelas operações estavam amparadas por benefícios fiscais concedidos sem a prévia existência de convênio autorizativo.

Diante dessa constatação, o Fisco mineiro glosou 75% do valor do imposto destacado nas notas fiscais provenientes do Estado de Pernambuco por entender, a princípio, que a fundamentação da norma concessória do noticiado benefício justificava esta interpretação.

A questão foi amplamente debatida entre a Autuada e o Fisco mineiro que, de maneira intransigente, após análise da defesa, não se quedou aos argumentos estritamente jurídicos levados à sua apreciação no sentido de que o critério adotado no lançamento estava errado.

Neste contexto, “data vênica”, inaplicável ao caso vertente o disposto no artigo 100, § 1º da CLTA/MG, pois referido dispositivo legal, restringe a sua aplicação quando o Fisco reformula o Crédito Tributário após enfrentar a peça de Impugnação, ou seja, no momento da Réplica Fiscal.

O texto em comento não deixa dúvidas quanto ao MOMENTO de sua aplicabilidade, quando diz:

“Art. 100. Recebida e atuada a impugnação, com os documentos que a instruem, a Administração Fazendária providenciará a remessa do PTA para manifestação fiscal que deverá ocorrer no prazo de 15 (quinze) dias contado de seu recebimento.

§1º - Havendo reformulação do crédito tributário, será aberto ao sujeito passivo o prazo de 10 (dez) dias para pagamento com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis no prazo de trinta dias do recebimento do AI.”

É fácil enxergar que a ressalva festejada pela Auditoria Fiscal e mesmo pelo Fisco nos presentes autos está inequivocamente atrelada a um momento: ao momento de replicar a Impugnação; momento este já esgotado há bastante tempo, tendo em vista que a reformulação ocorrida nestes autos veio apenas e tão somente após a Réplica e após o parecer da Auditoria Fiscal. Essa reformulação advém de provocação da Impugnante desde o início do processo e, mediante a sua insistência jurídica, a Câmara e não o Fisco, deliberou a juntada de documentos e esclarecimentos à parte Atuada.

Somente aí, insiste-se, após a Réplica Fiscal e o parecer da Auditoria Fiscal e, ainda, após a primeira Sessão de julgamento e finalmente, depois da juntada de documentos é que o Fisco quedou-se ao argumento de que teria interpretado ERRADO a legislação Pernambucana.

Diante dessas circunstâncias, insiste-se, não se aplica ao caso dos autos o citado artigo 100, § 1º da CLTA/MG. A questão temporal afasta a sua aplicabilidade, “permissa vênia”.

Resta portanto, analisar se a modificação feita pelo Fisco no Crédito Tributário, efetivamente alterou juridicamente o lançamento e se houve, no caso vertente, algum prejuízo às partes.

Neste diapasão, percebe-se, pelas palavras do próprio Fisco, fls. 1562, que:

“A Fiscalização, após análise da documentação do contribuinte pernambucano, enviada pelo contribuinte mineiro/atuado, em atendimento ao despacho interlocutório e também da documentação enviada pela SEFAZ/PE, após solicitação da DGP/SUFIS-SEF/MG, RESOLVE ACATAR A TESE DEFENDIDA PELA AUTUADA, NA IMPUGNAÇÃO, DE QUE O BENEFÍCIO DE 75% DO CRÉDITO PRESUMIDO, CONCEDIDO ATRAVÉS DE DECRETO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, JÁ CITADO NOS AUTOS, INCIDE SOBRE O SALDO DEVEDOR DO ICMS normal em cada período e NÃO, COMO NO ENTENDER ORIGINAL DA FISCALIZAÇÃO, INCIDENTE SOBRE O IMPOSTO APURADO, RELATIVO ÀS SAÍDAS DO PRODUTO EM QUESTÃO, DO ESTABELECIMENTO PERNAMBUCANO...” (destaque nosso).

Como se observa, a tese defendida desde o início pela Impugnante efetivamente reconhecida pelo Fisco mineiro, diga-se de passagem, não se trata de erro fático na adoção de Base de Cálculo errada, ou mesmo de índice técnico

errado. A questão posta nos autos versa SOBRE INTERPRETAÇÃO ERRADA DO TEXTO DE LEI. O Fisco interpretou equivocadamente a legislação pernambucana adotando, para tanto, um critério equivocado na apuração do “quantum” devido a título de estorno do crédito.

Não se trata de mero erro de forma ou de erro material, sanável perfeitamente nos termos do artigo 60 da CLTA/MG. Trata-se da mudança de interpretação do texto de “lei” que efetivamente alterou o Crédito Tributário. Este foi alterado porque houve aqui uma interpretação diferente da anterior e isso, “data vênua”, é matéria de direito e não de cunho fático como se pode eventualmente sustentar.

Neste aspecto, é sempre bom trazer à colação o ensinamento da Ilustrada Professora Misabel Abreu Machado Derzi que assim nos orienta...

“A doutrina e a jurisprudência têm estabelecido distinção entre erro de fato e erro de direito. O erro de fato é passível de modificação espontânea pela Administração, mas não o erro de direito. Ou seja, o lançamento se torna imutável para a autoridade, exceto por erro de fato. Juristas como Rubens Gomes de Souza e Gilberto de Ulhôa Canto defenderam essa tese, que acabou vitoriosa nos tribunais superiores.

Segundo essa corrente dominante, erro de fato resulta da inexatidão ou incorreção de dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem à obrigação. Erro de direito é concernente à incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato. Não pode a Administração alegar a ignorância da lei, nem venire contra factum proprium e, após notificado o sujeito passivo, onerá-lo com novo lançamento.”(IN Comentários ao Código Tributário nacional, 2ª ed. RJ, Forense, 1998, páginas 385/386).

Como se observa, tal qual lançado no ensinamento da doutrinadora mineira Professora Mizabel Derzi, não resta dúvida que o erro enxergado pelo Fisco no presente caso é matéria de direito, já que, repita-se, a fundamentação da prática fiscal adotada deu-se por interpretação equivocada de texto de lei, mais precisamente do Decreto nº 20.098/98, alterado pelo de nº 21.957/99, que concedeu o benefício objeto da presente ação fiscal-administrativa. Interpretação equivocada de texto de lei, “data vênua”, é matéria exclusivamente de direito.

Não bastasse os argumentos aqui proferidos, que norteiam a convicção de que o caso dos autos é de “erro de direito”, há ainda um ponto importante que merece destaque: a questão do prejuízo.

Existe prejuízo às partes, admitindo a nulidade do lançamento, tendo em vista o mencionado “erro de direito” ?

A resposta no caso em tela é necessariamente positiva, quando se enxerga fundamentalmente a parte contribuinte: a Autuada.

Ora, a mera reformulação do Crédito Tributário c/c a mudança do critério jurídico (erro de direito) apenas e tão somente possibilita, no caso presente, que o contribuinte em 10 (dez) dias pague o crédito alterado COM OS BENEFÍCIOS DA FASE DE AUTO DE INFRAÇÃO, OU SEJA, A EXIGÊNCIA DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO. Vejam que nem os 30 (trinta) dias são concedidos; são apenas 10 (dez).

Não só pela questão do tempo (10) dias ao invés de 30 (trinta), mas também pela questão do “quantum” há patente prejuízo à parte Impugnante, pois, acaso anulado o Auto de Infração, que é o mais correto em face do “erro de direito” reconhecido pelo Fisco, a Autuada poderia valer-se da denúncia espontânea e até mesmo o parcelamento do Crédito Tributário, antes mesmo de ser lavrada outra peça de acusação.

Como falar em aproveitar os autos ao argumento de que não há prejuízo, se no caso presente já existem esses dois já relatados ?

“Data vênia”, é até factível e justificável a reformulação de cálculos e até mesmo a aplicação do artigo 60 da CLTA/MG naqueles casos em que, sobretudo, não há prejuízo.

No caso presente, inclusive, perceptível que não se trata de discussões clássicas de calçamento de notas fiscais; uso de documentos fiscais paralelos ou mesmo falsos. A matéria dos autos é estritamente controvertida até mesmo no Judiciário, o que evidencia, restringindo ao caso vertente, que o pedido da Impugnante de nulidade do AI pela mudança do “critério jurídico” não se trata de argumento “matreiro” e “oportunista”. Há patentes discussões jurídicas sobre a questão. Ademais, muitas autuações desta ordem trazem à baila a convicção de que o contribuinte mineiro sequer tem conhecimento de benefícios fiscais dos Estados fornecedores.

Todo este conjunto, insiste-se, mostra o efetivo prejuízo à parte Impugnante.

E do lado do Fisco, que prejuízo existe com o acolhimento da nulidade?

Em nosso sentir nenhum, pois, em primeiro lugar, os fatos geradores objeto da presente ação marcam os exercícios a partir de 2.001, ou seja, não há iminência de decadência. Em segundo lugar, porque a empresa Impugnante também não detém o perfil de tantas outras de “desaparecer”.

Como se observa, o caso presente traduz elementos suficientes a justificar a nulidade do Auto de Infração, seja pela mudança do critério jurídico do trabalho fiscal (erro de direito), seja pelo notório prejuízo ao contribuinte, por ter o Fisco interpretado errado a legislação Pernambucana.

Sendo assim, acolhe-se a preliminar de nulidade argüida.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em acolher a preliminar de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a alteração do critério jurídico da autuação (erro de direito). Vencidos os Conselheiros Cláudia Campos Lopes Lara (Relatora) e Mauro Rogério Martins, que rejeitavam as prefaciais argüidas nos termos do Parecer da Auditoria Fiscal de fls. 2147/2155. Designado Relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro. Participou ainda do julgamento, o Conselheiro Windson Luiz da Silva. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relator: Antônio César Ribeiro

Voto proferido pela Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

O presente voto, tendo em vista os fundamentos já expostos no bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal (fls. 2147/2155), tem como objetivos, relembrar os fatos, tal como ocorreram, e demonstrar que a reformulação do crédito tributário promovida pelo Fisco atendeu ao disposto no artigo 149, inciso VIII do CTN e não configura mudança de critério jurídico.

Versam os autos sobre a constatação de recolhimento a menor do imposto, no período de 01/09/2001 a 31/03/2003, decorrente de aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de transferência/aquisições, cujo remetente foi favorecido com benefício fiscal concedido em desacordo com a legislação de regência.

O benefício em questão, conforme relatório do Auto de Infração, foi concedido unilateralmente pelo Estado de Pernambuco através do Decreto 23.558/01, com fundamento na Lei 11.675/99 e alterações e do Decreto 21.959/99 e alterações, normas estas editadas pelo retro referido Estado sem o devido respaldo de Convênio aprovado pelo Confaz, conforme exige a Lei.

A empresa beneficiada com o crédito presumido no Estado de Pernambuco é a Rhodia-Ster Fibras e Resinas Ltda., CNPJ 01.651.102/0003-00, estabelecida na cidade de Cabo de Santo Agostinho/PE, empresa do mesmo grupo da Autuada.

O Decreto 23.558, de 30/08/2001 apresenta a seguinte redação:

Art. 1º - O Decreto nº 20.908 de 02 de outubro de 1998, alterado pelo Decreto 21.957, de 21 de dezembro de 1999, passa a vigorar com as seguintes alterações:

*“Art. 1º - Fica concedido à empresa **Rhodia Ster Fibras e Resinas Ltda.**, estabelecida na BR 101 Sul, s/nº - km 101 – Distrito Industrial – Cabo de Santo Agostinho – PE, CNPJ nº 01.651.102/0003-00, CACEPE nº 18.1.080.0270861-9 o estímulo de que trata o art. 11 do Decreto nº 19.085, de 29 de abril de 1996, e alterações.*

Art. 2º

*Parágrafo único – Pelo prazo de 12 (doze) anos, contados a partir de 01 de setembro de 2001, fica a empresa, sem prejuízo do benefício concedido no caput deste artigo, **autorizada a usufruir os benefícios do PRODEPE, na modalidade crédito presumido, no montante de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto apurado, relativo às saídas***

dos seguintes produtos, fabricados, sob sua encomenda, por outros estabelecimentos da mesma empresa ou empresas coligadas diretas ou indiretas, localizadas em outras unidades da Federação:

**DESCRIÇÃO DO PRODUTO CÓDIGO DA NBM/SH
VOLUME ANUAL (TON)**

Fibra de Poliéster 5503.20.00 até 30.000

Polímero de Polietileno

Tereftalado – PET 3907.60.00 até 190.000

Ácido Tereftálico – PTA 2917.36.00 até 180.000

.....”

Art. 2º - Este Decreto entre em vigor na data de sua publicação. (g.n.)

Em função do Decreto supra, o Fisco havia estornado créditos apropriados pela Autuada correspondentes a 75% do imposto apurado em cada operação de transferência do estabelecimento pernambucano, porém, posteriormente, restou comprovado nos autos, que o benefício concedido ao estabelecimento remetente é de 75% do valor do imposto apurado em cada período fiscal.

O Fisco então, às fls. 2.086/2.094, reformulou o crédito tributário, reduzindo-o significativamente.

As informações sobre a forma de cálculo do benefício no Estado de Pernambuco foram originalmente apresentadas pela Autuada em sua Impugnação (fls. 1043/1045), mas neste momento sem qualquer suporte documental e posteriormente, em 21/10/2003, foram apresentadas à Câmara de Julgamento, também pela própria Impugnante, com suporte no documento de fls. 1.111, elaborado pelo Chefe de Análise de Benefícios Fiscais de Pernambuco, com o seguinte teor:

“Declaração

Declaro, para os devidos fins, por solicitação da Empresa Rhodia-Ster Fibras e Resinas Ltda., que:

I - a sistemática de utilização de benefícios concedidos pelo referido Programa, consiste na aplicação de um percentual de crédito presumido sobre o saldo devedor do ICMS normal da empresa beneficiária, apurado em cada período fiscal;

.....”

Em razão das informações trazidas pela Autuada e da constatação de que o benefício em análise fora concedido de forma diferente de outros tantos relacionados na Resolução 3.166/01, a 1ª Câmara de Julgamento solicitou da Autuada, através de Despacho Interlocutório (fl. 1.112), cópia dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS de seu estabelecimento pernambucano.

Foram então juntados aos autos, além dos documentos requeridos pela Câmara de Julgamento (fls. 1.118/1.561), o Livro Registro de Entradas do estabelecimento pernambucano e as GIAMs (Guias de Informação e Apuração do ICMS) e GIAFs (Guia de Informação e Apuração de Incentivos Fiscais e Financeiros) relativos ao período fiscalizado, todos estes por iniciativa do Fisco mineiro.

O Fisco pernambucano esclareceu ainda, através do Ofício nº 004/2005 (fl. 1876) que “os incentivos concedidos pelo PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE PERNAMBUCO – PRODEPE, para as indústrias de agrupamentos prioritários, como é o caso da RHODIA-STER FIBRAS E RESINAS LTDA., estão fundamentados na Lei nº 11.675, de 11 de outubro de 1999 e alterações e consistem na utilização de crédito presumido correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do saldo devedor do ICMS normal apurado em cada período fiscal. Dessa maneira, se, em um dado período fiscal, não houver saldo devedor, a empresa, também não poderá fazer uso do benefício do PRODEPE, e esse benefício não utilizado não poderá se somar ao benefício a ser usado em outro período fiscal. Além disso, em cada período fiscal, há a obrigatoriedade de o beneficiário recolher o valor mínimo do respectivo saldo devedor. Assim, também nessa hipótese, o benefício do PRODEPE poderá não ser usufruído em sua integralidade”.

Note-se pois que a reformulação efetuada pelo Fisco teve como fato motivador as informações prestadas pelo fisco pernambucano, informações estas que não constam do Decreto nº 23.558/01 e portanto não poderiam antecipadamente ser conhecidas pelo Fisco mineiro. Somente a Autuada, empresa de mesma titularidade da empresa remetente poderia prestar este tipo de informação, como o fez em sua impugnação, porém sem apresentar provas, e na sessão de julgamento de 21/10/2003, aí sim com suporte no documento de fl. 1.111.

Oportuno observar que o Decreto nº 23.558/01, através do qual o Estado de Pernambuco concedeu crédito presumido para a empresa daquele Estado, apenas informa a concessão de crédito presumido, no montante de 75% (setenta e cinco por cento) do imposto apurado, nada mais. Portanto, não se trata de interpretação incorreta do texto legal, mas de informações complementares que vieram a compor o texto legal, insuficiente e genérico.

Observe-se que o Fisco pernambucano, ao prestar esclarecimentos sobre o benefício concedido à empresa Rhodia-Ster Fibras e Resinas daquele Estado, explica que o termo “imposto apurado” está relacionado ao saldo devedor do ICMS normal apurado em cada período fiscal.

Vale repetir que a revisão de cálculos efetuada pelo Fisco equipara os valores glosados na escrita do Contribuinte mineiro aos valores não levados à tributação do Estado de origem, Pernambuco.

Os votos majoritários, do qual discordamos, entenderam que a alteração

efetuada pelo Fisco configuraria “alteração de critério jurídico”, vedada pelo artigo 146 do CTN.

Primeiramente, importante registrar que os dispositivos legais que suportam o presente lançamento permaneceram inalterados, mesmo após a reformulação de fls. 2.086, isto porque não houve qualquer alteração na acusação fiscal e em seus fundamentos.

Constava (e consta) do Auto de Infração que os estornos procedidos referem-se a créditos indevidamente apropriados pela Autuada, relativos a benefício fiscal irregularmente concedido à empresa Remetente, por não estar lastreado em Convênio celebrado entre as unidades da Federação, conforme dispõe a Constituição Federal e a Lei Complementar 24/75.

Fundamentam as exigências fiscais os seguintes dispositivos legais, relacionados no Relatório do Auto de Infração e no campo Infringências/Penalidades: Art. 1º e 8º, inciso I, da LC 24/75, art. 155, inciso XII, alínea g da CF/88 e art. 68, 69, 71, inciso VI e 223, do RICMS/02 e seus correspondentes no Regulamento do ICMS de 1996.

Note-se pois que não há qualquer alteração nos fundamentos do presente lançamento. A irregularidade é a mesma, os dispositivos infringidos são os mesmos, a penalidade aplicada é a mesma.

Somente o valor dos créditos estornado foi alterado, reduzido, nada mais.

Não há dúvidas, em função do disposto no artigo 146 do CTN, que o lançamento não pode ser alterado, relativamente a um mesmo sujeito passivo, quando há mudança de critério jurídico, contudo, no presente caso, não se verifica mencionada hipótese.

Além da fundamentação exposta no Parecer da Auditoria Fiscal, oportuno mencionar os ensinamentos de Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, Malheiros Editores, 20ª edição, 2002, p. 150), no sentido de que mudança de critério jurídico não se confunde com erro de direito, hipótese na qual é admitida a revisão do lançamento, inclusive em respeito ao princípio da legalidade.

“Mudança de critério jurídico não se confunde com erro de fato nem mesmo com erro de direito, embora a distinção, relativamente a este último, seja sutil.

Há erro de direito quando o lançamento é feito ilegalmente, em virtude de ignorância ou errada compreensão da lei. O lançamento, vale dizer, a decisão da autoridade administrativa, situa-se, neste caso, fora da moldura ou quadro de interpretação que a Ciência do Direito

oferece. Há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa simplesmente muda de interpretação, substituí uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta. Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja a determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado”.

Outros Doutrinadores, dentre eles Aliomar Baleeiro, Mizabel Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho, não distinguem erro de direito de mudança de critério jurídico, mas ainda assim, é possível concluir, a partir da análise de suas considerações, que a alteração efetuada no presente lançamento não configura mudança de critério jurídico, ao contrário, trata-se de erro de fato, cuja correção não só é permitida como necessária.

Segundo Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro atualizado por Mizabel Machado Derzi, ed. Forense, 1999, p. 810) “... erro de fato resulta da inexatidão ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem à obrigação. Erro de direito é concernente à incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato”.

De acordo com Estevão Horvath, em Lançamento Tributário e “Autolancamento” (ed. Dialética, São Paulo, 1997, p.68 e 69), obra na qual reproduz alguns ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, “erro de fato seria um desajuste interno na estrutura do enunciado por insuficiência de dados lingüísticos informativos ou pelo uso indevido de construções de linguagem que fazem as vezes de prova, um problema intranormativo. Já o erro de direito é também um problema de ordem semântica, mas envolvendo enunciados de normas jurídicas diferentes, caracterizando-se como um descompasso de feição externa, internormativa”.

E acrescenta as seguintes conclusões:

“1) A linha divisória entre erro de fato e erro de direito fica bem nítida: se o desajuste de linguagem verificar-se no interior de uma única norma, seja no antecedente ou no conseqüente, teremos erro de fato.

2) Para que se trate de erro de fato, essa norma tem que ser individual e concreta.

3) Quando os desacertos de linguagem envolverem duas ou mais normas, sendo uma delas, obrigatoriamente, regra individual e concreta, e outra, também necessariamente, geral e abstrata, teremos erro de direito”.

Confrontando as definições doutrinárias com o caso concreto, verifica-se que o fundamento jurídico sobre o qual se assentam as exigências fiscais permanece inalterado, tendo sido modificado apenas, em benefício da Autuada e mediante requerimento seu, o valor dos créditos estornados, decorrente da análise fática de uma norma concreta e individual.

O “erro” na quantificação do imposto a ser estornado decorre da insuficiência e imprecisão do texto legal que concedeu o benefício à empresa Pernambucana, ou seja, trata-se de um erro de fato e não de mudança de critério jurídico.

Portanto, a reformulação promovida pelo Fisco é legal e atende ao disposto nos artigos 145 e 149, incisos VIII do Código Tributário Nacional.

Art. 145 – O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

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;

Registre-se que os cálculos efetuados pelo Fisco foram claramente demonstrados nos autos, antes e depois da reformulação do crédito tributário, tanto que o Contribuinte não teve qualquer dúvida acerca daquilo que lhe estava sendo imputado e pôde se defender completamente das acusações a ele dirigidas, inclusive dos valores exigidos.

Não se vislumbra portanto qualquer prejuízo ou o mais tênue cerceamento do direito da Autuada, que na verdade teve o crédito tributário adequado à nova realidade informada ao Fisco e drasticamente reduzido.

Registre-se que o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas

Gerais analisa corriqueiramente questões como a presente e reiteradamente aprova este tipo de alteração/reformulação.

Citemos, como exemplos, os Acórdãos nº 17.176/05/1ª e 3.061/05/CE.

No primeiro Acórdão, cuja matéria é também aproveitamento indevido de créditos do imposto pois decorrentes de operações amparadas por benefícios concedidos de forma irregular, a Câmara de Julgamento, à unanimidade, determinou a reformulação do crédito tributário para adotar o percentual de 2% (dois por cento) para o estorno do crédito, pois o ICMS foi cobrado na origem à alíquota de 10% e não de 09%, como afirmava o Fiscal atuante.

Do Acórdão extraí-se o seguinte:

“Em relação às questões de fato, a Impugnante argumentou que “o ICMS não foi recolhido ao Estado de origem pela alíquota de 9%, como afirmou o fiscal (crédito presumido de 3%), e sim pela alíquota de 10% (crédito presumido de 2%)”. Reportou-se à legislação do Estado de Goiás, explicando que o benefício previsto no inciso IV, do artigo 12, do Anexo IX, do Decreto nº 4.852, do Estado de Goiás, citado na Resolução nº 3.166/01 “não alcança a operação de saída em transferência”. E que o benefício concedido e utilizado pelo estabelecimento goiano foi o previsto no artigo 11, inciso III, Anexo IX, do Decreto nº 4.852/97 (percentual de 02%). Elaborou quadros de fls. 2.529/2.530 e anexou cópias do Livro de Apuração de ICMS do estabelecimento do Estado de Goiás, conforme documentos de fls. 2.564/2.714.

O Fisco, por sua vez, argumentou que “o autor da peça está convencido de que há que prevalecer a nossa legislação, em razão de competência legal” e que “se a Impugnante quiser fazê-lo, poderá comprovar, através de documentos, se recolheu em Goiás 10% ou 9%. Alegar e não provar, vale como se nada

tivesse alegado. Smj, a escrita é toda centralizada em Belo Horizonte. Então está fácil de se dirimir a questão. Porém, de forma como foi feito, apenas alegando e não comprovando, não podemos acatar suas alegações”.

Assim, entende-se não assistir razão ao Fisco, tendo em vista que a Impugnante fez sim demonstrar a utilização do crédito presumido pelo estabelecimento goiano ao percentual de 2% (dois por cento), ou seja, o ICMS foi cobrado na origem à alíquota de 10%, conforme documentação anexada às fls. 2.564/2.714 (Registro Apuração ICMS), documentação esta não elidida pelo Fisco”.

O Acórdão 3.061/05/CE, trata de matéria distinta, aproveitamento indevido de créditos de ICMS por prestadora de serviço de transporte, mas também naquele caso, a Câmara Especial do CC/MG, determinou alterações (no índice de consumo de óleo diesel adotado pelo Fisco e no Programa do qual foram extraídas as distâncias percorridas) que acabaram por reduzir o crédito tributário exigido e atender ao pleito e informações prestadas pela Autuada.

Além destes, merecem destaque os Acórdãos 16.207/03/3ª e 16.506/05/2ª.

Em todos os casos o CC/MG concordou com reformulações ou até mesmo as propôs, com o objeto maior de prestigiar a verdade material e os princípios da legalidade e da indisponibilidade do bem público.

Em síntese, o CTN não só autoriza, mas determina a revisão do lançamento quando detectadas determinadas situações (art. 149), excluindo apenas a hipótese de modificação de critério jurídico (art. 146), o que definitivamente não ocorreu no caso sob análise.

Conselheira: Cláudia Campos Lopes Lara

5 – DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO

Acórdão: 17/334/05/1ª – (Publicado no “MG” de 29/12/2005)

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO PELA DESTINATÁRIA - 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 dos relatórios previstos na legislação para este fim, as suas aquisições do produto em Minas Gerais.

Infração caracterizada nos autos. Responsabilidade da Coobrigada respaldada pelo artigo 11 do RICMS/96 c/c artigo 21, § 1º, inciso III da Lei 6763/75. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a distribuidora “T. A . Oil Distribuidora de Petróleo Ltda.”, de Vila Velha/ES (Autuada), deixou de informar à Refinaria, por meio do Anexo III previsto no Convênio ICMS 03/99, as aquisições de álcool anidro sob abrigo do diferimento, promovidas junto à “DASA Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A”, de Serra dos Aimorés/MG (Coobrigada), nos períodos de “janeiro, março e abril de 2000, dezembro de 2001 e de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2002”, para repasse dos valores de imposto devidos sobre tais operações ao Estado de Minas Gerais, bem como não recolheu tais valores diretamente aos Erário mineiro. Exige-se o ICMS apurado sobre as aludidas operações, acrescido da Multa de Revalidação.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 81 a 99 e 127 a 134, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 148 a 161 e 162 a 172, respectivamente.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 175, que resulta nas manifestações de fls. 181 a 187.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 189 a 197, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Da Nulidade do Auto de Infração

Em sua peça de contestação (fls. 83/84), a Autuada protesta pela nulidade do AI, por entender que, além de não ter efetuado nenhuma venda de mercadoria desacobertada de nota fiscal ou sem a escrituração da mesma, o Fisco lhe exige um imposto por “presunção”. E que o Auto de Infração não oferece elementos seguros para que possa desenvolver amplamente sua defesa, na medida em que ele não atende às disposições da Lei nº 2.964/74 e do Decreto nº 2.425-N/87.

Contudo, não lhe assiste razão, pois, pela simples leitura do Auto de Infração e de seus anexos (AI - fls. 04/06; DCMM - fl. 07; Relatório Fiscal anexo ao AI - fls. 08/13; Quadro nº 01 - Apuração do ICMS devido - fls. 14/19), percebe-se que eles contêm todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário em tela, previstas nos Artigos 57 e 58 da CLTA/MG.

Além disso, aplica-se a tal ato administrativo a presunção de legitimidade, não ilidida pela Acusada (Artigo 109, CLTA/MG). Como ressalta o

mestre “Paulo de Barros Carvalho” (“Curso de Direito Tributário - Editora Saraiva - 2ª Edição - 1986”),

“O ato jurídico administrativo de lançamento será nulo, de pleno direito, se o motivo nele declarado - a ocorrência de determinado fato jurídico tributário, por exemplo - inexistiu. Nulo será, também, na hipótese de ser indicado sujeito passivo diferente daquele que deve integrar a obrigação tributária. (...)”

E a situação em foco não se enquadra em nenhuma das hipóteses tratadas pelo referido doutrinador.

Também não procede sua alegação de que o “Agente Fiscal” responsável pela autuação não é a “autoridade fiscal” determinada pelo Artigo 142 do CTN, sendo, por isso, incompetente para fiscalizar tal tributo e impor a penalidade exigida. A “autoridade administrativa” mencionada no referido Código é aquela indicada no Artigo 201 da Lei nº 6.763/75 (redação vigente de 01/01/1976 a 06/08/2003), qual seja, o funcionário credenciado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais para o exercício da fiscalização tributária (no caso, os fiscais signatários do AI em comento).

Do Mérito

Contempla a autuação a exigência do ICMS devido nas saídas de álcool anidro amparadas pelo diferimento, em operação interestadual, da “usina produtora” (Coobrigada mineira) para “estabelecimento distribuidor” (Autuada), localizado no Estado do Espírito Santo, em virtude do encerramento do dito benefício, ocorrido quando das saídas de gasolina “C”, promovidas por aquela distribuidora.

Tal sistemática de tributação surgiu com a cláusula décima quarta do Convênio ICMS 105/92 e, no período fiscalizado (janeiro de 2000 a maio de 2002), encontrava-se prevista na cláusula décima segunda do Convênio ICMS 03/99 e regulamentada nos Artigos 389 a 393 (com idêntico teor ao dos Artigos 390 a 395, observada a sua vigência) do Anexo IX do RICMS/96. Dentre outras determinações, tais dispositivos impõem à distribuidora a obrigação de “entregar as informações relativas à operação, tanto ao Fisco das unidades Federadas envolvidas, quanto à Refinaria de Petróleo ou suas bases, fornecedora da gasolina a ser adicionada ao álcool anidro, na forma e prazos estabelecidos na legislação própria”.

Não há dúvida de que a distribuidora capixaba (Autuada) adquiriu álcool anidro da empresa mineira, ora Coobrigada, com o benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS (relação das notas fiscais relativas às operações - fls. 14/19, corrigida às fls. 181/186; cópias das notas fiscais em questão, por amostragem - fls. 20/24). Também é indiscutível que este diferimento encerrou-se no momento em que tal distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro, e que o imposto diferido seria pago, pela Refinaria de Petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, englobadamente com o imposto retido por substituição tributária.

Porém, a aludida distribuidora omitiu-se de elaborar e entregar o Anexo III do Convênio ICMS 03/99 à refinaria (fls. 29/64), trazendo, com isto, para si, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo ao álcool anidro recebido

com diferimento, a teor do disposto no Artigo 399, Anexo IX, do RICMS/96 (redação vigente de 01/01/2002 a 30/09/2002, idêntica à do Artigo 401, que surtiu efeitos no lapso de 01/07/1999 a 31/12/2001), que assim dispõe:

*“Art. 399 - O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo **não exclui a responsabilidade do formulador, 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.**” (Negritamos)*

Com relação à inclusão da Coobrigada na sujeição passiva, não procede a sua tentativa de responsabilizar somente a distribuidora destinatária do álcool anidro pelo pagamento do imposto cujo diferimento mostrou-se encerrado. Apesar de, realmente, ela não ter concorrido para as omissões praticadas por tal distribuidora, além dos dispositivos retro mencionados, o Artigo 11 da Parte Geral do RICMS/96 dispõe de forma clara sobre a sua co-responsabilidade pelo crédito tributário, para a qual não cabe o “benefício de ordem” por ela avocado (Artigo 124 do CTN), a saber:

“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.”

Há, ainda, a responsabilidade subsidiária atribuída à dita Coobrigada por força da previsão contida no Artigo 21, Parágrafo Único, Item 5, da Lei nº 6.763/75 (Artigo 57, Inciso I, Parte Geral, do RICMS/96), tendo sido devidamente concedido à mesma o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do imposto em questão, sem quaisquer acréscimos legais, o que não logrou êxito (documentos de fls. 65/74).

Denota-se, também, equivocadas as assertivas da Autuada acerca da inobservância ao princípio da “não cumulatividade” e ao direito à “compensação plena” do ICMS, bem como sobre a inconstitucionalidade da Alínea “b” do Inciso II do § 2º do Artigo 155 da Carta Republicana de 1988. Além de tais temas não serem afetos ao lançamento em análise, não cabe ao órgão julgador administrativo apreciar questões relativas à inconstitucionalidade de norma legal (Artigo 88, Inciso I, da CLTA/MG).

No tocante à base de cálculo aplicada pela fiscalização (quadros de fls. 14/19, corrigidos às fls. 181/186), promoveu-se, com retidão, a inclusão do ICMS nos valores dos produtos vendidos pela “DASA Destilaria de Alcool Serra dos Aimorés S/A” (Coobrigada). Como regra, tal imposto não integra o valor da operação na saída da mercadoria com diferimento do “lançamento” e do “pagamento” do imposto, o qual deve ser embutido quando do recolhimento do mesmo.

A própria legislação específica da matéria, vigente durante o intervalo fiscalizado, não deixa dúvidas quanto a tal procedimento. O Artigo 396, Inciso I, Anexo

IX, do RICMS/96 (efeitos de 01/01/02 a 14/12/02; redação idêntica à do Artigo 398, Inciso I, que surtiu efeitos de 01/07/99 a 31/12/01) estabelece que, para o cálculo da parcela do imposto incidente sobre o “álcool etílico anidro combustível”, destinado a este Estado, na condição de remetente desse produto, deverá ser adotado como base de cálculo o valor da operação, nele incluído o respectivo ICMS.

Além disso, cabe lembrar a previsão contida no § 15, do Artigo 13, da Lei nº 6763/75, de que “o montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle”.

Outra providência que também não merece reprimenda é a cobrança da Multa de Revalidação contestada pela Coobrigada, vez que sua aplicação se deu em conformidade com os Artigos 209 e 56, Inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões, Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino apresentarão voto em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno. Pela Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. José Eustáquio Passarini de Resende e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A razão do voto em separado faz-se unicamente para deixar registrado que a Coobrigada Dasa Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S.A. está no presente PTA na condição de responsável subsidiária.

A subsidiariedade se dá em razão do que dispõe o art. 21, § 1º, III, da Lei 6763/75.

Art. 21. [...]

*§ 1º - Respondem **subsidiariamente** pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:*

III - na hipótese de diferimento do imposto, o alienante ou remetente da mercadoria ou o prestador do serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação, caso em que será concedido ao responsável subsidiário, antes da formalização do crédito tributário, o prazo de trinta dias para pagamento do tributo devido, sem acréscimo ou penalidade. (Original sem grifo).

Feita a ressalva da subsidiariedade que faz jus a Coobrigada, nada há que se acrescer à decisão.

Conselheiros: Francisco Maurício Barbosa Simões

Edwaldo Pereira de Salles

Juliana Diniz Quirino

6 – EXPORTAÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO

Acórdão: 17.004/05/1ª – (Publicado no “MG” de 12/05/05)

EMENTA

EXPORTAÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - BLOCOS DE GRANITO. Constatado saídas de mercadorias (blocos de granito) para estabelecimento situado em outro Estado com finalidade específica de exportação, ao abrigo da não incidência do ICMS, em desacordo com as normas estabelecidas na legislação em vigor, pois as remessas da mercadoria não foram diretamente para depósito em Armazém Alfandegário ou Entrepósito Aduaneiro por conta e ordem da Comercial Exportadora, não ensejando, portanto, o direito ao benefício da não incidência. **Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do controle fiscal do trânsito ferroviário de cargas, constatou-se a falta de recolhimento do ICMS devido nas operações, face a utilização indevida da não incidência do imposto.

As mercadorias remetidas com fim específico de exportação, por conta e ordem do destinatário, não seguiram diretamente para depósito em armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, como determina o RICMS/02, em seu Anexo IX, artigo 243, parágrafo único, II a V.

Foi lavrado Auto de Infração, para cobrar ICMS e MR, por se ter infringido os artigos: 7º, §1º, e 16, VI e IX, da Lei 6763/75 – 5º, §1º, da parte geral, e 243, II a V, par. Único, do Anexo IX do RICMS/02.

Instruíram-no os documentos de fls. 04 a 13.

Inconformada, a Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 14 a 16.

Aduz, em síntese, que é uma empresa de extração, comercialização, importação e exportação de mármore, granitos e produtos em geral (Cláusula 3º - fl. 21) e que, amparada pelo art. 3º, par. único, I, da LC 87/96, promove referidas exportações com não incidência do imposto estadual.

Pondera que a Lei 6763/75 e o RICMS/02 não ostentam poder de

revogar lei complementar federal, ante o princípio da hierarquia normativa.

Discordando da defesa, o Fisco exara sua Manifestação a fls. 29 a 37.

Descreve como ocorre as operações de remessa da mercadoria para o estabelecimento capixaba e posterior alienação, frisando que:

- o Impugnante tem a intenção de exportar;
- não foi fechado negócio com o importador, no exterior;
- não se vislumbra admissão do produto em regime aduaneiro especial de exportação.

Entende que a imunidade do artigo 155, § 2º, X-a, da CF aplica-se às operações de venda para o exterior, não abrangendo a circulação no mercado interior, anterior à exportação.

Argumenta que a Lei 6763/75 contempla o tratamento dado pela LC 87/96, de forma complacente, e explica tal pensamento com a definição de 'remessa com fim específico de exportação'.

Pede a improcedência da impugnação.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre falta de recolhimento do ICMS devido na operação, face o entendimento de que foi indevidamente utilizada a não incidência do imposto; eis que as remessas com fins específicos de exportação não foram destinadas diretamente para depósito em armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, como determina o RICMS/02, especialmente o parágrafo único, inciso II a V, do Anexo IX.

A empresa autuada Stone Mineração Ltda., IE n. 335.759061.01-90, com sede em Minas Gerais, emitiu as Notas Fiscais n.ºs 000.370 a 000.372, tendo por destinatária Stone Mineração Ltda., estabelecimento com sede em Viana/Espírito Santo, e natureza da operação: transferência.

- NF 000.370 (fl. 10), emitida, em 05.11.2004, por Stone Mineração Ltda., de Itapeçerica/MG, com destino ao estabelecimento de Viana/ES – natureza da operação: transferência/CFOP 6151 – mercadoria: 07 blocos de granito kinawa n.º 618-621/623/629/633 – consta a observação: “mercadoria destinada a exportação, conforme registro no Cacex n. 300211001097. Não incidência do ICMS de acordo com art. 3º inciso II par. único da LC 87 de 13.09.96 Convênio ICMS 113, de 13.12.93”.

- NF 00.371 (fl. 11), emitida, em 05.11.2004, por Stone Mineração Ltda., de Itapeçerica/MG, com destino ao estabelecimento de Viana/ES – natureza da operação: transferência/CFOP 6151 – mercadoria: 09 blocos de granito kinawa n.º 625/636-637/609/587/589-591/593 – consta a observação: “mercadoria destinada a exportação, conforme registro no Cacex n. 300211001097. Não incidência do ICMS de acordo com art. 3º inciso II parágrafo único da LC 87 de 13.09.96 Convênio ICMS 113, de 13.12.93”.

- NF 000.372 (fl. 12) emitida, em 05.11.2004, por Stone Mineração

Ltda., de Itapecerica/MG, com destino ao estabelecimento de Viana/ES – natureza da operação: transferência/CFOP 6151 – mercadoria: 01 bloco de granito kinawa n.º 594 – consta a observação: “mercadoria destinada a exportação, conforme registro no Cacex n. 300211001097. Não incidência do ICMS de acordo com art. 3º inciso II par. único da LC 87 de 13.09.96 Convênio ICMS 113, de 13.12.93”.

- Despacho de carga em lotação n.º 225– Ferrovia Centro-Atlântica S/A – 528557/528559/528577/528581/528582 → referentes à Nota Fiscal n.º. 000.370 – destino Stone Mineração Ltda., em Viana/ES (fls. 05 a 09).

Devido à necessidade de tornar os produtos nacionais mais competitivos no mercado externo, o constituinte de 88 desonerou-os da incidência do ICMS, quando destinados à exportação. Uma vez que a norma que prevê a não incidência encontra-se inserida no texto constitucional, é ela considerada imunidade tributária.

Dispõe o inciso X, alínea a, do §2º do artigo 155 da Constituição da República:

“Art. 155 – omissis

(...)

§ 2.º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (redação dada pela EC 03/93)

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (redação dada pela EC 42/03)”

Adiante, este mesmo dispositivo reservou à lei complementar a possibilidade de ampliação das hipóteses acobertadas pela regra imunizante:

“XII - cabe à lei complementar:

(...)

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, “a”;

Atendendo a mandamento constitucional, foi instituída, em 13 de setembro de 1996, a Lei Complementar n.º 87, para operacionalizar e harmonizar a incidência do ICMS. Esta lei reza que:

“Art. 3º - O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

(...)

Parágrafo único - Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa;

II - Armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro.”

A Lei Complementar n.º 87/96 fez uso, portanto, do permissivo constitucional e ampliou as hipóteses de não incidência, para abranger, também, as operações equiparadas à remessa ao exterior, as quais define como sendo aquelas que destinam mercadorias a empresa comercial exportadora, a outro estabelecimento da mesma empresa, a armazém alfandegado ou a entreposto aduaneiro, com fim específico de exportação.

As operações de transferência, à filial capixaba, das mercadorias descritas nas notas fiscais impugnadas estão abarcadas pela não incidência prevista pela mencionada norma complementar, já que enviam, a outro estabelecimento da mesma empresa, mercadorias com fim específico de exportação.

É de se considerar que, em várias ocasiões, por dificuldades operacionais ou por motivo de conveniência, a mercadoria pode não ser imediata e diretamente remetida ao exterior. Isto não significa que não se destina à exportação.

No caso presente, foi apresentado, pela Impugnante, o Memorando de exportação (fl. 23 a 24), de forma a demonstrar a efetividade das operações de venda ao exterior.

A Lei Complementar n.º 87, de 13.09.04, é, hoje, texto básico que rege o imposto, sendo de observância obrigatória pelos Estados-membros.

Com efeito, as normas complementares, como o próprio nome o diz, complementam a Magna Carta e ofertam ao sistema brasileiro a riqueza de suas disposições. São, portanto, os verdadeiros elementos estabilizadores do sistema.

Têm a natureza de regras quase-constitucionais, pois são normas hierarquicamente inferiores à Constituição, mas, ao traçarem rumos à legislação das pessoas estatais, erigem-se em posição de superioridade às demais leis ordinárias.

Deve-se notar que as leis complementares, por si só, não são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. É o seu conteúdo específico, veiculador de ‘normas gerais’, que torna esses atos normativos superiores a outros, na medida em que, nessa qualidade, ditam os critérios de validade da legislação ordinária e são delas condicionantes.

No caso específico do ICMS, a Constituição prevê a edição de leis complementares que harmonizem as legislações dos diversos Estados federados – em outras palavras, que definam as normas gerais do imposto (art. 155, XII, CF/88).

“A lei complementar distingue-se da ordinária tanto no aspecto material quanto no formal. No seu aspecto formal, para ser válida, é necessário a observância, nas sua elaboração, do quorum especial e qualificado de votação,

sem o que está inquinada de vício formal de inconstitucionalidade. Ainda no aspecto formal de validade, deve-se verificar a origem do órgão de onde a lei complementar emana, obviamente, do Congresso Nacional.

No aspecto material, ela tem seu conteúdo disciplinado na Carta Magna, podendo estar expressamente estabelecido (art. 146 da CF), ou podendo ser implícito, decorrente da interpretação sistemática do texto constitucional (art. 150, inciso VI, c da CF)". (ÉLCIO FONSECA REIS. As medidas provisórias em face do princípio da não surpresa e da hierarquia das normas jurídicas, in Revista da ABDT n.º 2/1999, p. 99-100).

Nenhum exercício de competência pode apresentar-se como uma carta em branco ao legislador complementar ou ordinário, pois toda competência legislativa, administrativa ou judicial já nasce limitada pelo influxo dos princípios constitucionais que informam o Sistema Tributário Nacional.

Não obstante a determinação da norma constitucional e complementar, o legislador mineiro restringiu a imunidade dos produtos destinados à exportação, como se observa pelo disposto no art. 7º, II e § 1º, da lei 6763/75. In verbis:

"Art. 7º- O imposto não incide sobre:

(...)

II - a operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre prestação de serviço para o exterior, observado o disposto na alínea "g" do § 2º do art. 6º

(...)

§ 1º - A não-incidência de que trata o inciso II, observado o que dispuser o regulamento, aplica-se também à operação que destine mercadoria diretamente a depósito em entreposto aduaneiro ou a depósito em armazém alfandegado, com o fim específico de exportação, por conta e ordem de empresa comercial exportadora, inclusive trading company."

Por seu turno, também o Regulamento do imposto manteve a mencionada restrição. Veja-se:

"Art. 5º - O imposto não incide sobre:

III - a operação que destine ao exterior mercadoria, inclusive produto primário e produto industrializado semi-elaborado, bem como sobre a prestação de serviços para o exterior, observado o disposto nos §§ 1º a 4º deste artigo e no item 126 da Parte 1 do Anexo I;

§ 1º - Observado o disposto no § 3º, a não-incidência de que trata o inciso III do caput deste artigo alcança:

I - a operação que destine mercadoria diretamente a depósito em armazém alfandegado ou em entreposto aduaneiro com o fim específico de exportação, por conta e ordem de empresa comercial exportadora, inclusive trading company, observado o disposto nos art. 243 a 253 da Parte 1 do Anexo IX;

(...)

§ 2º - O disposto no inciso I do parágrafo anterior somente se aplica à operação de remessa da própria mercadoria a ser exportada posteriormente, no mesmo estado em que se encontre, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento.

(...)

§ 4º - A não-incidência prevista no inciso III do caput deste artigo não alcança, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 7º, as etapas anteriores de circulação da mesma mercadoria ou de outra que lhe tenha dado origem.”

A matéria foi detalhada no An. IX do RICMS/02, alterado em abril de

2004:

“Art. 243- Na saída de mercadoria com o fim específico de exportação amparada pela não-incidência prevista no inciso I do § 1º do art. 5º deste Regulamento será observado o disposto neste Capítulo.

Parágrafo único - Para os efeitos deste Capítulo, entende-se como:

I - empresas comerciais exportadoras:

a - as empresas classificadas como trading company, nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, que estiverem inscritas como tal no Cadastro de Exportadores e Importadores da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

b - as demais empresas comerciais exportadoras que realizam operações mercantis de exportação inscritas no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) da Receita Federal;

II - estabelecimento remetente, o estabelecimento mineiro, industrial, produtor ou comerciante, que promover a saída de mercadoria destinada diretamente a depósito em armazém alfandegado ou em entreposto aduaneiro, por conta e ordem de empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação;

III - remessa com o fim específico de exportação, a saída de mercadoria destinada diretamente a depósito em armazém alfandegado ou em entreposto aduaneiro, por conta e ordem de empresa comercial exportadora, para ser exportada no mesmo estado, ressalvado o seu simples acondicionamento ou reacondicionamento.

IV - armazém alfandegado, o recinto aduaneiro utilizado para depósito de mercadoria encaminhada para embarque de exportação destinada a adquirente no exterior;

V - entreposto aduaneiro, o recinto alfandegado detentor de regime aduaneiro na exportação na modalidade comum ou extraordinário.”

O artigo seguinte veicula a responsabilidade da empresa remetente da mercadoria, no caso de não se efetivar a exportação – ou de se verificar operação não considerada, pelo Estado mineiro, como equiparável à exportação.

“Art. 249 - O estabelecimento remetente e a empresa comercial exportadora ficarão obrigados ao recolhimento do imposto devido, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, nos casos em que não se efetivar a exportação:

I - após decorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do despacho de admissão em regime aduaneiro de exportação, observado o disposto nos §§ 5º e 6º;

II - em razão de perda da mercadoria; ou

III - em virtude de reintrodução da mercadoria no mercado interno, ressalvada, relativamente ao imposto devido pela operação, a hipótese de retorno ao estabelecimento remetente em razão de desfazimento do negócio, observado o disposto no art. 251 desta Parte.

(...)

§ 2º - Na hipótese deste artigo, para o efeito de cálculo do imposto e acréscimos, considera-se ocorrido o fato gerador na data da saída da mercadoria do estabelecimento remetente.

(...)

§ 5º - O prazo estabelecido no inciso I do caput deste artigo poderá ser prorrogado por uma vez e por igual período, a critério do titular da Delegacia Fiscal (DF) a que estiver circunscrito o estabelecimento remetente, mediante apresentação do Registro de Exportação (RE)”.

Verifica-se, claramente, que a Lei 6763/75 não guarda adequação com os pressupostos pertinentes, hierarquicamente superiores, relativos à desoneração das mercadorias destinadas à exportação. No entanto, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar vigência às normas estaduais alhures transcritas. É o que diz, expressamente, o artigo 88, da CLTA/MG:

“Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo”.

Em razão da limitação de competência imposta ao CC/MG, há de prevalecer, no presente caso, a legislação estadual e, conseqüentemente, o lançamento formalizado pelo Auto de Infração sub judice.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

07 – ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA

Acórdão: 16.913/05/3ª – (Publicado no “MG” de 07/07/05)

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – CRÉDITO ACUMULADO - TRANSFERÊNCIA INDEVIDA. Transferência indevida de créditos acumulados de ICMS para quitação de contas de energia elétrica, sustentada por liminar em medida cautelar, posteriormente revogada, gerando recolhimentos intempestivos do imposto, ensejando a exigência dos juros e da multa de mora prevista no art. 56, § 1.º, da Lei 6763/75. Infração caracterizada. Exigência fiscais mantidas.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – CANCELAMENTO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado o cancelamento irregular de notas fiscais de saída, resultando em recolhimento à menor do ICMS. Infração reconhecida pela Autuada.

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - SUCATA. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da saída de sucata ao abrigo do diferimento, para pessoa não inscrita no cadastro de contribuintes da SEF/MG. Infração reconhecida pela Autuada.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA. Foi apurado pelo Fisco que

a Autuada deixou de lançar no livro Registro de Saídas o ICMS destacado em notas fiscais de simples remessa, destinadas à Belgo Mineira Participação Ind. Comércio S/A, fazendo-se neste documento referência à nota fiscal de faturamento, também com destaque do imposto, tendo como destinatário a empresa Belgo Mineira Bekaert Arames S/A. Exigências fiscais canceladas por não haver nos autos comprovação do aproveitamento do crédito do imposto por ambos os estabelecimento destinatários envolvidos.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas. Infração caracterizada, nos termos do art. 70, V, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Infração parcialmente reconhecida pela Autuada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – NOTA FISCAL FALSA. Acusação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais falsas, assim declaradas em função de ser a emitente “empresa fictícia”. No entanto, as notas fiscais objeto da presente autuação foram emitidas pela SEF/GO, não havendo prova nos autos de que a emissão ocorreu de forma fraudulenta, o que ensejou o cancelamento da multa isolada prevista no art. 50, X, da Lei 6763/75. Glosa do crédito mantida, uma vez que as DAREs anexadas pela Impugnante não contêm autenticação bancária, não havendo prova, portanto, do recolhimento do imposto na origem.

ICMS - ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA. Foi apurada pelo Fisco a escrituração no livro RAICMS, de valor de crédito do imposto à maior que o lançado no livro Registro de Entradas. Infração reconhecida pela Autuada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MINÉRIO DE FERRO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária sobre o respectivo transporte de minério de ferro. Infração reconhecida pela Autuada.

CREDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado o recolhimento a menor do ICMS, decorrente do aproveitamento indevido de crédito do imposto devido por substituição tributária sobre transporte de minério de ferro, cujo pagamento não foi comprovado. Infração reconhecida pela Autuada.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - EXTRAVIO DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. A Impugnante não comprovou a posse dos documentos fiscais cujos créditos neles destacados foram escriturados no livro Registro de Entradas. Correta a glosa dos créditos promovida pelo Fisco, bem como a exigência da multa isolada prevista no art. 55, XII, da Lei 6763/75.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em função das seguintes irregularidades: relativos a aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento; imposto não destacado em documento fiscal, apropriação de crédito em duplicidade; aproveitamento à maior que o destacado no documento fiscal. Infrações caracterizadas e reconhecidas pela Autuada.

NAO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - EXPORTAÇÃO. Constatado que a Impugnante remeteu mercadorias para empresa comercial exportadora, não havendo comprovação da saída para o exterior de parte das mercadorias. Crédito retificado pelo Fisco, com a exclusão parcial das exigências relativas ao Memorando n.º 224. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DIVERGÊNCIA DE VALOR. Exigência da multa isolada prevista no art. 54, IX, da Lei 6763/75, face à constatação de lançamento em DAPI de valores divergentes dos constantes no livro RAICMS. ICMS e MR exigidos em PTA distinto, de natureza não contenciosa. Infração reconhecida pela Autuada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Nos termos do Relatório Fiscal de fls. 16 a 23, versa o presente Auto de Infração sobre as seguintes irregularidades, apuradas entre janeiro de 1998 a abril de 2000:

1) Transferências de créditos de ICMS sustentadas por liminar em medida cautelar, revogada em 12/05/99, processo 210.98.002450-4 – Comarca de Pedro Leopoldo, provocando recolhimentos intempestivos do imposto, em 17/03/2003, pela CEMIG, sem os acréscimos legais devidos, relativo aos meses de maio de 1998 a janeiro de 1999;

2) Cancelamento irregular de documentos fiscais;

3) Utilização indevida do diferimento do ICMS em venda de sucata de ferro fundido para pessoa física (não inscrita);

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas;

5) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas falsas;

6) Escrituração de créditos de ICMS no livro RAICMS em valores superiores aos apurados no livro Registro de Entradas;

7) Falta de lançamento no livro Registro de Saídas do ICMS destacado em notas fiscais emitidas em 03/99. As notas fiscais tinham, como natureza da operação, Simples Remessa, e eram destinadas à Belgo Mineira Participação Ind. Com. S.A. – IE 376.932759.0016 e faziam referência à nota fiscal n.º 2827 – venda

para entrega futura (também com destaque do imposto) tendo como destinatário Belgo Mineira Bekaert Arames S.A. – IE 186.335661.0018;

8) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a materiais de uso/consumo;

9) Aproveitamento a maior de créditos de ICMS;

10) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em função da não apresentação das 1.ªs vias das notas fiscais, as quais foram consideradas extraviadas;

11) Aproveitamento de créditos em duplicidade;

12) Aproveitamento de crédito de ICMS não destacado em documento fiscal;

13) Descaracterização da não-incidência do ICMS em função da falta de comprovação da efetiva exportação das mercadorias;

14) Falta de recolhimento do ICMS/ST relativo a transporte de minério de ferro;

15) Aproveitamento indevido de crédito de ICMS/ST relativo a transporte de minério de ferro – CTRC 1665;

16) Recolhimento a menor do ICMS decorrente de informação de débitos/saldos devedores nos DAPIs em valores inferiores aos apurados no RAICMS – ICMS e MR exigido através de AI não contencioso (03.000278939-14). Exigência da multa isolada prevista no art. 54, IX, da Lei 6763/75;

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de seu representante legal, Impugnação às fls. 451/472.

O Fisco reformula o crédito tributário (fls. 1113/1138), sendo excluída do crédito original a parcela reconhecida pela Autuada através do Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e do Requerimento de Parcelamento (fls. 1129/1130), além de promover a exclusão das exigências relativas ao Memorando Exportação n.º 224 e a retificação do erro apontado pela Impugnante na recomposição da conta gráfica.

Regularmente cientificada (fls. 1139/1140), a Impugnante se mostrou inerte, não se pronunciando sobre a retificação efetuada.

Manifestando-se às fls. 1141/1161, o Fisco refuta as alegações da defesa e requer a manutenção do feito fiscal, observada a retificação efetuada no crédito tributário.

Face à juntada dos documentos de fls. 1162/1173 promovida pelo Fisco, é concedida vista dos autos à Autuada, que adita sua impugnação às fls. 1177/1186, fato que gera a réplica fiscal de fls. 1193/1227.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 1229/1244, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Conforme acima relatado, versa a presente autuação sobre a falta de

recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS, no período de maio de 1998 a abril de 2000, em razão das seguintes irregularidades:

1) Transferências de créditos de ICMS sustentadas por liminar em medida cautelar, revogada em 12/05/99, processo 210.98.002450-4 – Comarca de Pedro Leopoldo, provocando recolhimentos intempestivos do imposto, em 17/03/2003, pela CEMIG, sem os acréscimos legais devidos, relativo aos meses de maio de 1998 a janeiro de 1999 - fls. 24/44;

2) Cancelamento irregular de documentos fiscais – fls. 45/102 - Irregularidade reconhecida pela Autuada– Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130

3) Utilização indevida do diferimento do ICMS em venda de sucata de ferro fundido para pessoa física (não inscrita) – fls. 103/104 – Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

4) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais declaradas inidôneas. Relativamente às NF emitidas pelas empresas Enafer Empresa de Ferro Ltda. e PERFIMIL Ltda. a Autuada reconheceu a infração - Irregularidade parcialmente reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130

5) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais falsas – (Geraldo Norberto de Souza –Empresa Fictícia) – fl. 148;

6) Escrituração de créditos de ICMS no livro RAICMS em valores superiores aos apurados no Registro de Entradas - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

7) Falta de lançamento no livro Registro de Saídas do ICMS destacado em notas fiscais emitidas em 03/99. As notas fiscais tinham, como natureza da operação, Simples Remessa, e eram destinadas à Belgo Mineira Participação Ind. Com. S.A. – IE 376.932759.0016 e faziam referência à nota fiscal n.º 2827 – venda para entrega futura (também com destaque do imposto) tendo como destinatário Belgo Mineira Bekaert Arames S.A. – IE 186.335661.0018 – fls. 149/158;

8) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos a materiais de uso/consumo - fls. 159/176 e fls. 185/190 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

9) Aproveitamento a maior de créditos de ICMS (Equipamentos AC Ltda. – Valor correto: R\$ 9,45 – Valor apropriado: R\$ 51,50 / Estofer: Valor correto: R\$ 43,95 – Valor apropriado: R\$ 244,20 / Diferença estornada: R\$ 242,30) – fl. 169 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

10) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS em função da não apresentação das 1.ªs vias das notas fiscais, as quais foram consideradas extraviadas – fls. 183/184 e fls. 191/200;

11) Aproveitamento de créditos em duplicidade (Joselito A Vilaça e IBAR)

– fls. 172/173 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

12) Aproveitamento de crédito de ICMS não destacado em documento fiscal – fls. 181/182 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

13) Descaracterização da não-incidência do ICMS em função da falta de comprovação da efetiva exportação das mercadorias – fls. 201/217;

14) Falta de recolhimento do ICMS/ST relativo a transporte de minério de ferro – fls. 218/220 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

15) Aproveitamento indevido de crédito de ICMS/ST relativo a transporte de minério de ferro – CTCR 1665 – fl. 222 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

16) Recolhimento a menor do ICMS decorrente de informação de débitos/saldos devedores nos DAPIs em valores inferiores aos apurados no RAICMS – ICMS e MR exigido através de AI não contencioso (03.000278939-14). Exigência da multa isolada prevista no art. 54, IX, da Lei 6763/75 - fls. 223/231 - Irregularidade reconhecida pela Autuada – Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e Requerimento de Parcelamento – fls. 1129/1130;

As irregularidades reconhecidas pela Autuada estão detalhadamente descritas no Relatório Fiscal de fls. 1117/1122.

O Fisco reformulou o crédito tributário, conforme demonstrativo de fl. 1113, sendo excluída do crédito original a parcela reconhecida pela Autuada, além de promover a exclusão parcial das exigências relativas ao Memorando Exportação n.º 224 e a retificação do erro apontado pela Impugnante na recomposição da conta gráfica.

Em decorrência do Termo de Reconhecimento Parcial de Débito, firmado pela Autuada, e para efeito de parcelamento, o crédito tributário reconhecido foi separado e emitido o Auto de Infração n.º 01.000144344.81, cuja cópia encontra-se às fls. 1114/1116.

Feitas essas considerações, resta a análise de mérito do crédito tributário remanescente.

1) Cobrança dos acréscimos legais relativos aos recolhimentos intempestivos do imposto pela CEMIG, sem os acréscimos legais devidos, em razão das transferências de créditos de ICMS efetuadas para esta empresa, pela Autuada, sustentadas por liminar em medida cautelar, revogada em 12 de maio de 1999:

Nos meses de maio a julho e setembro a dezembro de 1998, além de janeiro e fevereiro de 1999, a Autuada emitiu as notas fiscais relacionadas no Anexo I (fls. 25/26), para a Cia. Energética de Minas Gerais - CEMIG, com base em liminar concedida pela justiça deste Estado, revogada em maio de 1999, oportunidade em que o Poder Judiciário reconheceu que havia vedação expressa na legislação

estadual para a utilização de créditos acumulados de ICMS para pagamento de contas de energia elétrica, nos termos do art. 11, II, do Anexo XXI, do RICMS/96.

“Art. 11 - Não será autorizada a utilização de crédito acumulado de ICMS:

(...)

II - para transferência a título de pagamento de fornecimento de energia elétrica ou de prestação de serviço de telecomunicações”

Com base em tal decisão, a então Procuradoria Geral da Fazenda emitiu o parecer de fls. 31/36 que, em síntese, assim abordou a matéria:

“A CEMIG deverá mesmo, diante da decisão havida, proceder ao estorno dos créditos que indevidamente lhe foram transmitidos, ao nosso ver sem acréscimos legais, já que limitou-se a observar determinação judicial, como já salientado.

(...)”

Com o estorno dos créditos pela CEMIG haverá, por via de consequência, o ingresso, nos cofres do Estado, do ICMS devido, no seu valor original, o que significa dizer que os acréscimos corresponderão ao período compreendido entre o momento em que não recolhido o tributo, como se impunha, e o representado pelo pagamento que a CEMIG vier a fazer do ICMS por ela devido e que for apurado já com o estorno, procedimento que a tornará credora da CITYGUSA.

Entendemos que a CITYGUSA deverá ser autuada para a cobrança dos acréscimos legais referentes aos valores de ICMS que deixaram de ser recolhidos pela CEMIG, com as penalidades cabíveis, cabendo ser salientado que o estorno dos créditos a ser procedido pela CEMIG gerará o aproveitamento dos mesmos pela CITYGUSA.

De tal procedimento resultará o seguinte:

- com o estorno dos créditos pela CEMIG haverá o ingresso, nos cofres do Estado, do ICMS que lhe era devido, pelo seu valor original;

- não tendo o ICMS ingressado nos cofres do Estado na época em que tal se impunha, tornar-se-ão devidos os acréscimos legais incidentes, inclusive penalidades, a serem cobrados da CITYGUSA, causadora direta dos danos sofridos pela Fazenda;

- tal estorno, todavia, permitirá a escrituração, pela CITYGUSA, do valor a ele correspondente, na coluna créditos.”

Baseando-se no referido e corretíssimo parecer, o Fisco exigiu da empresa autuada os juros moratórios, calculados com o emprego da taxa SELIC, incidentes no período compreendido entre o momento em que não recolhido o tributo, como se impunha, e o representado pelo pagamento que a CEMIG efetuou (17/03/2003), cujos valores estão demonstrados no Anexo I (fl. 25).

Além dos juros, o Fisco exigiu a multa de mora em dobro (24%), com fulcro no art. 56, § 1.º, da Lei 6763/75, in verbis:

“Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

Efeitos de 31/12/97 a 31/10/2003 - Redação dada pelo art.1º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 12.729/97.

I - havendo espontaneidade no recolhimento do principal e acessórios, nos casos de falta de pagamento, pagamento a menor ou intempestivo do imposto, observado o disposto no § 1º deste artigo, a multa será de 0,15% (zero vírgula quinze por cento) do valor do imposto, por dia de atraso, limitada ao percentual máximo de 12% (doze por cento);

(...)

§ 1º - Na hipótese prevista no inciso I, ocorrendo o pagamento espontâneo apenas do tributo, a multa será exigida em dobro, quando houver ação fiscal.
(G.N.)

A Impugnante defende-se afirmando que não são devidos os juros moratórios nem a multa de mora porque não teria havido descumprimento de obrigação no prazo de vencimento, já que a decisão judicial que vigorava lhe autorizava transferir os créditos acumulados para a CEMIG.

No entanto, como bem salientado pela Procuradoria da Fazenda os créditos foram transferidos por liminar do judiciário, posteriormente afastada por decisão final, cujos efeitos são “ex tunc”, tendo as partes sido levadas, por via de consequência, ao estado anterior ao da decisão liminar.

Com isto, conclui-se que os acréscimos legais são devidos e, com base no Parecer já mencionado, o Fisco, agindo de maneira correta, exigiu os encargos moratórios da empresa atuada, causadora direta dos danos sofridos pela Fazenda.

Portanto, corretas se mostram as exigências fiscais.

Falta de lançamento do ICMS destacado nas notas fiscais de simples remessa:

O Fisco acusa a Atuada de ter recolhido ICMS à menor que o devido, em virtude de ter deixado de lançar no livro Registro de Saídas o valor do imposto destacado nas notas fiscais de fls. 151/157.

As aludidas notas fiscais referem-se a operações de “simples remessa” de ferro gusa lingotado para a empresa Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S/A, emitidas com destaque do ICMS, nas quais há a menção de que as remessas seriam relativas à nota fiscal n.º 2827 (fl. 158), emitida também com destaque do imposto, cuja natureza da operação referia-se a “venda para entrega futura”, tendo como destinatária empresa diversa, qual seja, Belgo Mineira Bekaert Arames S/A.

Em resumo: todas as notas fiscais de simples remessa listadas no Anexo V (fls. 149/157), fazem expressa menção à nota fiscal de faturamento n.º

002827 (fl. 158), cujo imposto destacado nesta foi devidamente escriturado no livro próprio.

Não há dúvida que se trata de um procedimento equivocado da Autuada, vez que faturou para um contribuinte e enviou a mercadoria para outro, o que, em tese, poderia significar prejuízo para o Estado de Minas Gerais caso ambos os estabelecimentos acima mencionados se apropriassem dos créditos destacados.

Ressalte-se, entretanto, que não há informação nos autos de que tal fato tenha ocorrido e, além disso, nos termos do art. 70, VIII, do RICMS/96, é vedado o aproveitamento do crédito do imposto quando o documento fiscal indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele que o registrar.

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

(...)

VIII - o documento fiscal indicar como destinatário estabelecimento diverso daquele que o registrar, salvo se autorizado pela repartição fazendária da circunscrição do estabelecimento destinatário, mediante anotação no próprio documento e no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências do contribuinte destinatário indicado no documento;”

Portanto, caso tenha ocorrido o aproveitamento do crédito em ambos os estabelecimentos destinatários envolvidos, o Fisco poderá efetuar a glosa do crédito, especialmente no estabelecimento da empresa Belgo Mineira Participação Indústria e Comércio S/A, uma vez que a nota fiscal de venda para entrega futura tinha como destinatário o estabelecimento da Belgo Mineira Bekaert Arames S/A.

Em que pese o equívoco cometido pela Autuada, para que se evite uma possível cobrança em duplicidade do imposto relativo a uma mesma operação, a prudência recomenda que seja verificada junto às empresas envolvidas se houve apropriação dos créditos em ambos os estabelecimentos, estornando os valores indevidamente apropriados, se for o caso.

Neste sentido, decide esta Câmara pelo cancelamento das exigências fiscais relativas ao item ora analisado.

Aproveitamento de créditos destacados em notas fiscais inidôneas:

As cópias das notas fiscais objeto da autuação, “supostamente” emitidas por CSD Ind. e Com. Ltda., Enafer Empresa de Ferro Ltda., FR Produtos de Siderurgia Ltda., Megafer Ltda., Perfimil Ltda., Metracron do Brasil Ltda., Diferson Ltda. e Sinérgica Indústria e Comércio Ltda. encontram-se relacionadas nos quadros de fls. 106/110, no qual o Fisco demonstra os créditos de ICMS indevidamente apropriados, enquanto que as cópias dos documentos estão acostados às fls. 481/614.

Os documentos declarados inidôneos, nos termos da Resolução n° 1.926/89, ao serem emitidos, já nascem inquinados de vício substancial insanável, característica que lhes retira toda a eficácia e validade para gerar créditos do imposto.

Na lição do Mestre 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 declarado ou reconhecido (ex tunc)”. (In Direito Tributário Brasileiro, 10ª Edição, Forense, pág. 503).

No presente caso, as nota fiscais foram declaradas inidôneas através dos Atos de fls. 111/120, todos publicados no “MG” em datas anteriores ao Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF, datado de 06/02/2003 (fl. 07), tornando pública e oficial a inidoneidade da referida documentação.

A Lei 6763/75, em seu artigo 30, estatui que o direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, está condicionado à idoneidade da documentação.

Por sua vez, o art. 70, V, do RICMS/96/02, assim estabelece:

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

(...)

V - a operação ou a prestação estiverem acobertadas por documento fiscal falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago;”

Assim, a única hipótese em que poder-se-ia admitir o crédito de ICMS destacado em documento fiscal inidôneo, seria mediante a prova inequívoca de que o imposto devido pelo emitente fora integralmente pago, prova essa não produzida nos autos.

Especificamente em relação às notas fiscais supostamente emitidas pela empresa Sinérgica Ind. e Com. Ltda., a Impugnante, tentando comprovar o pagamento do imposto na origem, anexou as cópias dos livros Registro de Saídas e RAICMS que seriam da referida empresa, no intuito de demonstrar que as notas fiscais tinham sido regularmente escrituradas e o imposto devidamente apurado.

No entanto, de acordo com os Atos Declaratórios de fls. 118/120, as notas fiscais de emissão da referida empresa foram declaradas inidôneas por serem “paralelas”, ou seja, impressas sem autorização da repartição fiscal competente. As diferenças entre as notas regularmente autorizadas e as “paralelas” estão discriminadas nos referidos Atos e podem ser visualizada pelo confronto das “vias cegas” anexadas pelo Fisco (fls. 1165/1172) e aquelas objeto da presente autuação, anexadas pela própria Autuada às fls. 647/655.

Sendo “paralelas” ou “não autorizadas”, obviamente não seriam elas escrituradas nos livros fiscais, pois estes são utilizados para registro de documentos fiscais regularmente impressos e emitidos. Além disto, se elas tivessem sido efetivamente escrituradas e tendo a empresa autuada conseguido, junto à empresa Sinérgica Ind. e Com. Ltda., as cópias de seus livros fiscais, por que a Impugnante não solicitou à referida empresa cópias das vias fixas dos documentos que teriam sido escriturados? Por que não foram anexados os DAPIs da referida empresa? Não há nos autos resposta a este questionamento, não havendo, portanto, comprovação inequívoca de que o imposto destacado nas notas fiscais tenha sido recolhido.

Assim, restando plenamente caracterizada a infração narrada pelo Fisco, legítima se mostra a exigência do presente crédito tributário, constituído pelo ICMS indevidamente apropriado, acrescido da multa isolada prevista no art. 55, X, da Lei 6763/75.

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são 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;”

Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais Falsas:

Segundo o Ato Declaratório acostado à fl. 148, foram declaradas falsas as notas fiscais emitidas por “Geraldo Norberto de Souza” por ter sido constatado que se tratava de “empresa fictícia”.

No entanto, as notas fiscais objeto da presente autuação referem-se a Notas Fiscais Avulsas emitidas pela Secretaria de Fazenda do Estado de Goiás (fls. 673/713), as quais não são atingidas pelo aludido Ato Declaratório.

Assim, deve ser excluída do presente crédito tributário a exigência da multa isolada prevista no art. 55, X, da Lei 6763/75, com fulcro no art. 112, do CTN, tendo em vista não haver provas nos autos de que as notas fiscais avulsas tenham sido emitidas fraudulentamente.

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são 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;”

Não obstante, a glosa dos créditos do ICMS relativo às operações ora analisadas devem ser mantidas, uma vez que os Documentos de Arrecadação de Receitas Estaduais – DARE anexadas às fls. 674 e seguintes, que seriam relativas ao recolhimento antecipado do imposto, não apresentam qualquer autenticação bancária, não comprovando, desta forma, que o ICMS foi devidamente recolhido.

Extravio de documentos fiscais:

Foram escrituradas, em janeiro de 1999, no livro Registro de Entradas,

notas fiscais e conhecimentos de transporte rodoviário de cargas cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco.

Em função do extravio de tais documentos, os quais encontram-se discriminados nos quadros de fls. 184 e 192/200, o Fisco efetuou a glosa dos créditos apropriados, com fulcro no art. 70, VI, do RICMS/96, além de exigir a multa isolada prevista no art. 55, XII, da Lei 6763/75.

RICMS/96:

“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;

Lei 6763/75:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

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

Efeitos de 22/12/79 a 31/10/2003 - Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 7.643, de 21/12/79 - MG de 22.

“XII - por extraviar, adulterar ou inutilizar documento fiscal - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;”

Todos os argumentos da Impugnante relativos a esta irregularidade estão minuciosamente refutados na manifestação fiscal de fls. 1158/1159.

Infere-se, diante dos fatos apurados nos autos, que a Impugnante não comprovou a posse das primeiras vias dos documentos fiscais cujos créditos neles destacados foram escriturados no livro Registro de Entradas.

Os documentos que foram apresentados ao Fisco referem-se a cópias xerox de suas terceiras vias, conforme termo de “Recibo” lançado na intimação acostada à fl. 724.

Assim, corretas se mostram as exigências fiscais, uma vez que se encontram plenamente respaldadas na legislação vigente.

Falta de comprovação de exportação de mercadorias para o exterior:

Diante da acusação fiscal de falta de comprovação das exportações de

ferro gusa para o exterior, a Autuada apresentou o Memorando de Exportação 0224 (fl. 974), acatado pelo Fisco que retificou o crédito tributário.

Porém, em tal Memorando constam 168 toneladas, sendo que o somatório das notas fiscais equivale a 170 toneladas, o que levou à manutenção da tributação das duas toneladas restantes.

Também remanescem as exigências referentes às notas fiscais de devolução da empresa comercial exportadora, cujas cópias encontram-se às fls. 1107/1109, nas quais consta a informação de que as devoluções seriam referentes a perdas de parte do ferro gusa remetido para exportação através das notas fiscais 3726, 3964 e 3726.

Nos termos do art. 266, II, do Anexo IX, do RICMS/96, o estabelecimento remetente (Impugnante), fica obrigado ao recolhimento do imposto com os acréscimos legais cabíveis, quando não se efetivar a exportação em razão de perda da mercadoria, qualquer que seja sua causa.

Art. 266 - O estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, nos casos em que não se efetivar a exportação:

(....)

II - em razão de perda da mercadoria, qualquer que seja a causa;

Portanto, as exigências fiscais se mostram corretas, uma vez que estão em plena consonância com a legislação vigente.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário reformulado pelo Fisco à fl. 1.113: 1) A MI referente ao item 5 do Relatório Fiscal (anexo ao AI), com fulcro no art. 112, II, do CTN; 2) As exigências fiscais relativas ao item 7 do relatório fiscal (anexo ao AI). Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir, ainda, no tocante ao item 4 do Relatório Fiscal, as exigências fiscais dos documentos que contêm carimbo do Fisco mineiro. Vencida, também em parte, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, que o julgava parcialmente procedente, para manter as exigências fiscais pertinentes ao item 2 supracitado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros acima mencionados.

Relator: José Eymard Costa

Voto proferido pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Inicialmente vale destacar que a divergência entre o voto vencido e

a decisão proferida no acórdão em referência restringe-se às exigências fiscais constantes da “Irregularidade 7” do Relatório Fiscal (fls.07), a seguir descrita:

“7) Recolhimento a menor do ICMS referente a falta de lançamento no Livro Registro de Saídas do valor do imposto destacado em notas fiscais emitidas em março de 1999, conforme Anexo V, sendo que tais notas fiscais foram emitidas com natureza da operação: Simples Remessa - destinadas a Belgo Mineira Participação Ind. Com. S.A – Inscrição Estadual n.º 376.932759-0016, fazendo-se referência à nota fiscal n.º 002.827 – natureza da operação: Venda p/ entrega futura (também com destaque do imposto) tendo como destinatária Belgo Mineira Bekaert Arames S.A – Inscrição Estadual n.º 186.335661-0018. Exige-se o ICMS destacado nas referidas notas fiscais no montante de R\$ 5.185,85, levando-se à Recomposição da Conta Gráfica.”

As notas fiscais autuadas, relativas a esta infração, encontram-se arroladas no Anexo V (fls. 150) e suas cópias juntadas às fls. 151/157.

Do exame das citadas notas fiscais percebe-se que no campo “Descrição dos Produtos” há a seguinte menção: “Nota Fiscal Simples Remessa ref. NF. N.º 002.827 de 03/03/99”. Constata-se, ainda, o destaque do ICMS em todas elas.

Relativamente à citada Nota Fiscal de n.º 002.827 (fls. 158), verifica-se que a natureza da operação nela descrita refere-se a “Venda para entrega futura”.

Importante, para o deslinde da questão, a transcrição da legislação tributária, vigente à época dos fatos, pertinente à mencionada modalidade de venda, constantes do Anexo IX do RICMS/96.

*“Art. 322 – Nas vendas para entrega futura, poderá ser emitida nota fiscal sem destaque do ICMS, mencionando-se no documento que a emissão se destina a simples faturamento, **com o imposto sendo debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.***

§ 1º - Se emitida a nota fiscal de que trata este artigo, as 1ª e 3ª vias da mesma serão entregues ao comprador.

.....

*Art. 323 – Por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, da mercadoria, **o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente**, com destaque do valor do imposto, quando devido, observado especialmente o disposto nos artigos 44 e 50 deste Regulamento, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação: “Remessa – entrega futura”, e o número, série, data e o valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.*

.....

§ 3º - Por ocasião da escrituração, no livro Registro

*de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão.”
(grifo nosso)*

Frisa que quando da emissão das notas fiscais de fls. 151 a 158 não foram observados os procedimentos descritos na legislação acima, uma vez que houve destaque do imposto em todos os documentos fiscais, inclusive na Nota Fiscal de n.º 002.827 (emitida em 03/03/99).

Ademais, no Livro Registro de Saídas (cópias de fls. 422 e 423), não há qualquer observação sobre o motivo de emissão dos citados documentos, conforme determina o § 3º do art. 323 do Anexo IX do RICMS/96, bem como não fora debitado o ICMS das operações relativas às notas fiscais de fls. 151 a 157..

Outrossim, o destinatário da Nota Fiscal n.º 002.827 (fls. 158), não coincide com aquele descritos nas notas fiscais autuadas (fls. 151 a 157).

Legítimas, portanto, as exigências fiscais relacionadas à irregularidade ora em exame.

Por derradeiro, vale acrescentar que os fundamentos constantes da Manifestação Fiscal de fls. 1.219 a 1.222, integram ao presente voto, uma vez que refutam com propriedade as razões trazidas na peça defensiva.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o Lançamento, para manter as exigências fiscais concernentes a infração supra, além daquelas mantidas pelo voto majoritário.

Conselheira: Aparecida Gontijo Sampaio

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata a espécie dos autos de constatação pela fiscalização, dentre outras irregularidades, que a empresa Autuada procedeu ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS, provenientes de notas fiscais declaradas inidôneas, mediante Atos Declaratórios de Inidoneidade de fls.111/120, resultando em recolhimento à menor do imposto, pelo que se exige ICMS, MR e MI.

As empresas remetentes das mercadorias para a Autuada, contra as quais foram constatadas irregularidades que levaram à publicação dos Atos Declaratórios de Inidoneidade são CSD Indústria e Comércio Ltda, Enafer Empresa de Ferro Ltda, FR Produtos de Siderurgia Ltda, Megafer Ltda, Perfimil Ltda, Metracon do Brasil Ltda, Diverson Ltda e Sinérgica Indústria e Comércio Ltda.

No entanto, o que se depreende das citadas notas fiscais tidas como inidôneas é que, em algumas delas, existe a aposição do carimbo da fiscalização mineira no corpo das mesmas, fato que, “data vênia”, comprova a efetiva circulação da mercadoria pelos Postos Fiscais existentes no trajeto percorrido pelo veículo transportador.

Nesse sentido, devem ser excluídas do crédito tributário as notas fiscais onde foi aposto o carimbo do Fisco mineiro sobre as mesmas, com conseqüente procedência parcial do lançamento.

Conselheiro: Luiz Fernando Castro Trópia

08 – IMPORTAÇÃO

Acórdão: 17.285/05/3^a – (Publicado no “MG” de 09/02/06)

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS – LOCAL DA OPERAÇÃO. Falta de recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais pela importação de mercadorias através de estabelecimento situado em outra Unidade da Federação com o objetivo prévio de destiná-las ao estabelecimento mineiro. Procedimento Fiscal respaldado pelo artigo 155, § 2º, IX, “a”, da CF/88, artigo 11, I, “d”, da Lei Complementar 87/96 e artigo 33, § 1º, 1, “i.1.3” da Lei 6.763/75. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS referente à importação do exterior das mercadorias descritas na DI n.º 05/0219200-8, de 11/03/05, em virtude da Autuada ter efetuado tais operações de forma indireta, através de empresa situada no Estado de São Paulo.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 26/37, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 85/92.

DECISÃO

Observação Inicial:

Ressalte-se, inicialmente, que os fundamentos expostos na manifestação fiscal (fls. 87/91) foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Mérito:

O tratamento tributário dado à entrada de mercadoria importada do

exterior, advém da determinação contida no Artigo 155, § 2º, IX, alínea “a”, da CF/88, que estabelece:

“IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Resta evidente, então, a importância do “estabelecimento destinatário” para a definição do Ente Tributante.

Já o legislador complementar, ao definir o local da operação e o estabelecimento responsável, identifica como contribuinte, no que tange à importação, o estabelecimento ao qual se destinar fisicamente a mercadoria (e não aquele que efetuou, juridicamente, a importação), conforme previsão contida no Art. 11 da Lei Complementar n.º 87, de 13/09/96, “in verbis”:

“Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;”

Na verdade, tem-se claro que tal dispositivo visa resolver conflito de competência tributária, função original da Lei de natureza “Complementar”, como bem estabelece o inciso I do art. 146 da Constituição Federal vigente.

O critério da entrada física para determinação do verdadeiro importador da mercadoria e, via de consequência, do sujeito ativo da obrigação tributária, aplica-se, dentre outras, quando houver “simulação”, assim considerada a hipótese em que o produto importado tenha destinação específica, ou seja, quando esteja predestinado a pessoa diversa daquela que o importou, de modo que, embora conste a empresa “A” na Declaração de Importação, o verdadeiro importador é “B”.

Em âmbito estadual, esse foi o entendimento adotado pelo legislador mineiro, estampado no artigo 33, §1º, item 1, alínea “i.l.3”, da Lei n.º 6,763/75, in verbis:

“Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

(...)

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) *tratando-se de mercadoria ou bem:*

(...)

i - importados do exterior:

(...)

i.1 - o do estabelecimento:

i.1.3. destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação, promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-lo àquele;”

Retornando aos dispositivos da legislação tributária mineira, vemos que o legislador cuidou de caracterizar detalhadamente a importação indireta - esta ocorre quando a importação é promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, quando há o objetivo precípua de destinar as mercadorias ao estabelecimento situado em território mineiro.

Corroborando este entendimento, a IN SLT/SRE/SCT n.º 03 de 14/11/01 estabelece os procedimentos que devem ser observados pelo Fisco quanto ao levantamento de elementos necessários à materialização dos fatos ocorridos em face das operações triangulares de importação que possam configurar importação indireta, sendo que o presente caso inclui-se no inciso XIII do artigo 1º da referida norma legal, que ora se transcreve:

“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:

(...)

XIII - existência de mercadoria considerada importada, com início do transporte em Zona Primária ou Secundária, e destinada diretamente a contribuinte mineiro, inclusive quando a totalidade da carga for, mesmo que remetida em lotes, determinada na Declaração de Importação (DI).”

A autuação em questão originou-se da constatação de que a empresa mineira Cia Semeato de Aços - CSA efetuou a chamada importação indireta de mercadorias através da empresa Paulista Spectro Sul Americana Comércio Ltda.

No caso dos autos, importa observar se as mercadorias foram importadas para serem incorporadas ao ativo imobilizado da empresa mineira, para atenderem ao fim a que se propõem.

Alega a autuada que a mercadoria importada, descrita na nota fiscal acostadas às fls. 07 e 44, transitou pelo estabelecimento da empresa paulista Sepctro Sul Americana Comércio Ltda. antes de ser remetida para a Autuada. Anexa como provas de tal fato a nota fiscal de entrada n.º 004.559, emitida em 03/03/2005 (fl. 54), e o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas n.º 003.767, emitido

em 11/03/2005 por Transloader Transportes Ltda. (fl. 56), documentos estes que não foram a data da ocorrência apresentados ao Fisco.

Ocorre que tal Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas é oriundo da mesma empresa que efetuou o transporte da mercadoria de São Paulo a Minas Gerais, conforme se percebe pelo confronto do Conhecimento de Transporte acostado às folhas 8/9 com o anexado à fl.56. Nota-se, também de tal comparação, que este último, apesar de “emitido” em 11/03/2005, possui numeração superior (003.767) ao conhecimento que acompanhou o trânsito da mercadoria até Minas Gerais (003.680), datado de 18/03/2005 (fls. 8/9), tendo sido emitido, portanto, de forma irregular, na tentativa de comprovar algo que de fato não ocorreu.

Quanto à nota fiscal de entrada n° 004.559 (fl.54), emitida em 03/03/2005, a mesma, além de não possuir o condão de comprovar a entrada física da mercadoria, sequer pode comprovar a sua entrada contábil, uma vez que o desembaraço da mercadoria se deu em 11/03/2005, conforme se percebe no Comprovante de importação (fl. 10), sendo assim impossível que a entrada da mesma tenha se dado em 03/03/2005.

Da verificação física da mercadoria constatou-se que a mesma encontrava-se em duas caixas de madeira, ambas com etiquetas referentes à importação (fl. 23). Tanto na Declaração de Importação (fl. 11), quanto no próprio Conhecimento de Transporte (fls. 8/9), que acompanhavam a mercadoria, há a menção a duas caixas de madeira, inclusive ao peso das mesmas e ambas as informações coincidem, comprovando assim que o transporte da mercadoria teve início em Zona Primária, e foi destinada diretamente a contribuinte mineiro, demonstrando assim que o Estado mineiro é o competente para a exigência do ICMS na operação de importação em questão.

A destinação prévia da mercadoria importada ao contribuinte mineiro está indubitavelmente comprovada pelos seguintes documentos/dados:

1) A proposta comercial (SSA-025E/04) da Spectro Sul Americana à empresa Cia Semeato de Aços Ltda. (fls. 05 e 44), datada de 23/11/2004;

2) Pedido de Compra (fl. 50) e confirmações de pedido (fls. 51/52) de 24, 26 e 30 de novembro de 2004, respectivamente;

3) O desembaraço das mercadorias importadas ocorreu no dia 11/03/2005, conforme Comprovante de Importação de fl. 10. Portanto, o contrato, o pedido e as confirmações deste anteriormente mencionados antecederam a importação;

4) Na “Comercial Invoice” (fls. 14/15) há a alusão à proposta comercial acima mencionada - SSA-025E/04;

5) A totalidade das mercadorias importadas foi remetida à Autuada, fato que pode ser comprovado pelos dados da DI (fl. 13), com aqueles lançados na nota fiscal de remessa (fls. 07 e 60);

6) As etiquetas coladas às caixas que acondicionavam a mercadoria (fl. 23) fazem alusão à proposta comercial SSA-025E/04.

Portanto, está materialmente comprovado nos autos que as mercadorias foram importadas, única e exclusivamente, para serem remetidas para a Cia

Semeato de Aços - CSA, para integrarem seu ativo imobilizado (prévia destinação). Desde o início, a importação tinha por objetivo atender o contrato firmado entre as partes envolvidas.

A autuada alega também que ao contratar com a empresa Spectro Sul Americana Comércio Ltda., o fez, não só com o objetivo de adquirir um equipamento, mas uma série de outros benefícios como garantia, assistência técnica, entre outros. Tal argumento não tem o condão de descaracterizar a importação indireta. O fato do exportador oferecer tais serviços através do intermédio de seu representante legal no país, é nada mais, nada menos, que mera faculdade operacional do mesmo. Caso assim não o fosse a figura da importação indireta só se aplicaria a mercadorias simples, o que não é o caso.

Razão também não lhe assiste quanto ao questionamento acerca da bitributação, uma vez que o imposto é devido ao Estado de Minas Gerais e não ao de São Paulo, conforme já demonstrado.”

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava improcedente, nos termos da impugnação de fls. 30/36. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: José Eymard Costa

Acórdão: 17.102/05/3^a – (Publicado no “MG” de 15/09/05)

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IMPORTAÇÃO INDIRETA. Os elementos dos autos não são suficientes para comprovar que as mercadorias, objeto da autuação, tenham sido importadas com prévia intenção de remessa direta para a empresa mineira, não se configurando, portanto, a importação indireta. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido sobre a operação de importação de mercadorias do exterior, consignadas na Declaração de Importação - DI de n.º 04/1136139-7 do mês de novembro/2004. A Fiscalização afirma que a Autuada teria efetuado tais importações de forma indireta, através de seu estabelecimento sede situado no Estado da Bahia.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/15, aos argumentos seguintes:

- a transferência das mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 000.071 e 000.074 foi feita com obediência à orientação da Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia, tendo sido efetuados os lançamentos devidos e necessários para que a remessa atendessem a lei;

- ao serem transportadas para o estabelecimento destinatário, durante a fiscalização do trânsito de mercadorias foi constatada a falta de recolhimento do imposto devido incidente na entrada de produtos importados do exterior;

- o Auto de Infração em questão é ilegal pois somente após a escrituração da mercadoria pela empresa destinatária poderia ser exigido o recolhimento do imposto incidente sobre a entrada de produtos importados do exterior;

- o recolhimento do imposto não poderia ser feito de imediato antes dos lançamentos contábeis necessários, somente após estes poderia ser constatada a existência de alguma irregularidade;

- houve uma antecipação por parte da fiscalização atribuindo erroneamente uma atitude fraudulenta ao remetente da mercadoria, pois não poderia ter recolhido a diferença, caso houvesse, junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, não tendo tido tempo para recolhê-la junto à Secretaria da Fazenda de Minas Gerais;

- deve ser cancelada a imposição da multa sendo determinado somente o recolhimento do imposto devido.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 25/27, contrariamente ao alegado pela Defesa aos fundamentos que se seguem:

- o Contribuinte, nas operações que realizou, restringiu-se apenas ao cumprimento das obrigações tributárias junto ao Estado da Bahia, não atentando às obrigações junto ao Estado de Minas Gerais, destinatário das mercadorias importadas do exterior;

- nos termos da alínea "a" do inciso IX do §2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988 a obrigação tributária principal de recolher o imposto é atribuída ao destinatário das mercadorias importadas do exterior;

- o próprio Auto de Infração é claro quando diz que a constatação da falta de recolhimento do imposto foi apurada pela fiscalização do trânsito de mercadoria;

- nos termos da legislação do ICMS, a exigência de recolhimento do imposto não é feita apenas após a escrituração e sim no momento do desembaraço aduaneiro, na hipótese de entrada de mercadorias importadas do exterior, sem qualquer vinculação às obrigações acessórias (inciso VIII do artigo 85 do RICMS/02);

- não há, na legislação pertinente a esta matéria, qualquer vínculo entre a obrigação principal (recolhimento do imposto) e a obrigação acessória (escrituração comercial e fiscal).

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS e Multa de Revalidação em face da imputação fiscal feita à ora Impugnante de falta de recolhimento do ICMS devido sobre a operação de importação de mercadorias do exterior, consignadas na Declaração de Importação - DI de n.º 04/1136139-7 do mês de novembro/2004.

A Fiscalização alega que a ora Impugnante teria efetuado as importações questionadas de forma indireta, através de seu estabelecimento sede situado no Estado da Bahia.

Importante ressaltar que o Auto de Infração foi lavrado em 08 de março de 2005, tendo a autuação ocorrido em 21 de dezembro de 2004 no Posto Fiscal Ricardo Elísio Prado.

A discussão posta nos presentes autos refere-se à ocorrência ou não de importação indireta, uma vez considerar o Fisco que a ora Impugnante teria deixado de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, tendo em vista que as mesmas foram desembaraçadas em outra unidade da Federação (Bahia) mas estariam previamente destinadas ao estabelecimento mineiro.

Dispõe o artigo 155, inciso II e §2º, inciso IX, alínea "a", da Constituição Federal de 1988 que:

"Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....
II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....
§2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....
IX – incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

....."

Estabelece, portanto, a Constituição Federal de 1988 a repartição da competência tributária, deixando a cargo dos Estados e do Distrito Federal a instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e

contempla, também, a operação de importação. Impõe, ainda, que o imposto caberá ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

A Lei Complementar n.º 87/96 veio regulamentar a matéria posta na Constituição Federal, e entre outros pontos, determinou que, o local da operação é o estabelecimento que efetuou, juridicamente, a importação. Senão, vejamos:

“Art. 11 – O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I – tratando-se de mercadoria ou bem:

.....

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

.....”

Da análise do dispositivo supra, temos que a citada Lei Complementar utilizou-se do critério da entrada física, para determinar o verdadeiro importador e para estabelecer a que Estado é devido o imposto relativo à operação de importação.

Sustenta a Fiscalização a ocorrência de operação de importação indireta, ou seja, a mercadoria importada estaria prévia e especificamente destinada à pessoa diversa daquela que a importou e a ela seria diretamente destinada, quando do desembarço. Assim, no entender da Fiscalização, tal operação teria como destinatária final a empresa Impugnante e como intermediária a empresa situada no Estado da Bahia, sendo que o ICMS seria devido ao Estado de Minas Gerais.

Não se contesta na presente lide, a ocorrência da importação, mesmo porque a gama de documentos carreados aos autos evidencia a certeza da ocorrência desta operação, mas sim a competência para a arrecadação do imposto.

Dos documentos acostados aos autos depreende-se claramente que o importador é, de fato, a empresa localizada no Estado da Bahia, tendo em vista que nenhum dos documentos relativos à importação faz menção à ora Impugnante.

Insta destacar que o fato do importador ser estabelecimento do Contribuinte mineiro, adquirente das mercadorias, por si só, não é capaz de permitir a conclusão de que o estabelecimento mineiro foi o efetivo importador das mercadorias. O Regulamento Mineiro do ICMS é claro ao tratar dos estabelecimentos de um mesmo Contribuinte e nesta hipótese não deixa dúvida quanto à autonomia dos mesmos.

Acrescente-se ainda que cada um dos estabelecimentos de um mesmo Contribuinte possui atividades próprias e específicas, escrituração fiscal própria, além de CNPJ's distintos. Ou seja, os estabelecimentos de um mesmo Contribuinte são pessoas jurídicas distintas para efeitos fiscais.

Apesar da empresa Impugnante, ao se manifestar nos autos, não refutar diretamente o mérito da presente autuação tendo solicitado apenas o

cancelamento da penalidade aplicada, consideramos que os documentos e provas existentes não nos permitem concluir pela ocorrência de importação indireta, conforme demonstraremos adiante.

Os documentos fiscais acostados aos autos comprovam que a operação questionada se deu após a nacionalização da mercadoria caracterizando, conseqüentemente, uma operação interestadual. Outro aspecto que merece atenção reside na data da importação e da remessa da mercadoria para Minas Gerais, enquanto a primeira ocorreu em 09 de novembro de 2004, a segunda somente se concretizou em 21 de dezembro de 2004, portanto, mais de um mês após a importação.

Neste ponto voltamos a frisar que as datas relacionadas a tais operações evidenciam que efetivamente a mercadoria não foi diretamente enviada a Minas Gerais, senão vejamos:

- consta dos autos que o desembaraço das mercadorias ocorreu em 09 de novembro de 2004;

- as notas fiscais nºs 701 e 704 da PC – Microchip Indústria e Comércio Ltda./Bahia, no nosso entender real importadora da mercadoria, datam de 21 de dezembro de 2004;

- a autuação ocorreu em 21 de dezembro de 2004.

Sendo assim, a empresa PC – Microchip Indústria e Comércio Ltda./Bahia procedeu à negociação com a empresa localizada em outro país, bem como efetivou a seu encargo a compra e a importação de mercadorias e, por fim, após concluídas as operações anteriormente descritas, e após efetivada a nacionalização da mesma em seu nome, promoveu a remessa das mesmas. Não há nos autos provas que desconstituam a certeza destas afirmações.

Em face das inúmeras discussões surgidas em torno da importação indireta, em novembro de 2001, foi editada a Instrução Normativa n.º 03/01, estabelecendo procedimento a ser observado quanto ao levantamento de elementos necessários à materialização dos fatos ocorridos em face das operações triangulares de importação que possam configurar importação indireta. E, da análise das regras constantes desta Instrução Normativa verificamos que a operação em questão não apresenta os elementos necessários à materialização da importação indireta.

O artigo 1º da Instrução Normativa n.º 03/2001 elencou diversos elementos que, uma vez presentes, comprovariam a ocorrência de operação de importação indireta. Conforme já exposto, no caso dos autos não é possível a perfeita verificação da existência destes caracterizadores.

Os documentos acostados ao presente processo e relativos à importação, tais como a Declaração de Importação e seu Extrato, em momento algum apresentam em seu corpo referência ao contribuinte mineiro. Ao contrário, fazem referência à PC – Microchip Indústria e Comércio Ltda./Bahia, apresentando inclusive o CNPJ desta empresa.

Acrescente-se ainda que não foram apenas estes os elementos listados na Instrução Normativa n.º 03/2001 que não foram encontrados na operação objeto do presente feito fiscal, verificamos que nenhum outro documento pertinente à

importação que pudesse comprovar a participação da Impugnante foi acostado aos autos.

Ademais, temos também que não restou demonstrado que a Impugnante tenha pago valores referentes às despesas aduaneiras, ou que estava assumindo quaisquer ônus advindos da operação de importação, ou mesmo que realizou diretamente o pedido de compra para o fornecedor estrangeiro, etc.

Vale ressaltar que o simples fato de toda a mercadoria importada vir para o Estado de Minas Gerais, especialmente, para o estabelecimento da Impugnante não é elemento suficiente por si só para configurar a importação indireta.

Voltamos aqui a enfatizar que a Declaração de Importação não faz qualquer menção à empresa Impugnante, o que já demonstra o seu não envolvimento na operação de importação e sim a sua condição de simples adquirente, em operação interestadual, das mercadorias importadas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

09 – ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO

Acórdão: 16.186/05/2ª – (Publicado no “MG” de 24/03/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA . O pedido de prova pericial formulado pelo Sujeito Passivo não envolve questões que requeiram propriamente a realização de perícia, vez que trata de quesito desnecessário à elucidação da acusação suscitada nos autos. Recurso não provido. Decisão unânime.

ISENÇÃO-DESCARACTERIZAÇÃO-IMPORTAÇÃO–DRAWBACK-Evidenciada a descaracterização da isenção do ICMS, em operações de importação de mercadorias do exterior, amparadas pelo regime especial “Drawback”, tendo em vista o inadimplemento das condições estabelecidas nos subitens 73.1 a 73.5, do Anexo I do RICMS/96, que condicionam o benefício à comprovação da efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada. Razões da defesa insuficientes para elidir o feito. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS sobre operações de importação de mercadorias do exterior, amparadas pelo regime especial "Drawback", face à descaracterização da isenção do ICMS, por descumprimento das condições necessárias à fruição do benefício, estabelecidas no item 73 do Anexo I ao RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 84/92, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 280/291.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 294, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 321, na juntada de documentos de fls. 295/320, na reabertura do prazo de 30 (trinta) dias ao Sujeito Passivo, para pagamento do crédito tributário, tendo em vista o encaminhamento do "Demonstrativo Consolidado das Irregularidades" (fl. 291), nova manifestação do Contribuinte (fls. 328/332) e, por fim, uma outra adição da Manifestação do Fisco (fl. 333).

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 337.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 343/346).

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 351/358, opina pelo não provimento do Recurso de Agravo e no mérito pela procedência 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 Acórdão, salvo pequenas alterações e inclusões.

Das Preliminares***Agravo Retido***

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

Os requisitos indispensáveis à fruição do benefício da isenção do ICMS na importação de mercadorias, efetuada na modalidade "Drawback" estão disciplinados na legislação tributária mineira, especialmente nos subitens 73.1 a 73.5 do Anexo I do RICM/96.

Assim, não carece, pois, de produção de prova pericial para que se investigue "se os compromissos de exportação assumidos em cada um dos Atos Concessórios de Drawback objeto da glosa fiscal foram cumpridos", conforme pleiteia a Agravante no quesito formulado à fl. 91.

A comprovação de cumprimento dos compromissos de exportação não é pertinente aos fatos narrados no Auto de Infração, pois o Drawback estadual tem condições próprias, devidamente elencadas na legislação. A exportação de mercadorias para o exterior é condição necessária, porém não suficiente para a fruição do benefício da isenção.

O “quesito” formulado pela Agravante, na verdade, demonstra sua confusão acerca do “Drawback” Federal e Estadual. No primeiro caso, existem várias modalidades, sendo que cada uma delas tem características próprias. No segundo caso, ou seja, a nível estadual, há apenas o drawback isenção, cujas condições para sua fruição estão expressamente previstas na legislação e cujo inadimplemento implica em perda do benefício.

Desse modo, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Nulidade do Auto de Infração:

A Impugnante arguiu a nulidade do Auto de Infração argumentando que a peça fiscal não indicou dispositivo legal ou regulamentar que demonstrasse, de forma objetiva e específica, a infração por ela cometida.

Na verdade, o Fisco citou no Auto de Infração o item 73 do Anexo I do RICMS/96, que elenca todas as condições e requisitos para a fruição do benefício, mas não apontou de forma objetiva quais dos subitens do item 73 teriam sido inobservados pela Autuada.

Portanto, assiste razão à Autuada quando alega que o Auto de Infração não trouxe, de forma clara e precisa, a motivação exata da descaracterização da isenção do ICMS, limitando-se a mencionar no relatório o dispositivo regulamentar infringido, item 73 do Anexo I do RICMS/96.

Contudo, a Autoridade Lançadora tratou de sanar tal falha, elaborando, para cada uma das Declarações de Importação (DI), objeto da presente autuação, o “Demonstrativo Consolidado das Irregularidades” (fl. 291), do qual o Sujeito Passivo foi cientificado por meio do Ofício de fl. 322, quando lhe foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do crédito tributário.

A providência sanou a “falha” existente no Auto de Infração e permitiu que a Autuada exercesse, sem restrições, seu constitucional direito de defesa. Não há portanto, qualquer razão para considerar-se nulo o Auto de Infração em análise.

Do Mérito

O auto de infração em apreço versa sobre falta de recolhimento de ICMS nas operações de importação de mercadorias do exterior (cianeto e oxicianeto de sódio, esfera de ferro, carvão ativado e brocas de perfuração), realizadas sob o regime especial “Drawback”, tendo em vista a descaracterização do benefício da isenção do ICMS, por inadimplemento das condições estabelecidas no item 73, do Anexo I, do RICMS/96.

De início, faz-se necessário analisar a tese defendida pelo Sujeito Passivo relacionada à perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito

tributário referente às operações ocorridas em data anterior a 14/10/98, invocando inobservância ao disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Convém assinalar que o art. 150 do CTN trata dos casos sujeitos ao lançamento por homologação, assim entendido aquele em que o Sujeito Passivo tem o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, que tomando conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte, expressamente o homologa.

Em se verificando a não antecipação do pagamento do tributo, pelo Sujeito Passivo e sendo o lançamento efetuado “de ofício”, como no caso dos autos, ou nas hipóteses em que se verifique a presença de dolo, fraude ou simulação, a regra aplicável para a contagem do prazo decadencial já não se dá na forma do art. 150 retrocitado, mas nos moldes previstos no art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para a Fazenda Pública formalizar o crédito tributário oriundo dos fatos geradores ocorridos durante o exercício de 1998 somente se extingiria em 31/12/2003, ao passo que o Sujeito Passivo foi pessoalmente notificado do presente auto de infração em 14/10/2003, conforme indica a assinatura constante do Auto de Infração (fl. 05), logo, quando ainda não havia esgotado o direito de a Fazenda Pública constituir o lançamento, não procedendo, portanto, a tese de decadência parcial das exigências fiscais lançadas.

Quanto ao lançamento, de notar-se que a entrada de mercadoria importada do exterior, pelo regime especial drawback, inclui-se no rol das operações amparadas pelo benefício da isenção do ICMS, desde que observadas as condições listadas no item 73, do Anexo I do RICMS/96, entre elas, aquelas do subitem 73.1, alíneas “a” e “b”: que a operação esteja beneficiada com suspensão dos tributos federais (II e IPI); que as mercadorias importadas resultem, para exportação produtos industrializados ou arrolados no Anexo XI do RICMS/96.

Necessário destacar, ainda, que a isenção do imposto está condicionada à comprovação da efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria ou de produtos resultantes da industrialização da matéria prima ou dos insumos importados com o benefício, na forma estabelecida nos subitens 73.2 a 73.5, do Anexo I do RICM/96.

Vale destacar a regra do subitem 73.2:

A isenção fica condicionada à efetiva exportação, pelo importador, 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.(destaques nossos)

Importa assinalar que a inobservância dos requisitos elencados nos subitens 73.1 a 73.5 do citado Anexo resulta na descaracterização do benefício da isenção do ICMS, conforme determinação do artigo 111, inciso II do CTN e nos exatos termos da disposição inserida no subitem 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;

Da análise da documentação apensada aos autos verifica-se que, em todas as DI's objeto da presente autuação, houve inadimplemento das condições essenciais à fruição do benefício da isenção, tal como esclarece a Autoridade Autuante, tanto na Manifestação Fiscal de fls. 280/290, quanto no documento intitulado "Demonstrativo Consolidado das Irregularidades" (fl. 291).

Os produtos importados (cianeto e oxicianeto de sódio, carvão ativado, esfera de ferro) foram utilizados como materiais de consumo na produção de ouro. Sendo assim, tais produtos não integram o produto final exportado (ouro em barra), vez que exauridos durante o processo de produção.

Também foram importadas brocas tritônicas para perfuratriz, utilizadas no desmonte de rochas e, na qualidade de ferramentas empregadas no processo de produção de minério de ferro, obviamente, não integram o produto final exportado (minério de ferro).

Eis, portanto, um motivo suficiente à descaracterização da isenção por inobservância à alínea "b" do subitem 73.1 do Anexo I do RICMS/96, vez que os produtos importados não resultaram produtos industrializados para exportação, já que alguns são ferramentas utilizados no processo de industrialização e outros, materiais de consumo, exauridos durante o processamento de extração do ouro.

Este é o entendimento esposado por este Conselho de Contribuintes, quando do julgamento de matéria idêntica, a exemplo das decisões proferidas nos Acórdãos 16.403/03/1^a, 15.684/03/2^a e 16.797/04/1^a.

Não bastasse isso, diversas outras irregularidades formais foram detectadas pelo Autuante, as quais ensejam a descaracterização do benefício da isenção do imposto estadual: não apresentação, junto à Administração Fazendária, da documentação exigida (Declaração de Despacho de Exportação -DDE, Declarações de Importação e Atos Concessórios), nos termos e prazos estipulados nos subitens 73.2 e 73.3 do Anexo I do RICMS/96; comprovante de desoneração do ICMS, expedido por outra unidade da Federação (Espírito Santo); o produto final exportado foi industrializado em outro Estado (São Paulo), o que contraria a regra do subitem 73.4 do mesmo Anexo.

Tem-se, pois, a comprovação de diversas irregularidades que convalidam o procedimento fiscal que resultou na descaracterização da isenção do ICMS, sendo, portanto, legítima a cobrança do imposto, calculado a contar da ocorrência do fato gerador, acrescido da Multa de Revalidação.

O crédito tributário, propriamente dito, não carece de reparos, vez que o valor tributável corresponde ao valor lançado nas DI's (valor CIF), acrescido das despesas aduaneiras, tal como estabelece o art. 13, inciso I da Lei 6763/75, calculado à alíquota de 18%.

De salientar-se que os valores das despesas aduaneiras foram arbitrados pelo Autuante em 4,73% sobre o valor das mercadorias importadas, tomando-se por parâmetro o mesmo percentual verificado em outras importações do mesmo contribuinte, objeto de autuação no PTA 01.000141469-65 (fls. 296/319), cujo crédito tributário foi reconhecido e quitado pelo Sujeito Passivo, conforme DAE de fls. 320.

Assim, restando configurada a infração, reputa-se legítimo o crédito tributário, tal como lançado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

10 – MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA

Acórdão: 16.992/05/3ª – (Publicado no “MG” de 28/07/05)

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA. Aquisição de energia elétrica, em operação interestadual, através de contratos bilaterais relativos transferências de excedentes de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o pagamento do imposto devido a este Estado, contrariando as disposições contidas no Convênio ICMS 103/2001 e no art. 49, c/c art. 50A, do Anexo IX do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que o sujeito passivo acima qualificado efetuou compra de energia elétrica, durante o período de racionamento de energia, sob a forma de excedente de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do imposto devido a este Estado.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 42/49, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 98/102.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre a constatação de que o sujeito passivo acima qualificado efetuou compra de energia elétrica, durante o período de racionamento de energia, sob a forma de excedente de redução de metas, sem a documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do imposto devido a este Estado.

A entrada de energia elétrica sem documentação fiscal, objeto do Auto de Infração, ocorreu num período atípico na realidade brasileira, de racionamento de energia elétrica, que motivou a expedição de normas pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica.

Como regra, as empresas de grande porte firmavam contratos com as Concessionárias de energia elétrica para determinar a quantidade (em kw) de energia a ser por elas utilizadas em Transações Bilaterais, através de Certificados de Direito de Uso de Redução de Metas.

Neste contexto estão inseridos os Contratos de fl. 32 e 34, através dos quais a White Martins Gases Industriais S.A., CNPJ n.º 35.820.448/0098-69, firmou com as Concessionárias Eletropaulo Metropolitana de São Paulo S.A. e Bandeirante Energia S.A. o direito de uso de sua redução de demanda de energia.

Para melhor compreensão da matéria, transcreve-se abaixo o teor do contrato firmado com a ELETROPAULO (fl. 32), bem como do “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A” (demanda superior a 2,5 MW), através do qual foi feita a cessão da demanda reduzida ao estabelecimento mineiro autuado:

Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta

“Pelo presente documento, a concessionária ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, neste ato representada por seu(s) representante(s) legal(is) abaixo assinado(s), devidamente inscrita junto ao CNPJ/MF sob o n.º 61.695.227/0001-93, declara para fins previstos na Resolução 13 da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, de 01 de junho de 2001, que a empresa abaixo mencionada obteve junto a esta concessionária um Certificado de Direito de Uso de Redução de Meta para uso em Transação Bilateral, no valor cedido mencionado que se encontra dentro de sua meta concedida validada. Este certificado é válido para o mês de outubro/2001 ou até o final do período de duração do Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, o que primeiro se extinguir.”

Empresa	CNPJ/MF	Meta Mensal-KWh	KWh Cedido Mensal	Meta Ajustada Mensal
White Martins	35.820.448/0098-69	8.397.935 KWh	1.000.00 KWh	7.397.935 KWh

Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A

“Pelo presente documento, as empresas abaixo listadas, neste ato representada por seu(s) representante(s) abaixo assinado(s), declaram, para fins previstos na Resolução 13 da Câmara de Gestão de Crise de Energia Elétrica, de 2001, que realizaram Transação Bilateral, com a finalidade de compensar as metas de consumo, através da transferência de excedente de redução de meta.”

Empresas	CNPJ/MF	KWh cedido	KWh recebido
White Martins Gases Ind. S/A	35.820.448/0098-69	1.000.000 KWh	
White Martins Gases Ind. S/A	35.820.448/0046-38		1.000.000 KWh

Em resumo: através dos Certificados de fls. 32 e 34 e dos Documentos para Transações bilaterais de fls. 33 e 35, a White Martins Gases Industriais S.A., CNPJ n.º 35.820.448/0098-69, reduziu sua meta de consumo de energia elétrica e a energia não demandada foi transferida para o estabelecimento mineiro da mesma empresa (Impugnante), CNPJ n.º 35.820.448/0046-38, sediado em Juiz de Fora (MG), num total de 1.226.000 KWh, sendo que os 226.000 KWh adicionais referem-se ao contrato firmado com a Bandeirante Energia S/A.

Ocorre, entretanto, que essa transferência de energia elétrica ocorreu sem a emissão da documentação fiscal correspondente e sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado.

Por esse motivo, o Fisco está a exigir o valor do imposto não recolhido, acrescido da multa de revalidação e da multa isolada prevista no art. 55, XXII, da Lei 6763/75, conforme demonstrativo de fl. 08.

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

Efeitos de 01/01/94 a 06/08/2003 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos da Lei nº 11.363/93.

XXII - por dar entrada a mercadoria desacobertada de documento fiscal, 20% (vinte por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 10% (dez por cento), na hipótese de a saída ter sido acobertada com documento fiscal e o imposto regularmente recolhido.”

A obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para a hipótese dos autos está estampada no Convênio ICMS 103/2001, in verbis:

“Cláusula primeira - Os comercializadores de energia elétrica, inclusive os que atuarem no âmbito do Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do imposto, deverão observar o seguinte:

I - na hipótese de não possuírem Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para acobertar a operação e registro pelo destinatário;

II - nas operações em que a energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador, adotar-se-á a disciplina estabelecida no § 3º do art. 40 do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970;

III - na hipótese de serem dispensados da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, será emitida

Nota Fiscal Avulsa ou, no caso de sua inexistência, será emitida, pelo destinatário, Nota Fiscal relativa à entrada;

IV - nas operações interestaduais, aplica-se o disposto no Convênio ICMS 83/00, de 15 de dezembro de 2000.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula também se aplica a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de excedente de redução de meta” (g.n).

As regras contidas no Convênio acima mencionado foram inseridas no Regulamento mineiro, em seu Anexo IX, artigos 49 e 50A, in verbis:

“Art. 49 – O estabelecimento gerador ou distribuidor, inclusive o agente comercializador de energia elétrica, situado em outra unidade da Federação, fica responsável, na condição de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, incidente sobre a entrada, em território mineiro, de energia elétrica não destinada à comercialização ou industrialização, mediante aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação relativa à entrada da mercadoria e recolhido por meio de GNRE.” (G.N.)

.....
“Art. 50A – O comercializador de energia elétrica, inclusive o que atuar no Mercado Atacadista de Energia – MAE, além do cumprimento das obrigações principal e acessórias previstas na legislação observará o seguinte:

I – na hipótese de não possuir Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6, emitirá Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para fins de acobertamento da operação e de registro pelo destinatário;

II – nas operações em que a energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador, será aplicado o disposto no artigo 321 do Anexo IX;

III – na hipótese de ser dispensado da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirá Nota Fiscal Avulsa.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de excedente de redução de meta.

§ 2º - Na hipótese de o comercializador de energia elétrica estar situado em outra unidade da Federação aplica-se o disposto no artigo 49 deste Anexo.”

Como não houve a retenção e o recolhimento do imposto devido a este Estado, foi atribuída à Autuada a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, nos termos do art. 29, § 2.º, da Parte Geral, do RICMS/96.

A legitimidade da exigência do ICMS em casos da espécie está retratada na Consulta de Contribuinte n.º 170/2003, através da qual a SEF/MG expõe o seu posicionamento de que a exigência do imposto somente não seria cabível quando a energia elétrica transferida/adquirida, em operação interestadual, fosse destinada à comercialização ou industrialização do próprio produto, ou seja, da própria energia elétrica.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 170/2003

(MG de 23/12/2003)

PTA Nº : 16.000096090-80

CONSULENTE : Rima Industrial S/A.

ORIGEM : Bocaiúva - MG.

“INCIDÊNCIA DE ICMS - AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA - A teor do disposto no artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei nº 6.763/75, incide o ICMS na entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, lubrificantes, combustíveis dele derivados e energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, tendo por atividade principal a produção, a exportação e a importação de produtos metalúrgicos (notadamente silício metálico, magnésio, ferro-ligas e seus derivados), apura o ICMS pelo sistema normal de débito e crédito e comprova suas saídas mediante emissão de notas fiscais.

Informa que, em face da sua condição de grande consumidora de energia elétrica, pretende adquirir tal mercadoria em outros Estados, de modo a utilizá-la no processo industrial do qual resultarão, como dito, produtos na linha da metalurgia.

Isto posto, passa a tecer considerações acerca do alcance do termo “industrialização”, utilizado na legislação que disciplina a tributação em tema de ICMS. Para tanto, além de reproduzir dispositivos legais atinentes ao tema, constantes na Constituição da República e na Lei Complementar nº 87/96, analisa as definições dos termos “uso/consumo”, “comercialização” e “industrialização”, valendo-se, quanto a este último, do disposto no artigo 222, inciso II, Parte Geral, do RICMS/02.

Aduz, em acréscimo, que, sendo a industrialização um gênero do qual fazem parte as cinco espécies de que trata o mencionado dispositivo (“transformação”, “beneficiamento”, “montagem”, “acondicionamento ou reacondicionamento” e “renovação ou recondicionamento”), em se tratando de operações interestaduais

com energia elétrica quando destinada “à industrialização ou à comercialização” (Lei Complementar nº 87/96, artigo 3º, inciso III), a desoneração do ICMS alcançaria todas estas espécies.

Após mencionar seu entendimento acerca do alcance da industrialização na modalidade “transformação”, formula a seguinte

CONSULTA:

1 - É correto entender que, em virtude dos dispositivos constitucionais, não incidirá ICMS sobre a operação de compra de energia elétrica procedente de outra unidade da Federação, quando destinada à industrialização acima descrita?

2 - Em caso de resposta negativa ao item acima, qual o dispositivo legal que determina a incidência do imposto?

3 - Nas operações interestaduais de compra e venda de energia elétrica realizadas no MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), estará caracterizada a obrigação de recolhimento do tributo? Caso positivo, qual a base legal?

RESPOSTA:

1 - Não. O entendimento manifestado pela Consulente reputa-se incorreto.

De acordo com o estatuído na Lei nº 6.763/75, bem como na Instrução Normativa SLT nº 01/2003, o termo “industrialização”, consoante empregado nos dispositivos legais atinentes às operações interestaduais com petróleo, seus derivados e energia elétrica, refere-se à industrialização do próprio produto, não alcançando, portanto, os casos em que estes sejam utilizados em processos industriais dos quais resultarão produtos distintos.

Conforme detalhado na referida Instrução Normativa, a razão para tanto reside no fato de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, inciso X, alínea “b” da Constituição da República não se constitui em mera hipótese de desoneração fiscal, mas, antes, tem por escopo transferir a tributação, na sua totalidade, para a unidade da Federação destinatária dos produtos em questão, qualquer que seja a finalidade dada aos mesmos. Neste sentido, nos casos em que tais produtos não forem objeto de subsequente saída tributada (a exemplo do que ocorre quando os mesmos são utilizados na fabricação de outros produtos), o imposto incidirá em decorrência da respectiva entrada no Estado de destino, a teor do disposto no artigo 1º, inciso IV, Parte Geral do RICMS/02.

Em outras palavras, somente haverá que se falar na hipótese de não-incidência de que trata o artigo 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, nos casos em que o petróleo, seus derivados e a energia elétrica forem, eles próprios, objeto de nova operação tributada, seja na mesma condição em que foram adquiridos (comercialização), seja após submetidos à industrialização. Observe-se que, neste particular, o termo “industrialização” alcança qualquer das espécies referidas no artigo 222, Parte Geral do RICMS/02, desde que, consoante acima exposto, se trate da industrialização dos próprios produtos mencionados.

2 - A incidência de que se cuida está prevista no artigo 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar 87/96, também no artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei nº 6.763/75 e, finalmente, no artigo 1º, inciso IV, Parte Geral do RICMS/02, citado acima.

Importa registrar, a propósito, que, relativamente ao alcance do termo “industrialização” conforme utilizado nos dispositivos ora analisados, a recentemente editada Lei nº 14.699/03 (a exemplo do que já fora anteriormente explicitado na IN SLT nº 01/2003), deu nova redação a diversos dispositivos da Lei nº 6.763/75, de modo a esclarecer o fato de tratar-se, como dito, da industrialização dos próprios produtos em questão. Assim sendo, além do aludido artigo 5º, § 1º, item 4, da Lei 6.763/75, também foram objeto do referido esclarecimento o artigo 6º, inciso VII (que dispõe acerca da ocorrência do fato gerador), o artigo 7º, inciso III (que dispõe sobre a não-incidência) e o artigo 22, § 8º, item 5 (que dispõe sobre a substituição tributária incidente na operação).

3 - Em se tratando de aquisição interestadual de energia elétrica não destinada à comercialização ou à sua própria industrialização, o ICMS incidirá normalmente em decorrência da entrada da mercadoria em Minas Gerais, ainda que a operação seja realizada junto a agente comercializador atuante no Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE. Cumpre esclarecer, por oportuno, que tal comercializador fica responsável, na condição de substituto tributário, pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a exemplo do que ocorre com o estabelecimento gerador ou distribuidor situado em outra unidade da Federação.

A fundamentação legal de tal assertiva encontra-se disposta no artigo 53 (notadamente o seu § 2º) c/c artigo 51, ambos constantes na Parte 1, Anexo IX, do RICMS/02, cujo teor provém das prescrições contidas, respectivamente, nos Convênios ICMS nº 103/2001 e 83/2000.”

DOET/SLT/SEF, 11 de dezembro de 2003.

A Impugnante alega que “a garantia de potência de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS” e que este “somente incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado”, ou seja, “se não há recebimento de energia sob a forma de excedente de redução de metas no estabelecimento da Impugnante, conseqüentemente não pode ser por ela revendida, não há fato gerador, nem imposto exigível.”

Importante esclarecer, no entanto, que a Impugnante em momento algum comprovou que a energia elétrica adquirida através dos Contratos Bilaterais já mencionados não tenha sido por ela utilizada. É um mero argumento desprovido de qualquer prova material.

Corretas, portanto, as exigências fiscais, uma vez que respaldadas na legislação vigente.

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgava improcedente, nos termos da impugnação de fls. 44/48. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: José Eymard Costa

11 – MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA

Acórdão: 17.329/05/1ª - (Publicado no "MG" de 08/12/05)

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO. Constatado, mediante levantamento quantitativo financeiro diário, a realização de entradas, estoque e saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE INDICAÇÃO DOS DADOS DO TRANSPORTADOR. Evidenciada a falta de indicação dos dados atinentes à identificação do transportador das mercadorias nas notas fiscais de saída, em inobservância à regra inserida no artigo 2º, Anexo V do RICMS/96. Legítima a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, que manteve a exigência apenas em relação aos documentos fiscais cujos destinatários encontram-se sediados fora do local onde a emitente está estabelecida. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da citada lei, para reduzir o valor remanescente da Multa Isolada a 10% (dez por cento) do seu valor.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre acusações de saídas, entradas e manutenção em estoque de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo financeiro diário, relativamente ao período de 01/07/01 a 31/12/01 e emissão de notas fiscais sem a indicação dos dados referentes ao transportador. Exige-se ICMS, MR e MI's previstas nos artigos 55, incisos II e XXII e 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 581 a 590, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 661 a 663.

Determinada a diligência de fls. 665 a 666, a mesma foi atendida com a manifestação do Fisco de fls. 678 a 679 e reformulação do crédito tributário de fls. 667 a 677.

DECISÃO

“Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.”

Das Preliminares**Do pedido de prova pericial**

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

Da análise do requerimento do Contribuinte, verifica-se que, dos quesitos propostos à fl. 588, os três primeiros referem-se à verificação de quais mercadorias teriam sido objeto de industrialização no estabelecimento Autuado, quer seja recuperação ou montagem de peças novas.

Convém assinalar, contudo, que os argumentos relacionados à industrialização de peças novas já haviam sido defendidos pelo Sujeito Passivo na Impugnação, os quais, após a análise do Fisco, foram acatados, ensejando a reformulação do crédito tributário de fls. 667 a 677.

Assim, não há mais qualquer razão plausível para que se investigue as questões mencionadas nos quesitos I a III, uma vez que os documentos acostados pelas partes permitem uma tomada de posição pela 1ª Câmara .

Já em relação ao quesito IV, a Autuada solicita a indicação das notas fiscais que teriam sido emitidas sem a consignação dos dados do transportador.

De fato, por ocasião da lavratura e notificação do AI, a Autoridade Autuante não informou à Defendente a relação das citadas notas fiscais, trazendo aos autos somente a quantidade de documentos que foram objeto de autuação, ou seja, 14.467 notas, conforme documentos de fls. 06 e 10.

Por último, no quesito V, a Agravante pretende seja verificada a quantidade de notas fiscais destinadas à Cia Vale do Rio Doce, questionamento que se mostra irrelevante ao deslinde da acusação.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e II, da CLTA/MG.

Da Nulidade do Auto de Infração

Entende a Impugnante que, no caso em questão, a fiscalização não relaciona as notas fiscais que não conteriam os dados do transportador, sendo certo que tal omissão deve ensejar a declaração de nulidade da exigência fiscal, eis que a autuação não fornece à Impugnante os meios necessários à sua defesa, diante do nítido cerceamento do direito de defesa que lhe foi imputado.

Ocorre, entretanto, que o Auto de Infração contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza da infração e a

pessoa do infrator, inclusive com a informação de que exigência mencionada se refere a todas as notas fiscais emitidas pela Autuada no período fiscalizado.

Além do mais, a citação dos dispositivos infringidos e cominativos das penalidades está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no artigo 142 do CTN e nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, foram observados, não tendo procedência a arguição de nulidade do mesmo.

Do Mérito

Das exigências fiscais oriundas do LQFD

O procedimento adotado pelo Fisco - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - por espécie de mercadoria, constitui técnica de fiscalização idônea, prevista na legislação tributária vigente (artigo 194, III da Parte Geral do RICMS/96), do qual resultou a apuração de saídas, manutenção em estoque e entradas desacobertas de documento fiscal, bem como constatação de saídas abaixo do custo, sobre as quais nenhuma exigência fiscal foi formalizada, dada a suspensão da eficácia do artigo 51 do RICMS/96, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta do Inconstitucionalidade nº 1951-1.

Todos os dados levantados pelo Fisco na apuração das quantidades movimentadas de cada produto, bem como a base de cálculo do imposto e das penalidades foram extraídos dos documentos fiscais emitidos e declarados pelo próprio Sujeito Passivo.

Cumpra assinalar que as exigências fiscais demonstradas à fl. 10 sofreram alterações, pela Autoridade Lançadora, conforme se observa às fls. 668, quando foram excluídos os produtos listados à fl. 665.

O relatório do LQFD, anexo às fls. 09/575, contém a movimentação de mercadorias no período de 01/07/01 a 31/12/01, apresenta a consolidação das diferenças apuradas, por espécie de mercadoria, conforme descrição e codificação reproduzidas nas planilhas de fls. 11/15, das quais o Fisco excluiu os produtos objeto de industrialização, efetuada no próprio estabelecimento.

Imperioso assinalar que as quantidades referentes ao “estoque inicial” e “estoque final” foram alicerçadas, respectivamente, no “Registro de Inventário - Estoque de Prateleira”, existentes em 01/07/01 e em 31/12/01.

Argumenta o Sujeito Passivo que as supostas saídas/entradas desacobertas de documento fiscal derivam de movimentações internas, haja vista a entrada e saída do estoque de mercadorias destinadas à industrialização de peças novas, através da junção de componentes que comercializa, buscando, assim, afastar as exigências fiscais oriundas do LQFD, trazendo aos autos o relatório de entradas e saídas de peças montadas no seu próprio estabelecimento (fls. 598/653).

De fato, em se considerando que os componentes objeto de industrialização de novas peças também eram comercializados pela Autuada, como peças avulsas, poder-se-ia supor que a industrialização, promovida no próprio estabelecimento, pudesse ensejar dúvidas quanto aos resultados apurados no LQFD, relativamente a estes componentes utilizados na montagem de novas peças.

Entretanto, a Autuada não carrou aos autos nenhuma prova objetiva da efetiva industrialização, uma vez que os documentos fiscais não demonstram a assertiva da defesa. Além do mais, as notas fiscais emitidas pela Impugnante não trazem quaisquer indicações relativas ao IPI, que incide sobre a pleiteada industrialização.

Mesmo assim, quando demonstrou, efetivamente, quais produtos foram empregados em restauração e reforma de equipamentos, o Fisco acatou suas argumentações, promovendo a alteração do crédito tributário.

Assim, deve-se prevalecer o crédito tributário com os valores reformulados pelo Fisco, conforme demonstrado às fls. 668.

Do descumprimento de obrigação acessória

A segunda acusação do AI versa sobre acusação de falta de indicação dos dados do transportador em todas as notas fiscais emitidas durante o período de 01/07/01 a 31/12/01, procedimento que constitui infração à legislação tributária (artigo 2º, Anexo V do RICMS/96).

A Impugnante tenta eximir-se da acusação que lhe foi imputada, alegando, primeiro, que o Fisco deixou de apontar quais notas fiscais continham tal irregularidade, impedindo seu direito de defesa e segundo, que todas as mercadorias comercializadas no período investigado foram destinadas à CVRD, empresa sediada no mesmo local onde se encontra o seu estabelecimento e que, por essa razão, não houve o transporte da mercadoria.

Como dito antes, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, o Fisco informou ao Sujeito Passivo somente a quantidade de documentos que foram objeto de autuação, ou seja, 14.467 notas (fl. 10).

Contudo, tal vício foi sanado, conforme observação de nº 1 da planilha de fl. 668, quando a Autoridade Lançadora promove a alteração do crédito tributário e informa ao Sujeito Passivo que a penalidade foi aplicada sobre todas as notas fiscais de saída cujos destinatários encontram-se sediados fora do local onde a emitente encontra-se estabelecida, emitidas durante o período de 01/07/01 a 31/12/01, ou seja, todas as 6.748.

Assim, em relação aos documentos cujos destinatários encontram-se sediados em locais diversos do estabelecimento remetente da mercadoria, reputa-se legítima a cobrança da Multa Isolada de 4,90 UFIR por documento, prevista no artigo 54, inciso VI da Lei 6763/75 c/c artigo 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/96.

Entretanto, nos casos em que o destinatário indicado nos documentos encontra-se no mesmo endereço da emitente (7.719 notas fiscais), não há que se falar em transporte das mercadorias, que são repassadas de almoxarifado a almoxarifado, no sistema just in time. Para esses documentos, inaplicável a exigência fiscal, conforme reformulação do lançamento.

Por fim, por se tratar de expediente que não onerou o Fisco, e considerando a primariedade do lançamento, é possível o acionamento do permissivo legal, de forma a reduzir a exigência remanescente. Bem verdade que o Fisco imputa reincidência à Autuada, por conta de outra autuação no mesmo sentido. Entretanto,

por ocasião da emissão das notas fiscais, ainda não havia decisão administrativa irrecorrível, não produzindo, assim, os efeitos da reincidência.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. Ainda em preliminar, à unanimidade, indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 668. Em seguida, também à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso VI, da mesma lei, a 10% (dez por cento) do seu valor remanescente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Lúcio de Souza Coimbra Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino.

Relator: Roberto Nogueira Lima

12 – MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA

Acórdão: 16.469/05/2ª – (Publicado no “MG” de 07/09/05)

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – Comprovada nos autos a ocorrência de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apurada mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento matriz com as notas fiscais emitidas e escrituradas no LRS da Autuada. Apesar de demonstradas, as exigências fiscais não recaíram sobre as entradas desacobertadas. Quanto às saídas desacobertadas, devem ser considerados os descontos concedidos pelo Contribuinte, conforme demonstrado em seus documentos. Não devem ser considerados apenas os valores relacionados a crédito de cliente ou troca de mercadorias, pois apesar da rubrica utilizada, não têm natureza de desconto, tal como definido em legislação. Parcialmente corretas as exigências de ICMS, MR e MI (art. 55, inciso II, da Lei 6763/75).

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS - Comprovado que a Autuada deixou de entregar ou entregou em desacordo com a legislação tributária, arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais. Correta a aplicação da sanção prevista no artigo 54, inciso XXXIV, da Lei 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas e saídas de mercadorias, desacobertas de documentação fiscal, no período de 16/12/2002 a 29/05/2003, acarretando as exigências de ICMS, MR e MI, artigo 55, inciso II da Lei 6763/75, bem como falta de atendimento de intimações fiscais e apresentação de arquivos magnéticos, conforme dispõe o Anexo VII do RICMS/02, sujeitando o Contribuinte à penalidade prevista no artigo 54, inciso XXXIV da Lei 6763/75.

A constatação de saídas desacobertas decorre do confronto dos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento matriz, Malharia Eduardo Limitada, em 05/06/2003, com os lançamentos efetuados pelo Contribuinte em seu LRS.

Esclarece ainda o Fisco que apesar das operações ocorridas até a data de 21/01/2003 se referirem ao estabelecimento “Euler Batista Melo”, o crédito tributário correspondente esta sendo exigido da Autuada em função do disposto no artigo 132 do CTN.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 1688/1697, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1708/1716.

DECISÃO

Do Mérito

Versa o trabalho fiscal sobre entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de dezembro de 2002 a maio de 2003, bem como sobre o não atendimento de intimações e não apresentação/ entrega de arquivos magnéticos. Exigiu-se ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso II e artigo 54, inciso XXXIV, ambos da Lei 6763/75).

As saídas desacobertas de documentos fiscais foram apuradas mediante confronto dos documentos extrafiscais apreendidos com as notas fiscais emitidas e escrituradas no LRS da Autuada, tendo o Fisco constatado que “todos os documentos apreendidos são controles paralelos, não guardando nenhuma relação com os registros fiscais”, fl. 10.

Os documentos extrafiscais referidos foram regularmente apreendidos no estabelecimento matriz da empresa “Malharia Eduardo Ltda”, conforme TAD nº 011025 e demais documentos de fls. 15/23.

O procedimento do Fisco está respaldado pelos artigos 191 e 201, II, ambos do RICMS/2002:

“Art. 191 – As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as

mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, papéis e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.”

“Art. 201 – Serão apreendidos:

(...)

II – os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.”

(...)

§ 2º - A apreensão prevista no inciso II do caput deste artigo não poderá perdurar por mais de 8 (oito) dias, ressalvadas as hipóteses seguintes:

I- a devolução for prejudicial à comprovação da infração;

II- a apreensão tratar-se de cópia de programas e arquivos eletrônicos.

§ 3º - Na hipótese do inciso I do parágrafo anterior, será fornecida ao contribuinte que a requeira cópia dos documentos, papéis, livros e meios eletrônicos apreendidos.”

As saídas de mercadorias desacobertadas de documentação foram apuradas, relativamente ao período de 28/01/2003 (Planilha 01, fls. 31/42), através dos documentos de fls. 55/1314 e relativamente ao período de 16/12/2002 a 27/01/2003 (Planilha 02, fls. 43/44), através dos documentos de fls. 1315/1650, documentos de caixa.

Os documentos extrafiscais apreendidos, anexados às fls. 55/1650, indubitavelmente representam vendas de mercadorias pois são inúmeros os elementos deles constantes que permitem a necessária certeza quanto a ocorrência do fato gerador do imposto.

Os documentos relacionados à Planilha 01, “Orçamento nº XXX”, indicam o nome do cliente, as mercadorias vendidas (quantidade, descrição, preço unitário), a forma de pagamento (se cartão, dinheiro ou cheque e o número de parcelas), o vendedor responsável e também, eventualmente, o desconto concedido na operação.

Por sua vez, os documentos relacionados à Planilha 02, informam, diariamente, as vendas realizadas em dinheiro, cheque, duplicata/boleta ou cartão de crédito, o total das vendas e o valor da remessa de numerário para a Matriz. Para cada dia, constam 03 (três) relatórios distintos, intitulados Euler Batista Melo – EPP, Livro Caixa e Relatório de Faturamento.

Mencionados documentos (fls. 55/1650), contrariamente ao alegado pela Impugnante, não são meras anotações, pois trazem informações completas e detalhadas sobre as vendas realizadas e os valores recebidos.

De certo que anotações não configuram fator gerador do ICMS, a não ser que elas indiquem com precisão e certeza a ocorrência de vendas de mercadorias, como no presente caso.

As alegações impugnatórias de que o Fisco agiu baseado em presunção não está correta. Na verdade, a presunção é aplicável em 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.

Porém, não é este o caso dos autos. Aqui, há provas suficientes a demonstrar a ocorrência do fato gerador. Não se tratam de indícios, mas de documentos produzidos pelo Contribuinte que contém elementos que comprovam a ocorrência de saídas de mercadorias, tais como nome do cliente, valor unitário e total, descrição das mercadorias, forma de pagamento, desconto concedido, etc.). São indubitavelmente documentos de controle interno das vendas realizadas.

Como se vê, não há que se falar em “cobrança de imposto sem a prova do fato gerador”. A autuação encontra-se amparada em prova documental e não em mera presunção, estando plenamente caracterizada a acusação de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, não se aplicando, absolutamente, o art. 112, II, do CTN.

Quanto ao argumento de que o Fisco não confrontou os documentos apreendidos com a escrita fiscal e contábil da empresa, verifica-se que, ao contrário do alegado pela Impugnante, a autuação fiscal foi precedida de criterioso levantamento, onde se analisaram todas as notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Prova disso é que a Impugnante não apontou sequer um documento fiscal que fosse relativo às saídas relacionadas nas planilhas elaboradas pelo Fisco.

E mais, a Autuada afirmou que outras filiais poderiam ter emitido notas fiscais relacionadas a tais operações, mas também não comprovou tal suposição.

Assim sendo, tem aplicação, ao caso, o disposto no art. 110 da CLTA/

MG:

*“Art. 110 – Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto de provas, será esta irregularidade considerada como provada.”
(grifo nosso)*

Relativamente aos descontos constantes dos “Orçamentos”, relata o Fisco que sua desconsideração decorre do fato de estarem relacionados a troca de mercadorias, créditos a clientes, abatimentos a funcionários, etc.

Contudo, existem situações nas quais os descontos foram concedidos

de forma incondicional, restando demonstrado nos autos que a Autuada efetivamente recebeu somente o valor líquido indicado em seus “Orçamentos”.

Como exemplo citamos o “Orçamento” nº 02531, fls. 73, de 29/01/2003, que indica desconto de 10%. O valor total da venda é de R\$ 79,50, tendo sido concedido um desconto de 10%, ou R\$ 7,95, resultando no valor líquido de R\$ 71,55, pago em dinheiro, conforme informação inserida no mesmo documento extrafiscal.

Às fls. 1368, consta do “Relatório de Faturamento” do dia 29/01/2003, no qual estão relacionadas todas as vendas realizadas, que, relativamente ao “Orçamento” nº 02531 o valor total é R\$ 71,55.

Como este, inúmeros outros exemplos podem ser citados, a saber, fls. 93 e 1371, 111 e 1378, 129/130 e 1387.

Estes descontos estão demonstrados nos documentos extrafiscais apreendidos que sustentam as exigências consubstanciadas no Auto de Infração e sendo assim, todos os dados neles inseridos devem ser considerados e não apenas parte deles, à exceção dos valores informados como descontos mas que têm outra origem, qual seja, crédito de cliente ou troca de mercadorias.

Os descontos concedidos a funcionários, contrariamente ao alegado pelo Fisco, também são incondicionais, pois independem de evento futuro e incerto, estão relacionados apenas à condição do adquirente, no caso, ser funcionário da empresa. Situação semelhante ocorre com clientes considerados especiais, que em função do volume das aquisições, freqüência, etc. obtém descontos junto a seus fornecedores.

Por outro lado, há valores que foram inseridos como descontos nos “Orçamentos”, mas se referem a mercadorias devolvidas pelos clientes ou a créditos destes, ou seja, na verdade não são descontos, mas valores deduzidos do preço das mercadorias vendidas com o intuito de anular o valor das mercadorias devolvidas ou considerar o crédito do cliente junto à empresa.

Como exemplo citamos os documentos de fls. 64/65. Vinculado ao “Orçamento” nº 02520, cujo valor total é R\$ 36,70 e o valor líquido R\$ 2,90 (desconto de 92,10%), há um “Aviso de Recebimento” que informa devolução de mercadorias no valor de R\$ 33,80, ou seja, exatamente o valor do “desconto” concedido.

Há outros exemplos de situação semelhante, além daqueles já mencionados na Decisão, a saber, fls. 126/127, 135/136, 142/143, 151/152, 168/169.

Ainda que a Autuada não tenha efetivamente recebido o valor integral das mercadorias vendidas, tal valor é passível de tributação, pois o procedimento correto a ser adotado quando da devolução de mercadorias é outro e está expressamente previsto na legislação tributária.

Em regra, quanto há devolução/troca de mercadorias, o contribuinte deve tributar normalmente as mercadorias saídas e utilizar, se possível, como crédito do imposto, o valor referente às mercadorias entradas, desde que observados os requisitos legais e emitidos os documentos fiscais próprios para a operação.

Assim, devem ser considerados os descontos concedidos pelo

Contribuinte, à exceção daqueles relacionados a créditos de clientes e devolução/troca de mercadorias. Registre-se que os valores que não devem ser considerados como descontos incondicionais estão mencionados em “Orçamentos”, vinculados a documentos intitulados “Aviso de Recebimento – Notas de Entrada”.

Vale destacar que na apuração da base de cálculo foram utilizados dados reais das saídas efetuadas, obtidos dos documentos emitidos pela Autuada, não havendo que se falar em arbitramento.

Quanto às entradas desacobertas, relacionadas na Planilha 03, fls. 45, apesar de terem sido mencionadas no Auto de Infração, não consta do DCMM, exigências a elas relacionadas.

Relativamente à não entrega ou entrega em desacordo com a legislação tributária de arquivos eletrônicos, verifica-se que a irregularidade está comprovada nos autos, pelo demonstrativo de fls. 46, sendo correta a aplicação da MI prevista no art. 55, XXXIV, da Lei 6.763/75.

Ressalte-se que é descabida a alegação da Impugnante de “cobrança reiterada da mesma penalidade, pelo cometimento da mesma irregularidade”, uma vez 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.

Frente ao exposto, conclui-se que o trabalho fiscal foi elaborado de acordo com a legislação pertinente e encontra-se amparado em provas consistentes, sendo legítimas as exigências fiscais, considerando-se as ressalvas já mencionadas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para, em relação às saídas desacobertas, considerar os descontos concedidos pelo Contribuinte à exceção daqueles relacionados a crédito de cliente ou troca de mercadorias, a exemplo das fls. 61/62, 64/65, 69/70, 88/89. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Valdir Rodrigues e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

13 – MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA

Acórdão: 17.276/05/1ª - (Publicado no “MG” de 01/12/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – A perícia requerida mostrou-se desnecessária para elucidar a questão. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – ENERGIA ELÉTRICA. Comprovado nos autos que as operações interestaduais de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorreram sem documentação fiscal e sem o estorno do imposto apropriado quando da sua aquisição, contrariando as normas vigentes na legislação tributária. Exigências de ICMS, MR e MI mantidas. Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso II e inciso II alínea “a” da Lei 6763/75) frente à constatação de que a empresa Autuada promoveu a comercialização de energia elétrica em operações interestaduais nos meses de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A”, sem o devido acobertamento fiscal e sem promover o estorno do crédito apropriado por ocasião da aquisição da energia.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 716 a 753, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 766 a 777.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl.784), o mesmo foi agravado às fls. 787 a 790.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 795 a 811, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

“Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.”

DAS PRELIMINARES

1. 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 buscam elucidar quais são as atividades

desenvolvidas pela Requerente, bem como esclarecer de que forma ela utiliza a energia elétrica em seu processo produtivo e se possui os meios necessários para armazenamento, distribuição e comercialização da energia.

O Estatuto Social Consolidado da empresa, cuja cópia encontra-se anexada aos autos, traz em seu Artigo Segundo a descrição dos objetivos sociais da empresa; adicionalmente, sua classificação no CAE 11.1.1.10-8 junto ao Cadastro de Contribuintes da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, atesta que se trata de empresa cuja atividade principal é “metalurgia do alumínio”.

A exigência fiscal, por sua vez, não está respaldada na hipótese aventada nos quesitos apresentados (de que a empresa atuada possua meios (físicos) necessários ao armazenamento e distribuição de energia elétrica).

Ao contrário, o Fisco afirmou, por ocasião da manifestação fiscal: “...foram celebrados vários Contratos Bilaterais entre as partes envolvidas nas transações. Esses contratos identificam a empresa cedente, a cessionária e o montante de energia comercializada em kwh e foram firmados com o conhecimento e autorização da concessionária, que emitiu o documento que atesta a quantidade de energia em kwh passível de comercialização, anuência esta imprescindível, seja por força de contrato de fornecimento, vedando a cessão a terceiros, “salvo autorização do poder concedente”, seja por caracterizar venda a ordem, nos moldes do artigo 321 do RICMS/96, vigente à época, pelo fato da concessionária ter efetuado o transporte e a entrega da mercadoria e ter propiciado, inclusive disponibilizando infra-estrutura, as condições para a concretização das negociações.”

Verifica-se, portanto, o reconhecimento por parte do Fisco de que a empresa Requerente não possui meios para produzir e/ou armazenar energia elétrica. Verifica-se, ainda, que o Fisco reconhece que foi a Coobrigada (concessionária) que efetuou o transporte e a entrega da energia elétrica, disponibilizando sua infra-estrutura para a realização das operações realizadas pela Atuada, que constituem o objeto da presente autuação.

A perícia requerida mostra-se, portanto, desnecessária para elucidar a questão.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

2. Da arguição de nulidade do Auto de Infração

A Atuada pede a nulidade do Auto de Infração frente à descrição imprecisa dos fatos e dos dispositivos legais supostamente infringidos, alegando ofensa ao artigo 58 da CLTA/MG.

Entretanto, não lhe assiste razão. O Relatório do Auto de Infração expõe de maneira clara a imputação fiscal (comercialização de energia elétrica em operações interestaduais sem o devido acobertamento fiscal e sem o estorno do crédito apropriado pela entrada). A Impugnante compreendeu a acusação fiscal completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda minuciosamente todos os aspectos relacionados com as operações objeto da autuação. Os dispositivos legais citados, mesmo os de caráter genérico, são

pertinentes à matéria e apontam a falta cometida ou a penalidade aplicável. Não se verifica, portanto, a alegada nulidade do Auto de Infração, nem mesmo se vislumbra, no caso, cerceamento de defesa.

O fato de o Fisco ter relatado na peça fiscal a ocorrência como sendo venda (comercialização) de energia elétrica, ao invés de cessão de direitos de uso, é apontado pela Impugnante como outro fator que implica na nulidade do Auto de Infração. No entanto, esta é exatamente a questão de mérito a ser decidida pelo órgão julgador e será devidamente abordada a seu tempo.

Tendo em vista o acima exposto, não devem ser acatadas as preliminares argüidas.

Do Mérito

A autuação versa sobre exigência de ICMS, MR e MI (artigo 55, inciso II e inciso II alínea “a” da Lei 6763/75) frente à constatação de que a empresa Autuada promoveu a comercialização de energia elétrica em operações interestaduais nos meses de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, conforme “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A”, sem o devido acobertamento fiscal e sem promover o estorno do crédito apropriado por ocasião da aquisição da energia.

Oportuno salientar que no mesmo período, a Autuada também promoveu a comercialização de energia elétrica em operações internas, operações estas objeto do Auto de Infração 01.000146589.66, que se encontra em trâmite nesta Casa para julgamento.

No caso do presente PTA, é de se ressaltar que as operações que destinam energia elétrica a outro Estado da Federação encontram-se ao abrigo da não incidência do imposto, enquanto que a energia elétrica foi originalmente adquirida pela Autuada da CEMIG em operações internas, regularmente tributadas. O imposto destacado nas notas fiscais emitidas pela CEMIG foi apropriado pela Autuada conforme se verifica nos DAPI anexados às fls. 36/38 (exceto o percentual de 0,67% correspondente à energia não utilizada no processo produtivo da empresa).

A comercialização de energia elétrica sem documentação fiscal, objeto do Auto de Infração, ocorreu num período atípico na realidade brasileira, de racionamento de energia elétrica, e que motivou a expedição de normas pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e pela Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica.

Como regra, empresas como a Autuada firmavam contratos com as Concessionárias de energia elétrica, para determinar a quantidade (em kw) de energia a ser mensalmente a elas disponibilizadas.

Neste contexto está inserido o Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica firmado entre a Alcoa Alumínio S/A e a CEMIG (fls. 16/32).

Através do Contrato estabeleceu-se que a CEMIG disponibilizaria para a Autuada uma quantidade fixa de energia elétrica (demanda contratada), que seria efetivamente faturada, independentemente de ser utilizada ou não.

Assim, a quantidade de energia elétrica referente à cota (demanda contratada ou reservada) foi integralmente faturada em nome da Autuada e tributada pela CEMIG, conforme se constata da análise das notas fiscais anexadas às fls. 42/55. Conforme já explicitado anteriormente, o valor do imposto nelas destacado foi apropriado pela empresa Impugnante a cada mês, conforme se verifica nos DAPI às fls. 36/38 (somente não foi levado a crédito o percentual de 0,67% da energia adquirida, tendo em vista laudo técnico anexado às fls. 56/57). Portanto, a energia elétrica foi transferida, mesmo que simbolicamente, para a Impugnante.

O Contrato estabelecia ainda que a energia elétrica recebida somente poderia ser vendida a terceiros com autorização do Poder Concedente (fls. 26 – item 4.4).

Contudo, em razão da crise de energia elétrica, foi feito um termo aditivo ao Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica para estabelecer os novos patamares de demanda contratada (reservada), de forma a acomodar a redução referente à meta de consumo.

Além disto, no período em questão (acionamento), transferências de excedentes de metas de redução de consumo, previamente estabelecidas para os consumidores, foram permitidas. Assim criou-se a oportunidade para que fossem celebrados vários Contratos Bilaterais entre as partes envolvidas nas transações.

A Medida Provisória n.º 2.198-5 criou e instalou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, estabelecendo diretrizes para programas de enfrentamento da crise.

A Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, por sua vez, editou a Resolução nº 13 de 01 de junho de 2001, traçando as diretrizes para comercialização dos excedentes em relação às metas do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica para determinados tipos de consumidores, dentre eles a Autuada.

Os documentos denominados “Documento para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A”, emitidos em atendimento à mencionada Resolução, identificam a empresa cedente (Autuada), a cessionária e o montante de energia a ser transferida. Todos eles foram firmados com a anuência/autorização da Concessionária – Companhia Energética de Minas Gerais.

Oportuno mencionar alguns elementos de prova constantes dos autos, que demonstram a ocorrência das operações de venda de energia elétrica nas quantidades especificadas nos documentos acima referidos, quais sejam, os comprovantes dos pagamentos efetuados à Autuada pelos adquirentes, demonstrados nos lançamentos efetuados na escrita comercial da Autuada – às fls. 689/701 encontram-se anexadas as cópias do Livro Razão contendo os mencionados lançamentos.

As quantidades de energia elétrica vendidas pela Autuada, estão indicadas nos “Documentos para Transação Bilateral entre Empresas do Grupo A”, de onde se extrai o seguinte texto: “Pelo presente documento, as Empresas abaixo listadas, neste ato representadas por seu representante legal abaixo assinado, declaram, para os fins previstos na Resolução 13/2001 da GCE, que realizaram

Transação Bilateral, com a finalidade de compensar as metas de consumo de energia elétrica, através da transferência de excedente de redução de meta”.

Resumindo, tem-se que houve a celebração de contratos onerosos com outros consumidores para a “cessão” da parcela não consumida; além disso, a Impugnante lançou em sua escrita fiscal o crédito do ICMS referente às notas fiscais de fornecimento da energia elétrica, emitidas pela CEMIG, proporcionalmente aos valores utilizados em seu processo produtivo; e finalmente, tem-se a indicação de obtenção de lucro substancial diante dos preços praticados (o custo de aquisição da energia elétrica pela Impugnante, pago à CEMIG, e o custo de venda, pelo qual ela “cedeu” a energia elétrica para aqueles que com quem firmou contratos).

Frente ao exposto, conclui-se que a Autuada efetivamente revendeu a energia elétrica anteriormente faturada pela CEMIG, para os diversos adquirentes relacionados na planilha de fls. 66/67, sem emissão de documento fiscal.

A obrigatoriedade de emissão de documento fiscal para as operações em comento é imposta pela regra geral contida no inciso X do artigo 96 do RICMS/96, que dispõe:

Art. 96 – São obrigações do contribuinte do imposto...

(...)

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

Mais específicos, os artigos 1º, inciso II, e 12, inciso III, ambos do Anexo V do mesmo diploma legal, preconizam que:

Art. 1º - Os estabelecimentos, (...), emitirão Nota Fiscal modelos 1 ou 1-A, (...)

(...)

II – na transmissão da propriedade das mercadorias, quando estas não devam transitar pelo estabelecimento transmitente

Art. 12 – A nota fiscal será emitida:

(...)

III – antes da tradição real ou simbólica da mercadoria, no caso de transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento transmitente

O que se vê, portanto, é que a emissão de documento fiscal é obrigação acessória que à época dos fatos aqui tratados já era prevista na legislação tributária independentemente do Convênio 103/2001. Este último entrou em vigor aos 31/10/01, diante da necessidade de estabelecer procedimentos uniformes em todo o território

nacional (o mencionado convênio somente não se aplica ao Tocantins) tendo em vista o volume de operações realizadas no âmbito do MAE – Mercado Atacadista de Energia, em função da implantação do racionamento imposto ao setor.

É de se ressaltar, também, que à época dos fatos já se encontrava em vigor na legislação tributária mineira o dispositivo disciplinador do procedimento a ser adotado pelos contribuintes na hipótese da “Venda a Ordem” (artigo 321 do Anexo IX do RICMS/96), indicado no inciso II da cláusula primeira do mencionado convênio como a opção a ser adotada nas operações em que a energia elétrica não fosse transitar pelo estabelecimento comercializador:

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 número 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 da 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

(...)

Tendo em vista a edição do Convênio 103/2001, sua regulamentação foi efetivada através do Decreto 42.145/01, que acrescentou o artigo 50A ao anexo IX do Decreto 38.104/96, com vigência a partir de 22/10/01. Repita-se, entretanto, que tal dispositivo somente consolidou as normas já existentes na legislação tributária mineira.

Vale a transcrição do mencionado Convênio para que se verifique que os procedimentos nele previstos constituem obrigações acessórias já previstas anteriormente no decreto regulamentar mineiro:

Convênio ICMS 103/2001

Cláusula primeira Os comercializadores de energia elétrica, inclusive os que atuarem no âmbito do Mercado Atacadista de Energia - MAE, além do cumprimento das obrigações principal e acessórias, previstas na legislação tributária de regência do imposto, deverão observar o seguinte:

I - na hipótese de não possuírem Nota Fiscal/Conta

de Energia Elétrica, modelo 6, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, para acobertar a operação e registro pelo destinatário:

II - nas operações em que a energia elétrica não transite pelo estabelecimento comercializador, adotar-se-á a disciplina estabelecida no § 3º do art. 40 do Convênio s/nº, de 15 de dezembro de 1970;

III - na hipótese de serem dispensados da inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, será emitida Nota Fiscal Avulsa ou, no caso de sua inexistência, será emitida, pelo destinatário, Nota Fiscal relativa à entrada;

IV - nas operações interestaduais, aplica-se o disposto no Convênio ICMS 83/00, de 15 de dezembro de 2000.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula também se aplica a todos aqueles que comercializarem energia elétrica oriunda de produção própria ou de **excedente de redução de meta** (g.n).

(...)

Assim, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade de emissão de notas fiscais para acobertar as operações de venda da energia elétrica excedente.

A base de cálculo da multa isolada está demonstrada na planilha de fls. 66/67, sendo na maioria dos casos o valor efetivo praticado nas operações, conforme provas insertas nos autos (contratos e lançamentos contábeis). Nos casos em que foram omissos os lançamentos contábeis, o Fisco utilizou-se do preço médio praticado no MAE no período, cuja tabela encontra-se anexada às fls. 68/69, devidamente amparado pelo disposto no artigo 53 inciso III c/c artigo 54 inciso II, ambos do RICMS/96.

A multa isolada foi, portanto, corretamente aplicada, em relação à maior parte das operações com base no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, com a redução prevista na sua alínea "a", uma vez que as infrações foram apuradas pelo Fisco com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal do contribuinte.

Somente em relação às operações em que os lançamentos contábeis foram omissos, o Fisco deixou de aplicar o redutor previsto na alínea "a" do dispositivo mencionado, exigindo a penalidade no percentual de 40%.

O crédito tributário resultante da aplicação da multa isolada encontra-se demonstrado no relatório Fiscal Contábil anexo ao Auto de Infração, às fls. 13 dos autos.

Quanto ao ICMS exigido no Auto de Infração, refere-se ao estorno dos créditos apropriados pela Impugnante por ocasião da aquisição da energia elétrica.

A efetiva apropriação dos créditos relativos à aquisição da energia

junto à CEMIG encontra-se atestada nos DAPI cujas cópias instruem os autos às fls. 36/38 e deu-se pelo fato da Autuada utilizar a energia adquirida em suas atividades produtivas (nos processos de eletrólise e homogeneização de tarugos, bem como nos demais processos desenvolvidos na industrialização dos produtos). A apropriação de créditos relativos à energia elétrica consumida no processo de industrialização encontrava amparo, à época, no artigo 66, inciso II, alínea "a.2", § 4º, subitem 1.2 do RICMS/96.

Conforme já foi dito anteriormente, a Impugnante somente deixou de apropriar o equivalente ao percentual de 0,67% por tratar-se de energia que não foi utilizada nas atividades produtivas, mas sim na iluminação de áreas externas, escritórios e oficinas, conforme laudo técnico apresentado (fls. 56/57).

Tendo em vista que parte da energia acabou por não ser utilizada pela Autuada, sendo objeto de vendas interestaduais (não tributadas), imperioso torna-se o estorno do respectivo crédito, em respeito ao princípio da não cumulatividade.

Este é o comando presente na Lei Complementar 87/96:

LC 87/96

Art. 21 – O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I – for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço

Na esteira da Lei Complementar (que atende ao mandamento da própria CF/88 – art. 155, § 2º, inciso II, alínea "b"), a legislação mineira dispõe da mesma forma:

Lei 6763/75

Art. 32 – O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

I – for objeto de operação ou prestação subsequente não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou do bem ou da utilização do serviço

RICMS/96

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrado no estabelecimento:

I – vier a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no § 3º deste artigo e no artigo 74

O imposto estornado foi apurado pelo Fisco, estando demonstrado na planilha de fls. 64/65, e corresponde ao valor obtido pela aplicação da alíquota vigente na operação de aquisição sobre o valor da energia não utilizada pela Impugnante – a quantidade de energia transacionada foi avaliada, para efeitos de estorno do crédito, pelo menor valor do kwh vigente no mês da aquisição, ou seja, pelo valor do kwh no horário fora de ponta (HFP), o que é benéfico à Autuada.

O imposto apurado foi estornado na Recomposição da Conta Gráfica efetuada através da VFA – Verificação Fiscal Analítica de fls. 59/62, que apontou débitos nos meses de jun/jul/01 e jan/fev/mar/02. O crédito tributário relativo ao ICMS e correspondente multa de revalidação encontra-se demonstrado no Relatório Fiscal Contábil anexo ao Auto de Infração às fls. 13 dos autos.

A Impugnante empenhou-se em argumentar que não possui a infraestrutura necessária para produzir e comercializar energia elétrica e ainda que no presente caso, ela não pode ser considerada mercadoria, tendo em vista que a venda de energia não faz parte de seu objetivo social. Insistiu, também, na alegação de que as transações realizadas representam tão somente cessão de direitos de uso de energia elétrica e não vendas.

Para fins de tributação por via do ICMS, a energia elétrica foi considerada pela Constituição Federal de 1988 uma mercadoria, o mesmo acontecendo no Decreto Regulamentar (RICMS/96), que, em seu artigo 222, inciso I, também considera, para efeitos de aplicação da legislação do imposto, a energia elétrica como mercadoria.

As operações de compra e venda de energia elétrica se revestem de algumas especificidades, como por exemplo a de não ser um bem suscetível de ser “estocado” para posterior revenda.

Assim, não seria possível que a Impugnante a adquirisse e a estocasse para comercialização futura.

O fato que sobressai da documentação anexada aos autos é que a Impugnante vendeu, com intuitos comerciais, energia elétrica, que não era e nem podia ser produzida por ela (pois tal atividade depende de concessão do Poder Público), nem foi distribuída por ela (pois não tinha a infra-estrutura própria dos distribuidores e concessionárias, não sendo este seu ramo de atividade econômica).

As operações realizadas, na verdade, equiparam-se à venda a ordem. Além do mais, conforme prevê a legislação tributária (§1º do artigo 6º da Lei 6.763/75), equipara-se à saída a transmissão da propriedade de mercadoria ou bem, ou de título que o represente, quando estes não transitam pelo estabelecimento do transmitente.

Os contratos firmados, bem como a comprovação das operações através dos lançamentos contábeis, que envolvem as partes, constituem prova inequívoca da ocorrência das operações, legitimando as exigências fiscais.

Além disso, os lançamentos constantes do Livro Diário apontam que a Autuada auferiu lucro em decorrência das operações, além de evidenciar volume e freqüência que por certo caracterizam intuito comercial. É de se observar, em

relação a este aspecto, que à época surgiu um mercado para comercialização de excedente de energia que foi estimulado pelo programa de racionamento, ou seja, havia um ambiente propício para negócios neste segmento.

Insta ressaltar que esta Casa vem se decidindo de maneira favorável ao Fisco em situações idênticas, havendo decisões precedentes neste sentido, como por exemplo, nos Acórdãos 16.037/04/2ª e 16.546/04/3ª.

Relativamente às alegações de que a multa aplicada caracteriza confisco, ou ainda de que a aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros moratórios é ilegal, deve-se ressaltar que tanto as penalidades quanto a utilização da taxa Selic estão devidamente embasadas na legislação, sendo vedado ao Conselho de Contribuintes decidir questões relacionadas com arguições de inconstitucionalidade (que devem ser discutidas em outro foro que não o administrativo) ou mesmo decidir pela inaplicabilidade de lei, decreto ou ato normativo (artigo 88 da CLTA/MG).

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.

As multas aplicadas, por sua vez, estão previstas na legislação tributária mineira – artigo 56 inciso II (Multa de Revalidação, pela falta de recolhimento tempestivo do imposto, detectada via ação fiscal) e artigo 55, inciso II e inciso III, alínea “a” (Multa Isolada, por promover a saída (a qualquer título) de mercadoria sem emissão de documento fiscal), ambos da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido. Também em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava parcialmente procedente, para adequar a Multa Isolada ao percentual de 20% (vinte por cento). Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira supracitada, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata o presente feito de autuação decorrente da comercialização de energia elétrica, sem documentação fiscal, no período do 'Apagão'.

A empresa autuada, tendo cumprido a meta de redução de consumo, repassou a outros estabelecimentos a energia excedente e registrou estas operações, nos livros próprios, como vendas.

As operações lançadas nos livros fiscais foram penalizadas no percentual de 20%, nos termos da alínea 'a' do inciso II do art. 55 da Lei 6763/75.

Entretanto, parte dos valores não foi escriturada. A apuração destes se deu através dos contratos firmados com as empresas adquirentes. Considerando os documentos extra-fiscais, os agentes fazendários fizeram incidir a multa no percentual de 40%.

A divergência de voto restringe-se ao percentual da multa isolada aplicada neste último caso. Assim, a fundamentação limitar-se-á a este ponto.

Como mencionado, incidiu sobre as operações indigitadas a multa isolada do art. 55, II, da Lei 6763/75, pela falta de emissão de documentação fiscal. Este dispositivo prevê a redução do percentual aplicável, nos casos em que a infração for verificada com base em documentos do próprio contribuinte. 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

No caso concreto, os contratos de venda de energia, que embasaram o lançamento, são documentos comerciais e encontravam-se dentro do estabelecimento do contribuinte, sendo por ele entregues, no momento da fiscalização.

Ocorre, portanto, a perfeita subsunção do fato à norma, devendo esta ser aplicada.

Importante frisar que, na época dos fatos, ainda não vigorava a redação do dispositivo que exige que a apuração das infrações se dê exclusivamente com base em documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Isto reforça o entendimento de que é aplicável ao caso a redução da multa ao percentual de 20%, tal qual disposto na alínea 'a' do dispositivo citado.

Pelo dito, voto pela procedência parcial do lançamento, para adequar

a multa isolada ao percentual de 20%, nos termos da alínea a do inciso II do art. 55 da Lei 6763/75.

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 3.104/05/CE – (Publicado no “MG” de 02/02/06)

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – VEÍCULO NOVO – Constatada saídas de veículos novos desacobertos de documentação fiscal, sob alegação de tratar-se de vendas diretas de contribuintes de outros Estados para consumidores finais mineiros, enquanto a documentação anexada aos autos demonstra que as operações na realidade referem-se a vendas normais praticadas pela Autuada. Excluídas pela Câmara “a quo” as exigências fiscais relativas aos adquirentes que prestaram contra-declarações. No entanto, o conjunto de provas carreadas aos autos pelo Fisco revelam um procedimento padrão adotado pelo Contribuinte mineiro em todas as operações autuadas, demonstrando que efetivamente este realizou as vendas dos veículos autuados. Assim sendo devem ser restabelecidas as exigências fiscais canceladas.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre vendas de veículos novos, nos meses de junho a setembro/2000, sem emissão de documentos fiscais próprios e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, uma vez que as operações foram acompanhadas de notas fiscais emitidas por contribuintes estabelecidos em outras unidades da Federação diretamente para consumidor final localizado neste Estado.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.473/05/2ª, pelo voto de qualidade, excluiu as exigências fiscais relativas aos adquirentes que prestaram as “contra-declarações” constantes às fls. 64/68 dos autos.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado o Recurso de Revisão de fls. 98/101, querendo, ao final, o seu provimento.

A Recorrida, também tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, contra-arrazoa o recurso interposto às fls. 104/108, querendo, ao final, o seu não provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 111/116, opina pelo provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

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

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram também utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão.

“A presente autuação baseou-se na constatação da falta de emissão de notas fiscais e recolhimento do ICMS devido nas vendas de veículos novos promovidas pela Autuada no período de junho a setembro de 2000.

Para a realização de seu trabalho o Fisco inicialmente obteve junto ao DETRAN/MG dados a respeito de emplacamento de automóveis neste Estado, por pessoas físicas, a partir de notas fiscais endereçadas aos mesmos, emitidas por concessionárias localizadas em outras unidades da Federação. De posse dessas informações solicitou aos aludidos consumidores finais que declarassem de quem teriam comprado os veículos e quem teria emitido as notas fiscais respectivas.

Em resposta, os adquirentes mineiros preencheram os formulários de fls. 09, 14, 18, 21, 27, 32, 37 e 42, declarando que teriam adquirido os veículos de “Ivanacar” ou “Ivanacar Multimarcas”, nomes fantasias da ora Autuada, Ivana Rage Veículos Ltda.

Importante salientar que os declarantes também informaram, em tais formulários, a forma de pagamento, sendo que, conforme documentos de fls. 10, 24 e 28, foram obtidos inclusive “recibos” fornecidos pela Autuada, nos quais esta expressamente declara ter vendido o veículo, especifica toda a operação (data, adquirente, marca, cor, ano, modelo, valor, assinatura do comprador, assinatura do vendedor, etc.) e também discrimina as “condições de venda” (valor da parcela à vista e/ou parcela a prazo, número do cheque, veículo usado recebido em pagamento).

Assim, com respaldo nessa documentação, coube ao Fisco relacionar as vendas efetuadas pela Autuada e exigir o pagamento do ICMS devido a este Estado, calculado a partir da aplicação da alíquota de 12%, prevista no art. 43, subalínea “b.4”, do RICMS/96, sobre a margem de agregação estabelecida no art. 309, inciso I, alínea “b”, do Anexo IX, correspondente à divisão do preço da mercadoria a consumidor final por 1,3 e posterior multiplicação por 0,3.

Por sua vez, a r. decisão, ora recorrida, houve por bem excluir parte dos veículos, tendo em vista declarações posteriores, de fls. 64 e 66/68, apresentadas quando da Impugnação, nas quais os adquirentes informam que os veículos teriam sido adquiridos nas concessionárias por intermédio da empresa Ivanacar.

Porém, foram mantidos os veículos para os quais não foram apresentadas as “contra-declarações”, dentre os quais aqueles cujos recibos de venda foram anexados, de fls. 10, 24 e 28.

Tais recibos inclusive vem de encontro à alegação de que “a Recorrida apenas promove a intermediação de um veículo novo”.

Também em sua Impugnação havia a Autuada alegado que não poderia vender veículos novos pois estaria impedida pela Lei 6.729/79. Porém, a existência de tal lei não impede que ela esteja sendo descumprida, inclusive pelas concessionárias.

Por sinal, também erroneamente mencionou a Autuada que a sua atividade de revenda de carro usado não estaria sujeita ao ICMS.

Quanto às “contra-declarações”, apenas informam, sem maiores detalhes, que os veículos teriam sido adquiridos das concessionárias, por intermédio da Autuada. Ora, por certo, formalmente o foram, pois as notas fiscais emitidas pelas concessionárias indicam como destinatários os declarantes em questão.

Por sua vez, tais declarantes, de fls. 37/64 e 42/66, deram à Autuada veículos usados como parte do pagamento, enquanto aqueles de fls. 14/67 e 32/68 financiaram parte dos pagamentos.

Também resta claro que os valores das entradas foram efetuados para a Autuada.

E, como assevera o voto vencido, as contra-declarações, “de forma imprecisa, nada esclarecem acerca das operações realizadas, revelando-se incapazes de desacreditar as provas carreadas pelo Fisco, que em seu conjunto revelam um procedimento padrão adotado pelo Contribuinte mineiro em todas as operações autuadas”.

Cumpra então abordar as razões pelas quais a Autuada não pode ser considerada uma mera intermediária.

Além do significado de “agenciador”, constante do “Vocabulário Jurídico”, de Plácido e Silva, e de trecho da resposta à Consulta de Contribuinte n.º 85/95, constantes da r. decisão, às fls. 90/91, devemos trazer à colação alguns ensinamentos do eminente civilista Orlando Gomes acerca de corretagem ou mediação:

“Consiste a atividade do corretor em aproximar pessoas que desejam contratar, pondo-as em contato.

Cumpra sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e procurando conciliar os interesses das pessoas que aproxima.

...

O corretor é obrigado a se conduzir com toda diligência, de sorte a satisfazer, juridicamente, os futuros contraentes, não devendo propiciar a realização de contratos nulos ou anuláveis...

Cumpra-lhe ministrar às partes os dados e informes interessantes à realização do negócio...

Não é, porém, responsável pela execução do negócio...” (Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 380 e 382)

Por sua vez, o artigo 59 do então vigente Código Comercial proíbe que o corretor se encarregue de cobranças ou pagamentos por conta alheia.

Assim, constata-se que a Autuada não agiu como mera intermediária, pois efetivamente realizou as operações de compra dos veículos junto aos fornecedores estabelecidos em outros Estados e imediatamente vendeu-os a seus clientes mineiros, circunstância esta que não enseja a incidência do ISSQN, mas sim do ICMS, exigido com respaldo no art. 29, caput e § 1º, do RICMS/96.

Nesse sentido, infere-se que devem ser restabelecidas as exigências atinentes aos veículos excluídos.”

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe negavam provimento nos termos da decisão recorrida. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros retro mencionados e os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 17.209/05/1ª – (Publicado no “MG” de 22/09/05)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL. Apurado, através de Conclusão Fiscal (art. 194, V - RICMS), que o Contribuinte, durante os exercícios de 1999 a 2003, deu saída a mercadorias sem o devido acobertamento fiscal, ensejando exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista na alínea a, inciso II, art. 55, Lei 6763/75. Procedimento fiscal levado a efeito ante a comprovada falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para acatar a reformulação do crédito tributário efetuada pela Fisco e, ainda, abater do ICMS exigido, os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais não escrituradas, excetuadas as notas fiscais sujeitas à substituição tributária e as referentes às mercadorias destinadas a uso e consumo.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Acusação de falta de registro de notas fiscais, relativas a entradas de mercadorias, no Livro Registro de Entradas, durante os exercícios de 1999 a 2003, redundando em aplicação da Multa Isolada, prevista no inciso I, do art. 55, da Lei 6.763/75. Infração não contestada, à exceção das notas fiscais apontadas às fls. 1535. Exclusão, pelo Fisco, das exigências referentes aos documentos citados. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre acusação, relativamente aos exercícios de 1999 a 2003, de saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais, apuradas em Conclusão Fiscal, e falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio.

Exigências de ICMS (alíquotas diversas), Multa de Revalidação e Multas Isoladas, previstas nos incisos I (falta de registro) e II, alínea a (saídas desacobertadas), do art. 55, Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1530/1540, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1685/1691, refutando as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1691/1698, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Ratificando o relatório supra, a autuação versa sobre acusação, relativamente aos exercícios de 1999 a 2003, de saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais, apuradas em Conclusão Fiscal, e falta de registro de notas fiscais de entrada no livro próprio.

Exigências de ICMS (alíquotas diversas), Multa de Revalidação (MR) e Multas Isoladas (MI), previstas nos incisos I (falta de registro) e II, alínea a (saídas desacobertadas), do art. 55, Lei 6763/75.

Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo alterações, especialmente relativamente à concessão dos créditos de ICMS referentes às notas fiscais não escrituradas.

A Autuada constitui-se Empresa de Pequeno Porte, mas, em 1999, enquadrava-se como Microempresa. Não possui o Livro Diário, nem o Razão, consoante Declaração de fls. 07.

O Fisco detectou que o Contribuinte omitira registro, no livro Registro de Entradas (LRE), das notas fiscais listadas às fls. 20/32 e, salvo aquelas citadas na Impugnação (fls. 1535), que determinariam retificação do crédito tributário (fls. 1624/1671), não houve contestação da acusação.

À vista disso, optou, o Fisco, por realizar o procedimento, tecnicamente idôneo, de Conclusão Fiscal, com previsão regulamentar (art. 194, V, dos Regulamentos de 1996 e de 2002).

Dito procedimento, segundo verificado nos Anexos I a V (fls. 15/19, substituídas por fls. 1634/1637), por exercício, consistiu em:

1 - apurar o custo das mercadorias vendidas (CMV): Ei (estoque inicial,

extraído do LRI) + Entradas (registradas ou não no LRE)) (-) Ef (estoque final, extraído do LRI);

2 - agregar-lhes as despesas operacionais (extraídas da DAMEF) e a margem de lucro (para 1999: 17,72%, conforme art. 15, I e quadro III do Anexo X ao RICMS/96; para os demais exercícios: 14,18%, conforme Resolução 3075/00), adequada às empresas do ramo de materiais de construção civil;

3 - deduzir as saídas registradas no livro Registro de Saídas (LRS);

4 - sobre a diferença encontrada, cobrar Multa Isolada de 20% por saídas desacobertas e fazer incidir as alíquotas de saída (na proporção das entradas), para se encontrar o ICMS a exigir e a base de cálculo da respectiva Multa de Revalidação.

A proporcionalidade por alíquotas empregada nas saídas sem notas fiscais foi definida pelas entradas, como se pode ver na planilha de fls. 45 a 55, substituída às fls. 1663/1671.

Evidencia-se, nos autos, que sobre saídas de mercadorias para uso/consumo próprio e de mercadorias já tributadas por substituição tributária não houve cobrança de ICMS/MR, apenas imposição da MI do art. 55, II, "a", da lei 6763/75.

Sobre o valor total das entradas não registradas aplicou-se a MI de 5%, do art. 55, I, da mesma lei.

Primeiro ponto a se considerar é a legitimidade da Conclusão Fiscal para conferir a regularidade ou não da movimentação mercantil do sujeito passivo, partindo-se da declaração do Contribuinte de que não escritura o Diário nem o Razão.

Diversamente do que alega a Impugnante, a técnica não se presta exclusivamente a detectar saídas abaixo de custo, sobremodo à vista da falta de registro de um número muito grande de notas fiscais de entrada.

Na verdade, a conclusão fiscal é um quantitativo a grosso modo, que opera com valores de entradas, saídas e estoques, com agregação de margem de lucro estimada sobre o CMV acrescido das despesas operacionais, em vez de quantificar unidades movimentadas.

É elementar que a falta de registro de notas fiscais de entrada no LRE, até prova em contrário, induza à convicção de saída de mercadorias sem notas fiscais.

O procedimento não onera a Impugnante, quando se trata de mercadoria sujeita a substituição tributária, da forma como o Fisco procedeu. Se adentrou o estabelecimento com imposto pago, não significa que o valor da nota fiscal de entrada seja o mesmo empregado na saída. O ICMS/ST cobrado por antecipação incide sobre margem de lucro presumida que a Autuada, em tese, agrega ao valor de aquisição, para formar o preço de venda ao consumidor final. Logo, quando as entradas submetidas a ST compõem, com as demais, o montante sobre o qual se adiciona a margem de lucro, não se caracteriza situação de oneração do sujeito passivo, até porque, sobre as saídas sem notas fiscais o Fisco não exigiu imposto na proporção das entradas vinculadas a ST e nem quando destinadas a consumo próprio.

Sem qualquer valia a escusa impugnatória de que a falta de registro de notas fiscais no LRE e de emissão de notas de saída se deveu a ignorância, vez que destinadas a emprego em construção e ampliação de prédio próprio.

De pronto, a ignorância da obrigação, para efeitos tributários, não exime de responsabilidade o infrator, dado o caráter objetivo da infração de natureza tributária (CLTA- art. 2º, § 2º; CTN - art. 136).

Além do mais, não restou provado que todas as notas fiscais não registradas ou que as saídas sem notas se referiam exclusivamente a mercadorias para construção/ampliação de prédio, ainda mais considerando-se que a citada construção envolve, também, construção de residência.

Por outro lado, toda aquisição há que ser registrada e toda saída acobertada por documento fiscal (art. 1º - I, 12- I e 165 do Anexo V ao RICMS/96 e 02). Ainda que a mercadoria se destine a consumo próprio do adquirente, há que emitir nota fiscal para baixa do estoque e estorno do crédito pela entrada. É o que dispõe o art. 73 de ambos os Regulamentos.

Quer a Impugnante que tenha havido agregação de margem de lucro nas saídas de mercadorias para a construção e ampliação de prédio, aduzindo, inclusive, que este, onde se encontra instalada, é objeto de “comodato” com obrigação de fazer, ou seja, que recebeu o imóvel em comodato, mas com o encargo de, às custas próprias, construir um prédio comercial, com apartamentos residenciais no pavimento superior, com no mínimo 1800 (hum mil e oitocentos) m2 (contrato às fls. 1554/1555).

O imóvel ocupado é de propriedade das pessoas físicas Roberto do Vale Cardoso e Vilmar Cardoso e teria sido cedido em comodato para a pessoa jurídica Roberto do Vale Cardoso e Cia Ltda. Pois bem, a pessoa física não se confunde com a pessoa jurídica e nem se configura comodato o empréstimo oneroso. Empréstimo oneroso é, se não locação, outro contrato atípico, mas jamais comodato, até porque característica marcante desta modalidade de contrato é a gratuidade.

“Comodato é a cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo.

São requisitos do comodato:

a) a gratuidade

(...)

É da essência do contrato o uso gratuito da coisa. Do contrário, haverá locação, se a remuneração for em dinheiro, ou contrato atípico, se consistir em prestação de fatos. (...)

O comodato é contrato essencialmente gratuito. Pela cessão do uso da coisa, não pode o comodante receber qualquer retribuição. Se a estipular, terá desfigurado o contrato, convertendo-o em locação.”

(GOMES, Orlando. Contratos. RF. Forense. 2002. P. 314/315)

De se ver, portanto, que não se trata de imóvel próprio. Se realmente tiver havido saída de mercadoria para emprego em construção e ampliação de imóvel (confira-se que se constróem mesmo apartamentos residenciais no segundo pavimento), o fora para terceiro, daí, mais do que nunca, a necessidade da emissão de notas fiscais de saída e não para simples estorno.

Outro aspecto saliente é que o ramo de atividade da Autuada é o “comércio de materiais de construção”. Logo, as saídas sem notas tanto poderão ter sido para as pessoas físicas proprietárias do imóvel quanto para terceiros.

Ponto outro a merecer comento é a alegação de que o Fisco deveria ter concedido à Autuada o tratamento tributário próprio à EPP. A pretensão não tem cabida:

RICMS/96 - Dec. 39.394/98

Anexo X

Art. 30 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável:

(...)

VIII - à operação ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal;

RICMS/96 - Dec. 40.987/00

Anexo X

Art. 46 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável, observado o disposto no § 2º do art. 47 deste Anexo:

(...)

IX - à operação ou à prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, ou com documento fiscal falso ou inidôneo, ainda que objeto de denúncia espontânea;

Esta disposição repete-se no art. 52, IX, do Anexo X ao RICMS/02.

Por conseguinte, não houve tratamento híbrido, por parte do Fisco, mas cumprimento de disposição da legislação.

Quanto às penalidades isoladas, correta se fez a imposição da MI (art. 55, II, “a” da lei 6763/75) para as saídas desacobertadas apuradas, como também da MI de 5% (art. 55, I, da lei 6763/75) pela falta de registro de documentos fiscais. Se a Impugnante não registra o livro Diário, obviamente não há falar em redução da MI a 2%.

Bem lembra o autor do feito, o art. 55, I, “b”, da lei 6763/75 se presta para o caso de falta de registro de nota fiscal de saída, em que o imposto tivesse sido recolhido, o que não é o caso dos autos. A MI é por falta de registro de entradas no LRE.

No que tange à argüição feita pela Impugnante, relativamente ao aproveitamento dos créditos destacados nos documentos fiscais não registrados, verifica-se que, tratando-se de contribuinte sujeito às normas concernentes ao

sistema Micro Geraes/Simples Minas, não existe possibilidade de apropriação de créditos do imposto fora das previsões pertinentes.

Nesse sentido, considerando-se, além do fundamento supra, os pressupostos da regra da não-cumulatividade, prevista na Constituição, decide-se por abater, do ICMS exigido no Auto de Infração, os créditos destacados nas notas fiscais não escrituradas, excetuando-se, por óbvio, as notas fiscais sujeitas à substituição tributária e as referentes às mercadorias destinadas a uso/consumo do estabelecimento.

De se observar que, diferentemente da assertiva impugnatória, não se trata o trabalho fiscal de presunção ou arbitrariedade, mas de bem aplicada técnica de apuração. Zeloso o Autor até mesmo quanto à definição das alíquotas de saída na proporção das entradas, para não ocasionar prejuízo ao sujeito passivo.

Dessa forma, de todo o 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 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1624/1671 e, ainda, para abater, do ICMS exigido, os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais não escrituradas, excetuadas as notas fiscais sujeitas à substituição tributária e as referentes às mercadorias destinadas a uso/consumo. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora), que além das adequações mencionadas reduzia a Multa Isolada do art. 55, I, da Lei 6763/75 a 2% (dois por cento), em relação aos documentos fiscais inerentes as mercadorias sujeitas a substituição tributária. Vencido, também, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões que, além das adequações promovidas pelos votos condutores, excluiu as exigências inerentes à acusação de saída desacobertada. Participaram do julgamento os signatários e os vencidos. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Adão Alcides Bernardes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Elcio Reis.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O presente feito decorre de fiscalização no estabelecimento do contribuinte, finda a qual se constatou:

1. saídas desacobertadas – mercadorias sujeitas a substituição tributária e mercadorias com tributação normal;
2. falta de escrituração, no LRE, das notas fiscais relacionadas.

A divergência de voto restringe-se ao percentual da multa isolada do art. 55, I, da Lei 6763/75, que deverá incidir sobre o valor das notas fiscais não registradas.

Foram arroladas, no Anexo VI, várias notas fiscais que não teriam sido devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas. Dentre estas, encontram-se documentos que se referem a mercadorias sujeitas a substituição tributária. Nestes casos, houve prévia retenção do imposto.

Não obstante, nestes casos, a falta de escrituração não importar sonegação de ICMS, foi aplicada a multa isolada do art. 55, I, indistintamente, a todos os documentos não escriturados.

'Data venia', não é o que determina o referido dispositivo:

A alínea b contempla casos em que as saídas dos produtos foi tributada e, por óbvio, se o imposto foi antecipadamente recolhido, a saída foi tributada.

O objetivo deste redutor é apenar mais brandamente os casos em que a falta de registro não teve por intuito a sonegação do imposto. Por esta razão, não há que se falar que o mesmo só é aplicável em se tratando de notas fiscais de saída de mercadoria.

Ademais, a alínea b refere-se a saídas de mercadorias cujo imposto tenha sido recolhido; não a notas fiscais de saída de mercadorias com imposto destacado, pois, neste caso, bastaria ressaltar os casos em que estas notas estivessem escrituradas no LRAICMS, a exemplo do que foi feito, na alínea a, com as entradas registradas no livro diário.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para acolher a reformulação de fls. 1624-1626 e, ainda, para reduzir a 2% o percentual da multa isolada do art. 55, I, relativamente às notas fiscais que consignam mercadorias sujeitas a substituição tributária.

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no Acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A forma com o Fisco apurou a saída desacobertada está demonstrada aos itens 1, 2, 3 e 4 da réplica, fls. 1686 a 1687. Entretanto, apesar de negar o Fisco, a fórmula por ele utilizada conduz à conclusão de saída abaixo do custo e não se saída desacobertada.

Concluir por saída desacobertada é caminhar por campo da ficção e apurar indício de irregularidade. No entanto, este caminho não permite a certeza, a firmeza e a convicção necessárias para uma acusação fiscal.

A margem de lucro que faz agregar o Fiscal Autuante é buscada no

art. 25 e no quadro III, ambos do anexo IX do RICMS/96. Mas esta margem de lucro é tomada tão somente para o cálculo do imposto e não para se afirmar que efetivamente esteja sendo o lucro efetivo do Contribuinte. Se o lucro é estimado, o lucro faz parte da equação fiscal, o resultado também é estimado. Daí, porque, ausente a certeza para a acusação.

É da réplica fiscal que se extrai a expressão demonstradora da incerteza: “ ... estimando-se o total das saídas;” (fls. 1687). Também a Auditoria Fiscal, em sua Manifestação final, às fls. 1695, afirma: “a conclusão fiscal é um quantitativo a grosso modo”.

Mais ainda, pela equação adotada pelo Fiscal Autuante, outra poderia ser a acusação, como tributo recolhido a menor. Ou seja, ao se agregar o margem de lucro legal para efeito de cálculo do ICMS, demonstrado restou que o ICMS apurado foi maior que o recolhido. Porém, o que é certo é que a acusação de saída desacobertada não se faz demonstrada nos autos e nem mesmo pode ser alcançada pelo percurso matemático adotado pelo Fiscal Autuante.

Pelo exposto, é o voto deste Conselheiro, ultrapassando os votos vencedores, para excluir, ainda, a exigências de saídas desacobertadas: pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação fiscal do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1624/1671 e, ainda: 1) para abater do ICMS exigido, os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais não escrituradas, excetuadas as notas fiscais sujeitas à Substituição Tributária e as referentes às mercadorias destinadas ao uso/consumo; e 2) para excluir as exigências inerentes à acusação de saída desacobertada.

Conselheiro: Francisco Maurício Barbosa Simões

Acórdão: 16.926/05/3^a – (Publicado no “MG” de 26/05/05)

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Através do confronto entre o numerário existente no caixa e as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento, o Fisco constatou diferença positiva, caracterizando saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, nos termos do art. 91, da Portaria 3.492/02. Infração caracterizada. Excluída a multa isolada capitulada no art. 54, XI, “b”, da Lei 6763/75, por ser inaplicável ao caso dos autos. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre saídas de mercadorias desacobertadas

de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre o numerário existente no caixa, no momento da ação fiscal, e os documentos fiscais emitidos.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 15/17, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 26/28.

DECISÃO

Nos termos do art. 91, da Portaria 3.492/02, “presume-se como proveniente de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documentação fiscal a diferença positiva entre o numerário existente no caixa e o registrado na Leitura X do equipamento no momento da verificação fiscal.”

O § 2.º, do dispositivo acima transcrito, define “caixa” como sendo “o local ou o compartimento destinados à guarda do numerário proveniente das operações ou prestações do estabelecimento.”

Baseando-se nessas normas, o Fisco efetuou levantamento do numerário existente no caixa dos dois Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais – ECF existentes no estabelecimento autuado (fls. 07 e 09) e, após esse procedimento, confrontou o valor calculado com os documentos fiscais emitidos até o momento do levantamento e constatou uma diferença positiva de R\$ 62,07 (R\$ 62,07 = R\$ 8,91 + 53,16).

Referido valor foi considerado proveniente de vendas desacobertadas, sendo exigido o ICMS relativo às operações, acrescido da multa de revalidação e das multas isoladas previstas no art. 54, inciso XI, alínea “b” e 55, inciso II, da Lei 6763/75, conforme demonstrativos de fls. 11/12.

“Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

*XI - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária, **sem prejuízo da apreensão dos mesmos**, e por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento:*

(...)

b) se a irregularidade implicar falta de recolhimento do imposto, 3.000 (três mil) UFEMGs por infração constatada em cada equipamento;” (G.N.)

.....
“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos.” (G.N.)

Acatando parcialmente a acusação fiscal, a Impugnante promoveu o pagamento do valor relativo ao ICMS (R\$ 11,17) e da multa de revalidação (R\$ 5,58), conforme DAE de fl. 18, restringindo sua impugnação às multas isoladas exigidas, que serão abaixo analisadas.

Relativamente à penalidade prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, não há qualquer dúvida de que sua exigência é correta, uma vez a infração cometida pela Autuada está perfeitamente tipificada no referido dispositivo legal, qual seja, “dar saída a mercadoria desacobertada de documento fiscal”.

No entanto, no tocante à multa isolada prevista no art. 54, XI, “b”, da mesma Lei, sua aplicação não encontra respaldo na legislação vigente, uma vez que inaplicável ao caso ora em apreço.

Primeiramente porque, conforme já mencionado, para a obrigação acessória descumprida pelo contribuinte existe penalidade específica – art. 55, II, da Lei 6763/75, norma que impõe ao infrator a multa de 40% (quarenta por cento) do valor da operação realizada sem a emissão do documento fiscal correspondente.

Por outro lado, há que se destacar que a penalidade prevista no art. 54, XI, “b”, da Lei 6763/75, refere-se a infrações outras, relativas à manutenção e/ou utilização de ECF em desacordo com a legislação específica, contida no Anexo VI, do RICMS/02, que possibilitem, inclusive, a apreensão do(s) equipamento(s).

Observe-se, ainda, que a penalidade prevista no referido dispositivo é de 3.000 UFEMGs por infração constatada em cada equipamento, o que demonstra que a multa refere-se a irregularidades formais dos próprios ECFs, irregularidades estas que não foram constatadas pela fiscalização.

“Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

*XI - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária, **sem prejuízo da apreensão dos mesmos**, e por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento:*

(...)

b) se a irregularidade implicar falta de recolhimento do imposto, 3.000 (três mil) UFEMGs por infração constatada em cada equipamento;” (G.N.)

Conforme preceitua o art. 14, do Anexo VI, c/c art. 197, da parte geral,

do RICMS/02, o contribuinte usuário de ECF que deixe de emitir os cupons fiscais para as operações que realizar poderá ser submetido a regime especial de controle e fiscalização, sendo esta, portanto, observadas as peculiaridades do presente processo, a penalidade a que poderia ser submetido o contribuinte de forma cumulada com a multa isolada do art. 55, II, da Lei 6763/75.

“Art. 14 - O contribuinte que não emitir o documento fiscal para cada operação ou prestação que realizar ficará sujeito a regime especial de controle e fiscalização, nos termos do artigo 197 deste Regulamento, sem prejuízo da suspensão ou do cancelamento da autorização para utilização do equipamento e da apreensão do mesmo, se for o caso.

Parágrafo único - Ficar também o contribuinte sujeito às medidas previstas no caput deste artigo, quando detectada irregularidade praticada com dolo, fraude ou simulação.” (G.N.)

.....
“Art. 197 - O sujeito passivo poderá ser submetido a regime especial de controle e fiscalização, inclusive com alteração da forma e do prazo de pagamento do imposto, quando:

(...)

VI - utilizar indevidamente ECF, emitir cupom para comprovação de saída de mercadoria ou de prestação de serviço em desacordo com as normas da legislação tributária, ou deixar de emití-lo, quando obrigatório, em cada operação ou prestação que realizar.” (G.N.)

Em resumo: não havendo acusação fiscal quanto a possíveis irregularidades dos próprios ECF's existentes no estabelecimento autuado, mostra-se inaplicável, ao presente caso, a exigência da multa isolada prevista no art. 54, XI, “b”, da Lei 6763/75, devendo esta exigência ser excluída do montante do crédito tributário.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a MI capitulada no art. 54, XI, “b”, da Lei 6763/75 e, ainda, para considerar o DAE de fls. 18. Vencida, em parte, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, que o julgava procedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: José Eymard Costa

Voto proferido pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Prefacialmente, vale ressaltar que a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência restringe-se à cobrança da multa isolada capitulada no art. 54, inciso XI, alínea “b” da Lei 6763/75, a seguir transcrito:

“Art. 54 – As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

...

XI – por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária, sem prejuízo da apreensão dos mesmos, e por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento:

....

b) se a irregularidade implicar falta de recolhimento do imposto, 3.000 (três mil) UFEMGs por infração constatada em cada equipamento.”

Para aplicação da penalidade referida na alínea “b” torna-se necessária a constatação de que houve falta de recolhimento do imposto em virtude da prática de qualquer das irregularidades mencionadas no inciso XI supra.

Examinando inicialmente a falta de recolhimento do imposto, percebe-se que o Fisco exigiu nesta mesma autuação ICMS, MR e MI (prevista no art. 55, inciso II da Lei 6763/75), por constatar saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

O não recolhimento do ICMS, no montante de R\$ 62,07 restou comprovado através dos “Termos de Contagem de Caixa” (fls.07 e 09) e Leituras “x” de (fls. 08 e 10).

Importante frisar que houve diferença positiva entre o numerário existente em caixa e o registrado na Leitura X do equipamento, fato este que motivou as exigências fiscais pertinentes à saída desacoberta.

Frisa-se que em relação a esta irregularidade, não houve divergência de votos, tendo sido mantidos integralmente o imposto e as multas de revalidação e isolada exigidas.

Quanto a prática da infração, propriamente dita, é fundamental que separemos as 03 (três) irregularidades arroladas no inciso XI do art. 54 da Lei 6763/75, que implicam na cobrança das penalidades descritas em suas alíneas, vejamos:

1) por manter no recinto de atendimento ao público

ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária;

2) por utilizar ECF e acessórios em desacordo com a legislação tributária;

3) por deixar de atender às disposições da legislação relativas ao uso ou à cessação de uso do equipamento.

Importante, ainda, para o deslinde da questão, a transcrição de alguns dispositivos legais referentes ao uso do Emissor de Cupom Fiscal – ECF:

Parte 1 do Anexo V do RICMS/02

“Art. 28 – É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos arts. 29, 34 e 34-A desta Parte e no Anexo VI;

I – na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadorias ou bem, promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares;”

Parte 1 do Anexo VI do RICMS/02

“Art. 10 – A utilização de ECF observará, além das disposições constantes deste Regulamento, as estabelecidas em portaria da SRE.” (gn)

“Art. 14 – O contribuinte que não emitir o documento fiscal para cada operação ou prestação que realizar ficará sujeito a regime especial de controle e fiscalização, nos termos do artigo 197 deste Regulamento, sem prejuízo da suspensão ou do cancelamento da autorização do equipamento e da apreensão do mesmo, se for o caso.

Parágrafo único – Ficarão também o contribuinte sujeito às medidas previstas no caput deste artigo, quando detectada irregularidades com dolo, fraude ou simulação.” (gn)

Portaria n.º 3.492 de 23/09/02:

“Art. 91 - Presume-se como proveniente de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documentação fiscal a diferença positiva entre o numerário existente no caixa e o registrado na Leitura X do equipamento no momento da verificação fiscal.

§ 1º - É vedada ao usuário do ECF a guarda no caixa de valores monetários provenientes de qualquer

atividade que não corresponder às operações ou prestações do estabelecimento.

§ 2º - Para os efeitos do disposto neste artigo, entende-se como caixa o local ou o compartimento destinados à guarda do numerário proveniente das operações ou prestações do estabelecimento.

Não é por demais repetir que sobre a importância de R\$ 62,07, mantida nos ECF (no compartimento destinado à guarda do numerário), o Fisco exigiu ICMS, MR e MI alicerçado na presunção de saída desacobertada prevista no art. 91 retro transcrito.

De qualquer forma o ingresso da quantia de R\$ 62,07 nos ECF pela Autuada, somente poderia ocorrer com a comprovada emissão de cupom fiscal, já que não se tratava de valor referente a suprimento de caixa (troco).

Assim sendo, deve ser mantida também a penalidade capitulada no art. 54, inciso XI, alínea "b" da Lei 6763/75, uma vez que restou comprovada a utilização dos ECFs em desacordo com a legislação tributária.

Diante disso, julgo procedente o Lançamento.

Conselheira: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 16.515/05/2ª – (Publicado no "MG" de 06/10/05)

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Evidenciada a saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal hábil, vez que utilizadas notas fiscais declaradas inidôneas, tendo em vista o disposto no artigo 134, inciso I c/c artigo 149, inciso I, ambos do RICMS/96, conforme explicitado no Ato Declaratório de nº 9.040.060.00151, publicado no Diário Oficial de Minas Gerais de 05/02/05. Exigências fiscais legítimas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA. Constatada a entrada de mercadorias no estabelecimento autuado, depositadas por contribuintes desta e de outra unidade da Federação, desacobertadas de documento fiscal hábil, eis que, além de não serem apropriados ao acobertamento das operações, foram declarados inidôneas. Infração caracterizada nos termos do artigo 58, incisos IV e VI e artigo 60, incisos IV e VI, todos do Anexo IX do RICMS/96.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO FISCAL. Constatado, nos autos, que a Autuada deixou de atender intimação do Fisco,

para a apresentação dos Livros de Registro de Inventário relativos aos exercícios de 2000 a 2003, justificando, assim, a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VII, alínea “a”, da Lei 6763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes acusações:

- falta de apresentação, nos exercícios de 2000 a 2003, de livro fiscal (Livro de Registro de Inventário);

- saídas de mercadorias desacobertadas, no período de março/02 a Janeiro/03, tendo em vista a emissão de documentos fiscais, declarados inidôneos nos termos do artigo 134, inciso I c/c artigo 149, ambos do RICMS/96;

- entradas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no período de março/02 a julho/02, face à utilização de documentos fiscais impróprios ao acobertamento.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 472/476, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 488/503.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 505/510, opina, em preliminar, pelo não acatamento das alegações de nulidade da intimação do TIAF e do AI e, no mérito, pela procedência 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 Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.

Da Preliminar

Descabida a arguição de nulidade das intimações do TIAF e do Auto de Infração, por suposta irregularidade de representação, vez que não se confirma a alegação de que a signatária de tais documentos não teria poderes para representar a Autuada.

De notar-se que tanto o TIAF (fl. 02), quanto o Auto de Infração (fl. 04/06) foram recebidos pelo Sujeito Passivo na pessoa da Contabilista da empresa, Sra. Rosana Miranda de Menezes, a qual foi devidamente autorizada pelo sócio-gerente a manter a guarda dos livros e documentos fiscais do contribuinte, conforme atesta a Declaração Cadastral do Contribuinte – DCC (fls. 27).

Assim, o Sujeito Passivo foi regularmente intimado, tanto do TIAF, quanto do AI, na forma estabelecida no artigo 51, parágrafo 2º e artigo 59, inciso I, ambos da CLTA/MG, não havendo razão para se atender ao requerimento da Autuada de reabertura de prazos para apresentação de documentos e provas.

Do Mérito

A primeira acusação do AI versa sobre falta de apresentação, ao Fisco, dos Livros de Registro de Inventário, Exercícios 2000/2003, deixando de atender a intimação efetuada mediante o Ofício nº 404/2004, anexo à fl.33, conforme admite a própria Autuada, na Declaração de fls. 34.

Destaque-se que a escrituração do citado livro é obrigatória a todo estabelecimento que mantenha ou tenha mantido mercadoria em estoque, nos termos do artigo 160, § 6º do RICMS/96. Assim, a conduta da Autuada configura ofensa à regra inserida no artigo 16, incisos II e III da Lei 6763/75, sendo, pois, legítima a cobrança da Multa Isolada de 1.000 UFEMG por intimação, prevista no artigo 54, inciso VII, alínea “a” da Lei 6763/75.

A segunda acusação diz respeito a saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal hábil, tendo em vista a utilização de notas fiscais declaradas inidôneas, nos termos do artigo 134, inciso I, c/c artigo 149, inciso I do RICMS/96.

Vale enfatizar que o processo que culminou na Declaração de Inidoneidade dos documentos fiscais autuados, mediante Ato Declaratório nº 09.040.060.00151 (fl. 17), foi precedido de ampla investigação, movida pela Autoridade Fiscal, a fim de comprovar o ilícito, qual seja, a utilização de documentos “paralelos”, em cujo rodapé constam a AIDF 00.060.358.2001.

Confrontando a “via cega” arquivada na Administração Fazendária – formulário 000801 (cópia fl. 21) com as notas fiscais emitidas pelo Sujeito Passivo, listadas na Planilha I (fls. 223/224), cujas cópias encontram-se anexas aos autos (fls. 225/257), observa-se inúmeras divergências destas com aquela autorizada pelo Fisco, especialmente nos campos destinados às informações do “CNPJ/CPF”, “INSCRIÇÃO ESTADUAL”, “DESTINATÁRIO/REMETENTE”, “ALÍQ./ICMS”, etc., seja no tocante ao posicionamento das informações, utilização em negrito, espaçamento, tal como explicitado no Ato Declaratório de fls. 17.

Outra fonte de confirmação da utilização de documentos não autorizados pelo Fisco é a declaração prestada pela Gráfica Santa Adélia Ltda. (fl. 22), estabelecimento autorizado pela Fazenda Pública a imprimir as Notas Fiscais 000801 a 001200, referente a AIDF 00.060.358.2001, onde aquele estabelecimento gráfico afirma que as notas fiscais ora questionadas não foram por ele impressas.

Acresça-se ainda a divergência na tonalidade da cor verde, conforme se vê no cotejo entre a via original (fl.24) e a paralela (fl.26).

Não bastasse a irregularidade verificada na impressão dos citados documentos, a Autoridade Autuante cuidou de trazer aos autos outros elementos que denotam o procedimento irregular do contribuinte: um dos destinatários mencionados nas notas fiscais paralelas, a empresa COPRAMIL – Com. Imp. Exp. Cereais Ltda., já autuada pelo Fisco mineiro mediante AI 01.000142833-26 (fls. 39) por desistência de pagamento de auto denúncia (fls. 42/61), levou a registro em sua escrita fiscal (LRE – fls. 86/153), dois lançamentos para um mesmo número de nota fiscal, mas com datas de emissão e valores diferentes, citando a título de exemplo a Nota Fiscal 000893, fls. 86 e 109.

Outro fato apontado pelo Fisco, diz respeito à incompatibilidade dos

veículos tidos como transportadores, mencionados nas notas fiscais paralelas. A título exemplificativo pode-se citar a indicação de veículo de passeio (placa GLQ-8261, GM Opala - fl. 287), motocicleta (placa AIG-4795 - fl. 291), microônibus (placa GSW-6069 - fl. 295).

Robustas, portanto, as provas carreadas aos autos no sentido de alicerçar a procedência do Ato Declaratório de Inidoneidade dos documentos fiscais listados na Planilha I (fls. 223/224), ensejando, assim, a aplicação da Multa Isolada de 40%, prevista no artigo 55, inciso X, da Lei 6763/75, sem cobrança de ICMS, haja vista ter o Fisco validado a natureza da operação como sendo saída de Armazém-geral em retorno a estabelecimento depositante, sediados neste Estado, operações amparadas pela não incidência do imposto, conforme artigo 5º inciso XI do RICMS/96, reproduzido no RICMS/02.

Já em relação às operações destinadas a depositantes localizados em outra unidade da Federação (ES), discriminadas na Planilha II (fl. 258), afigura-se legítima a exigência do ICMS (12%), nos termos do artigo 43, § 4º do RICMS/MG, acrescido da Multa de Revalidação e da supracitada Multa Isolada.

A terceira infração mencionada no AI refere-se a constatação de entradas de mercadorias (milho e soja), depositadas por contribuintes mineiros (Planilha IV – fls. 375/376) e de outras unidades da Federação (Planilha V – fls. 414), desacobertadas de documento fiscal hábil.

Para acobertar o depósito de tais mercadorias em seu estabelecimento, vendidas por produtores rurais mineiros para as empresas COPRAMIL e YMPEX, a Impugnante também emitiu notas fiscais declaradas inidôneas (documentos paralelos), relacionadas na Planilha III (fl. 331), cópias às fls. 332/354, mas não levou tais notas fiscais a registro no LRE, escriturando para esse fim, as notas fiscais de produtores rurais, destinadas a COPRAMIL conforme atesta a planilha IV (fls. 374/375), cópias fls. 376/413, e para as entradas depositadas pela empresa YMPEX (ES), deixou de escriturar e de apresentar ao Fisco as notas fiscais de venda, emitidas pelos produtores rurais, conforme atesta a Planilha V (fl. 414), cujas cópias (fls. 415/441) foram obtidas junto à AF de Sacramento (Memº fl.198).

Todavia, além de restar configurada a utilização de documentos fiscais inidôneos, emitidos na tentativa de acobertar tais operações, importa ressaltar que a entrada de tais mercadorias no estabelecimento autuado seria comprovada pela nota fiscal de saída simbólica, emitida pelos depositantes das mercadorias, nos termos do artigo 58, incisos IV e VI e artigo 60, incisos IV e VI, ambos do Anexo IX do RICMS/96, o que não restou observado pela Defendente, justificando, pois, a aplicação da Multa Isolada de 20%, prevista no artigo 55, inciso XXII da Lei 6763/75.

Assim, restando configuradas as irregularidades descritas no presente Auto de Infração, reputam-se legítimas as exigências fiscais, tais como lançadas.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade das intimações do TIAF e do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros

Mauro Rogério Martins (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Relator: Windson Luiz da Silva

Acórdão: 17.110/05/1ª – (Publicado no “MG” de 28/07/05)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA / SALDO CREDOR. Apuradas saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, conforme constatação de saldos credores através do levantamento do movimento de caixa no período de janeiro a maio de 2002. Acolhimento parcial das razões do Impugnante, para manter as exigências fiscais em relação ao saldo credor do mês de janeiro de 2002, adequando-se, ainda, a Multa Isolada ao percentual de 20% (vinte por cento). Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração que foi constatado, pela escrituração do livro Caixa da empresa, a ocorrência de caixa credor, nos meses de janeiro a maio de 2002, configurando infringência à legislação fiscal vigente.

Exigiu-se, então, ICMS, MR e MI (art.55, II, da Lei nº 6763/75), por se ter infringido os artigos 16, VI, IX e XIII, da Lei 6763/75.

Instruíram a peça acusatória os documentos de fls. 04 a 10.

- demonstrativo do crédito tributário (fl. 05);

- cópia do livro Caixa (fls. 06 a 10).

O Autuado defende-se da acusação fiscal, em Impugnação juntada a fl. 15; e o agente fiscal refuta-a, em Manifestação de fl. 19.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre a presunção de ocorrência de saídas desacobertas, em razão da constatação, pela escrituração do Livro Caixa da Empresa, da ocorrência de caixa credor, nos meses de janeiro a maio de 2002.

O Autuado defende-se sob o argumento de que a existência de saldo credor de R\$17.233,73, no mês de janeiro, tem repercussão nos subseqüentes. Regularizando este, os demais passariam a ter saldo devedor.

Nega, pois, a existência de irregularidades nos meses de fevereiro a maio/2002.

A esta afirmação, o Fisco responde que: "... não foi efetuado o procedimento de Levantamento de Caixa, tendo sido tão-somente constatado saldo credor na Conta Caixa registrado no livro fiscal do contribuinte. O §3º do artigo 194 do RICMS/96, vigente à época, informa que a existência de saldo credor de caixa autoriza a presunção de saída de mercadoria desacoberta de documentação fiscal. Já o artigo 129 do mesmo RICMS/96 determina que a periodicidade da apuração do tributo é mensal e é feita com base na escrituração fiscal do contribuinte, não cabendo ao Fisco, portanto, corrigir os saldos de caixa constantes da escrituração do contribuinte".

Não cabe razão ao Fisco.

De fato, o regulamento mineiro estabelece a presunção de vendas sem emissão de documento fiscal, quando se verifica saldo credor na conta Caixa; também verdadeira a assertiva de que a apuração do imposto deva ser mensal:

Art. 129 - O imposto, salvo disposição em contrário da legislação tributária, será apurado mensalmente, com base na escrita fiscal do contribuinte.

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

(...)

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertas de documento fiscal.

No entanto, importante ter em mente que a presunção em foco decorre do fato deste saldo credor não advir de operações regularmente documentadas ou conhecidas.

Realizado o lançamento do crédito tributário relativamente ao valor deste saldo credor, nada mais é devido ao Estado em função das supostas operações que o geraram.

Paralelamente, deve ser levado em consideração que a Conta Caixa não é zerada no final do mês. O saldo porventura existente é transferido para o mês subsequente.

Assim, eventual saldo credor neste mês subsequente será composto pelo excedente do anterior, que já foi objeto de tributação, não sendo passível de novas exigências.

É conseqüência lógica a impossibilidade de imposição de imposto e multas sobre saldos credores mensais da Conta Caixa, como se fossem episódios estanques.

No caso concreto, o saldo credor do mês de janeiro - muito superior aos

demais - influenciou o dos meses subseqüentes. Sem que se tenha conhecimento da extensão desta repercussão, não é possível qualquer autuação do período de fevereiro a maio/2002.

No tocante à Multa Isolada aplicada, é ela cabível, mas reduzida o percentual de 20%, já que as irregularidades foram apuradas exclusivamente a partir livro contábil do contribuinte.

É o que se depreende da leitura do artigo 55, II, "a", da Lei 6763/75:

Art. 55 –

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/ MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais em relação ao saldo credor do mês de janeiro de 2002, e adequando-se, ainda, a Multa Isolada ao percentual de 20% (vinte por cento). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 16.224/05/2ª – (Publicado no "MG" de 26/05/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. A Análise do Recurso de Agravo fica prejudicada, face a desistência manifestada da Tribuna pelo Patrono da Autuada.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA. Restou comprovado nos autos, que no período autuado, não obstante o fato do sujeito passivo não possuir inscrição estadual, que efetivamente o mesmo exercia a atividade própria de empresa de construção civil, o que impõe a observância da legislação específica aplicável a referidas empresas. Assim, as operações autuadas

pelos Fisco, de saídas de materiais para emprego em obra contratada, não caracteriza hipótese de incidência do imposto. Contudo, para a movimentação de materiais adquiridos de terceiros com destino às obras, e que não foram remetidos diretamente pelo fornecedor ao local da obra, estaria a Impugnante obrigada a proceder à emissão de documento fiscal para o acobertamento dos materiais até o destino, nos termos dos artigos 183 e 185 do Anexo IX do RICMS/02. Exigências parcialmente mantidas, para excluir, integralmente, o ICMS e Multa de Revalidação, por indevidos e excluir ainda da base de cálculo da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, os valores relativos às notas fiscais, cujas cópias foram acostadas aos autos, e que trazem de forma expressa, informação de entrega no local da obra.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada a R\$7.000,00 (sete mil reais). Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apurado mediante o Levantamento Quantitativo de Estoque.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 258/280.

Afirma que não foi levado em consideração a situação de fato, de direito e fiscal em que se encontrava, pois era uma empresa de prestação de serviços de construção civil, sujeita a legislação tributária própria e específica.

Diz que não foram cumpridas as normas ditadas para a realização de Levantamento Quantitativo, estando o feito fiscal sustentado unicamente na relação das mercadorias recebidas pelo seu estabelecimento e nos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas.

Entende que deveria ser observada a legislação relativa às empresas de construção civil, presente no art. 174 e seguintes, do Anexo IX, do RICMS/02, principalmente a norma contida no art. 181, no que se refere ao regular acobertamento fiscal das mercadorias e a emissão das respectivas notas fiscais.

Conta que quase a totalidade dos serviços foram prestados à Minerações Brasileiras Reunidas S. A., procurando comprovar tal afirmação com as notas fiscais que acobertaram suas entradas em seu estabelecimento e que foram remetidas diretamente para a obra.

Relaciona as notas fiscais com os fornecedores e os serviços que foram prestados com os respectivos materiais.

Assegura que suas atividades estão enquadradas na legislação específica da construção civil, estando assim amparada pela não incidência do

ICMS, tendo sido regular as emissões das notas fiscais de prestação de serviço e o recolhimento do ISS.

Assevera que o feito fiscal foi baseado em sua documentação fiscal, tendo o Fisco, indevidamente, cobrado a penalidade isolada de 40%, ao invés de reduzi-la a 20%.

Requer ao final, a prova pericial, indicando os quesitos e assistente técnico, reiterando os argumentos já mencionados.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 918.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 923/926, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que os documentos colhidos junto à contabilidade da Autuada referiam-se ao período em que esta não possuía inscrição estadual, não havendo registro das entradas nos livros próprios.

Assegura que não há como questionar que as mercadorias realmente deram entrada no estabelecimento da Autuada, já que no termo de autodenúncia ela se refere às notas fiscais interestaduais do período de agosto de 2000 a maio de 2003.

Assevera que não houve autodenúncia por orientação do Fisco, procedimento este vedado pela legislação tributária.

Conta que, conforme o levantamento quantitativo assinado por funcionária da Autuada, o estoque encontrado estava “zerado”.

Observa que como empresa de construção civil a Autuada deveria possuir inscrição estadual e emitir documentos fiscais conforme disposto no art. 182, do Anexo IX do RICMS/02.

Diz que a Empresa regularizou sua situação em momento posterior ao questionado no Auto de Infração, não podendo ter os benefícios que tinham as empresas regulares.

Considera que não há como verificar, por falta de documentos probantes, que os materiais foram de fato empregados em obras executadas para as Minerações Brasileiras Reunidas S. A., não podendo apenas o contrato particular servir contra o interesse público.

Ressalta que não há como aplicar a redução da MI para 20% porque a Autuada não possuía escrita fiscal e, por conseguinte, lançamentos efetuados.

Considera que o pedido de perícia deva ser indeferido, porque estaria provado que a Autuada adquiriu mercadorias, seu estoque era nulo e, portanto, promoveu saídas desacobertas.

Requer a improcedência da Impugnação.

DO RECURSO DE AGRAVO

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 935.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 937).

Sustenta que o indeferimento da perícia não foi fundamentado.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 938.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 940/944, opina em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo, e no mérito, pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Do Recurso de Agravo retido nos autos

A análise do Recurso de Agravo fica prejudicada, face a desistência manifestada da Tribuna pelo Patrono da Autuada, quanto ao mesmo.

Do Mérito

O presente Auto de Infração trata da constatação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas através de Levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias, no período de agosto de 2000 a maio de 2003.

Neste período acusa o Fisco que a Autuada adquiriu as mercadorias relacionadas nas notas fiscais listadas no Anexo I do Auto de Infração, às fls. 07 a 14, dando saída às mesmas sem a emissão dos documentos fiscais necessários.

A Empresa alega que não foi observado pelo Fisco sua condição de empresa de construção civil e a legislação tributária aplicável. De fato, a partir de junho de 1995, a Autuada alterou seu contrato social (fls. 911) passando a fazer parte de seu objeto social a prestação de serviços de construção civil.

Ainda que somente em 10 de junho de 2003 – portanto, após o período fiscalizado – tenha ela adquirido sua inscrição estadual, já exercia atividade de construção civil, atividade definida no art. 174, do Anexo IX do RICMS/02.

Esta sua atividade pode ser comprovada, através de vários elementos presentes nos autos, dentre eles as notas fiscais de aquisição de materiais e as alterações contratuais apresentadas (fls. 911 a 917).

Há que se ressaltar que não é o fato de uma empresa de construção civil estar inscrita no cadastro de contribuintes do Estado que irá qualifica-la como contribuinte.

A hipótese de incidência do ICMS prevista para as empresas de construção civil e que se vislumbra nos autos, diz respeito à entrada de mercadoria, com utilização dos respectivos serviços, oriundos de outra unidade da Federação,

adquiridos para fornecimento em obra contratada e executada sob responsabilidade da Autuada (inciso III, do art. 176 do Anexo IX do RICMS/02).

Contudo, nesse caso, a incidência prevista deveria se referir apenas à diferença de alíquota, que deveria ser recolhida pela Impugnante, e não ao imposto incidente à alíquota de 18% tomando como base de cálculo os valores consignados nas notas fiscais e nos CTC's, como procedeu o Fisco.

Neste aspecto, consta dos autos, a informação de que a diferença de alíquotas pelas entradas de mercadorias empregadas nas obras, foi objeto de denúncia espontânea e parcelamento por parte da Impugnante.

A Autuada alega em sua peça de defesa que quase que a totalidade das mercadorias foram empregadas em serviços prestados à Minerações Brasileiras Reunidas S. A.. Para tanto, anexa aos autos a relação de materiais empregados pro obra, as ordens de compra da MBR e respectivas notas fiscais de prestação de serviço. Relaciona também, por Anexo (1 a 18), as mercadorias e respectivas notas fiscais com os serviços executados e as ordens de serviço emitidas pela MBR S. A..

As obras civis de montagem, ampliação, manutenção e demais serviços prestados àquela empresa decorreram de contratos assinados. Para a Impugnante está caracterizada a prestação de serviços, sendo, portanto, aplicada à espécie as normas relativas à tributação de obra de construção civil e indevidas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação constantes do lançamento em apreço.

Na apreciação dos fatos, não há que se questionar a origem dos materiais empregados. Pela análise das peças processuais, os materiais foram adquiridos de terceiros, tratando-se basicamente de madeira para construção, revestimentos cerâmicos, perfis metálicos, telhas, acessórios para janelas e portas, chapas de aço, tubos industriais, dentre outros materiais empregados em obras civis.

De acordo com a legislação própria, somente é tributada pelo ICMS a mercadoria de produção própria, quando produzida fora do local da obra e empregada na obra de construção civil.

No que se refere à movimentação de materiais adquiridos de terceiros, com destino às obras, há que se destacar duas situações, com base nos artigos 183 e 185 do Anexo IX do RICMS/02:

1ª - Caso o material adquirido transite pelo estabelecimento da Autuada, obrigada estará a mesma a proceder à emissão de nota fiscal, quando o mesmo for encaminhado ao local da obra.

2ª - Se por outro lado, o material for remetido pelo fornecedor diretamente ao local da obra, este documento de aquisição, será o instrumento hábil para acobertar os materiais até o destino.

Assim, no caso dos autos, a multa isolada aplicada, com base no art. 55, II da Lei 6763/75, não deve incidir sobre aquelas notas fiscais acostadas aos autos e que trazem informação expressa de local de entrega diverso do endereço da Impugnante, a saber: Notas fiscais 18.916 (fls. 33); 8.731 (fls. 37); 40.884 (fls. 39); 40.885 (fls. 41); 105.129 (fls. 43); 63.613 (fls. 44); 64.615 (fls. 46); 65.052 (fls. 48);

66.808 (fls. 49); 68.038 (fls. 50); 68.039 (fls. 51); 68.384 (fls. 52); 68.511 (fls. 53); 68.659 (fls. 54); 68.244 (fls. 55); 69.909 (fls. 56); 69.480 (fls. 57); 70.272 (fls. 58); 70.973 (fls. 69); 71.404 (fls. 70); 68.853 (fls. 73); 75.126 (fls. 112); 74.966 (fls. 113); 76.496 (fls. 116); 77.113 (fls. 169); 123.318 (fls. 170); 12.566 (fls. 190) e 122.810 (fls. 115).

Relativamente às demais notas fiscais, por força da legislação posta, correta se afigura a multa isolada aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em ter como prejudicada a análise do Recurso de Agravo face a desistência manifestada da Tribuna pelo Patrono da Autuada. No mérito, pelo voto de qualidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, para excluir integralmente as exigências de ICMS e Multa de Revalidação, e ainda, em relação à Multa Isolada aplicada, art. 55, II da Lei 6763/75, excluir da sua base de cálculo, os valores relativos às notas fiscais, cujas cópias foram acostadas aos autos, e que trazem de forma expressa, informação de entrega no local da obra (28 notas fiscais). Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cássia Adriana Lima Rodrigues, que o julgavam improcedente, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, art. 53, parágrafo 3º da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada para R\$7.000,00 (sete mil reais). Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. José Souza Lopes, e pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cássia Adriana Lima Rodrigues.

Relator: Mauro Rogério Martins

14 – MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO

Acórdão: 16.185/05/2ª - (Publicado no "MG" de 07/04/05)

EMENTA

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO – Comprovado nos autos que uma parte do minério de ferro transportado estava acobertado por Tiquetes de Balança Ferroviários, conforme prevê o artigo 230 do Anexo IX do RICMS/02, porém outra parte (excesso) estava completamente desacobertada de documentação fiscal, pelo que se exigiu ICMS, MR e MI, art. 55, inciso II da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de 63.278 toneladas de minério de ferro sem documentação fiscal, através dos trens de sua propriedade. Exigiu-se ICMS, MR e MI, art. 55, inciso II da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 315/324, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 354/358.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 363, para que a Autuada apresente cópias de alguns Regimes Especiais, citados nos Tiquetes de Balança e Notas Fiscais.

A Autuada anexa os documentos de fls. 365/379 e 382/388.

O Fisco se manifesta às fls. 389/390, requerendo a manutenção integral das exigências fiscais.

DECISÃO

As exigências de ICMS, MR e MI (art. 55, inciso II da Lei 6763/75) decorrem da constatação de transporte de 63.279 toneladas de minério de ferro desacobertadas de documentação fiscal, período de 17/03/2004 a 31/03/2004.

Conforme demonstram as planilhas de fls. 07/15 e documentos de fls. 16/313, parte do minério de ferro transportado pela Autuada, nos trens de sua propriedade, estava acobertada por Tiquetes de Balança Ferroviários, porém outra parte estava totalmente desacobertada de documentação fiscal.

A apuração da diferença/excesso se deu através do confronto entre os pesos constantes dos Boletins de Acompanhamento da Composição e dos Tiquetes de Balança Ferroviários.

Em sua peça de defesa a Autuada alega estar sujeita ao regime previsto nos artigos 225 a 232 do Anexo IX do RICMS/02. Esclarece que efetua o transporte do minério de ferro para o seu estabelecimento portuário, localizado no Espírito Santo, no qual a mercadoria permanece armazenada esperando encomenda do mercado interno ou externo e uma vez identificado o destinatário da carga, há devolução "simbólica" do minério para o estabelecimento centralizador, localizado em Itabira/MG, que então emite a nota fiscal de transferência, com destaque do imposto, se for o caso.

Acrescenta que o artigo 229 permite a emissão de apenas uma nota fiscal para contemplar as operações de transferência realizadas em determinado interregno, sendo que o transporte realizado pode ser acobertado por Tiquetes de Balança (art. 230).

Afirma que os Tiquetes contêm apenas o peso aproximado da carga neles referida, já que a carga somente é individualizada após a sua comercialização. Alega que são emitidas notas fiscais de complemento, um dos pilares do referido regime especial. Junta, a título exemplificativo, as notas fiscais nº 5339 e 5417.

Para comprovar que emitiu regularmente as notas fiscais de complemento, requer produção de prova pericial.

De plano, oportuno reproduzir os dispositivos legais que regem as operações relativas a minério de ferro e a pellets, contidos no Anexo IX do RICMS/02:

Art. 229 – Nas saídas de minério de ferro e pellets fica autorizado o seguinte procedimento:

I – emissão semanal de uma única nota fiscal relativamente às operações realizadas na semana, para cada destinatário;

II – emissão de uma única nota fiscal mensal, englobando todas as operações realizadas no respectivo mês, a título de transferência para depósito junto ao porto, com fim específico de fabricação de pellets e de exportação;

III – emissão de uma única nota fiscal englobando todos os embarques de exportação ocorridos no período considerado;

Art. 230 - Na hipótese da adoção dos procedimentos previstos nos incisos do artigo anterior, as operações com minério de ferro e pellets serão acobertadas por Tiquete de Balança, desde que este contenha as seguintes indicações:

I - número de impressão, nome, endereço e números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento emitente;

II - nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento destinatário;

III - tara e pesos, bruto e líquido, da mercadoria;

IV - placa do veículo transportador;

V - assinatura do motorista.

§ 1º - O Tiquete de Balança será emitido em subséries distintas para o mercado interno e para exportação, em, no mínimo, 3 (três) vias, que terão a seguinte destinação:

I - 1ª via - acompanhará a mercadoria para acobertar o trânsito e o serviço de transporte e será entregue ao destinatário;

II - 2ª via - será entregue ao transportador (carreteiro);

III - 3ª via - servirá para controle do emitente e será anexada à nota fiscal global para fins de faturamento e exibição ao Fisco.

§ 2º - A confecção de Tiquete de Balança fica condicionada à autorização para impressão, nos termos do artigo 150 e seguintes deste Regulamento.

Note-se que não há norma legal que autorize a emissão de nota fiscal complementar, tal como afirmado pela Impugnante. Ao contrário, o art. 230, § 1º, inciso III, determina que a 3ª via do Tiquete de Balança servirá para controle do emitente e será anexada à nota fiscal global para fins de faturamento e exibição ao fisco.

Conclusão lógica é que o Tiquete de Balança deve conter o real peso da mercadoria transportada e a nota fiscal deve indicar peso idêntico ao contido nos Tiquetes a ela relacionados. Não há dispositivo legal que autorize a emissão de nota fiscal complementar, tampouco a emissão de tiquetes de balança com pesos aproximados ou estimados.

Importante observar que a Autuada tinha pleno conhecimento do peso real do minério transportado, já que os Boletins de Acompanhamento da Composição, dos quais o Fisco extraiu os pesos efetivos da carga, são da própria CVRD.

Face ao exposto, a perícia requerida é totalmente desnecessária, pois ainda que a Autuada tivesse posteriormente emitido notas fiscais complementares, estas não poderiam ser aceitas como documentos hábeis a acobertar o transporte do minério, por inexistência de previsão legal.

Ademais, ninguém melhor do que a própria Autuada para apresentar e analisar os documentos que alega ter emitido e que supostamente corresponderiam ao excesso de minério apontado pelo Fisco. Ao requerer a produção de prova pericial a Autuada pretende ver analisados documentos de sua emissão e propriedade, o que é totalmente impertinente.

Ainda assim, oportuno analisar as notas fiscais nº 005417 e 005418 apresentadas pela Autuada às fls. 332 e 333, nas quais consta, no campo Informação Complementar: "Complemento de peso ref. Nota Fiscal nº 5339 ou 5344 de 31/03/2004" e "Minério embarcado no período de 01/03/04 a 31/03/04".

Primeiramente deve-se registrar que as operações objeto deste Auto de Infração ocorreram entre a Companhia Vale do Rio Doce - Complexo Minerador de Itabira e a CVRD, estabelecimento portuário, em Vitória/ES e o excesso de peso objeto das exigências fiscais é de 63.279 toneladas.

As notas fiscais apresentadas pela Autuada totalizam apenas 25.873 toneladas de minério de ferro e foram emitidas pela CVRD de Ouro Preto/MG e destinadas à CVRD de Itabira/MG ou Vitória/ES.

Portanto, além do fato de não ser perfeitamente identificável a mercadoria, as informações constantes das notas fiscais apresentadas pela Autuada divergem daquelas efetivamente apuradas.

Por fim, resta mencionar o resultado do despacho interlocutório exarado pela 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, que solicitou a apresentação das cópias dos regimes especiais nº 16.000076304-72, 16.000075866-60 e 16.000056281-10, citados ou nos Tiquetes de Balança ou na nota fiscal de fls. 332, após a expressão "não incidência do ICMS, conforme Regime Especial PTA nº XXX".

A apresentação das cópias de fls. 365/379 e 384/388 não trouxe nenhum esclarecimento adicional, ou porque o regime especial não se refere aos fatos tratados neste Auto de Infração ou porque esta venceu ou porque sequer foi assinado por representante da SEF/MG.

Assim, devidamente demonstrado e comprovado nos autos que a Autuada transportou 63.279 toneladas de minério de ferro sem documentação fiscal, correta a aplicação da sanção prevista no artigo 55, inciso II da Lei 6763/75.

Também legítimas as exigências de ICMS e MR, vez que, nos termos do artigo 89, inciso I do RICMS/02, considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto relativamente a operação realizada sem documentação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Windson Luiz da Silva, que o julgava parcialmente procedente para excluir das exigências fiscais o valor correspondente ao imposto destacado na Nota Fiscal nº 5418 (fl. 333) e reduzir a multa isolada a ela referente, ao percentual de 20%, nos termos do art. 55, inciso II, alínea a da Lei 6763/75. Pela Impugnante sustentou oralmente a Dra. Juliana Melo Ribeiro e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou do julgamento, além dos signatários e do retro citado, o Conselheiro Mauro Rogério Martins.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

15 – NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO

Acórdão: 17.299/05/1ª – (Publicado no “MG” de 09/02/06)

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – INIDONEIDADE. Arguição fiscal de transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, pelo que se exige ICMS, MR e MI sendo esta majorada nos termos do art. 53, § 7º da Lei 6763/75. A nota fiscal apresentada no momento da abordagem foi considerada pelo Fisco inábil para acobertar o transporte, em virtude de descrição genérica das mercadorias. Entretanto não foram carreadas aos autos provas da impossibilidade de identificação das mercadorias transportadas, nos termos do art. 2º, do anexo V do RICMS/02. Infração não caracterizada. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração que foi constatado o transporte de mercadorias “totalmente desacobertado de nota fiscal e romaneio inidôneo”.

Foi exigido ICMS, MR e MI (art. 55, inciso II, c/c art. 53, § 7º ambos da Lei 6763/75).

Não se conformando com a exigência fiscal, a empresa autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 38/44.

Os agentes fiscais apresentaram sua Manifestação às fls. 76/88.

Reincidência constatada.

DECISÃO

Versa o presente processo sobre acusação de transporte de mercadorias sem o devido acompanhamento por documento fiscal.

A NF 009179, emitida, em 18.11.04, por GSL Galvanização Sta. Luzia (Sabará/MG), para Rio do Sangue Energia Ltda. (Nova Maringá/MT), referente à remessa parcial, foi desclassificada por conter descrição genérica da mercadoria (estruturas metálicas – 37.240 ton.) – descumprimento do art. 2º do Anexo V do RICMS/02.

Os Romaneios n. 138407 e 138408 (fls. 14/15) também foram desclassificados por não preencherem os requisitos legais – art. 18 do Anexo V do RICMS/02.

O motorista apresentou, ainda, xerox da NF009128, de 05.11.04, dois tickets de passagem (fl. 08) e CTCR n. 015110, emitido pela Autuada, documentos estes não considerados pelos agentes fiscais.

A mercadoria foi apreendida (TAD n. 029827 – fl. 02 e 25) e remetida para fiel depositário (NF Avulsa n. 742585 – fl. 19).

Lançado o crédito, a Multa Isolada foi majorada em 50% (reincidência – PTA n. 04.000258861.02 – fl. 09, 24 e 92/94).

Defendeu-se a empresa Impugnante sob o argumento de que:

- para facilitar a montagem da estrutura metálica (torre de transmissão de energia elétrica), a GSL fez emitir um romaneio de despacho para auxiliar o adquirente na conferência dos vários itens, sem consignar valor a cada um, pois o valor é atribuído por quilo

- as estruturas fabricadas pela GSL sempre foram vendidas com base no valor de peso, como consta nesta NF e transitaram sem problemas, inclusive para o atual destinatário (ex. NF 009144 e 009171 de 10 e 11.11.04 e respectivos romaneios – fls. 65-68, as quais contém exatamente os mesmos dados)

- não foram identificadas divergências no peso

- impossível a descrição das partes por nome, marca, modelo, série, valor etc., pois destinam-se à montagem de uma estrutura (torre de transmissão) e deverão ser transportadas fracionadas e montadas no local

- não é possível considerar inidôneo o romaneio, pois não se enquadra nos itens do art. 134 – não é um documento fiscal e não comporta declaração de inidoneidade – serve para identificar mercadorias vendidas a granel (auxiliar em quantitativo)

- a NF foi registrada no LRS e o ICMS pago na DAPI do período correspondente (fls. 55/64)

Carreia aos autos a ordem de coleta de carga n. 000254 (fl. 52), na qual constam os mesmos dados dos demais documentos.

Com efeito, conforme registrado alhures, a mercadoria pôde ser perfeitamente identificada através dos documentos apresentados pelo motorista do veículo transportador. Nenhuma divergência foi constatada.

A nota fiscal n. 009179, desclassificada pelo fisco mineiro, trazia a descrição, mesmo que genérica, da mercadoria (“estruturas metálicas”) e o peso desta (“37.240 ton”), estando acompanhada, ainda, pelos seguintes documentos, que a confirmavam:

- tíquetes de pesagem: 37.240 ton.;

- documento extra-fiscal, chamado pelo contribuinte de romaneio: descrevia mais detalhadamente a mercadoria – foi utilizado pelo agente fiscal no arrolamento efetuado na “Contagem física” e na “NF Avulsa”;

- cópia da NF 009128: mencionada na NF 009179, é o documento de venda da mercadoria, a qual teve parcelada a remessa – em ambas consta o número do pedido SME/ENG/219/04

- CTRC n. 015110, o qual consigna exatamente os mesmos dados da nota desclassificada.

Confirma, ainda, a nota fiscal a ordem de coleta juntada à Impugnação, cujos dados são exatamente os mesmos.

- Al lavrado em 22.11.2004 (fls. 03-05) e recebido em 13.01.05 (fl. 37)

- Contagem física de mercadorias (partes de estrutura metálica em aço galvanizado para torre de alta tensão: longarinas, parafusos, arruelas) - fl. 07

- NF 009179 (fls. 10/12) - emitida, em 18.11.04, por GSL Galvanização Sta. Luzia (Sabará/MG), para Rio do Sangue Energia Ltda. (Nova Maringá/MT), referente à remessa parcial, mercadoria: estruturas metálicas – natureza da operação: venda da entrega futura CFOP 6116 - consta n. do pedido (Pedido SME/ENG/219/04 e a NF de venda para entrega futura n. 009128 de 05.11.04) - consta transportadora e placa do veículo - ICMS destacado;

- cópia da NF 009128 (fl. 13) - natureza: venda para entrega futura CFOP 5922 - Pedido SME/ENG/219/04

- Romaneios n. 138407 e 138408 (fls. 14/15) – mencionam a NF 009179 – constam as descrições da mercadoria em códigos – veículo transportador é o mesmo da NF.

- CTRC 015110 (fl. 16/18) – emitido pela Autuada, contém os mesmos dados da NF 009179

Não teve a Fazenda do Estado qualquer prejuízo, seja financeiro (como demonstram os documentos de fls. 55/64), seja fiscalizatório.

Deve-se considerar, ainda, que o bem transportado (equipamentos/torres de alta tensão) não é amplamente comercializado, tendo sido objeto de detalhadas especificações do adquirente.

Ademais, não é razoável exigir que conste da nota fiscal a enumeração de pequenas peças que servirão para a montagem do bem adquirido (parafusos, arruelas, longarinas etc.) – preciosismo desnecessário – e, muito menos, proporcional movimentar o aparato administrativo para ultimar uma persecução visando penalizar uma conduta que não configura uma mácula à fiscalização tributária.

Em suma, a mercadoria encontrava-se suficientemente acobertada pela documentação apresentada no ato da abordagem fiscal.

Por fim, é importante ao menos mencionar que a falta de autorização e a falsidade dos romaneios não constam do Auto de Infração, nem foram nele capitulados os dispositivos legais pertinentes.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar improcedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Relator), que o julgava procedente. Designada relatora a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Altayr André Delboni e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou também do julgamento, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Voto proferido pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Com a devida vênia, a questão apresenta-se bastante singela do ponto de vista do fundamento do voto.

O artigo 2º, Anexo V, RIMCS/02, define o que deve conter cada quadro e campo de uma nota fiscal.

Dessa forma, o campo de dados do produto deverá conter, obrigatoriamente:

- 1 - o código adotado pelo estabelecimento para identificação do produto;
- 2 - a descrição dos produtos, compreendendo: nome, marca, tipo, modelo, série, espécie, qualidade e demais elementos que permitam sua perfeita identificação;
- 3 - a classificação fiscal dos produtos, quando exigida pela legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);
- 4 - o Código de Situação Tributária (CST);

- 5 - a unidade de medida utilizada para a quantificação dos produtos;
- 6 - a quantidade dos produtos;
- 7 - o valor unitário dos produtos;
- 8 - o valor total dos produtos;
- 9 - a alíquota do ICMS;
- 10 - a alíquota do IPI, quando for o caso;
- 11 - o valor do IPI, quando for o caso.

Por sua vez, na parte geral, o RICMS/02 prevê o desacobertamento do transporte de mercadoria na seguinte situação:

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

(...)

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

No caso em tela, o emitente do documento fiscal não discriminou a mercadoria observando os requisitos definidos pela legislação acima enumerados. Fez descrição totalmente genérica da mesma – estruturas metálicas -, que poderiam se converter, na realidade, em qualquer especificidade de estrutura.

Não obstante, tentou o Contribuinte compensar tal equívoco com a descrição completa da mercadoria em “romaneio”.

Só que, cumpre aqui salientar, tal “romaneio” não passa de um documento do Contribuinte, emitente do documento fiscal, sem nenhum controle fiscal, visto não ter autorização para impressão.

Dessa forma, a mercadoria da nota, estruturas metálicas, poderia corresponder, a qualquer momento, a qualquer tipo de estrutura, dependendo da emissão do documento extrafiscal da empresa.

Nesse sentido, não há como aceitar o documento emitido como válido, tendo em vista ele divergir da mercadoria que estava sendo transportada.

Diante de todo o exposto, julgo procedente o lançamento.

Conselheiro: Edwaldo Pereira de Salles

Acórdão: 16.908/05/3^a – (Publicado no “MG” de 19/05/05)

EMENTA

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO – INIDONEIDADE. Constatado o transporte de mercadoria desacobertado de documentação fiscal, em face da desclassificação da nota fiscal apresentada no momento da autuação, por não se prestar como documento hábil para acobertar o trânsito das mercadorias. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal em face da desclassificação da nota fiscal apresentada no momento da autuação por não se prestar como documento hábil para acobertar o trânsito das mercadorias. Exigem-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6763/75.

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente, por intermédio de procurador, regularmente constituído, Impugnação às fls. 37/40, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 65/66.

DECISÃO

A matéria dos autos trata da constatação de transporte de mercadoria desacobertado de documentação fiscal. No momento da abordagem foi apresentada a nota fiscal 149 de fls. 08/09, desclassificada pela fiscalização por ter sido considerada inidônea e por não se prestar para tal finalidade.

Os dispositivos legais capitulados no Auto de Infração são aqueles previstos nos artigos 16, VI, VII, IX, XIII e 39, § 1º da Lei 6763/75 e ainda, artigo 148, do RICMS/02. Foram cobradas também as multas isolada e de revalidação previstas nos artigos 55, II e 56, II da Lei 6763/75, respectivamente.

Pelo que se depreende da declaração da empresa US Matic de fls. 10, as mercadorias constantes da nota fiscal 149, objeto da desclassificação, saíram de seu depósito, localizado no Estado de Sergipe (SE).

Também, o motorista do veículo transportador Sr. Clairton de Azevedo, confirma às fls. 11 que as referidas mercadorias teriam sido carregadas no endereço acima mencionado, sendo que o emitente da nota fiscal 149 está sediado no Distrito Federal.

Assim, o Fisco procedeu a lavratura do presente Auto de Infração para exigir o imposto e multas cabíveis nos termos da legislação tributária vigente.

A nota fiscal apresentada no momento da autuação, de n.º 149, emitida pela empresa Coobrigada em 28/10/04, como já dito, não se prestou para o pretenso acobertamento da mercadoria, motivo da sua desclassificação.

Os argumentos da Impugnante são no sentido de atribuir a responsabilidade ao transportador da mercadoria e que procedeu à correta emissão

da Nota Fiscal n.º 0113 em 03/06/04, bem como da Nota Fiscal 149, tendo sido emitida, ainda, a Nota Fiscal n.º 000005 de fls. 58, dando suporte a toda operação.

Diz ainda a Impugnante que, apesar de todo o seu correto procedimento, o motorista esqueceu a nota fiscal emitida pela US Matic no estabelecimento da emitente, repudia a lavratura do Auto de Infração pela diferença constatada na quantidade da mercadoria e pede pela procedência de sua Impugnação.

A fiscalização, por sua vez, não aceita os argumentos da Impugnante, citando a legislação pertinente e a forma equivocada como agiu a empresa Coobrigada, pedindo, ao final, pela manutenção integral do feito fiscal.

Na verdade, o que se percebe dos autos, efetivamente, é que ocorreu a infração à legislação tributária em razão da falta de documento fiscal hábil para acobertamento da mercadoria transportada.

No momento da abordagem, no dia 29/10/04, com a apresentação da Nota Fiscal n.º 149, imprestável para o acobertamento da mercadoria, outra alternativa não restou ao Fisco senão a de desclassificar o documento apresentado, na forma da legislação elencada no Auto de Infração.

Os argumentos trazidos pela Impugnante não têm o condão de modificar a presente autuação, tendo em vista que ela própria admite que o motorista, ao sair com a mercadoria da empresa, esqueceu de levar a Nota Fiscal n.º 000005, emitida em 28/10/04, pela empresa US Matic Indústria e Comércio de Equipamentos de Irrigação S/A.

O pedido de exclusão da Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária, “data vênia”, não pode ser acatado, tendo em vista o disposto no art. 207, § 1º da Lei 6763/75.

Finalmente, há de se esclarecer que a diferença de 06 unidades verificada na quantidade de mercadoria existente entre a nota fiscal e a contagem física de mercadorias realizada pela fiscalização não foi, como entende a Impugnante, o motivo da lavratura do Auto de Infração, mas sim a desclassificação da nota fiscal 149, pela sua manifesta imprestabilidade para acobertar o transporte.

Assim, considerando que a nota fiscal apresentada como pretensa acobertadora da mercadoria foi desclassificada, por inábil para aquela finalidade, mantidas devem ser as exigências na forma como elencadas na peça inicial.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: Luiz Fernando Castro Trópia

Acórdão: 17.146/05/3ª – (Publicado no “MG” de 20/10/05)

EMENTA

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO - INIDONEIDADE. Acusação fiscal de transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal hábil. Desclassificadas as notas fiscais apresentadas, por conterem em seu corpo a aposição tipográfica da expressão “Algodoeira Montreal Ltda.”, quando na realidade foi autorizada a aposição de carimbo contendo referida expressão. Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75. No entanto, não restou configurada a adulteração das referidas notas fiscais conforme acusação fiscal. Infração não caracterizada. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal tendo em vista que as Notas Fiscais nºs 000.356 e 000.357, apresentadas à Fiscalização em 14 de maio de 2004, foram desclassificadas por conterem em seu corpo a aposição tipográfica da expressão “Algodoeira Montreal Ltda.” quando na realidade foi autorizada a aposição de carimbo contendo referida expressão. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, esta última capitulada no inciso II do artigo 55 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/41, aos argumentos seguintes:

- tece comentários acerca do direito societário para explicar a necessidade de utilização ou não da expressão Ltda.;
- a utilização desta expressão é facultativa e não tem caráter tributário, ou seja, sua ausência não representa qualquer burla ao Fisco;
- ao trafegar pelo Posto Fiscal o motorista do veículo apresentou as Notas Fiscais nºs 000.356 e 000.357;
- consta dos autos à fl. 08 a Nota Fiscal n.º 000.251 com as mesmas características, porém não contém em seu cabeçalho a expressão Ltda.;
- questiona como surgiu tal nota e observa que houve uma presunção quanto à veracidade deste documento;
- antes mesmo da ação fiscal protocolou na Administração Fazendária autorização para retificar a falha da expressão Ltda. nos blocos de notas fiscais previamente impressas e este pedido foi autorizado;
- de acordo com o documento de fl. 10 foi informado que o recolhimento das Notas Fiscais de nºs 000.251 a 000.400 foi feito através do Sr. Manoel Soares Braga que confirmou a autorização da fixação de carimbo, sem contudo especificar qual o tipo de carimbo, se o eletrônico ou o que utiliza tinta, ou qualquer outro;
- o documento de fl. 11 deve ser desconsiderado em razão da total ausência de identificação do seu emissor;

- os carimbos das notas fiscais têm datas de 17 de maio de 2004 (Nota Fiscal n.º 000.356), 13 de maio de 2004 (Nota Fiscal n.º 000.357) e citada declaração data de 14 de maio de 2004;

- no dia 14 de maio de 2004, sem constar qualquer hora, foi lavrado o Termo de Retenção de Mercadorias de fl. 16 e a afirmação constante deste Termo de que as notas fiscais não são autorizadas pela Secretaria do Estado da Fazenda, não representa a expressão dos fatos já que as mesmas possuem AIDF regular;

- a utilização de meios eletrônicos não deixa de ser uma forma de apor o carimbo, o identificador no documento fiscal, assim a autorização concedida pelo Chefe da Fiscalização de Espinosa não faz referência a qual tipo de carimbo que deveria ser utilizado;

- a chancela eletrônica nada mais é que um carimbo, a impressão a laser também, portanto não podem ser desclassificadas as notas fiscais por questões meramente de interpretação;

- não deixou de cumprir nenhuma das obrigações da legislação tributária estadual citadas no Auto de Infração;

- o fato descrito no relatório fiscal não tem consonância com o disposto no inciso I do artigo 134 do RICMS/02;

- tece comentários acerca das penalidades aplicadas entendendo serem as mesmas indevidas e até mesmo confiscatórias.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 57/59, contrariamente ao alegado pela Defesa aos fundamentos que se seguem:

- o trabalho fiscal foi elaborado à partir da apresentação no Posto Fiscal Aroldo Guimarães das Notas Fiscais nºs 000.356 e 000.357 emitidas pela Algodoeira Montreal Ltda.;

- após comparação das referidas notas fiscais com a via cega ficou constatado que nesta última não constava a expressão Algodoeira Montreal Ltda.;

- conforme esclarecimento do Sr. Saulo Geraldo Siqueira, coordenador de fiscalização de Montes Claros, foi autorizada a aposição de carimbo da referida expressão nas notas fiscais o que não ocorreu uma vez que a expressão Algodoeira Montreal Ltda. foi feita através de outro tipo de impressão;

- no esclarecimento deste coordenador, fl. 10, em hipótese alguma foi autorizada a aposição tipográfica da referida expressão;

- a declaração da gráfica impressora dos documentos fiscais demonstrou que não foi feita nenhuma alteração nos blocos da referida AIDF;

- o bloco de notas fiscais foi solto aleatoriamente e alterada a impressão tipográfica do documento original;

- as Notas Fiscais nºs 000.356 e 000.357 foram desclassificadas sendo consideradas inidôneas por adulteração, conforme artigo 134, inciso I do RICMS/02, combinado com os artigos 16, incisos VI, VII, IX, XII e artigo 39, parágrafos §1º, inciso II, e parágrafo §4º, alínea "b" da Lei nº 6.763/75.

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no inciso II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, em face da imputação fiscal feita a ora Impugnante de ter realizado, em 14 de maio de 2004, o transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal tendo em vista que as Notas Fiscais nºs 000.356 e 000.357 foram desclassificadas por conterem em seu corpo a aposição tipográfica da expressão “Algodoeira Montreal Ltda.” quando na realidade foi autorizada a aposição de carimbo contendo referida expressão.

De acordo com o relatório fiscal de fls. 02/03, as notas fiscais objeto do feito fiscal foram apresentadas no dia 14 de maio de 2004 e após comparação destas com a via cega ficou constatado que esta última não continha a expressão “Algodoeira Montreal Ltda.”

Outro dado do Auto de Infração diz respeito ao fato de que segundo o Coordenador de Fiscalização de Montes Claros foi autorizada a aposição de carimbo nas notas fiscais da Impugnante da expressão “Algodoeira Montreal Ltda.”, no entanto tal aposição foi feita através de outro tipo de impressão.

Importante destacar que as referidas Notas Fiscais foram desclassificadas por adulteração sem autorização do Fisco Estadual.

Inicialmente cumpre-nos observar que apesar da Impugnante alegar que a ausência ou não do complemento Ltda. em seus documentos fiscais não afeta a questão tributária, o que o Auto de Infração está a ponderar não é este fato posto que o documento de fl. 09 demonstra que foi autorizado a ora Impugnante inserir a expressão “Algodoeira Montreal Ltda.” em suas notas fiscais. Entretanto, está sendo questionado o “instrumento” utilizado para esta aposição posto que foi autorizado tão-somente o uso de carimbos para este fim e não a impressão tipográfica.

Da análise dos autos verificamos que os Autuantes desclassificaram os documentos fiscais por considerarem que os mesmos seriam inidôneos face a adulteração sem autorização do Fisco Estadual e, conseqüentemente, teria restado configurado o desacobertamento do transporte das mercadorias.

Face a esta descrição da irregularidade é crucial que analisemos os dispositivos normativos tidos como infringidos. Dentre estes dispositivos citados no Auto de Infração destacamos os abaixo transcritos:

Parte Geral do RICMS/02

“Art. 134 - Considera-se inidôneo o documento fiscal:

I - extraviado, adulterado ou inutilizado;

.....

Art. 148 - O transportador não poderá aceitar despacho ou efetuar o transporte sem que, com relação à operação de circulação de mercadoria e à prestação do serviço, tenham sido emitidos os documentos fiscais próprios.

Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento fiscal falso ou inidôneo;

.....”

Da análise dos artigos acima transcritos nota-se que os fiscais consideraram que as notas fiscais apresentadas foram adulteradas, uma vez que claramente é este o ditame do inciso I do artigo 134 do RICMS/02. Esta consideração encontra-se cingida a aposição da expressão “Algodoeira Montreal Ltda.” e a forma como tal expressão foi inserida no documento fiscal, qual seja, através de mecanismo que segundo o Fisco teria sido aquele autorizado.

Não podemos no entanto, corroborar com o posicionamento da fiscalização. O fato da expressão mencionada ter sido inserida eletronicamente não configura, no caso em tela, adulteração dos documentos fiscais, principalmente em razão de que foi levado ao conhecimento da Fiscalização de que haveria alteração.

Esta conclusão é fundada no fato de que a Impugnante não agiu em desconformidade com orientação da Fazenda Estadual. Ao contrário, o documento de fl. 09 confirma esta afirmação tendo em vista que o Sr. Manoel Soares Braga, Chefe da Administração Fazendária de Espinosa, deferiu solicitação apresentada previamente a autuação fiscal no sentido de autorizar a aposição de carimbo com a expressão “Algodoeira Montreal Ltda.” nas notas fiscais.

Apesar do documento de solicitação fazer referência à confecção de carimbo, acreditamos que a utilização de meios eletrônicos para alcançar o fim almejado pela Impugnante e autorizado pelo Fisco não configura qualquer tipo de adulteração no documento fiscal.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o termo adulterado é assim definido: “que se adulterou. 1 Modificado, alterado em sua essência original, ger. pela ação da natureza; transformado. 2 que sofreu processo de falsificação, de corrupção 2.1 que foi propositadamente corrompido, deturpado.”

Diante da definição do termo adulterado, verificamos que o documento para ser considerado adulterado deve ser aquele que foi modificado, alterado em sua essência original, transformado.

Partimos então para a análise da situação posta nos presentes autos face à definição retro apresentada:

- “modificado em sua essência original” - no caso em tela as Notas Fiscais não foram modificadas em sua essência original, houve apenas uma alteração quanto a condição societária da empresa emitente e, repita-se pela importância, de conhecimento prévio do Fisco;

- “que sofreu processo de falsificação, de corrupção” – não se pode, no caso em tela, afirmar que houve falsificação ou corrupção das Notas Fiscais pois a alteração feita foi levada ao conhecimento do Fisco antes mesmo de ser realizada tendo havido concordância deste com a mesma. Pode-se até mesmo dizer que o Fisco concordou com outra forma de alteração, ou seja, concordou que

a mesma fosse feita por carimbo. No entanto, a concordância com a alteração em si é inegável.

- “que foi propositadamente corrompido, deturpado” – Na mesma linha como exposto na hipótese da modificação temos que as Notas Fiscais não foram corrompidas ou deturpadas uma vez que não foram alterados campos que são cruciais ao pleno entendimento das informações relativas ao tributo, ou mesmo relativamente ao emitente do documento fiscal.

Assim sendo, consideramos que pelas informações constantes dos autos não é possível afirmarmos a ocorrência de qualquer tipo de adulteração posto que a inserção de expressão nova no corpo das notas fiscais foi devidamente permitida pela Administração Fazendária.

Acrescente-se que consideramos que a utilização de meios eletrônicos não deixa de ser uma forma de apor o carimbo com a expressão pretendida. Ademais, a autorização concedida pelo Chefe da Fiscalização de Espinosa não faz referência a qual tipo de carimbo deveria ser utilizado.

Vale ainda destacar que a chancela eletrônica, como bem salientado pela Impugnante, nada mais é que um carimbo, tal como a impressão a laser.

Sendo assim, não podem ser desclassificadas as notas fiscais já que não restou configurada a adulteração das mesmas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Lorena Ferreira Mendes.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

16 – NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS

Acórdão: 3.068/05/CE – (Publicado no “MG” de 11/08/05)

EMENTA

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Irregularidade configurada face a condição de contribuinte da Recorrente. No tocante aos equipamentos do ativo fixo, são normalmente tributados tendo em vista a não ocorrência do disposto na alínea “b” do inciso VII e a ocorrência do disposto na alínea “a” do inciso XII, ambos do artigo 5º, Parte Geral do RICMS/96. Por sua vez, o ICMS exigido não pode ser deduzido de supostos créditos advindos de escrituração extemporânea, efetuada após a ação fiscal. Recurso de Revisão não provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de destaque do ICMS em notas fiscais de saída de mercadorias diversas, no período de 08-04-02 a 15-10-02, além da venda de equipamentos de origem estrangeira, pertencentes ao ativo fixo, também sem o destaque do imposto, apesar de não onerados por este na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro ou por ocasião de sua entrada no estabelecimento importador.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.648/04/3ª pelo voto de qualidade manteve integralmente as exigências fiscais de ICMS e MR (50%).

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 182/185, requerendo, ao final, o seu provimento.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 432, que resulta na manifestação do Fisco de fls. 433.

AAuditoria Fiscal, em parecer de fls. 434/437, opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

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

A autuação em questão, relativa ao período de 08/04/02 a 15/10/02, diz respeito à emissão de documentos fiscais sem o destaque do imposto, inclusive atinentes a vendas de equipamentos de origem estrangeira pertencentes ao ativo fixo e não onerados pelo ICMS anteriormente.

A Recorrente confirma que seria contribuinte do imposto e menciona que faria jus aos créditos concernentes às notas fiscais relacionadas nos livros fiscais (escriturados após a apresentação da Impugnação).

No caso específico dos equipamentos importados, entende que as saídas estariam contempladas pela não-incidência prevista na alínea “b” do inciso VII, artigo 5º do RICMS/96.

A decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão 16.648/04/3ª, bem como o parecer da Auditoria Fiscal, estampam os mesmos fundamentos utilizados por esta Câmara Especial para sustentar as exigências fiscais, razão pela qual serão aqui parcialmente reproduzidos.

Quanto a condição de contribuinte do imposto do Hospital São Paulo, apesar de expressamente reconhecida pela Recorrente, há que se ressaltar que, em regra, hospitais não são contribuintes do imposto, a não ser que pratiquem com habitualidade operações descritas como fato gerador do imposto, nos termos do artigo 55, §§ 1º e 2º do RICMS/96.

De certo que não existe um conceito legal sobre “habitualidade”, porém

pode ser assim considerada a emissão de aproximadamente 10 (dez) notas fiscais por mês, durante todo o período autuado (abril a outubro de 2002).

Acresça-se a isto o fato de que não existe qualquer comprovação sobre a natureza destas operações. De qualquer forma, ainda que tenham ocorrido em razão de “empréstimo”, “doação” ou “devolução” são normalmente tributadas, quando praticadas por contribuinte do imposto, o que restou caracterizado.

Quanto às saídas dos equipamentos de origem estrangeira, temos que, ao contrário do alegado pela Recorrente, não ocorreu a “transferência da posse, em favor do credor fiduciário, em virtude de inadimplemento do devedor fiduciante”.

A não-incidência argüida prevaleceria, em tese, se os equipamentos tivessem retornado para o exterior em razão do inadimplemento da Recorrente, fatos que não ocorreram.

Na realidade, as saídas, no caso vendas, destinaram-se ao “Centro Diagnóstico do Hospital São Paulo”, conforme fls. 22 e 23, enquanto a dívida foi quitada, após a redução de seu valor, de acordo com os documentos de fls. 187 a 194.

Assim, prevalece o disposto na alínea “a” do inciso XII, artigo 5º do RICMS/96, o qual excetua da não-incidência do ICMS a saída de bem integrante do ativo fixo, de origem estrangeira, que não tenha sido onerado pelo imposto quando de sua importação.

Em relação ao pleito de recomposição da conta gráfica, temos que este não pode prosperar, pois as notas fiscais anexadas quando da Impugnação sequer tinham o destaque do imposto, enquanto aquelas escrituradas nos livros fiscais, após a Impugnação, sujeitam-se, tendo em vista a extemporaneidade, ao disposto nos artigos 67, § 2º, e 68, RICMS/96.

Não é admissível, portanto, que o ICMS ora exigido seja deduzido, pelo Autuante, de supostos créditos constatados após escrituração extemporânea efetuada posteriormente à ação fiscal.

Não obstante, as notas fiscais de aquisição de mercadorias, relacionadas às posteriores saídas tributadas, poderão vir a ensejar o creditamento extemporâneo do imposto nelas destacado.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator) e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe davam provimento parcial para excluir o item 2 do Auto de Infração e o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor) que excluía apenas o item 1. Designada relatora a Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara. Participou do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto ora proferido e os majoritários dá-se, no caso concreto, tendo em vista a acusação contida no item “2” do Auto de Infração que diz...

“2) Verificou-se também a venda de equipamento, de origem estrangeira, integrante de seu ativo fixo, que não foi onerado pelo ICMS na etapa anterior de sua circulação no território brasileiro ou por ocasião de sua entrada no estabelecimento importador, sem o respectivo destaque de ICMS.”

Para tanto, exige o AI em referência o ICMS e MR em razão desta importação tida como efetivada.

“Concessa vênua”, a acusação em análise não pode prevalecer, tendo em vista que ao caso presente, mostra-se presente o Instituto da “Transferência de Posse” e não de venda de equipamentos como quer o fisco.

Dentro desta análise, percebe-se que a Nota Promissória de fls. 156 foi quitada em razão exatamente desta mencionada transferência de posse. Da mesma forma, há nos autos documentos que norteiam a ocorrência de confissão de dívida como também o termo de quitação, tudo isso, repita-se, coadunando a alegada Transferência de Posse.

Diante deste contexto, a hipótese que mais se assemelha aos fatos lançados nestes autos é a do inciso VII, alínea b, do artigo 5º do RICMS/96 que determina...

“Art. 5º - O imposto não incide sobre:

...

VIII – a saída de mercadoria objeto de alienação fiduciária em garantia, na:

...

b – transferência de posse, em favor do credor fiduciário, em virtude de inadimplemento do devedor fiduciante”

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso para cancelar as exigências fiscais contidas no item 2 do auto de infração.

Conselheiro: Antônio César Ribeiro

Voto proferido pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre da exigência fiscal contida no item 1 do Auto de Infração.

Com efeito, a entidade autuada emitiu documentos fiscais consignando

mercadorias, em operação de remessa a outra entidade hospitalar, sem o destaque do ICMS.

Em que pese a habitualidade mencionada pelos votos condutores, cabe destacar que a autuada é inscrita no Cadastro Estadual como entidade isenta ou imune do ICMS.

Além disso, os documentos fiscais autorizados pela Administração Fazendária noticiam o não repasse do crédito do imposto.

Resta claro, portanto, que nos empréstimos de medicamentos realizados pela Autuada, à outra entidade hospitalar, não agiu o Hospital São Paulo como contribuinte do ICMS.

Diante disso, dou provimento parcial ao Recurso de Revisão para excluir o item 1 do Auto de Infração.

Conselheiro: Roberto Nogueira Lima

17 – OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA

Acórdão: 16.551/05/2^a – (Publicado no “MG” de 30/03/06)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – PENALIDADE ISOLADA – REINCIDÊNCIA. Emissão de Auto de Infração complementar para cobrar majoração de penalidade isolada por reincidência, nos termos do artigo 53, §§ 6º e 7º, da Lei nº 6763/75. Entretanto, a Autuada figurou no Auto de Infração principal, como Coobrigada, e portanto, não foi quem cometeu a infração. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a emissão de Auto de Infração complementar para exigência de majoração de penalidade isolada por reincidência.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 11/13, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 34/37.

DECISÃO

Versa o presente feito sobre a exigência de 100% de majoração da

penalidade isolada aplicada ao PTA nº 02.000209002-32, tendo em vista, segundo relata o presente Auto de Infração, a constatação de reincidência pelo Sujeito Passivo ao mesmo dispositivo legal por mais de uma vez.

“Data venia”, não se aplica ao caso vertente o instituto da reincidência como quer o Fisco.

Em verdade, o Auto de Infração principal, de nº 02.000209002-32, tem como devedor principal e efetivo infrator “pessoal”, a empresa Comaso Comércio e Indústria Ltda., a efetiva transportadora das mercadorias ali autuadas. A ora Impugnante figurou na lide, tendo em vista ser a emitente do documento fiscal.

Com o devido respeito, do ponto de vista “pessoal”, quem cometeu a infração foi a citada Comaso Comércio e Indústria Ltda., e não a ora Impugnante.

O texto legal (artigo 53, § 6º da Lei nº 6763/75) festejado pelo Fisco determina que:

“Art. 53 – As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

*§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela **mesma pessoa**, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecurável na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.”*
(grifo nosso)

Como se observa, a reincidência alcança, objetivamente a mesma pessoa, assim entendido, por força da Lei de Introdução ao Código Civil, àquela que pessoalmente a cometeu.

“Data venia”, a interpretação do artigo 53, § 6º da Lei nº 6763/75, deve ser feita de forma restritiva e não de maneira genérica e elastecida.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara, que o julgavam procedente. Conforme artigo 139 da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º do artigo 137 da CLTA/MG.

Relator: Windson Luiz da Silva

Voto proferido pelo Conselheiro Mauro Rogério Martins, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A decisão proferida, pelo voto de qualidade, julgou improcedente o lançamento, dentre outros, ao argumento de que do ponto de vista pessoal, a infração descrita no Auto de Infração principal, não foi cometida pela ora Impugnante.

“Data vênua”, discordamos da referida decisão, face aos aspectos fáticos que cercaram a infração principal. Naquele lançamento constatou-se o transporte de mercadorias, acobertado por notas fiscais com prazos de validade vencidos. Foi autuada a transportadora e na condição de coobrigada a emitente das notas fiscais. Figura nos fundamentos daquela decisão, para manter a coobrigada no pólo passivo, o argumento de que constava nas notas fiscais, que o frete era realizado por conta da mesma.

Assim, tendo sido reconhecida, no PTA principal, a responsabilidade tributária das duas pessoas envolvidas, ligadas pela solidariedade, constatada em relação a qualquer delas a reincidência na forma preconizada no § 6º do art. 53 da Lei 6763/75, legítimo se afigura o agravamento da penalidade, nos termos do § 7º do mesmo artigo.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Conselheiro: Mauro Rogério Martins

Acórdão: 16.549/05/2ª – (Publicado no “MG” de 16/02/06)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Considerando informação consignada nos documentos fiscais pelo próprio contribuinte, de que a mercadoria saiu de estabelecimento de terceiro, exige o Fisco a Multa Isolada prevista no art. 55, III da Lei 6763/75. Contudo, o mesmo fato, ensejou em outro PTA, que os mesmos documentos fossem considerados inidôneos, oportunidade na qual exigiu-se ICMS, MR e a MI do art. 55, inc. II da Lei 6763/75. Assim, opera-se no caso, os efeitos do disposto no art. 211 do RICMS/02, devendo ser cancelada a exigência formalizada no presente lançamento. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Informa o Auto de Infração, que a Autuada COFEPE COMÉRCIO DE FERRO E PERFILADOS LTDA, emitiu as notas fiscais 059326 e 059327, em 20/08/2004, sem ter ocorrido uma efetiva saída de mercadorias, uma vez que

conforme consta nos referidos documentos, as mercadorias foram retiradas em outro estabelecimento, CIAÇO CENTRO INDUSTRIAL DO AÇO LTDA.

Destaca o relatório do Auto de Infração, que tais documentos foram considerados inidôneos, nos termos do art. 134, inciso VII do RICMS, sendo que as exigências decorrentes desta constatação foram formalizadas no PTA/AI 02.000208078.44. Lavrou-se o presente Auto de Infração, para exigir a Multa Isolada do art. 55, III da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 12/15, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 26/31.

DECISÃO

Verifica-se que o presente Lançamento constitui um desdobramento da irregularidade apontada em outro Auto de Infração, o de nº 02.000208078-44.

No referido Auto de Infração 02.000208078-44, constatou o Fisco que o Autuado/transportador WALLACY ROSSANI MARÇAL, fazia transportar mercadorias desacobertas de documentação fiscal hábil, uma vez que as notas fiscais apresentadas, nºs 059326 e 059327, de emissão de COFEPE COMÉRCIO DE FERRO E PERFILADOS LTDA, foram consideradas inidôneas, nos termos do art. 39, parágrafo 4º, item II, alínea “a” da Lei 6763/75, tendo em vista que as mercadorias saíram de outro estabelecimento, CIAÇO CENTRO INDUSTRIAL DO AÇO LTDA, conforme constou no campo “observações” das referidas notas fiscais.

Assim, no PTA 02.000208078-44, foram autuados o transportador WALLACY, e na condição de coobrigadas as empresas COFEPE e CIAÇO, para exigir ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada do art. 55, II da Lei 6763/75, uma vez que as notas fiscais foram consideradas inidôneas e as mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com fundamento no art. 149, I do RICMS/02.

No lançamento que neste momento se aprecia, está o Fisco a exigir de COFEPE COMÉRCIO DE FERRO E PERFILADOS LTDA, a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso III da lei 6763/75, sob o fundamento de que as mesmas notas fiscais 059326 e 059327, não correspondem a efetivas saídas de mercadorias.

Verifica-se que no lançamento anterior, o que permitiu ao Fisco sustentar a inidoneidade dos documentos fiscais nºs 059326/059327, foi justamente a informação consignada pelo próprio Contribuinte emitente, de que as mercadorias seriam retiradas em outro estabelecimento, o que permitiu fossem feitas as exigências de ICMS, MR e MI do art. 55, II da Lei 6763/75, inclusive da emitente das notas fiscais.

No Auto de Infração, que neste momento se analisa, observa-se que também o fato que permite ao Fisco, sustentar que as mesmas notas fiscais 059326/059327 não representam efetiva saída de mercadoria, é a mesma informação de que as mercadorias saíam de outro estabelecimento.

Temos então, que os documentos que no outro lançamento foram apontados como reunindo as características de inidôneos, são os mesmos, que

agora apresentando as mesmas características, permite ao Fisco sustentar a acusação de não representarem efetivas saídas.

Entendemos que nesta situação, aplica-se o disposto no art. 211 do RICMS/02, vez que existe uma conexão entre as multas isoladas aplicadas, considerando que as infrações estão atreladas a um mesmo fato, não devendo assim prevalecer as exigências consubstanciadas no presente lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Relator: Mauro Rogério Martins

Acórdão: 16.780/05/3ª – (Publicado no “MG” de 14/04/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL – FALTA DE DATA DE EMISSÃO/ SAÍDA. Constatado o transporte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, (Dionísio Cerqueira - SC) acompanhado por nota fiscal sem data de emissão e de saída. Impossibilidade de esse Estado exigir Multa Isolada por esse tipo de descumprimento de obrigação acessória em documento fiscal oriundo de outra unidade da Federação, nos termos do art. 11, I, “b” da Lei Complementar 87/96. Infração não caracterizada. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre transporte de mercadoria oriunda de Dionísio Cerqueira – SC, emitida por Cereal Alimentos Importação e Exportação Ltda., tendo como destinatário Scarpinelli Prod. e Distr. Frutas Ltda., em Juiz de Fora, acompanhado com a Nota Fiscal nº 001063, interceptada pelo Fisco, no Posto Fiscal Antônio Reimão de Melo, em 11/07/2004, em cujo documento fiscal inexistia datas de emissão e de saída, acarretando aplicação da Multa Isolada por descumprimento de obrigação acessória, conforme legislação pertinente.

Exigência de Multa Isolada prevista no art. 55, XIV, Lei 6763/75.

Inconformado, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnação às fls. 11 e 12, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 28 a 31.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de transporte de mercadorias, acompanhado por nota fiscal oriunda de outra unidade da Federação - Santa Catarina – na qual não constava aposição de data de emissão e de saída, entendendo o agente fiscal estar plenamente caracterizado o descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 2º, Anexo V, RICMS/02, resultando na possibilidade de aplicação da Multa Isolada capitulada no Art. 55, XIV da Lei 6763/75 mineira.

Com efeito, encontrava-se o documento sem data de emissão e de saída, fato não contestado pela Impugnante. Indiscutível, também, a existência no Regulamento mineiro, da obrigação de apor data de emissão e de saída nos documentos fiscais, conforme previsto no Art. 2º, Anexo V, RICMS/02. E essa obrigação deve, também, existir no Regulamento do Estado de Santa Catarina, local de origem da mercadoria. Deduz-se isso em virtude de as normas relativas à emissão e escrituração de documentos fiscais em matéria de ICMS, terem sido uniformizadas nacionalmente, por ocasião da celebração do Convênio SINIEF s/n.º de 1970 tendo em vista o caráter predominantemente nacional do ICMS.

Porém o enfoque aqui é outro. Trata-se de aplicação de penas.

Ainda que o Convênio tenha traçado obrigações acessórias comuns, não autorizou aplicação das penas pelo seu descumprimento, nem deu a um ente o “poder” de apenar contribuinte de outro Estado pelo descumprimento das normas comuns, exceto quanto às obrigações que tornassem o documento fiscal inidôneo (art. 7º do Convênio s/n.º de 1970) e desde que previsto na legislação do Estado interceptador e que não contrarie o citado Art. 7º.

A competência tributária ativa para fins da exigência da penalidade, caso tenha caráter geral deve estar prevista em lei complementar, a teor da exigência contida no Art. 146, III, c/c Art. 155, XII, “d” da Carta de 1988. A Lei Complementar em questão é a LC 87/96.

Em relação à mercadoria ou bem, a LC 87/96 definiu diversos locais para fins de cobrança do ICMS (alíneas “a” a “g”, inciso I, do Art. 11), não havendo uma regra geral ou hierarquia entre eles. No entanto, em função de o fato gerador do ICMS ocorrer na esmagadora maioria dos casos no momento da saída da mercadoria, a lei fixou, para fins da cobrança do imposto relativo ao ICMS, o local do estabelecimento onde se encontre a mercadoria no momento de sua saída. (alínea “a”, I, do art. 11). Nesse sentido, caberá somente ao Estado de origem da mercadoria a competência tributária ativa para exigir o imposto e demais obrigações acessórias.

Desnecessário dizer que a competência ativa e plena será do Estado de origem se e somente se a operação estiver devidamente regularizada, com a emissão normal dos documentos fiscais. A norma não diz isso expressamente. Chega-se a essa conclusão de duas formas. A uma, porque não pode a lei dar a competência ativa a um Estado onde ocorreu uma saída ilegal. Seria como institucionalizar o ilícito. Indefensável a ilegalidade de transporte de mercadoria sem a emissão dos documentos fiscais. Aliás, o ilícito seria ao mesmo tempo tributário,

comercial e contábil. A obrigação de emitir corretamente o documento fiscal encontra-se implícita. A duas, por exclusão e decorrência lógica. Se na alínea seguinte (“b”) o local da prestação é onde se encontre sem documento fiscal (qualquer ponto do território nacional) infere-se que a competência ativa, plena e única do Estado de origem dependerá da correta emissão dos documentos fiscais.

A Lei Complementar 87/96 estabeleceu, também, de forma sábia e previsível, o local de cobrança para os casos de mercadoria sem documentação fiscal ou com documentação inidônea. E o local será sempre aquele onde ocorrer a interceptação (alínea “b”, I, Art. 11, LC 87/96). Aqui, portanto, a competência ativa tanto poderá ser exercida pelo Estado de origem, ou pelos demais Estados da Federação.

Havendo irregularidade, privilegia-se o princípio da praticidade, pois que os entes não podem compactuar com o ilícito tributário, permitindo o trânsito em todo território nacional sem o devido documento fiscal. Há que se observar, também, não ocorrer a invasão de competência, caso o Estado interceptador seja diverso daquele remetente. Está em jogo aqui a competência tributária ativa e não a competência legislativa plena prevista na CF/88.

Reforce-se, porém, que a competência tributária ativa somente foi dada a ente distinto daquele da origem da mercadoria nas hipóteses expressamente previstas na alínea “b”, I, Art. 11 da LC 87/96 - falta de documentação fiscal ou portar documento fiscal inidôneo.

É que obrigação acessória, pela sua própria natureza, segue a principal, qual seja, deixar de recolher (ou destacar) o imposto. Assim, se o descumprimento da obrigação acessória for de tal monta que implique (ou possa implicar) na hipótese do não cumprimento da obrigação principal, a lei atribui ao Estado interceptador a capacidade ativa para exigir o pagamento, tanto da obrigação principal quanto da acessória. A nosso sentir essa é a “ratio” e a melhor exegese do comando estatuído no Art. 11, I, “a” e “b” da Lei Complementar 87/96. Outras pequenas irregularidades “acessórias” que não tornam o documento inidôneo não são capazes de dar ao Estado interceptador a capacidade ativa. Caberá a este, sim, a necessária cooperação com o Estado de origem, informando-o da irregularidade encontrada para que este exerça, na plenitude, sua competência constitucional.

Com relação à mercadoria sem documentação a situação não apresenta dificuldade. Complica-se, porém, quanto se trata de documento inidôneo. Tudo porque a LC 87/96 diz: “conforme dispuser a legislação tributária”. Para nós, a lei complementar está se referindo à norma do Estado interceptador. Assim, o Estado que interceptar a mercadoria deverá prever expressamente situações de inidoneidade. E não pode ser qualquer situação. Há de estar de acordo, também, com o Convênio SINIEF s/n.º de 1970.

Nesse sentido, andou bem o Estado de Minas Gerais. Com a recente publicação da Lei 14.699/03, incluiu-se na Lei 6763/75 (Art. 39, § 4º) hipóteses de inidoneidade mais “relevantes”, alterando-se também texto do anterior Regulamento (Art. 134 do RICMS/02). Fortaleceu-se a questão da prova, mais condizente com os princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência.

Na mesma linha o magistério de Hugo de Brito Machado, verbis:

“Considerar inidônea nota fiscal que identifica, com segurança, o emitente e o destinatário, e apreender a mercadoria respectiva, constitui abuso intolerável, tanto contra o contribuinte, como contra o Estado onde está situado o estabelecimento emitente, com indevida invasão de competência tributária deste”. (Aspectos Fundamentais do ICMS – 2ª Ed. pág. 58)

Assim, não se considera mais inidônea, a partir de 07/08/2003, a nota fiscal sem data de emissão e de saída, exceto se, pelas circunstâncias fáticas do caso, o documento puder ser desclassificado por não corresponder à real operação. Decorre disso que Minas Gerais também não mais exerce a competência tributária ativa quando se tratar de nota fiscal oriunda de outro Estado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, julgar improcedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), que o julgava procedente, nos termos da manifestação fiscal às fls. 29 e 30. Participou também do julgamento a Conselheira Rosana de Miranda Starling.

Relator: Livio Wanderley de Oliveira

Acórdão: 17.097/05/3^a – (Publicado no “MG” de 20/10/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO. Exigência da multa isolada prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, face à acusação fiscal de que a Autuada teria praticado a operação denominada de Venda à Ordem, com remessa da mercadoria diretamente ao destinatário, por conta e ordem do adquirente originário, sem que tenha sido emitida a nota fiscal a que faz menção o art. 304, II, “a”, do Anexo IX, do RICMS/02. No entanto, os documentos acostados aos autos não permitem a conclusão de que tenha ocorrido a operação narrada pelo Fisco, o que descaracteriza a infração supostamente cometida pela Autuada. Exigência fiscal cancelada. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre transporte de mercadoria (veículo automotor) desacobertado de documentação fiscal. A exigência se restringe à multa isolada prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75.

Inconformada com a exigência fiscal, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 21/27, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 46/48.

DECISÃO

Para melhor compreensão da presente autuação, transcreve-se abaixo o inteiro teor do relatório fiscal contido no Auto de Infração:

“Constatou-se no Posto Fiscal Geraldo Arruda, às 15:00 Hs. do dia 25.10.04, o transporte desacobertado do veículo novo Mercedes Benz, modelo Microônibus 313 Sprinter B5RA, Chassi: 8AC9036725A921569. O veículo descrito trafegava no sentido Juiz de Fora/Belo Horizonte e era conduzido pelo motorista José Argemiro Pierassol Lins.

Foi apresentada à fiscalização a Nota Fiscal número 152746, emitida por Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., Insc. Estadual 70203561900-73, na cidade de Uberlândia-MG, com destino a Mozart Lourenço Camargos-ME, Insc. Estadual 1613290420198, na cidade de Chapada do Norte-MG, documento este desconsiderado pelo Fisco para acompanhar o transporte da mercadoria que iniciou-se em Juiz de Fora-MG, pois, conforme preceitua o artigo 304, II, alínea “a”, do Anexo IX do RICMS/02, tratando-se de Venda à Ordem, a Nota Fiscal para acompanhar o transporte da mercadoria deveria ser emitida pelo vendedor remetente, no caso em questão, a empresa Daimlerchrysler do Brasil Ltda., Insc. Estadual n.º 36719559602-50, que faturou, conforme Nota Fiscal n.º 018265, em 20.10.04, o veículo para Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., com destaque do ICMS.

Lavrou-se este para a cobrança da multa isolada cabível pelo transporte desacobertado do veículo.”

Em resumo: presumiu o Fisco que a Autuada (Daimlerchrysler do Brasil Ltda.) teria praticado a operação denominada Venda à Ordem e que ela estaria remetendo o veículo à empresa Mozart Lourenço Camargos-ME, localizada na cidade de Chapada do Norte-MG, por conta e ordem do adquirente originário (Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda. – Uberlândia/MG), sem que tenha sido emitida a nota fiscal a que faz menção o art. 304, II, “a”, do Anexo IX, do RICMS/02.

CAPÍTULO XXXVI

Da Venda à Ordem

“Art. 304 - 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, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (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:

a.1 - como natureza da operação, a seguinte expressão: “Remessa por conta e ordem de terceiros”;

a.2 - o número, a série e a data da nota fiscal de que trata o inciso anterior;

a.3 - o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal referida na subalínea anterior;

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, a série e a data da nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.” (G.N.)

Pelo motivo acima narrado, entende o Fisco que o transporte do veículo Mercedes Benz estava desacobertado de documentação fiscal hábil, uma vez que o documento fiscal apresentado era de emissão da empresa Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., o que contrariaria o dispositivo regulamentar acima transcrito.

Quando se diz que o Fisco presumiu a ocorrência da operação denominada Venda à Ordem, tal afirmação decorre dos documentos acostados aos autos, pois em nenhuma das notas fiscais, seja a emitida pela Impugnante (Daimlerchrysler do Brasil Ltda.), seja aquela emitida pela empresa Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., não há qualquer menção a esse tipo de operação e não há nenhum vínculo entre elas.

É bem verdade que há uma irregularidade na operação objeto da autuação, pois a nota fiscal que acompanhava a mercadoria era a de n.º 152746 (fl. 07), de emissão da empresa Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., tendo como natureza da operação “Venda de Mercadoria Adquirida de Terceiros” e como destinatário “Mozart Lourenço Camargos-ME”, sem que a mercadoria tenha saído, fisicamente, do estabelecimento da empresa emitente do documento fiscal.

No entanto, tal fato não tem o condão de legitimar a responsabilidade atribuída pelo Fisco à empresa Daimlerchrysler do Brasil Ltda. pelo crédito tributário ora analisado. Nesse sentido, faz-se mister a transcrição de parte da impugnação apresentada (fls. 22/25) que traduz, de forma clara e precisa, o equívoco cometido pelo Fisco:

“Antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, em cujo contexto, demonstrará a IMPUGNANTE as razões de seu inconformismo com a imputação que lhe está sendo feita pela fiscalização, entende a mesma ser relevante esclarecer o modus operandi, ou seja, como são processadas suas vendas nos casos da espécie.

A Lei Federal n.º 6.729, de 28 de novembro de 1979, publicada no Diário Oficial da União em 29 de novembro daquele ano, também conhecida, em razão de sua autoria, como “Lei Ferrari”, dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Em regra, temos que o veículo é vendido ao concessionário que, por sua vez, realiza a revenda ao consumidor/usuário final, emitindo documento fiscal próprio em nome do comprador. Todavia, além dessa modalidade de venda, há também a venda direta, a qual, ressalte-se, é sempre realizada por meio do concessionário (rede de distribuição). Nesta hipótese, o produtor (concedente), no caso em exame, a IMPUGNANTE, recebe instruções para realizar a venda direta, emitindo o documento fiscal em nome do cliente (consumidor/usuário final), no caso, Saba Transportes Ltda.

Saliente-se que as vendas, pela IMPUGNANTE, em qualquer caso, inclusive pois nas vendas aos concessionários, como no caso em questão, são realizadas sob a cláusula contratual ex-factory, em que o veículo é entregue ao concessionário ou seu preposto, na porta de sua fábrica em Juiz de Fora, juntamente com o documento fiscal emitido para a operação, contendo portanto, o emitente e destinatário correspondente, observando-se assim todas as disposições legais/tributárias aplicáveis em vigor. A partir dessa entrega, por força da citada cláusula ex-factory, a responsabilidade pelo transporte e demais obrigações supervenientes, passam a ser do concessionário.

Em síntese, após a entrega do veículo, cabe ao concessionário toda responsabilidade sobre o mesmo, inclusive tributária, já que com a tradição, o mesmo passa a ser o seu proprietário, não tendo a IMPUGNANTE qualquer relação com o fato tributável gerado com a operação realizada entre o concessionário e seu cliente, no caso, a empresa Mozart Lourenço Camargo ME.

Ora, se nessa a responsabilidade da IMPUGNANTE exauriu-se no momento da entrega do veículo na porta de sua fábrica (por força da cláusula “ex-factory”), não há, absolutamente, que se falar em responsabilidade da mesma em eventual operação posterior, qual seja, o transporte do mencionado veículo dentro do Estado de Minas Gerais, que o Fisco, pelas razões descritas nos autos, veio considerar irregular.

Assim, de todo incabível, no caso, a imputação de responsabilidade à requerente, visto que a mesma é parte inteiramente estranha ao fato gerador, contrário ao que supõe a Fiscalização.

Acresça-se que não há nos autos, comprovação de envolvimento da IMPUGNANTE, na operação objeto da autuação fiscal, concorrendo para a suposta prática da infração, em que pesem as informações levantadas pelo Fisco. Quais foram os elementos que fizeram a Digna Fiscalização concluir pela operação de Venda à Ordem?

O documento fiscal emitido pela ora IMPUGNANTE (doc. 3), dá conta que no momento da autuação, a mercadoria não era nem por ela transportada nem era de sua propriedade. Então, como pode ser ela, a responsável pela suposta infração tributária?

Cumprido ressaltar que não há nos autos prova sequer que a autuada havia dado saída da mercadoria objeto da autuação. Por ser um veículo marca Mercedes-Benz e por estar nas proximidades da fábrica da autuada, os Ilustres Agentes resolveram por bem, autuar a ora IMPUGNANTE.

A IMPUGNANTE, para a operação que realizou, emitiu o competente documento fiscal, atendendo ao exigido pela legislação tributária, destacando, inclusive, o ICMS devido na operação. E esse documento fiscal não foi impugnado pela Fiscalização, portanto, se apresenta perfeito e legal.”

Apenas para corroborar as alegações contidas no trecho acima transcrito, deve ser ressaltado que nas notas fiscais acostadas aos autos, seja a emitida pela empresa autuada (Daimlerchrysler do Brasil Ltda.), seja aquela emitida pela empresa Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda., há sempre a menção de que o transporte da mercadoria era de responsabilidade do destinatário (Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda.). Além disto, há que ser reiterado que os dados contidos nas referidas notas fiscais não permitem a conclusão de que tenha havido a operação denominada Venda à Ordem ou a Venda Direta à Consumidor Final.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: José Eymard Costa

Acórdão: 16.145/05/2^a - (Publicado no “MG” de 24/03/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – EQUIPAMENTO IRREGULAR - Constatada a utilização de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, do tipo impressora Fiscal – IF, interligado a microcomputador cujo programa aplicativo não está registrado junto à Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência da Receita Estadual (DICAT/SRE), nos termos do art. 118, §§ 2º, 3º e 5º da Portaria 3.492/02, acarretando a penalidade capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a Multa Isolada a 20% do seu valor. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a utilização de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, do tipo impressora Fiscal – IF, interligado a microcomputador cujo programa aplicativo não está registrado junto à Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência da Receita Estadual (DICAT/SRE), nos termos do art. 118, §§ 2º, 3º e 5º da Portaria 3.492/02, acarretando a penalidade capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 09/23, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 26/31.

DECISÃO

A Impugnante sustenta que, ao adquirir o programa gerador de seu emissor de cupom fiscal, procurou empresa com sólida reputação no mercado de softwares.

A Fiscalização, ao conferir a chave “MD 5” do aplicativo, constatou divergência numeral com a versão cadastrada junto à DICAT/SRE.

Entende que a penalidade imposta se compadece com casos em que o contribuinte, com o intuito de fraude ou evasão tributária, utiliza programa gerador de cupom fiscal adulterado ou não regularmente registrado no órgão competente, e que não pode o contribuinte de boa fé ser multado por mera divergência de número de serial da chave “MD 5” do aplicativo.

Ocorre que, nos termos do art. 10 da Parte 1 do Anexo VI do RICMS/02:

“Art. 10 - A utilização de ECF observará, além das disposições constantes deste Regulamento, as estabelecidas em portaria da SRE”.

A Portaria nº 3.492/02 prevê:

“Art. 118 - A empresa desenvolvedora de programa aplicativo de uso fiscal deverá cadastrar-se junto à DICAT/SRE, mediante o preenchimento do formulário Requerimento para Cadastramento de Empresa Desenvolvedora de Programa Aplicativo Fiscal, modelo 06.07.74, individualizado por programa aplicativo e indicando o respectivo responsável técnico, acompanhado de:

(...)

IV - cópia-demonstração do programa aplicativo com possibilidade de ser instalada e de demonstrar o seu funcionamento, acompanhada das instruções para instalação e das senhas de acesso irrestrito a todas as telas, funções e comandos;

(...)

§ 2º - O cadastramento da empresa não implica homologação do programa aplicativo fiscal e não assegura a autorização de uso de ECF.

§ 3º - As empresas desenvolvedoras de programa aplicativo fiscal que já possuam programa autorizado para uso fiscal neste Estado deverão providenciar o cadastramento de que trata o caput, até 15 de

dezembro de 2002, sob pena de suspensão e cancelamento da autorização de uso do ECF, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

(...)

§ 5º - *Relativamente ao inciso IV, a DICAT/SRE produzirá códigos digitais de autenticidade de registro dos arquivos executáveis do programa aplicativo, por meio dos algoritmos MD-5 e RIPEMD-160, utilizando o programa Authenticator previsto no Protocolo ICMS 03/02 de 15 de março de 2002”.*

A Fiscalização constatou a utilização de ECF do tipo Impressora Fiscal (IF), interligado a microcomputador, cujo programa aplicativo não está cadastrado junto à DICAT/SRE, nos termos do art. 118 da Portaria nº 3.492/02, acarretando a penalidade prevista no art. 54, inciso XXVII, da Lei nº 6.763/75:

“Art. 54 – (...)

XXVII - por utilizar, desenvolver ou fornecer programa aplicativo fiscal para uso em ECF em desacordo com a legislação tributária ou que não atenda aos requisitos estabelecidos na legislação - 15.000 (quinze mil) UFEMGs por infração;”

Entretanto, a Impugnante insiste que deve prevalecer o benefício da dúvida em favor do contribuinte, com substrato no art. 112 do CTN.

Ocorre que as hipóteses relacionadas no art. 112 do CTN não se aplicam à infração descrita nos autos:

“Art. 112 - *A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação”.

Verifica-se que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária apontada nos autos, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração em comento.

Considerando-se, entretanto, a primariedade do contribuinte, entendeu-se justa a aplicação do permissivo, para reduzir a multa aplicada a 20% (vinte por cento) de seu valor.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada a 20% do seu valor. Participaram do julgamento, além dos

signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Sandra Mazzoni Ferreira de Carvalho.

Relatora: Lúcia Maria Bizzotto Randazzo

Acórdão: 17.208/05/3^a – (Publicado no “MG” de 24/11/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – PROGRAMA APLICATIVO FISCAL - USO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA – Constatou-se a utilização de programa aplicativo fiscal em ECF, em desacordo com a legislação tributária. Legítima a penalidade exigida, capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Acionado o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a multa isolada a 10% do seu valor. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de multa isolada, capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei 6763/75, face a utilização de “Emissor de Cupom Fiscal – ECF”, interligado a microcomputador, cujo programa aplicativo (Emitir.Bat) e a empresa desenvolvedora do mesmo (Leosoft Consultoria em Informática Ltda.), não se encontravam cadastrados junto à Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência da Receita Federal - DICAT/SRE, conforme determinam o art. 118 da Portaria n.º 3.492/02 e Parágrafo único do art. 16 do Anexo VI do RICMS/02.

Lavrado em 10/08/04 - AI exigindo a penalidade supra citada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por representante legal, Impugnação às fls. 09/13.

O Fisco se manifesta às fls. 21/26, refutando as alegações da Impugnante.

DECISÃO

Exige-se no vertente Auto de Infração MI capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei 6763/75, face a constatação pelo Fisco, em 30/07/04, da utilização pela Autuada do programa aplicativo fiscal – Emitir.Bat, no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF/IF, em desacordo com as disposições contidas no art. 16, Parte 1 do Anexo VI do RICMS/02, in verbis:

"Art. 16 – No caso de utilização de ECF-IF ou ECF-PDV, o programa aplicativo instalado no computador ou UAP que lhe envia comandos, deverá atender aos requisitos estabelecidos em portaria da SRE.

Parágrafo único – A empresa desenvolvedora do programa aplicativo a que se refere o caput deste artigo deverá cadastrar-se junto à DICAT/SRE, mediante os procedimentos previstos na portaria SRE, que também estabelecerá:

I – as hipóteses e situações em que o cadastramento será suspenso ou cancelado;

II – as atribuições, responsabilidades e procedimentos que devem ser observados pelas empresas desenvolvedoras de programa aplicativo fiscal;

III – as obrigações acessórias a que se sujeita a empresa desenvolvedora de programa aplicativo fiscal."

Em sua peça de defesa argumenta a Impugnante que utiliza-se de programa "exclusivo próprio", que por definição, é entendido como o programa que identificado pelo seu código de autenticidade (MD-5), seja utilizado por uma única empresa e por ela desenvolvido por meio de seus próprios funcionários ou de profissional autônomo contratado para esta finalidade. Assegura, ainda, que neste caso o cadastramento do programa aplicativo deve ser efetuado pelo próprio contribuinte usuário.

Entretanto, razão não lhe assiste, posto que conforme se extrai da própria Impugnação, do Contrato de Prestação de Serviços de fls. 16, e das orientações (a seguir transcritas) contidas no site da Secretaria de Estado da Fazenda – MG, acerca das modalidades de programa em relação à sua forma de desenvolvimento, que o programa aplicativo utilizado pela Autuada, desenvolvido pela empresa Leosoft Consultoria em Informática Ltda., enquadra-se no conceito de "exclusivo-terceirizado" e não de "exclusivo próprio".

"...O Programa Aplicativo Fiscal deve estar cadastrado na DICAT/SAIF, independentemente da forma de desenvolvimento e aquisição. Em relação à forma de desenvolvimento o programa é classificado em 3 (três) tipos:

Comercializável: Assim entendido o programa que identificado pelo seu Código de Autenticidade (MD-5) possa ser utilizado por mais de uma empresa. Neste caso o cadastramento do programa aplicativo deve ser efetuado pela empresa que o desenvolveu (empresa desenvolvedora de Programa Aplicativo Fiscal = Software House).

Exclusivo-Terceirizado: Assim entendido o programa que identificado pelo seu Código de Autenticidade (MD-5) seja utilizado por uma única empresa e desenvolvido por outra empresa desenvolvedora contratada para esta finalidade. Neste caso o cadastramento do programa aplicativo deve ser efetuado pela empresa que o desenvolveu (empresa desenvolvedora de Programa Aplicativo Fiscal = Software House).

Exclusivo-Próprio: Assim entendido o programa que identificado pelo seu Código de Autenticidade (MD-5) seja utilizado por uma única empresa e por ela desenvolvido por meio de seus próprios funcionários ou de profissional autônomo contratado para esta finalidade. Neste caso o cadastramento do programa aplicativo deve ser efetuado pelo próprio contribuinte usuário.”

Não procedem também as alegações da Impugnante de que toda a documentação exigida para homologação do software e autorização do ECF fora rigorosamente encaminhada à AF, visto que o “Atestado de Intervenção em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal n.º 008.587” (fls. 14) e “Pedido de Uso de ECF” (fls. 15), não fazem qualquer menção ao programa aplicativo “Emitir.Bat”.

Insta destacar que os artigos: 63, § 2º; 117; 118 e 124 da Portaria n.º 3.492 de 23/09/02, contrariamente ao entendimento da Impugnante, alicerçam o trabalho fiscal.

Legítima, portanto, a MI exigida capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei 6763/75, in verbis:

“Art. 54 – As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

....

*XXVII – **por utilizar, desenvolver ou fornecer programa aplicativo fiscal para uso em ECF em desacordo com a legislação tributária ou que não atenda aos requisitos estabelecidos na legislação – 15.000 (quinze mil) UFEMGs por infração;**” (gn)*

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/ MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Em seguida, também à unanimidade, acionou-se o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei 6763/75 para reduzir a multa isolada a 10% (dez por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 17.094/05/1ª – (Publicado no “MG” de 30/06/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL – FALTA DE EQUIPAMENTO AUTORIZADO. Constatada a falta de Emissor de Cupom Fiscal (ECF), devidamente autorizado, para acobertamento das operações realizadas pelo Contribuinte. Exigência de Multa Isolada, prevista

na alínea b, inciso X, artigo 54, Lei 6.763/75. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de multa isolada prevista no artigo 54, inciso X, alínea b, da Lei 6763/75, face à constatação de que a Autuada não possuía, para acobertamento de suas operações, equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, devidamente autorizado pela Repartição Fiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 07, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 13/14.

DECISÃO

Em diligência realizada no dia 04/10/2004, o Fisco constatou que o Contribuinte não possuía, em seu estabelecimento, para acobertamento de suas operações, Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF devidamente autorizado pela Repartição Fiscal competente, contrariando o disposto no art. 28, do Anexo V, do RICMS/02.

Face à constatação, o Fisco está a exigir a multa isolada prevista no art. 54, inciso X, “b” da Lei 6763/75, in verbis:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

X - por não possuir ou deixar de manter, no estabelecimento, para acobertamento das operações ou prestações que realizar:

(...)

b) ECF devidamente autorizado, quando obrigatório - 1.000 (mil) UFEMGs por período de apuração;

Em sua peça de defesa a Impugnante alega que, quando da visita fiscal, já estava providenciando a autorização para uso do equipamento ECF.

Como se vê, verifica-se que o ilícito encontra-se plenamente caracterizado, tendo sido reconhecido pelo próprio Contribuinte, ainda que com a ressalva da solução em andamento.

O Fisco, por sua vez, afirma, em sua manifestação, que tanto o protocolo do pedido quanto a autorização para uso do equipamento datam de 19/10/2004, portanto, após a visita fiscal.

Portanto, na data da diligência fiscal, o Contribuinte de fato não possuía ECF devidamente autorizado, caracterizando o descumprimento das normas legais, estampadas nos dispositivos a seguir reproduzidos:

RICMS/02:

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:

(...)

VIII - obter autorização para uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

Anexo V do RICMS/02:

Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos arts. 29, 34 e 34-A desta Parte e no Anexo VI:

Efeitos de 15/12/2002 a 02/07/2004- Redação original:

“Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos artigos 29 e 34 desta Parte e no Anexo VI:”

I - na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem, promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares; (...)

Anexo VI do RICMS/02:

Art. 9º- O ECF somente poderá ser utilizado após autorização expedida pelo Chefe da Administração Fazendária fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte interessado.

Registre-se que a intenção do agente ou as circunstâncias fáticas de cunho particular são irrelevantes na tipificação do ilícito fiscal. No caso das infrações objetivas, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração, referente aos dispositivos citados, é formal e objetiva e encontra-se perfeitamente caracterizada (Termo de Constatação – fls. 05), donde pertinente a cobrança da multa isolada acima transcrita.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora) que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Participou do julgamento, além dos signatários e da vencida, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Em diligência fiscal ao estabelecimento do contribuinte, realizada no dia 04.10.2004, constatou-se que o sujeito passivo não possuía, em seu estabelecimento, para acobertamento das operações que realizava, o Emissor de Cupom Fiscal – ECF devidamente autorizado.

Lavrou-se, então, o Auto de Infração ora sub judice, para cobrar a Multa Isolada do art. 54, X-b, da Lei 6763/75.

A Impugnante justificou que, na data da diligência fiscal

“já estava sendo encaminhado à Secretaria do Estado de Minas Gerais o processo de mudança de regime de recolhimento do ICMS de EPP para ME, em vista dos artigos 16 e 21 da Lei 6763/75 e anexo VI do RICMS/2002”.

Informa que esta solicitação foi atendida.

De fato, embora os estabelecimentos varejistas estejam obrigados ao uso do equipamento ECF, o Anexo V do RICMS, em seu art. 28, §1º, I, excepciona aqueles enquadrados no regime de Microempresa. Confira-se:

Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos arts. 29, 34 e 34-A desta Parte e no Anexo VI:

I - na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem, promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares;

(...)

§ 1º - Observada a faculdade prevista no artigo 31 desta Parte, o disposto neste artigo não se aplica:

I - ao estabelecimento que exercer as atividades compreendidas nos incisos I e II do caput deste artigo e estiver enquadrado na forma do Anexo X como microempresa e com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), exceto quando mantiver no recinto de atendimento ao público equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operação com mercadorias ou prestação de serviços ou a impressão de documento que se assemelhe ao Cupom Fiscal, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo.

Em sua Manifestação (fls. 13-14), o agente fazendário confirma a

alegação do contribuinte, ao informar que datam do dia 19.10.2004 o protocolo e a alteração do regime de recolhimento, a qual se efetivou com o deferimento do pedido.

Embora estes atos do contribuinte tenham sido posteriores à ação fiscal, foram anteriores à intimação do lançamento efetuado.

** Termo de constatação – 04.10.2004 (fl. 05)

** Deferimento de alteração do regime de recolhimento – 19.10.2004 (fls. 13-14)

** Intimação – 25.11.2004 (fl. 06)

Na área específica do direito tributário, as obrigações são ex lege ou heterônomas, como queria Kelsen. Nascem quando ocorrem no mundo fenomênico as situações previstas in abstrato, na norma legal.

Entretanto, as normas legais atuam no mundo fenomênico e não podem se distanciar das particularidades de uma situação concretamente posta.

No período da autuação, a empresa, embora ainda não estivesse formalmente sob o regime de microempresa, já detinha os requisitos necessários para tanto e procedeu ao requerimento de alteração antes da intimação do Auto de Infração contra si lavrado.

Semelhante autuação atenta contra o Princípio da moralidade administrativa e da lealdade para com o administrado.

“A rigor, a moralidade está implícita na legalidade. Ocorre que muitos interpretam a lei como expressão apenas formal. E assim, sustentam haver sido a lei observada, mesmo nos casos em que se respeitou apenas o sentido literal, gramatical, da norma, mas o seu verdadeiro alcance foi esquecido. A colocação da moralidade como princípio ao qual se submete a Administração Pública tem o mérito de afastar aquelas interpretações formalistas, desprovidas de valoração do conteúdo e dos fins da norma jurídica”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da moralidade no Direito Tributário, p. 17-37)

Desta atitude do Estado depende a reação do administrado/contribuinte. Leal aquele, leal também será este.

Aliomar Baleeiro, com a perspicácia que lhe era familiar, ensinava que:

“O sucesso de qualquer política financeira depende muito da atitude psicológica dos contribuintes, segundo sua consciência cívica e política, na mais pura acepção da palavra.

Os abusos dos legisladores e autoridades fiscais amortecem aquela consciência e levam o espírito do povo a tolerâncias com os sonegadores e hostilidades contra o Fisco, que só tem a ganhar com a adesão leal dos cidadãos”. (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., São Paulo: Forense)

A sobrevivência do Estado moderno depende da harmonia reinante em seu seio, da segurança e estabilidade das relações jurídicas, da confiança depositada nos órgãos do Governo, da lealdade no trato social e profissional.

Pelo exposto, voto pela improcedência do lançamento.

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 16.930/05/3^a – (Publicado no “MG” de 09/06/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – COMBUSTÍVEIS – SAÍDA DESACOBERTADA. Exigência da multa isolada prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75, uma vez que a empresa atuada, ao explorar, no mesmo endereço, as atividades de Hipermercado e de Posto Revendedor Varejista de Combustíveis, não apresentou à repartição fiscal de sua circunscrição a autorização da ANP para exercera referida atividade, o que resultou em bloqueio de sua inscrição estadual de Posto Revendedor e os combustíveis comercializados foram considerados desacobertos de documentação fiscal hábil, uma vez que emitidos cupons fiscais relativos à inscrição do estabelecimento hipermercadista. Inobservância do disposto no art. 97, §§ 6.º e 7.º, do RICMS/96/02, c/c art. 10.º, do Decreto 42.600/02. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a exigência da multa isolada prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75, uma vez que a empresa atuada, na qualidade de Posto Revendedor Varejista de Combustíveis, não apresentou à repartição fiscal de sua circunscrição a autorização da ANP para exercer a referida atividade, o que resultou em bloqueio de sua inscrição estadual e os combustíveis comercializados foram considerados desacobertos de documentação fiscal hábil.

Inconformada com a exigência fiscal, a Atuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 96/107, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 154/158.

DECISÃO

Para melhor compreensão da acusação fiscal, será abaixo transcrito o inteiro teor do relatório do Auto de Infração:

“O contribuinte “Carrefour Comércio e Indústria e Ltda.” está operando, também, com a atividade de Posto Revendedor de Combustível, sem possuir inscrição estadual válida para tal atividade. O contribuinte solicitou e obteve a inscrição estadual para seu posto revendedor; no entanto a mesma encontra-se bloqueada, uma vez que o contribuinte não apresentou à Administração Fazendária autorização da Agência Nacional de Petróleo para funcionamento. O Decreto 43080/2002, artigo 97, parágrafo 6.º, determina que a inscrição estadual concedida a contribuinte, que dependa da autorização de órgão competente para seu exercício, só é considerada

válida para início de atividade após a apresentação da autorização na AF a que o contribuinte estiver circunscrito.

Diante disso, estão sendo autuadas todas as vendas de combustível, realizadas a partir de 01/12/2002, por terem ocorrido sem emissão de documento fiscal hábil. O prazo final para que o estabelecimentos varejistas de combustível promovessem a escrituração e inscrição distintas para a atividade de comercialização de combustíveis foi até 30/11/2002, conforme Decreto 42600, artigo 10º.”

Em resumo: o Fisco está a exigir a multa isolada prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75, uma vez que a empresa autuada, na qualidade de Posto Revendedor Varejista de Combustíveis, não apresentou à Repartição Fiscal de sua circunscrição a autorização da ANP para exercer a referida atividade, o que resultou em bloqueio de sua inscrição estadual e os combustíveis comercializados foram considerados desacobertos de documentação fiscal hábil.

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;”

A exigência fiscal ora em análise encontra respaldo no art. 97, §§ 6.º e 7.º, do RICMS/96/02, c/c art. 10.º, do Decreto 42.600, de 24/05/2002.

“Art. 97 - As pessoas que realizam operações relativas à circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação são obrigadas a inscrever cada um de seus estabelecimentos no Cadastro de Contribuintes do ICMS ou no Cadastro de Produtor Rural, conforme o caso, ressalvadas as hipóteses de dispensa expressa na legislação do imposto.

(...)

§ 6º - A inscrição concedida a contribuinte cuja atividade depender de autorização de órgão competente para seu exercício, considerar-se-á válida para o início da atividade somente após a

apresentação da respectiva autorização na AF de sua circunscrição.

§ 7º - Os estabelecimentos de comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, assim entendidos os postos de álcool carburante, gasolina, diesel e demais derivados do refino do petróleo, que explorem no mesmo endereço outras atividades, tais como supermercado, hipermercado e comércio de peças automotivas, deverão promover a inscrição e a escrituração separadamente para cada atividade econômica.” (G.N.)

.....
“Art. 10 - Os contribuintes deverão promover as adaptações às normas do § 7º do artigo 97 do RICMS, na redação dada pelo artigo 2º deste Decreto, até 30 de novembro de 2002.” (G.N.)

Ressalte-se que a Autuada tem como atividade principal o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – Hipermercado.

Alega a Impugnante que o Fisco se equivocou ao capitular a penalidade a ela imposta no art. 55, II, “a”, da Lei 6763/75. Segundo ela, em momento algum promoveu saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, pois todo o combustível comercializado no período abrangido pela autuação foi acobertado por documentos fiscais regularmente emitidos pelos Emissores de Cupons Fiscais registrados na inscrição estadual do hipermercado (fl. 97).

A alegação da Impugnante somente reforça o feito fiscal. Nos termos do § 7.º, do art. 97, acima transcrito, a Autuada deveria possuir inscrição distinta e escriturar seus livros fiscais de forma separada, para cada uma de suas atividades, quais sejam, a de hipermercado e a de Posto Revendedor Varejista de Combustíveis, sendo que o prazo final para essa providência expirou-se em 30/11/2002.

Como bem salienta o Fisco, os documentos fiscais emitidos pelo Carrefour Comércio e Indústria Ltda. não são hábeis para acobertar as operações de vendas de combustíveis realizadas pela referida empresa, uma vez sua inscrição estadual – IE n.º 702.303430.0388 – é específica para o comércio varejista de mercadorias, com predominância de produtos alimentícios (Hipermercado). Uma vez que os documentos não são hábeis, tem-se a caracterização da saída desacobertada de documentação fiscal.

Portanto, ainda que tenham sido emitidos cupons fiscais para todas as saídas de combustíveis, a utilização da inscrição estadual do Hipermercado torna esses documentos imprestáveis para o acobertamento das operações, quando emitidos a partir de 01/12/2002.

O fato do ICMS incidente sobre a venda dos combustíveis ter sido integralmente recolhido no período objeto da autuação, não causando qualquer prejuízo ao erário e a afirmação de que a empresa não teria negligenciado no

tocante à adaptação determinada pela legislação, não têm o condão de ilidir o feito fiscal, pois, 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.

Quanto à alegação de que a penalidade aplicada não guarda qualquer critério de proporcionalidade e razoabilidade e de que teria efeitos confiscatórios, há que se esclarecer que a penalidade imposta ao contribuinte obedece ao princípio da reserva legal e, nos termos do art. 88, I, da CLTA/MG, não se incluem na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Elcio Reis. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Relator: José Eymard Costa

Acórdão: 17.160/05/1^a – (Publicado no “MG” de 28/07/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. A imputação de falta de inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais não se encontra suficientemente comprovada. Diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante, justifica-se o cancelamento da exigência fiscal. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se que a Autuada foi contratada pela Codevasf, para execução de obra por empreitada com fornecimento de materiais, no Distrito de Mocaminho, Município de Jaíba/MG, sem, no entanto, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Foi, então, lavrado Auto de Infração, para cobrar a MI do artigo 54, inciso I, da Lei 6763/75, em razão da infringência ao artigo 16, inciso I, da mesma lei.

Consta, do relatório desta peça, que “fica a Autuada intimada a providenciar a inscrição no prazo máximo de 30 dias”.

Acompanham o Auto os documentos de fls. 04 a 14.

Inconformada, a Autuada apresenta, regular e tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 15 a 17.

O Fisco rebate o argumento de defesa (Manifestação de fls. 32 a 34).

DECISÃO

No dia 25 de outubro de 2004, foram abordados, no Posto Fiscal Ariston Coelho/Montes Claros, os veículos placas GVI6936 e GNG3686, que transportavam tubos de alumínio acobertados pelas Notas Fiscais n.ºs. 023395 e 023396, emitidas, pela Autuada, em 22.10.2004.

Referidos documentos consignavam, como destinatária, a empresa Setal Eng. Const. e Perfurações S/A, com observação de entrega em Jaíba/MG, obra n.º 1084 – natureza da operação: outras saídas/CFOP 6949 – isenção de ICMS pelo art. 465, II e III, do DL 33.118/91.

Entenderam os agentes fiscais que mencionadas notas fiscais não correspondiam à real operação, por não terem as mercadorias sido carregadas no estabelecimento de São Bernardo do Campo/SP, e por consignarem, como destinatária, a empresa Setal Eng. Const. e Perfurações S/A, empresa inscrita em Minas Gerais, mas sem qualquer vinculação formal com a obra contratada pela Codevasf. Esta acusação deu origem ao PTA n. 02.000208461.22, julgado improcedente pela 1ª Câmara do CC/MG.

As autuações estão correlacionadas.

Como afirmara a empresa Impugnante, a PEM Engenharia S/A (matriz) foi contratada pela Codevasf para a execução de obra no distrito de Mocambinho, Município de Jaíba/MG, sendo que a mercadoria constante das Notas Fiscais n.ºs 023395 e 023396 destinavam-se à utilização na r. obra empreitada.

Explicara que a empresa PEM Engenharia S/A, mediante deliberação da AGE realizada em 14.07.95 (Gazeta Mercantil, 19.09.95), passou a deter a totalidade das ações ordinárias da Setal Eng. Contr. e Perfurações S/A, tornando-se sua controladora e constituindo o Grupo PEM SETAL.

Por esta razão, entende desnecessária qualquer inscrição estadual da Autuada para efetuar remessas à Setal, empresa do mesmo grupo empresarial, inscrita em Minas Gerais.

- cópia da Gazeta Mercantil de 19.09.1995 – alteração da administração da sociedade (fl. 28) – a empresa PEM Eng. passa a deter a totalidade das ações ordinárias classe A e a acionista ABB Lummus Global Inc. passa a deter a totalidade das ações ordinárias classe B.

Por seu turno, os fiscais autuantes ressaltam que as operações relativas à construção civil estão disciplinadas pelo Anexo IX, art. 174-188, do regulamento, e que o art. 178 exige a inscrição da empresa na repartição fazendária. E acrescenta que, não obstante a condição de participação em grupo empresarial, a inscrição é exigida para cada um dos estabelecimentos (art. 97).

Os fatos levam à imediata conclusão pela inexigibilidade da inscrição no Cadastro de Contribuintes de MG. Se não, veja-se:

- A empresa PEM Engenharia S/A foi contratada, pela Codevasf, para execução, por empreitada, de obra no distrito de Mocambinho, Município de Jaíba/MG – obra n.º 1084;

- No momento da fiscalização, a filial da empresa, com sede em São Bernardo do Campo/SP, estava encaminhando material para ser utilizado na obra.

As circunstâncias indicam que as obras contratadas serão executadas

pela Setal Eng. Const. e Perfurações S/A, empresa mineira devidamente inscrita no Cadastro de Contribuintes do Estado de MG, e cuja totalidade das ações ordinárias classe A foi adquirida pela empresa contratada para a execução da obra, PEM Engenharia S/A - observe-se que não foi provado, pelos agentes fazendários, que outro seria o caso.

A exigência de inscrição é para a efetiva execução de obras no Estado. Se não é a empresa paulista que as executará, despcienda sua inclusão no cadastro mineiro.

Anota-se que não existe qualquer norma legal que exija que um dado estabelecimento se inscreva no cadastro de contribuintes da unidade federada para a qual envia mercadorias, bens ou equipamentos.

Os fatos e documentos trazidos a julgamento não permitem a manutenção do feito fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 17.022/05/1ª – (Publicado no “MG” de 19/05/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – REINCIDÊNCIA – MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO. Exigência de majoração da Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, motivada por reincidências cometidas pela Autuada, formalizadas em vários processos, nos termos dos §§ 6º e 7º, art. 53, Lei 6763/75. Redução da exigência, considerando os pressupostos dos dispositivos citados. Infração, em parte, caracterizada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de majoração da Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, motivada por reincidências cometidas pela Autuada, formalizadas em vários processos, nos termos dos §§ 6º e 7º, art. 53, Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 38/44, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 53/54.

Em Sessão de Julgamento de 1º de setembro de 2004, a 1ª Câmara delibera pela conversão do julgamento em diligência para que o Fisco apontasse objetivamente quais as autuações que ensejaram a exigência em questão, além de deliberar por juntada de documentos por parte da Autuada (fls. 57).

O Fisco se manifesta às fls. 80, anexando documentos às fls. 81/82.
Intimada da juntada de documentos, a Autuada se manifesta às fls. 87/88.

O Fisco comparece aos autos novamente às fls. 91/92, anexando novos documentos às fls. 93/94.
Intimada da nova juntada, a Autuada não se manifesta.

DECISÃO

O caso em espécie cuida de exigência de majoração da Multa Isolada, capitulada no inciso II, artigo 55, Lei 6763/75, motivada por reincidências cometidas pela Autuada, formalizadas em vários processos, nos termos dos §§ 6º e 7º, art. 53, Lei 6763/75.

No caso em tela, não há discussão de mérito tendo em vista tratar-se simplesmente de lançamento motivado por reincidência relacionada à infração de descobertoamento fiscal de mercadoria, cuja penalidade pertinente encontra-se prevista no inciso II, art. 55, Lei 6763/75.

Os PTA sobre os quais se exige reincidência são os seguintes: 02.000205570-31, 02.000205553-90, 02.000205560-43, 02.000205556-24, 02.000205566-12, 02.000205544-82, 02.000205557-05, 02.000205563-88 e 02.000206199-08.

Excluindo-se os PTA 02.000205560-43 e 02.000205544-82, todos os outros tiveram decisão irrecorrível na esfera administrativa, confirmatórias do lançamento.

O primeiro imediatamente acima citado, embora não tenha sido julgado na esfera administrativa, seu respectivo crédito tributário já se encontra inscrito em dívida ativa.

O segundo foi quitado, extinguindo-se, dessa forma, o crédito tributário, nos termos da legislação de regência.

Portanto, verifica-se que todos os lançamentos sobre os quais se exige a majoração da respectiva multa (art. 55, II, Lei 6763/75), encontram-se com situação resolvida na esfera administrativa.

A legislação concernente à exigência está prescrita na Lei 6763/75:

Art. 53 -

...

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de 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. (Grifado)

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes. (Grifado)

A comprovação da reincidência encontra-se demonstrada às fls. 93/94 dos autos, considerando-se a previsão do parágrafo sexto acima transcrito, referente ao reconhecimento da infração em relação aos PTA 02.000129409-72 e 02.000201196-11, tendo em vista decisões condenatórias irrecorríveis na esfera administrativa.

Segundo a conjunção de entendimento dos dois dispositivos acima transcritos, verifica-se que todos os PTA, cuja majoração está sendo exigida, são resultado de prática, pela Autuada, de nova infração, após as decisões condenatórias irrecorríveis, que se deram em 29.11.99 e 07.01.02, respectivamente, pela ordem.

Não obstante, no ensejo de exigir a majoração da penalidade, equivocou-se o Fisco ao exigi-la no percentual de 100% (cem por cento), em relação ao PTA 02.000205544-82, primeira prática após as decisões mencionadas, tendo em vista a inteligência do § 7º acima, que determina agravamento em 50% (cinquenta por cento) na primeira constatação.

Dentro do mesmo entendimento, constata-se que o Fisco exigiu apenas 50% (cinquenta por cento) de agravamento em relação aos PTA 02.000205553-90 e 02.000206199-08, quando poderia ter exigido 100% (cem por cento).

Verifica-se, pois, de todo o acima exposto, que restou parcialmente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima, em parte, a exigência constante do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para reduzir majoração da Multa Isolada, referente ao PTA nº 02.000205544-82, ao percentual de 50% (cinquenta por cento). Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora), que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários e da vencida, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata o presente processo de cobrança de acréscimo ao valor das multas isoladas lançadas pelos Autos de Infração abaixo arrolados, em razão de reincidência, nos termos do artigo 53, §7º, da lei 6763/75.

Número do AI	Data da infração	Data do AI	Fls.	Percentual
02.000205570.31	julho/2002	14.05.2003	5-07	100
02.000205553.90	out./2002	14.05.2003	8-10	50
02.000205560.43	junho/2002	14.05.2003	11-13	100
02.000205556.24	agosto/2002	14.05.2003	4-16	100
02.000205566.12	set./2002	14.05.2003	7-19	100
02.000205544.82	abril/2002	13.05.2003	20-22	100
02.000205557.05	julho/2002	14.05.2003	23-25	100
02.000205563.88	agosto/2002	14.05.2003	26-28	100
02.000206199.08	agosto/2002	01.09.2003	29-31	50

** obs.: nos PTA onde se cobrou 50%, já se tinha cobrado 01 reincidência.

No momento da lavratura destas peças, não fora cobrada a majoração ou, quando o foi, tal ocorreu sob o percentual de 50%.

Passados vários meses, o fiscal buscou a informação sobre o cometimento anterior de infrações e, então, lançou novo crédito tributário.

Com efeito, o processo sub judice foi lavrado em 09.09.2003 e o contribuinte foi dele intimado em 05.12.2003.

O artigo 145 do CTN estabelece que:

“o lançamento, regularmente notificado o sujeito passivo, só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149”.

Este dispositivo consagra, pois, o princípio da inalterabilidade do lançamento, regularmente notificado ao sujeito passivo.

A revisibilidade do lançamento tributário é uma exceção a esta regra de imutabilidade e só será admitida nas restritas hipóteses arroladas, respeitados os limites objetivos do poder de revisão do ato de lançamento.

Alberto Xavier (Do lançamento – teoria geral do ato – do procedimento e do processo tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247) ensina que são três os fundamentos para a revisão: “(i) a fraude ou falta funcional da autoridade que o praticou; (ii) a omissão de ato ou formalidade essencial; (iii) a existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior”, ou seja, a fraude, o vício de forma do ato administrativo ou o erro.

Complementa o mestre:

“Significa isto que, se só pode haver revisão pela invocação de novos fatos e novos meios de prova referentes à matéria que foi objeto de lançamento anterior, essa revisão é proibida no que concerne a fatos completamente conhecidos e provados”.

“(…) no que concerne a fatos conhecidos e provados, a lei não prevê na enumeração taxativa dos fundamentos de revisão o erro de direito, quer o error iuris se insinue na interpretação da lei (erro na interpretação), quer na caracterização jurídica dos fatos (erro de direito quanto aos fatos), quer na subsunção dos fatos à norma aplicável (erro na aplicação)”.

A doutrina e a jurisprudência têm estabelecido distinção entre erro de fato e erro de direito. O erro de fato, em certas eventualidades, é passível de modificação espontânea pela Administração, mas não o erro de direito. Ou seja, o lançamento se torna imutável para a autoridade, exceto por erro de fato.

Juristas como Rubens Gomes de Souza (Estudos de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 1950, p. 229) e Gilberto Ulhôa Canto (Temas de Direito Tributário, Rio de Janeiro: Alba, 1964, vol I, p. 176 e ss) defenderam essa tese, que acabou vitoriosa nos tribunais superiores (TRF, súmula 227).

Segundo esta corrente, erro de fato resulta da inexatidão ou incorreção dos dados fáticos, situações, atos ou negócios que dão origem à obrigação. Erro de direito é concernente à incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato. Não pode a Administração alegar a ignorância da lei, nem ‘venire contra factum proprium’ e, após notificado o sujeito passivo do lançamento, onerá-lo com novo lançamento.

Assim se manifesta o ilustre jurista Gilberto Ulhôa Canto:

“Justamente em razão da mesma necessidade de se considerar que os atos administrativos têm caráter peculiar, é que avulta a circunstância de erro de direito não ensejar a anulação espontânea pela própria administração, porque esta, ao revés dos indivíduos, é governo, é poder, faz aplicação da lei, não pode ignorá-la ou pretender, a posteriori, ter dela feito errôneo uso. O mesmo não ocorre se há falta de fidelidade do indivíduo ao levar-lhe o seu contingente de fato”. (ob. cit., p. 178)

“Ao apreciar o erro como um dos motivos que justificam o desfazimento ou a revisão do lançamento, distingue a melhor doutrina, e já hoje, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as duas espécies em que o mesmo se pode revestir – erro de fato e erro de direito -, para só autorizar a revisão nos casos em que a autoridade lançadora tenha incorrido no primeiro (erro material de cálculo, por exemplo), mas não quando se trate de erro de direito”. (p. 47)

O Mestre Paulo de Barros Carvalho, na mesma linha, ensina:

“Há um critério que vem sendo amplamente observado, no que concerne aos limites da atividade modificadora dos atos de lançamento. A autoridade administrativa não está autorizada a majorar a pretensão tributária, com base em mudança de critério jurídico. Pode fazê-lo, sim, provando haver erro de fato. Mas como o direito se presume conhecido por todos, a Fazenda não poderá alegar desconhecê-lo, formulando uma exigência segundo determinado critério e, posteriormente, rever a orientação, para efeito de modificá-la”. (Curso de direito tributário, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 278)

Lembra Souto Maior Borges:

“Antecipando-se à vigência do CTN, Rubens Gomes de Souza ensinou que se o fisco, mesmo sem erro, tiver adotado uma conceituação jurídica e depois pretender substituí-la por outra, não mais poderá fazê-lo. E não o poderá porque, se fosse admissível que o fisco pudesse variar de critério em seu favor, para cobrar diferença de tributo, ou seja, se à Fazenda Pública fosse lícito variar de critério jurídico na valorização do fato gerador, por simples oportunidade, estar-se-ia convertendo a atividade do lançamento em discricionária, e não vinculada”. (Obrigação Tributária, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 322)

É fundamental que se preservem a estabilidade das relações jurídicas, a certeza e a segurança.

Neste diapasão, as mais recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, exemplificadas pelas ementas abaixo transcritas:

RESP n. 1999/0008804-2 - 2ª Turma - decisão unânime

Relator: Franciulli Netto

Publicação: DJU 22.03.2004 p.00263

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS “A” E “C” - TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - RECLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA - REVISÃO DO LANÇAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE ERRO QUANTO À IDENTIFICAÇÃO FÍSICA DA MERCADORIA - ART. 149 DO CTN.

A impetrante importou da França 2.200 Kg do produto TESAL e recolheu o imposto de importação após regular conferência da mercadoria pela autoridade fiscal.

Diante dessas circunstâncias, é de elementar inferência que não poderia o contribuinte, em momento posterior, ser notificado para novo recolhimento do imposto de importação, sob a alegação de que a classificação do produto deveria ser diversa, com incidência de alíquota maior.

O art. 149 do CTN autoriza a revisão do lançamento, dentre outras hipóteses, “quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória”, ou seja, quando há erro de direito. Se a autoridade fiscal teve acesso à mercadoria importada, examinando sua qualidade, quantidade, marca, modelo e outros atributos, ratificando os termos da declaração de importação preenchida pelo contribuinte, não lhe cabe ulterior impugnação do imposto pago por eventual equívoco na classificação do bem.

Divergência jurisprudencial não-configurada ante a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

Recurso especial improvido.

RESP 171119 / SP - dec. unânime - 2ª Turma

Relatora: Min. Eliana Calmon

Publicação: DJ 24.09.2001 p.00263

TRIBUTÁRIO - IMPORTAÇÃO - REVISÃO DE LANÇAMENTO POR ERRO DE DIREITO - SÚMULA 227/TFR.

1. Em havendo na declaração do contribuinte erro de direito não detectado pelo Fisco, que a aceita integralmente, a mudança de entendimento constitui-se em alteração de critério vedada pelo CTN.

2. Só a falsidade, o erro ou a omissão são capazes de provocar a revisão do lançamento com a conseqüente autuação do contribuinte.

3. Recurso especial improvido.

Idêntica decisão fora proferida no AGRESP 423093 / PR (dec. unânime - 1ª Turma - Relator: Min. Francisco Falcão - Publicação: DJ 21.10.2002 p.00290).

Não socorre ao Fisco o disposto no inciso VIII do art. 149 do CTN.

Este dispositivo contempla a hipótese de revisão de ofício se ocorre fato não conhecido ou não provado na ocasião do lançamento.

“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”.

A reincidência do contribuinte não pode, em absoluto, ser considerado fato novo – se o fosse, também não seria hábil a provocar, no caso, a majoração da multa.

A desatenção do Fisco, no momento da lavratura do Auto originário, não autoriza a interpretação de que a infringência anterior era fato não conhecido.

Interpretação diversa geraria insegurança jurídica e instabilidade na relação Fisco-contribuinte.

Ademais, no caso presente, o Fisco só demonstrou a caracterização de reincidência após diligência requerida pela Câmara. Em outras palavras, o Auto de Infração foi lavrado sem se fazer acompanhar da prova do fato gerador da majoração.

Pelo exposto, julgo improcedente o lançamento formalizado no Auto de Infração ora impugnado.

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 16.657/05/2^a – (Publicado no “MG” de 04/05/06)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS. Constatado que o Contribuinte deixou de entregar os arquivos eletrônicos, relativos aos meses 12/03, 03 e 04/04, 12/04 e 01 a 04/05, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias, conforme previsão dos artigos 10, §5º, 11 e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência de Multa Isolada, prevista no inciso XXXIV, artigo 54, da Lei 6763/75. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTREGA DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Constatado que o Contribuinte entregou em desacordo com a legislação, arquivos magnéticos contendo os registros eletrônicos relativos a emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais, referente aos meses 11/03, 01/04, 02/04 e 05 a 11/04. Exclusão da exigência, tendo em vista a inobservância, pelo Fisco, do disposto no artigo 13, Anexo VII do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de Multa Isolada, prevista no inciso XXXIV, artigo 54, Lei 6763/75, frente à constatação de que o Contribuinte deixou de entregar os arquivos eletrônicos, relativos ao período de 12/03, 03, 04 e 12/04 e 01 a 04/05, bem como entregou em desacordo com a legislação tributária os arquivos relativos ao período 11/03, 01, 02 e 05 a 11/04, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias, conforme previsão dos artigos 10, §5º, 11 e 39, todos do Anexo VII, do RICMS/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 40 a 44, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 58 a 60.

DECISÃO

O crédito tributário em apreço, decorre da constatação fiscal, de que o sujeito passivo deixou de entregar ou entregou de forma incompleta (faltando registros), os arquivos magnéticos, contendo registros eletrônicos relativos à emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais, referente ao período compreendido entre novembro de 2003 a abril de 2005. Exige o Fisco para cada período/mês 5.000 UFEMG's.

Correta se afigura a imposição da Multa Isolada na forma adotada pelo Fisco, relativamente ao período entre novembro de 2003 e abril de 2005, vez que tendo por base para aplicação da penalidade o artigo 54, XXXIV da Lei 6763/75, face a constatação de não entrega ou entrega em desacordo com a legislação.

Almpugnante nada questiona sobre as irregularidades acima apontadas, apenas contesta a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso XXXIV da Lei nº 6763/75, alegando a existência de hipótese de aplicabilidade de outra penalidade de valor inferior, prevista no inciso VII, do mesmo diploma legal.

Infere sobre o caráter de confiscatoriedade da multa exigida.

Argumenta que recolhe regularmente o ICMS, não agiu com dolo e o Órgão Julgador é competente para cancelar a multa isolada.

De plano deve-se ressaltar que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito pode advir do não pagamento do tributo ou do não cumprimento dos deveres instrumentais ou formais, como no caso. Em qualquer das hipóteses, verifica-se a não prestação de uma obrigação imposta por lei.

A intenção do agente é, portanto, irrelevante (art. 136 do CTN) para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo a infração objetiva, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

No caso, a obrigatoriedade de manutenção e entrega de arquivos eletrônicos está estampada no Anexo VII do RICMS/02:

*Art. 10 – Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo **manterão arquivo eletrônico** referente à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.*

(...)

*Art. 11 – A **entrega do arquivo eletrônico** de que trata o artigo anterior, observado o disposto no artigo 39 desta Parte, **será realizada, mensalmente**, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, **até o dia 15 (quinze) do mês subsequente** ao das operações e prestações.*

(...)

§ 2º - O recibo de entrega do arquivo será gerado após a transmissão da mídia.

(...)

Art. 39 – O contribuinte fornecerá ao Fisco, **quando exigido**, os documentos e o arquivo eletrônico de que trata este Anexo, **no prazo de 5 (cinco) dias úteis**, contado da data da exigência, sem prejuízo do cumprimento da obrigação prevista no artigo 11 da Parte 1 deste Anexo e do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meio eletrônico. (Grifado)

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração é formal e objetiva, encontrando-se caracterizada nos autos.

Nesse sentido, conclui-se que a infração foi cometida em cada período de apuração, não merecendo prevalecer o entendimento da Impugnante de que dever-se-ia exigir a penalidade prevista no artigo 54, inciso VII, da Lei nº 6763/75.

Como se percebe pela legislação transcrita e através da constatação fiscal, até o dia 15 do mês subsequente ao das operações ou prestações, o Contribuinte não havia cumprido sua obrigação, ou seja, entregue os arquivos eletrônicos, acarretando, dessa forma, a aplicação da penalidade prevista no inciso XXXIV, do artigo 54, da Lei 6763/75:

Art. 54 – As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXIV – por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais – 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração. (Com redação dada pelo art. 29 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/03)

Por fim, constata-se que a alegação de que a penalidade tem caráter confiscatório não procede, tendo em vista que esse aspecto guarda estreita ligação com tributo e não com multa, além de existir previsão expressa da lei para a cobrança tal como procedida.

Entretanto, com relação aos arquivos magnéticos entregues em desacordo (omissão dos registros 54, 60 D e 75) deve-se excluir as exigências a eles relativas, tendo em vista a inobservância, por parte do Fisco, do disposto no artigo 13 do Anexo VII do RICMS/02, in verbis:

“Art. 13 - Constatada a inobservância das especificações previstas no Manual de Orientação de que trata a Parte 2 deste Anexo, o arquivo eletrônico será devolvido ao contribuinte para substituição, acompanhado de Listagem Diagnóstico indicando as irregularidades encontradas”.

Dessa forma, de todo o exposto, verifica-se que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima, em parte, a exigência constante do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais relativas à omissão dos registros 54, 60 D e 75, tendo em vista a inobservância, por parte do Fisco, do artigo 13, do Anexo VII, do RICMS/02. Vencidos, em parte, os Conselheiros Cláudia Campos Lopes Lara e Mauro Rogério Martins (Revisor), que o julgavam procedente. Conforme artigo 139, da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º, artigo 137.

Relator: Windson Luiz da Silva

Voto proferido pelo Conselheiro Mauro Rogério Martins, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A decisão proferida julgou parcialmente procedente o lançamento, excluindo as exigências fiscais relativas à irregularidade por “entrega de arquivos eletrônicos em desacordo com a legislação, tendo em vista a omissão dos registros nºs 54, 60 D e 75. Fundamentando a referida exclusão, a decisão sustenta, que não teria o Fisco observado o disposto no artigo 13 do Anexo VII do RICMS/02.

É fato incontroverso nos autos, que o contribuinte ao proceder a entrega dos arquivos eletrônicos referentes aos períodos especificados, referentes à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias, o fez em desacordo com legislação tributária, uma vez que omitiu os registros citados, de apresentação obrigatória.

Dessa forma, entendemos inaplicável ao caso, o disposto no artigo 13 do Anexo VII do RICMS/02, uma vez que não se trata de inobservância das especificações contidas no Manual de Orientação de que trata a Parte 2 do Anexo VII, mas sim da não apresentação dos referidos registros.

Assim, não havia nenhuma inconsistência a ser apurada, e que necessitasse ser comunicada ao contribuinte.

Cabe destacar, que a omissão na entrega dos registros, já era de

plano conhecida pelo Autuado, sendo que ainda assim, nos Recibos de Entrega dos arquivos transmitidos, gerados pelo próprio sistema, necessariamente consta a omissão dos registros apontados.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Conselheiro: Mauro Rogério Martins

Acórdão: 17.002/05/3^a – (Publicado no “MG” de 15/09/05)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – BASE DE CÁLCULO - NOTA FISCAL CONSIGNANDO VALOR INFERIOR AO DA OPERAÇÃO REALIZADA. Imputação fiscal de recebimento de mercadoria acobertada por documento fiscal no qual estava consignada importância diversa do efetivo valor da operação. Exigência de Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VIII da Lei n.º 6.763/75. No entanto, evidencia-se a inadequação do tipo descrito na citada norma à conduta da Impugnante (Autuada), conforme a narrativa contida no Auto de Infração, justificando-se assim, o cancelamento da exigência fiscal. Lançamento improcedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação fiscal consubstanciada no Auto de Infração de fls. 02/04 versa sobre a exigência de Multa Isolada, capitulada no artigo 55, inciso VIII da Lei n.º 6.763/75 em face da imputação fiscal de consignação em nota fiscal de valor inferior ao real da operação.

A fiscalização aconteceu em 27 de julho de 2004, e a imputação fiscal, segundo narrativa do Auto de Infração, decorre do fato de ter havido a importação de um helicóptero marca Eurocopter pela empresa BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda., estabelecida no município de São Paulo - SP, e a concomitante remessa do referido aparelho para a empresa Helibras, estabelecida em Itajubá/MG. A nota fiscal de entrada n.º 3281, emitida em 27 de julho de 2004, pela empresa importadora, com base na Declaração de Importação n.º 04/0413040-7, de 30 de abril de 2004, retrata o valor de R\$ 52.658.211,66, enquanto a Nota Fiscal n.º 3282, emitida na mesma data, que envia o equipamento para a empresa mineira consigna o valor de R\$ 36.870.114,66.

Exige-se Multa Isolada capitulada no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 24/48, aos argumentos seguintes:

- em fiscalização de rotina, acabou injustamente autuada, sob a alegação de ter sido a responsável pela consignação em nota fiscal de trânsito de um helicóptero, de valor supostamente incorreto desta máquina;

- concluíram os fiscais autuantes que deveria ser penalizada pelo fato de que o valor do mencionado helicóptero estaria em desacordo com o valor do mesmo lançado pela empresa BHS na nota fiscal de remessa do aparelho, para reparos, sob número 3282, emitida na mesma data;

- a narrativa consignada no Auto de Infração não se coaduna com a realidade dos fatos e nem com a situação jurídica do helicóptero;

- o Auto de Infração padece de nulidade, haja vista que toda a capitulação legal apontada pelos dignos fiscais autuantes para respaldar o lançamento parte do pressuposto de que a simples remessa do helicóptero pela BHS para as instalações da Impugnante deveria ser considerada fato gerador do ICMS, o que não ocorre, de forma alguma, bem como também parte do pressuposto de que a Impugnante seria responsável pela emissão do documento fiscal considerado incorreto, o que não é verdade;

- não existe responsabilidade passiva da Impugnante, nem solidária, nem subsidiária, pela suposta infração cometida por outra empresa, a BHS, que foi a emitente da nota fiscal de simples remessa, não podendo assim ser mantido o Auto de Infração por nulidade absoluta;

- a capitulação legal incorreta ou inexistente não pode servir de base jurídica para fundamentar auto de infração;

- todos os dispositivos do Regulamento Mineiro do ICMS apontados pelos fiscais que subscrevem o Auto de Infração como violados se referem à transferência de titularidade da mercadoria, ou seja, partindo do pressuposto de que o helicóptero houvesse sido adquirido pela Impugnante, o que nunca ocorreu;

- deve, portanto, ser anulado o Auto de Infração pela falta de capitulação legal válida e precisa dos ilícitos tributários atribuídos ao contribuinte fiscalizado bem como no que concerne à suposta responsabilidade de terceiro pelo ilícito tributário apontado;

- mesmo que se admita o descumprimento de obrigação acessória, por parte do emitente da nota fiscal de simples remessa (BHS), sem ingerência da Impugnante (Helibrás), a penalidade jamais poderia ser o recolhimento de tributo, pois se trata de operação cuja incidência do imposto estadual é suspensa;

- se algum equívoco houve na especificação do valor do bem, a responsabilidade somente pode ser atribuída ao preposto do emitente de tal documento;

- conforme se apurou, o erro se explica em razão de se tratar de valor expresso em moeda estrangeira (Euros), assim sendo, o desavisado preposto da BHS, inadvertidamente, consignou na nota de remessa do equipamento o valor em Euros, como se fosse o mesmo em moeda nacional (reais);

- não houve prejuízo algum ao erário mineiro;

- o artigo 56 da Lei n.º 6.763/75, que prevê responsabilidade solidária pelo pagamento de impostos e multas, impõe uma condição inafastável, a de que

o responsável tenha concorrido para a falta de pagamento do imposto ou para a prática da infração, através de ato ou omissão própria, o que não ocorre no presente caso;

- foi cominada à Impugnante, sem nenhuma razão, pena relativa à Multa Isolada, disposta no artigo 55, VII, da Lei n.º 6.763/75, que pune a consignação em documento fiscal de importância diversa do real valor da operação;

- a finalidade da obrigação acessória é garantir o pagamento do principal, ou seja, do imposto devido e, como no presente caso, inexistente imposto a ser pago, a imposição de penalidade revela-se abusiva;

- cominada a pena estabelecida pela fiscalização, fixada em valor totalmente desproporcional à infração (descumprimento de obrigação acessória), estará o patrimônio da Impugnante sendo exageradamente ameaçado, patrimônio este que, em última análise, também pertence ao povo mineiro, dada a importante participação acionária do Estado de Minas Gerais na referida empresa;

- o descumprimento da obrigação acessória não causou embaraço à fiscalização;

- invoca a faculdade do Conselho de Contribuintes de cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do artigo 53, § 3º, da Lei n.º 6.763/75;

- em caso de manutenção do crédito tributário constante do Auto de Infração, objeto deste processo, pleiteia seja expurgada a correção monetária calculada com base na variação da taxa SELIC, dada a sua inconstitucionalidade.

Ao final pede o cancelamento do Auto de Infração.

A Coobrigada também comparece aos autos às fls. 184/201 e apresenta as considerações seguintes:

- tece extenso comentário sobre a natureza da operação de arrendamento internacional do helicóptero, da não tributação da operação de importação e da ausência de transferência de propriedade do equipamento;

- existe manifesta nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que toda a capitulação legal ali apontada, com o fim de respaldar o lançamento lavrado contra a Impugnante, parte do pressuposto de que a simples remessa do helicóptero deveria ser considerado fato gerador do ICMS, o que não ocorre;

- a capitulação legal incorreta ou inexistente não poder servir de base jurídica para fundamentar Auto de Infração;

- todos os artigos do Regulamento Mineiro do ICMS apontados como violados pela empresa fiscalizada não se referem à situação jurídica apta à tributação do ICMS, que seria a transferência de titularidade do helicóptero, o que, no caso, não aconteceu;

- é absurda a capitulação do presente Auto de Infração, que considera tal singela operação de remessa como fato impositivo do tributo, como se se tratasse de uma operação sujeita a tributação, portanto, essa operação de deslocamento físico do bem em análise, jamais poderia ter sido entendida como ato de comércio a configurar o fato gerador do ICMS;

- o “erro” do preposto da Impugnante, que lançou valor “diferente” na nota de simples remessa da aeronave, para as dependências da Helibrás, e que levou os fiscais autuantes a indevidamente concluírem como prática infratora da legislação tributária mineira, explica-se em razão de se tratar de valor expresso em moeda estrangeira (Euros);

- inadvertidamente, a Impugnante consignou na nota de remessa do equipamento o valor em moeda estrangeira, como se fosse o mesmo em moeda nacional (Reais);

- o valor lançado no documento não estava incorreto, mas apenas não foi convertido da moeda estrangeira para a moeda nacional;

- dada a natureza não-tributável da operação, inexistiu prejuízo ao Erário mineiro;

- tratando-se de uma simples operação de remessa de um equipamento para montagem em estabelecimento de terceiro, cumpriu com as obrigações atinentes aos artigos constante do Auto de Infração, pois emitiu a nota fiscal de simples remessa, registrou e escriturou a operação;

- inexistiu qualquer auferimento de vantagem com a não conversão de valores, bem como inexistiu prejuízo ao Erário mineiro, portanto, o erro foi inconseqüente, tanto para o contribuinte como para o Fisco;

- invoca a desproporcionalidade e o caráter confiscatório da multa aplicada;

- mesmo que o ato se enquadrasse, em tese, como descumprimento ou cumprimento equivocado de dever instrumental tributário, não haveria sentido em cobrar ao infrator montante relativo à obrigação principal, no caso a obrigação de pagar ICMS;

- invoca a faculdade do Conselho de Contribuintes de cancelamento ou redução de multa, nos termos do artigo 53, § 3º, da Lei n.º 6.763/75;

- em caso de manutenção do Auto de Infração, pleiteia a expurgo da taxa SELIC na correção monetária, pela sua inconstitucionalidade, bem como a exclusão dos juros computados sobre a multa moratória, dada a falta de amparo em lei.

Por fim requer a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 220/233, contrariamente ao alegado pela Defesa aos fundamentos que se seguem:

- ambas as Impugnantes guerreiam, exaustivamente, a cobrança de ICMS no referido Auto de Infração, aduzindo tratar-se de operação não tributável;

- tal alegação é totalmente despropositada, porquanto, a penalidade apontada no Auto de Infração é Multa Isolada, prevista no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, conforme se infere à fl. 3 e do demonstrativo do crédito tributário constante da parte final do relatório do Auto de Infração;

- não há imputação, em momento algum, de cobrança de ICMS, devendo, desta forma, serem desconsideradas todas e quaisquer alegações nesse sentido;

- o Auto de Infração versa única e exclusivamente sobre cobrança de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória;

- a Impugnante Helibrás aduz não poder ser responsabilizada pela imputação de consignação em nota fiscal de valor inferior ao devido, haja vista que a responsabilidade pela emissão da nota fiscal cabe única e exclusivamente ao preposto da Coobrigada BHS;

- tal afirmativa é fruto de grave equívoco da Impugnante Helibrás, haja vista que cita, inadvertidamente, como elemento de defesa, a imputação no Auto de Infração, do inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, que trata da consignação de importância diversa no documento fiscal, quando a real e efetiva imputação constante do Auto de Infração, é o inciso VIII do artigo 55 desta mesma Lei, que trata de hipótese diversa;

- a nota fiscal objeto do Auto de Infração foi emitida em 27 de julho de 2004 (fl. 8), data em que o helicóptero transitou para o estabelecimento da Impugnante Helibrás, tendo a nota fiscal sido registrada no Livro Registro de Entradas em 02 de agosto de 2004 (fl. 101);

- o Auto de Infração foi lavrado em 12 de agosto de 2004, portanto, em data posterior ao registro da nota fiscal, e o Aviso de Recebimento - AR cientificando a Impugnante Helibrás do Auto de Infração (fl. 23) data de 25 de agosto de 2004;

- como visto, a Impugnante Helibrás registrou o documento em seus livros fiscais, portanto, recebeu as mercadorias acobertadas por documento fiscal que consignava valor inferior ao real valor e, tendo a faculdade de voluntariamente corrigir as sobreditas infrações, ficou inerte, mesmo depois de transcorridos 23 dias entre o registro do documento em sua escrituração e o recebimento do Auto de Infração;

- desta forma, a Impugnante, efetivamente recebeu o helicóptero acobertado por documento que consignava importância menor do que o real valor da operação, restando plenamente tipificada sua conduta como infratora da legislação tributária, não havendo falar-se em punição por emissão de documento fiscal incorreto, mas antes pelo efetivo tipo tributário apontado no Auto de Infração: receber bens acobertados por documento fiscal que consigna valor diverso do efetivo valor da operação;

- a sujeição passiva da Coobrigada BHS está correta pois a Impugnante Helibrás recebeu os bens acobertados por nota fiscal de emissão daquela;

- de acordo com o artigo 136 do Código Tributário Nacional e artigo 207 da Lei n.º 6.763/75, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável, constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância de norma estabelecida por lei;

- havendo constatação de prática de ato contrário à legislação tributária impõe-se o poder-dever de agir, dado que o lançamento é vinculado e obrigatório, inexistindo poder discricionário dos fiscais autuantes;

- a legislação tributária, em momento algum, vincula a imposição de multa isolada à existência de prejuízo ao Erário mineiro ou efetivo benefício ao infrator, bastando a existência da infração;

- cita trecho de decisão do TJMG, na AP n.º 000.292.269-8/00, que ilustra o posicionamento do Judiciário sobre o tema;

- a Impugnante Helibrás bem como a Coobrigada BHS deixam claro a incontrovérsia sobre a divergência do valor estampado no documento fiscal, objeto do presente processo, em relação ao efetivo valor da operação, posto que afirmam que o erro se explica em razão de se tratar de valor expresso em moeda estrangeira (Euros) e que o preposto da BHS, inadvertidamente, consignou na nota de remessa do equipamento o valor em Euros, como se fosse o mesmo em moeda nacional (reais);

- os fatos apresentados acima, aliados à nota fiscal acostada aos autos (fl. 08), à Declaração de Importação (fl. 12), à cópia do Livro de Registro de Entradas (fl. 101), torna incontroversa a divergência do real valor do bem com o consignado no documento fiscal;

- o questionamento da taxa SELIC é matéria que foge à esfera administrativa, no entanto cita Acórdãos que ilustram o posicionamento judicial favorável ao emprego da taxa SELIC;

- a valoração do quantum de imposição de penalidade é matéria não afeta à esfera dos fiscais autuantes, cabendo ao Conselho, segundo seu prudente arbítrio, analisar a hipótese de incidência do artigo 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75.

Assim sendo, pede a improcedência das Impugnações apresentadas.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se Multa Isolada, capitulada no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, em face da imputação fiscal de recebimento de mercadoria (um helicóptero marca Eurocopter), acobertada por documento fiscal no qual estava consignada importância diversa do efetivo valor da operação.

Da Preliminar

Inicialmente cumpre analisar a arguição das Impugnantes de nulidade do Auto de Infração.

Tal alegação está fundada no fato de que, segundo as Impugnantes, a capitulação legal apontada pelos Autuantes para respaldar o lançamento parte do pressuposto de que a simples remessa do helicóptero pela BHS - Brazilian Helicopter Services Táxi Aéreo Ltda. para as instalações da Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás deveria ser considerada fato gerador do ICMS, o que, em seu entendimento, não ocorreria.

Quanto a este ponto é interessante afirmar que não há no Auto de Infração qualquer indício de que a Fiscalização tenha considerado a operação realizada como fato gerador do ICMS, até mesmo porque não houve cobrança do referido imposto.

Alega ainda a Helicópteros do Brasil S/A – Helibrás que a Fiscalização teria considerado ser ela a responsável pela emissão do documento fiscal considerado

incorreto. Também esta arguição não pode ser acatada. Ocorre nesta afirmação um equívoco por parte da Defendente. Isto porque a Impugnante (Helibrás) considera a Multa Isolada como capitulada em dispositivo legal diverso daquele constante do Auto de Infração, tecendo suas afirmativas de defesa sobre o mesmo. Deixamos aqui de fazer maiores considerações sobre o tema que será tratado posteriormente nesta decisão. No entanto, mesmo neste momento, é importante deixar claro que dita prefacial não pode ser acolhida face a divergência entre os argumentos da Defendente e a realidade expressa no presente Processo Tributário Administrativo.

Também a questão levantada pela Impugnante - Helicópteros do Brasil S/A, quanto a sua responsabilidade passiva será apreciada como questão de mérito. Cumpre afirmar entretanto que o cerne da discussão proposta pela Defendente quanto a inexistência de responsabilidade quer solidária, ou subsidiária pela infração que considera cometida por outra empresa, a BHS – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda., está diretamente ligado a capitulação legal que a mesma acreditava ter sido dada à multa.

Cabe ainda verificar que a Helicópteros do Brasil S/A tece vários comentários sobre a nulidade do Auto de Infração face a capitulação legal incorreta ou inexistente. No entanto, também sob este prisma não encontra guarida a alegação da Impugnante pois suas assertivas são fundadas na Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, enquanto que a penalidade arrolada no Auto de Infração é a do inciso VIII.

Neste diapasão, preliminarmente cumpre observar que as alegações das peças Impugnatórias relativas à nulidade do Auto de Infração não merecem prosperar tendo em vista que esta peça fiscal elencou os dispositivos legais tidos como infringidos pela Fiscalização.

Destaque-se que o Auto de Infração não está a exigir qualquer tipo de recolhimento de ICMS em razão da operação realizada, nem tampouco afirma que a mesma estava sujeita à incidência deste imposto, apenas aplica a penalidade isolada em razão de considerar a Fiscalização a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória prevista na legislação tributária estadual.

No que tange a possível aplicação errônea da penalidade está será analisada na fase de mérito, posto que à fl. 03 dos autos verificamos que o dispositivo legal citado, para fins de capitulação legal da Multa Isolada, foi o inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 e não o inciso VII deste mesmo artigo, fato este que por si só já encerra a discussão preliminar posta pela Impugnante.

Pelas razões expostas entendemos que não merecem acolhida as prefaciais levantadas pelas Impugnantes pelo que as rejeitamos considerando válido o Auto de Infração como peça formalizadora da exigência fiscal em tela e passamos ao exame do mérito.

Do Mérito

Antes de adentrarmos ao estudo do mérito da exigência fiscal cabe recapitular como se deu a autuação fiscal.

Assim temos que autuação fiscal relatada no Auto de Infração de fls.

02/04 que consubstancia o lançamento sob análise, versa sobre a exigência de Multa Isolada, capitulada no artigo 55, inciso VIII da Lei n.º 6.763/75 em face da imputação fiscal de consignação em nota fiscal de valor inferior ao real da operação.

Em procedimento de fiscalização ocorrido em 27 de julho de 2004, a Fiscalização afirma que houve uma importação de um helicóptero marca Eurocopter pela empresa BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda., estabelecida no município de São Paulo - SP, e a concomitante remessa do referido aparelho para a empresa Helicópteros do Brasil S/A - Helibras, estabelecida em Itajubá/MG. Ainda segundo a Fiscalização a nota fiscal de entrada n.º 3281, emitida em 27 de julho de 2004, pela empresa importadora, com base na Declaração de Importação n.º 04/0413040-7, de 30 de abril de 2004, retrata o valor de R\$ 52.658.211,66, enquanto a Nota Fiscal n.º 3282, emitida na mesma data, para enviar o equipamento para a empresa mineira consigna o valor de R\$ 15.788.097,00.

Com base nestes fatos acreditou a Fiscalização materializada “a ocorrência de consignação em nota fiscal de valor inferior ao real da operação.” (a expressão entre aspas foi retirada do relatório do Auto de Infração sob exame)

Foi então lavrado o presente Auto de Infração para a exigência da Multa Isolada capitulada no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

O principal ponto tratado na defesa e que reflete perfeitamente o inconformismo da Impugnante (Autuada) é o fato de que a narrativa consignada no Auto de Infração não se coaduna com a realidade dos fatos e nem com a situação jurídica do helicóptero.

Embora a Impugnante, Helicópteros do Brasil S/A, tenha tratado da penalidade capitulada no inciso VII do artigo 55 e não daquela descrita no Auto de Infração, qual seja, a Multa Isolada capitulada no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, a verificação de adequação da conduta tida como delituosa à norma sancionatória à qual a Fiscalização acredita estar sujeita a Defendente deve ser cuidadosamente analisada.

Neste ponto é importante repetirmos e frisarmos que efetivamente no relatório do Auto de Infração consta já em sua terceira linha (fl. 02) que a Fiscalização teria constatado “a ocorrência de consignação em nota fiscal de valor inferior ao real da operação.”

No entanto, a Multa Isolada cobrada, única exigência do presente lançamento, é por recebimento de mercadoria acobertada por documento fiscal que consigne importância diversa do efetivo valor da operação.

Há nesta questão uma contradição que pode inclusive explicar a confusão da Defesa ao discutir a Multa Isolada aplicada. Tal contradição não invalidaria a peça fiscal inicialmente falando, como já explicitado ao tratarmos da preliminar, uma vez que no campo “Infringência/Penalidade” consta expressamente a capitulação legal da Multa Isolada aplicada.

Assim, torna-se de suma importância para o deslinde da questão a verificação do exato tipo descrito na norma sancionatória elencada no Auto de Infração (fl. 03) bem como o exame da perfeita correlação deste à conduta da Impugnante/Atuada. Para tanto cabe a transcrição do inúmeras vezes citado inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, in verbis:

“Art. 55- As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
VIII - por utilizar serviço ou receber mercadoria acobertados por documento fiscal que consigne importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente entrada - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;
.....”

Temos nestes autos a seguinte situação:

- a autuação ocorreu em 27 de julho de 2004;
- a autuação está fundada na Nota Fiscal n.º 3282, na qual constam como datas de emissão e saída o dia 27 de julho de 2004;
- o transporte, ainda segundo informações constantes do corpo da Nota Fiscal n.º 3282 se dava por conta da emitente BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda.;
- consta como Autuada no Auto de Infração sob análise a empresa destinatária da mercadoria Helicópteros do Brasil S/A – Helibrás;
- embora a multa exigida esteja lastreada no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 do relatório do Auto de Infração consta a acusação de consignação em nota fiscal de valor inferior ao real da operação.

Embora ambas as Impugnantes tratem em suas peças de defesa sobre a impropriedade de cobrança de ICMS no referido Auto de Infração, aduzindo tratar-se de operação não tributável, efetivamente não há cobrança do imposto.

Assim não nos ateremos na análise de tal alegação, porquanto, no Auto de Infração está sendo exigida a Multa Isolada, prevista no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, conforme se infere à fl. 03 e do demonstrativo do crédito tributário constante da parte final do relatório do Auto de Infração, não havendo imputação, em momento algum, de cobrança de ICMS.

A Impugnante Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás aduz não poder ser responsabilizada pela imputação de consignação em nota fiscal de valor inferior ao devido, haja vista que a responsabilidade pela emissão da nota fiscal caberia única e exclusivamente ao preposto da Coobrigada BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda.

Concordamos integralmente com esta assertiva uma vez que a própria Nota Fiscal objeto da autuação dá notícia de que o transporte seria de responsabilidade da BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda. Apesar do Conhecimento de Transporte de fl.07 ter uma menção a que o frete ainda seria pago, entendemos que esta referência diz respeito ao momento de pagamento do serviço de transporte, ou seja, ele ainda não teria sido pago, e não à pessoa responsável pelo pagamento.

No entanto, embora o texto do Auto de Infração fale na consignação em documento fiscal de valor inferior ao real da operação, a multa exigida é por receber mercadoria com documento fiscal que consigne importância diversa do real valor da operação.

Cabe então verificarmos se é possível a manutenção do feito fiscal para exigência de tal penalidade.

Devemos frisar, como já inclusive abordado na apreciação da preliminar, a ocorrência de um equívoco por parte da Impugnante Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás, haja vista que cita como elemento de defesa, a imputação no Auto de Infração, do inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, que trata da consignação de importância diversa no documento fiscal, quando a real e efetiva imputação constante do Auto de Infração, é o inciso VIII do artigo 55 desta mesma Lei, que trata de hipótese diversa.

Como já dito e repita-se pela importância, a nota fiscal objeto do Auto de Infração foi emitida em 27 de julho de 2004 (fl. 08). Não há nos autos provas de que tenha sido nesta data que o helicóptero entrou no estabelecimento da Impugnante Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás. Nos presentes autos temos que a referida Nota Fiscal foi registrada no Livro Registro de Entradas da citada empresa em 02 de agosto de 2004 (fl. 101).

Apesar do Auto de Infração ter sido lavrado em 12 de agosto de 2004, data posterior ao registro da Nota Fiscal, temos que no corpo desta peça fiscal consta como dia da constatação 27 de julho de 2004. Não há também notícias no Auto de Infração, peça formalizadora da exigência fiscal, de que tenha sido procedida uma fiscalização na empresa, após a data citada no Livro Registro de Entradas.

Não há como se negar a afirmativa da Fiscalização de que a Impugnante Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás registrou o documento em seus livros fiscais. Porém, a prova dos autos é de que tal registro se deu em 02 de agosto de 2004. Portanto, a prova dos autos é de que o recebimento foi nesta data, uma vez que a escrituração não foi contestada como imprópria. Pergunta-se assim, ainda que desconsiderássemos a incongruência existente entre a redação do relatório do Auto de Infração e a penalidade exigida o que entendemos não ser possível ao julgador, como poderia ser exigida uma multa por receber mercadoria acobertada por documento fiscal que consignava valor inferior ao real em 27 de julho de 2004 se o recebimento ainda não tinha se efetivado?

Nesta linha, importante citar que o Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM, constante nos autos à fl. 06, tem como data de referência e data de vencimento, 27 de julho de 2004.

A Fiscalização afirma ainda que a Helicópteros do Brasil S/A - Helibrás, teria tido a faculdade de voluntariamente corrigir as infrações, quedando-se inerte, mesmo depois de transcorridos 23 dias entre o registro do documento em sua escrituração e o recebimento do Aviso de Recebimento - AR, contendo o Auto de Infração.

A nota fiscal questionada não foi emitida pela Helicópteros do Brasil S/A – Helibrás e sim pela BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda. Desta

forma, não poderia a Helicópteros do Brasil S/A “corrigir” a pretensa falha em um documento que não é de sua lavra.

Pelo exposto, não podemos afirmar que a Impugnante efetivamente recebeu o helicóptero em 27 de julho de 2004, acobertado por documento que consignava importância menor do que o real valor da operação, restando impossível a manutenção da exigência da Multa Isolada capitulada.

Esta conclusão é fundada na premissa de que a definição de uma infração é a descrição, na norma, da conduta que uma vez ocorrida, enseja a aplicação da penalidade.

Lembramos que esta regra encontra-se tão claramente estampada em nossa legislação que o Código Tributário Nacional ordena que qualquer dúvida que se possa ter na interpretação da hipótese de incidência da norma punitiva deve ser resolvida a favor do contribuinte, ou atuado.

Entendemos necessário para aplicação de penalidade a constatação plena e inequívoca do fato, que deve ainda se adequar perfeitamente à norma sancionatória.

Neste sentido o Mestre Hugo de Brito Machado, em seu trabalho “Teoria das Sanções Administrativas” publicado no livro “Sanções Administrativas Tributárias”, assim se manifesta:

“O direito de punir, próprio do Estado, é que justifica a imposição de sanções tributárias, do mesmo modo que justifica a imposição de sanções penais. Admitindo-se que o direito de impor sanções administrativas encarta-se no campo do direito de punir, inerente ao Estado, tem-se de admitir que o exercício desse direito submete-se aos mesmos princípios a que se submete o direito de punir no âmbito do Direito Penal. O fundamento é um só, de um ou e do outro. Logo, os princípios devem ser os mesmos, a reger tanto o Direito Penal como o denominado Direito Administrativo Sancionador.”

Perece assim a discussão sobre a propriedade da sujeição passiva da Coobrigada BHZ – Brazilian Helicopter Services Taxi Aéreo Ltda..

Afirma ainda a Fiscalização que de acordo com o artigo 136 do Código Tributário Nacional e artigo 207 da Lei n.º 6.763/75, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável, constituindo infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância de norma estabelecida por lei.

Não podemos discordar de tal assertiva até mesmo porque ela reflete exatamente o ditame legal apregoado. No entanto, entendemos cabíveis aqui os ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado em seu trabalho já citado anteriormente, in verbis:

“4.4.3.2 Irrelevância do elemento subjetivo ou impessoalidade

O art. 136 do Código Tributário Nacional estabelece que salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Pode parecer que essa norma adota o princípio da responsabilidade objetiva, mas na verdade isto não acontece. Aliás,

seria um verdadeiro absurdo admitir-se a responsabilidade inteiramente objetiva no campo das relações tributárias, negando-se qualquer relevância ao elemento subjetivo do comportamento humano. Isto levaria a situações extremamente injustas que o Direito não pode albergar. Por isto mesmo é que não aderimos à posição extremada de Sacha Calmon, que ensina:

(...)

Preferimos interpretar o art. 136 do Código Tributário Nacional com os temperamentos que se impõem como decorrência de sua inserção no sistema jurídico. Note-se, aliás, a ressalva nele próprio contida: salvo disposição de lei em contrário. E, ainda, o que está estabelecido no art. 137 do mesmo Código Tributário Nacional, a indicar a necessidade de considerarmos o elemento subjetivo, inclusive em relação a atos de terceiros.

(...)

O art. 136 do Código Tributário Nacional, a dizer que a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável, impõe ao intérprete algumas distinções importantes. (...) E, finalmente, é preciso considerarmos também a distinção entre o caráter pessoal da responsabilidade, que demanda nexos de causalidade entre a conduta pessoal e a sanção, e o caráter subjetivo da responsabilidade, que demanda, além do nexos de causalidade também a participação do elemento subjetivo do agente, vale dizer, do dolo ou culpa.”

Outro ponto apresentado pela Fiscalização que merece nossa análise diz respeito a alegação de que diante da constatação de prática de ato contrário à legislação tributária impõe-se o poder-dever de agir, dado que o lançamento é vinculado e obrigatório, inexistindo poder discricionário dos fiscais autuantes.

Também quanto a este ponto parece-nos clara tal assertiva. Ocorre porém, na matéria tratada nos presentes autos, que não ficou materializada a prática ditada pela norma inserta no inciso VIII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75. Assim, embora concordemos com o caráter vinculado da ação fiscal, no caso em tela, este poder-dever de agir só estaria configurado se também estivesse configurada a irregularidade. Lembramos entretanto a existência de corrente doutrinária que defende ser a norma do artigo 142 do Código Tributário Nacional tradutora da regra não da obrigação do agente fiscal, mas que a mesma se prestaria apenas a excluir a possibilidade de quem não é “autoridade fiscal” realizar o lançamento.

Afirma ainda a Fiscalização que a legislação tributária, em momento algum, vincula a imposição de multa isolada à existência de prejuízo ao Erário mineiro ou efetivo benefício ao infrator, bastando a existência da infração.

Esta questão não pode a nosso entender ser vista de forma tão simples. A legislação efetivamente não traz norma expressa determinando que a sanção tributária só pode ser aplicada quando há prejuízo ao Estado. No entanto, até mesmo pela segurança jurídica que deve nortear todas as relações, principalmente aquelas que envolvam órgãos públicos, a norma punitiva só pode, em nosso entendimento, ser aplicada se configurado algum prejuízo. Este prejuízo entretanto não é apenas a falta de pagamento do tributo. Ele também se materializa em ações que causem

dificuldade ou impeçam a autoridade administrativa de chegar a conclusão de falta ou pagamento a menor do tributo. Daí surge a imposição de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias. Assim, sempre há que haver um prejuízo de outrem a ensejar a sanção e a aplicação de norma punitiva.

No que tange à controvérsia a respeito dos juros de mora lastreados na taxa “SELIC”, cabe ressaltar que a medida encontra-se dentro dos parâmetros normativos estaduais aos quais o Conselho de Contribuintes tem seu limite de competência adstrito.

Com efeito, prevê o artigo 127, da Lei n.º 6.763/75, que os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seus valores corrigidos em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

A matéria vem, ainda, regida no artigo 226, da mesma Lei, que se estabelece:

“Art. 226 – Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria Ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança de débitos fiscais federais.

Os critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais estão disciplinados na Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, especificamente no artigo 5º, parágrafo 3º, com a seguinte redação:

“Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

.....
§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.”

A atualização monetária dos créditos tributários do Estado, bem como, a cobrança de juros de mora já eram previstos pela Resolução n.º 2.554, de 17 de agosto de 1994, quando foi editada a Resolução n.º 2.816, de 23 de setembro de 1996, introduzindo a taxa SELIC como parâmetro para cálculo dos juros moratórios incidentes sobre pagamentos de créditos tributários em atraso.

Atualmente, a matéria encontra-se regulamentada pela Resolução n.º

2.880, de 13 de outubro de 1997, que revogou expressamente a Resolução n.º 2.554/94. O artigo 1º daquela norma é claro ao dispor que os créditos tributários, cujos vencimentos ocorressem a partir de 1º de janeiro de 1998 seriam 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 de Liquidação e Custódia (SELIC) estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

A precitada Resolução acha-se ajustada aos critérios definidos para cobrança dos débitos federais, conforme condicionado em dispositivos da Lei n.º 6.763/75, já aludidos.

Conveniente comentar que a alteração do quantum do tributo é prerrogativa de lei, mas a incidência de juros de mora, questionados, não implica nenhuma alteração de lei, mas tão somente compensar a parcela do tributo não pago no prazo legal.

Desta forma o procedimento sob exame não afronta as disposições legais, mas ao contrário, pauta-se exatamente de acordo com os parâmetros da legislação de regência.

Em relação ao assunto, e como subsídio, vale a pena reportar à lição do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho que, em sua obra *Infrações Tributárias e suas Sanções* leciona:

“Adicionalmente (os juros de mora) cumprem papel de assinalada importância como fator dissuasório de inadimplência fiscal, por isso que, em época de crise ou mesmo fora dela, no mercado de dinheiro busca-se o capital onde for mais barato. O custo da inadimplência fiscal deve, por isso, ser pesado, dissuasório, pela cumulação da multa, correção monetária e dos juros”. (Editora Resenha Tributária, p. 77).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª 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, julgou-se improcedente o lançamento. Vencida a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora), que o julgava procedente. Designada relatora a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ricardo Alvarenga e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Aguiar Machado. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

Voto proferido pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Exige-se no presente trabalho fiscal multa isolada, estatuída no art. 55, inciso VIII da Lei 6763/75, in verbis:

“Art. 55 – As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

VIII – por utilizar serviço ou receber mercadoria acobertados por documento fiscal que consigne importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente entrada – 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;”

Mediante exame da nota fiscal objeto da autuação (fls. 08), percebe-se que o valor do equipamento transportado era de R\$ 15.788.097,00, enquanto que seu efetivo valor era de R\$ 52.626.990,00, conforme se comprova pelos seguintes documentos anexados aos autos: Nota Fiscal de Entrada de n.º 3.281 (fls. 09), emitida também em 27/07/04 por BHS – Brazilian Helicopter Services Táxi Aéreo Ltda. (Coobrigada); Comprovante de Importação (fls. 12); Declaração de Importação n.º 04/0413040-7 (fls. 13/15).

A cópia do Livro Registro de Entradas da Autuada (fls. 101) demonstra o lançamento da nota fiscal objeto da autuação, com o valor da mercadoria inferior ao efetivo, bem como deixa evidenciado que a mercadoria entrou em seu estabelecimento em 02/08/04.

Oportuno frisar, ainda, que o Auto de Infração somente fora lavrado em 12/08/04, tendo sido recebido em 30/08/04 pela Autuada (AR de fls. 22), ou seja, após a efetiva entrada do helicóptero no estabelecimento da destinatária.

Ademais, a própria numeração do Auto de Infração (dígito inicial 01) demonstra que apenas o início da ação fiscal se dera quando do trânsito da mercadoria, tendo sido concluído o lançamento após a comprovação do ingresso do helicóptero no estabelecimento mineiro, ora autuado, conforme já salientado.

Os argumentos trazidos pelas Impugnantes acerca da exigência de ICMS e da penalidade estatuída no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75 não carecem de exame, uma vez que o tributo e penalidade citados não foram exigidos no presente Auto de Infração.

Outrossim, alega a Impugnante/Atuada que não poderia figurar no pólo passivo da obrigação tributária, uma vez que não teve qualquer ingerência sobre a emissão da nota fiscal autuada.

Entretanto, razão não lhe assiste, posto que a penalidade exigida, capitulada no art. 55, inciso VIII da Lei 6763/75, tem como Sujeito Passivo aquele Contribuinte que recebe mercadoria acobertada por nota fiscal que consigne valor da operação diverso do efetivo.

A cópia do Livro Registro de Entradas da empresa Autuada, anexada às fls. 101 e os documentos de fls. 09, 12 e 17 demonstram que a mesma recebeu o helicóptero acobertado por nota fiscal consignando valor da operação inferior ao efetivo.

E se não bastasse os motivos retro elencados, o próprio CTRC n.º

000.316 (fls. 07) que acobertava o serviço de transporte da mercadoria descrita na nota fiscal autuada, traz a seguinte informação: “Frete a Pagar”, fato este que evidencia o recebimento da mercadoria pela destinatária (Autuada), desde o início da prestação do serviço, ocorrida em 27/07/04.

Importante frisar que as Impugnantes não negam que houve o preenchimento incorreto da nota fiscal n.º 3.282, nem contestam que a mercadoria entrou no estabelecimento da destinatária, apenas justificam (sem apresentar qualquer prova consistente) que a divergência de valor do produto deu-se em virtude de falta de conversão da moeda estrangeira para a nacional.

Pelas considerações expostas, mantém-se a penalidade exigida, face a comprovação, pelos elementos constantes dos autos, da prática de infração objetiva.

A teoria do confisco, referida pelas Impugnantes, diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

Com relação à aplicação da taxa SELIC, ressalta-se que, segundo o disposto no artigo 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.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Conselheira: Aparecida Gontijo Sampaio

18 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO

Acórdão: 17.271/05/1ª – (Publicado no “MG” de 01/12/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. A perícia requerida mostrou-se desnecessária para elucidar a questão. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado que a Autuada recolheu ICMS a menor, no exercício de 1999, em razão da não tributação do ICMS de diversos serviços de comunicação/telecomunicação na modalidade nacional. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, durante o exercício de 1999, em decorrência da não tributação de diversos serviços de comunicação/telecomunicação. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 254 a 273, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 441 a 465.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl. 469), o mesmo foi agravado às fls. 471 a 474 e apresentação dos documentos de fls.475 a 684.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 687 a 706, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e, quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 31/08/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 09/09/05.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: os Conselheiros Roberto Nogueira Lima (Relator) e Edwaldo Pereira de Salles, pela procedência do lançamento e o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências quanto a aluguéis, locações e desligamentos. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. André Mendes Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Nilber Andrade.

DECISÃO

“Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo algumas pequenas alterações.”

DA PRELIMINAR

1. 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.

Alguns dos quesitos propostos se referem à classificação das diversas atividades relacionadas com a de prestação de serviços de telecomunicação. No entanto, a caracterização dessas atividades já está sendo discutida nos autos. O que importa não é determinar quais são os serviços atuados que podem ser classificados como atividade-meio, ou quais podem ser classificados como serviço de valor adicionado. A discussão relevante é se a atividade-meio e o serviço de valor adicionado estão inseridos no conceito de prestação de serviço de comunicação/telecomunicação.

Também não altera o cerne da discussão se algum serviço é prestado por terceiro, pois quem fornece as condições para a prestação de tais serviços é a própria Atuada, contribuinte do ICMS.

Da mesma maneira nada acrescenta à solução da lide definir quais os serviços atuados que correspondem à locação de meios, porque de acordo com o ponto de vista fiscal, independente de quais sejam esses serviços, eles fazem parte da prestação de serviço e deveriam ser tributados pelo imposto estadual.

Nota-se, portanto, que resta configurado a irrelevância da prova pericial, não devendo, por conseguinte, ser acolhido tal pedido.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e II da CLTA/MG.

Do Mérito

Decorre a exigência fiscal da constatação do recolhimento a menor do ICMS, apurado por meio de recomposição da conta gráfica (Anexo 1 do Auto de Infração), em decorrência de ter sido deixado de ofertar à tributação do imposto diversos serviços suplementares e outras importâncias recebidas do tomador do serviço, concernentes à prestação de serviço de comunicação/telecomunicação.

Referida irregularidade foi apurada no exercício de 1999 e encontra-se discriminada no Relatório Fiscal de fls. 08/10 e Anexos.

O primeiro ponto de discordância é quanto à decadência. Entretanto, tendo a Fazenda Estadual intimado o Sujeito Passivo do Auto de Infração n.º 01.000146451.98 em 26 de agosto de 2004, não há que se falar em decadência das exigências fiscais anteriores a 25 de agosto de 1999, como defende a Impugnante.

Na hipótese em que o recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável e, por conseguinte, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), o prazo decadencial é de cinco anos, nos termos do art. 173, inciso I do CTN, tendo início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que esse lançamento (de ofício) poderia ser realizado.

Este foi o entendimento do Ministro João Otávio de Noronha, relator do Recurso Especial 1822411998/0052800-8, julgado em 3 de fevereiro do corrente ano pelo Superior Tribunal de Justiça.

Cabe acrescentar que conforme dispõe o § 4º, do art. 150 do CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o pagamento antecipado e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Como se depreende, a regra do citado artigo se circunscreve àqueles valores oferecidos à tributação, isto é, lançados, e não àqueles que ficaram à margem do lançamento como no caso, em que a irregularidade apontada diz respeito a recolhimento a menor do imposto, não havendo que se falar em homologação de ato que diminuiu ou anulou a obrigação tributária principal.

Ainda que se assim fosse, a homologação ficta inserta no § 4º, do art. 150 do CTN, não se confunde com a figura da decadência, constituindo modalidade diversa, consoante previsão destacada no inciso VII, do art. 156, do mesmo diploma legal.

Dessa maneira, infere-se que o direito do Fisco, in casu, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo artigo 173 do CTN.

A Contribuinte atua, de acordo com seu estatuto social, na prestação de serviços de telecomunicações e atividades necessárias e úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas.

Ela refuta a acusação fiscal de falta de inclusão na base de cálculo do imposto de valores cobrados dos tomadores de serviços de comunicação, com o argumento de que no Anexo 2 do Auto de Infração encontram-se incluídas atividades que não configuram fato gerador do imposto, por não serem serviços de comunicação ou operação de circulação de mercadoria, como no caso de locação e venda de equipamentos em leilão, nem serviço de telecomunicação propriamente dita, como assinatura, habilitação, instalação, manutenção ou facilidades adicionais postas à disposição dos serviços de telecomunicação.

A exigência do imposto sobre tais serviços decorre do art. 155, inciso II da Constituição Federal, estando amparada legalmente no art. 6º, inciso XI, da Lei n.º 6.763/75, que estabelece as hipóteses de ocorrência do fato gerador do ICMS:

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

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte;”

Percebe-se que o fato gerador do ICMS sobre as prestações de

serviços de comunicação, consoante o disposto pelo inciso III, do art. 2º, da Lei Complementar n.º 87/96, não se manteve atada ao porto da transmissão de comunicação, se estendendo a todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Nesse sentido, considerando a necessidade de uniformizar os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações bem como esclarecer o contribuinte para que o mesmo corretamente pudesse cumprir suas obrigações tributárias, foi firmado o Convênio ICMS 69/98, que veio explicitar o que já estava previsto na lei complementar. Através do Decreto n.º 39.836/98, este dispositivo foi implementado neste Estado, dando nova redação ao § 4º, do art. 44, do RICMS/96 (Parte Geral), 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, independente da denominação que lhes seja dada.” (gn)

Os dados que serviram de base para a identificação dos serviços não oferecidos à tributação foram extraídos de dois disquetes, constantes dos autos às fls. 249, contendo planilhas elaboradas pelo Contribuinte com a totalidade dos serviços de comunicação prestados, faturados e arrecadados em 1999.

No Anexo 2 (fls. 13/206) encontra-se a descrição resumida de todos os serviços, os seus valores, alíquota aplicada e o imposto cobrado. Destaca-se entre a grande variedade de serviços autuados, a RVI – Rede Virtual Integrada, serviço 0800, serviço 0900 e 900, serviços suplementares, inúmeras taxas cobradas dos usuários, assinatura, instalação, videoconferência, aluguel de equipamentos, serviços de instalação, locação e manutenção de equipamentos, entre outros serviços técnicos administrativos.

Como explicado pelo Fisco, o contrato-base de prestação de serviço de comunicação não pode ser suplantado por um outro contrato dele derivado, a título, por exemplo, de aluguel ou locação de equipamentos necessários à prestação dos serviços de comunicação e telecomunicação.

A locação de um equipamento ou meio físico não é uma atividade isolada, mas apenas uma etapa para a consecução da prestação do serviço de telecomunicação, este sim o seu negócio.

Assim como determinou a hipótese de incidência, por delegação da Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 87/96 também estabeleceu a base de cálculo do imposto na prestação de serviço de comunicação:

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

(...)

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

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e **demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas**, bem como descontos concedidos sob condição"; (grifamos).

Da mesma forma, a Legislação Estadual reproduz a previsão expressa da LC n.º 87/96, estando assim previsto no Regulamento do ICMS/96:

"Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:

(...)

II - nas prestações, **todas as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço**, como juro, seguro, desconto concedido sob condição e preço de serviço de coleta e entrega de carga". (grifamos)

Vale aqui mencionar entendimento da Superintendência de Legislação Tributária, manifestado em respostas a consultas das empresas operadoras do serviço de comunicação sobre a inclusão na base de cálculo desses valores.

Ex vi a Consulta 266/1998:

"CONSULTA DE CONTRIBUINTES nº 102/99 (MG de 22/07)

PTA Nº 16.000017984-87

CONSULENTE: Maxitel S.A.

ORIGEM: Belo Horizonte.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TELECOMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – A base de cálculo do ICMS relativo à prestação de serviço de telecomunicação inclui todos os valores cobrados do tomador do serviço, pelo prestador, em função da prestação.

RESPOSTA:

"A base de cálculo relativa à prestação de serviço de comunicação se constitui do preço do serviço como definido pelo inciso VII do art. 13 da mesma Lei 6763/75, estando nele compreendido todos os valores cobrados do usuário, tomador do serviço, pelo prestador, em função da prestação.

Nesse sentido, firmou-se o Convênio ICMS 69/98, já implementado em Minas Gerais, através do Decreto 39.836, de 24/08/98, estabelecendo como integrante da base de cálculo do ICMS, relativamente à prestação de serviço de

comunicação, 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.

Desta forma, é de se concluir por negativa a indagação da consulente, tendo em vista que os serviços por ela prestados e relacionados nos itens “a”, “b” e “f” da sua exposição integram a base de cálculo do ICMS em razão do que acima se expôs. Vale salientar que todos os valores cobrados do usuário em valor da prestação, inclusive aluguel de equipamentos (rádios) que se mantêm na propriedade da consulente integrarão a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação.”

Assim, tanto o valor da assinatura, como das facilidades adicionais e a locação do aparelho telefônico são parte da base de cálculo do ICMS, conforme estabelecido na legislação tributária.”

A respeito das vendas, cobrou-se o ICMS sobre a “venda de bens de produção”, “venda de material de almoxarifado” e “venda de outros bens”, como pode ser observado no Anexo 2 – fls. 14 a 206.

Tendo sido intimada, conforme se comprova no documento de fls. 228, a Autuada não informou que tipo de mercadorias ou bens integra a receita dessas rubricas, se limitando apenas a informar, quanto à rubrica “venda de outros bens”, que se tratou de receita proveniente da “venda de bens inservíveis”- fls. 219 dos autos.

Conforme mencionaram os Autuantes, meras alegações de que essas vendas não são operações de caráter mercantil para fins se enquadrar nas hipóteses de incidência do ICMS não podem ser acatadas, haja vista que é pacífico na doutrina e jurisprudência que a operação de circulação de mercadorias e/ou bens, desde que promovida por contribuinte do imposto, é suficiente para caracterizar a ocorrência do fato gerador e gerar obrigação tributária.

Em relação aos serviços de valor adicionado e suplementares, cabe aqui citar o Convênio n.º 69, de 19 de junho de 1998. Embora contestado pela Impugnante, trata-se de norma infraconstitucional, com natureza interpretativa da expressão “serviços de comunicação”, tendo relacionado de forma exemplificativa diversos serviços prestados pelas empresas de comunicação/telecomunicação que integram a base de cálculo do imposto. In verbis:

CONVÊNIO ICMS 69/98

“Firma entendimento em relação à incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação.

Cláusula primeira Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada”.gn

É de se notar que a expressão “serviços de comunicação”, adotada pelo Constituinte e detalhada pelo legislador infraconstitucional, comporta todos os serviços de comunicação que são prestados pelas empresas concessionárias de comunicação/telecomunicação e não apenas a singela transmissão e recebimento de mensagem telefônica entre dois pontos.

A fim de ressaltar a correlação desses serviços com a atividade-fim da Impugnante, vale observar o conteúdo das informações prestadas pela Empresa através do documento de fls. 211 a 219.

Como se pode observar através da descrição analítica dos diversos itens da tabela de códigos tarifários, tratam-se de serviços básicos e auxiliares de comunicação disponibilizados pela prestadora que, uma vez instalados, ativam, capacitam toda a estrutura física do serviço de comunicação.

Abalizado aos limites do texto constitucional sobre a incidência do imposto, não restam dúvidas de que os serviços complementares e facilidades adicionais são serviços de comunicação sujeitos aos ICMS.

Portanto, não resta dúvida de que os serviços relacionados no Anexo 2, fls. 14 a 206, do Auto de Infração, fazem parte da infra-estrutura técnica, mecânica e eletrônica necessária à comunicação, como instrumentos indispensáveis à atividade-fim da Impugnante.

Quanto à aplicação das alíquotas, é importante trazer à colação os esclarecimentos constantes da manifestação fiscal: “O critério adotado por esta fiscalização para se determinar a alíquota a ser aplicada às prestações de serviço de comunicação/telecomunicação não oferecidas à tributação pela Impugnante foi o mesmo estabelecido no art. 43, inciso I, alíneas “a” e “f”, do RICMS/96 (vigente à época), ou seja, para as prestações vinculadas a serviços de comunicação na modalidade de telefonia, 25%, e para as demais, não relacionadas à telefonia, alíquota de 18%.

Desse modo, o que foi determinante para se estabelecer a alíquota foi o serviço-fim e não o serviço-meio. Se para a prestação do serviço de telefonia, a Impugnante pôs a disposição, e cobrou, do usuário do serviço de comunicação atividades-meio, como: aluguel de aparelho padrão, de campainha, de rádio multicanal, de chave comutadora; instalação de extensão externa, de identificador de chamada, de linha individual, de tronco; manutenção de fio fé, de rádio multicanal, de telefone rural; DVI; RVI; interligação DDR; redistribuição de rede interna; assinatura; consulta; serviço corporativo, etc., vinculadas àquela prestação, a alíquota aplicada foi a de 25%, própria para o serviço de comunicação na modalidade de telefonia. Ao contrário, não estando a atividade-meio vinculada ao serviço de telefonia, aplicou-se a alíquota de 18%, como: aluguel de datafone, de modem, de porta frame relay; instalação de modem, de SLDD, mudança de SLDD; serviços técnicos administrativos, etc.

A título exemplificativo, tomando como referência os serviços que a Impugnante relacionou às fls. 270 como sendo serviços de comunicação sujeitos à alíquota de 18%, e que, segunda ela, a fiscalização erroneamente aplicou a alíquota de 25%, vejamos o que diz o Glossário da Anatel sobre esses serviços e, também, algumas finalidades extraídas no site da Autuada:

CENTRAL PRIVADA DE COMUTAÇÃO TELEFÔNICA (CPCT) “1. (Resolução 85/98) equipamento terminal de usuário interligado ou não a uma central de comutação da rede de telecomunicações do STFC.” Pela definição, depreende-se que esse equipamento tem por finalidade possibilitar ao usuário a ligação com a rede telefônica pública comutada. Assim a alíquota deve ser a de 25%. Vinculadas ao CPCT têm-se as rubricas: aluguel, conservação, extensão externa, interligação, manutenção, retiradas diversas, etc.

DISCAGEM DIRETA AO RAMAL (DDR): 1. “(rtpc) processo de estabelecimento de chamadas em que o usuário externo ao serviço telefônico tem acesso direto aos ramais de uma Central Privativa de Comutação Telefônica (CPCT).” Da mesma forma entendemos que a alíquota correta é a de 25%. Vinculadas ao DDR, têm-se as rubricas: digitronco, interligação, RVI, etc.

ATIVACÃO: “1. (rtpc) início das operações de um sistema. 2. (redes móveis) colocação em operação de estação móvel do assinante, habilitando-a ao imediato e pleno uso do serviço móvel celular”. De forma idêntica, a alíquota é a de 25%.

REDE VIRTUAL INTEGRADA (RVI): (finalidade extraída do site da Autuada) “sistema composto de canais que utiliza recursos das suas centrais telefônicas de forma privativa e exclusiva oferecendo funcionalidades de um PABX de forma mais eficiente e econômica para a empresa-cliente. Trata-se de um sistema digital de telecomunicações, com números independentes para os diversos departamentos, secretarias e divisões, que agiliza a comunicação entre os diversos setores e facilita o acesso par a comunidade”. Como se depreende da finalidade atribuída pela Autuada, o serviço vincula-se à telefonia, logo a alíquota correta é a de 25%.

FIO MUSICAL: finalidade extraída do site da Autuada: “fio destinado à sonorização/campainha musical”. Com essa finalidade, essa espécie só pode ser usada por meio de aparelhos telefônicos, ficando sujeito a alíquota de 25%.

UTILIZAÇÃO SALA TELEMARKETING: finalidade extraída do site da Autuada: “serviço em que o usuário tem a sua disposição equipamentos para entrar em contato com clientes para oferecer negócios ou produtos, podendo se limitar ao recebimento de ligações telefônicas (receptivo) ou a ligações telefônicas feitas aos clientes pelos vendedores do produto ou serviço (ativo).” Presente está o serviço telefônico, para tanto a alíquota é a de 25%.

Por outro, a alegação da Impugnante de que o Fisco adotou para uma mesma espécie de serviço alíquotas de 25% e 18% não procede. O que ela não entendeu é que a rubrica aluguel, instalação, conservação, manutenção, por exemplo, pode comportar tanto um equipamento ligado ao serviço de telefonia quanto ao serviço de dados. No caso, se vinculado à telefonia, adotou-se a alíquota de 25%, se ao de dados, 18%.

Destarte, as alíquotas aplicadas estão de acordo com a legislação específica, não merecendo qualquer reparo.”

O caso de responsabilidade por sucessão inerente à Autuada e a sucedida Telemar acha-se consignado no art. 132 do CTN, o qual se encontra

inserido na Seção II do referido Código. O disposto nesta Seção, aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Percebe-se, nesse caso, o caráter declaratório do lançamento, que se reporta à data do fato gerador da obrigação tributária. Segundo o CTN, portanto, a responsabilidade por sucessão abrange também os créditos tributários constituídos depois da sucessão, ou seja, as dívidas constituídas posteriormente à data da sucessão, embora originárias até a sucessão. Tais créditos tributários são decorrentes de fatos geradores ocorridos anteriormente à data da sucessão.

Como mencionado pelo Fisco, a Telemar Norte Leste S. A. é genuinamente, uma prestadora de serviço de telecomunicação, e todas as suas atividades são voltadas para o desenvolvimento desta prestação de serviço, que está sujeita ao tributo de competência estadual. Logo, a motivação única dos clientes, ao celebrarem contratos de prestação de serviço com esta Empresa, é a de ter à sua disposição a possibilidade de se comunicar e não de usufruir determinadas utilidades intrínsecas de algum bem.

Todas as parcelas cobradas pelo prestador de serviço de comunicação em função de sua atividade, sejam preparatórias, sejam auxiliares, sejam acessórias, serão sempre aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar, que se constitui em atividade fim, e serão todas levadas a compor a base calculada, em cada caso concreto, para efeito de apuração do preço do serviço, base de cálculo do ICMS nessa prestação.

Em sendo assim, pode-se afirmar que os valores questionados pela Autuada, identificados por ela na referida planilha, devem compor a base de cálculo do imposto, a teor das normas acima transcritas.

Quanto aos argumentos da Impugnante em questionamento à incidência de juros à taxa SELIC, incumbe salientar a competência do e. Conselho de Contribuintes, lembrando a previsão contida no art. 142 da Lei nº. 6.763/75:

Art. 142 – Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

II - a aplicação de equidade.

Cabe observar que os juros não compõem o crédito tributário, mas sobre ele incidem. O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 161 - O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

A incidência de juros de mora está disciplinada neste Estado pela Lei nº 6.763/75, como se vê:

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária - TRD - acumulada, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento.

Parágrafo único - Na falta da TRD, os juros serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para cobrança dos débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880, de 13 de outubro de 1997, segue a adoção da taxa SELIC, vez que já previsto na Lei Federal n.º 9.430, de 27/12/96, que dispõe:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Assim prevê a citada Resolução:

Art. 1º - 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.

§ 1º - Em nenhuma hipótese a taxa de juros de mora prevista no caput poderá ser inferior a 1% (um por cento) ao mês.

§ 2º - O percentual dos juros de mora, relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado, será de 1% (um por cento), observado o disposto no artigo 2º.

§ 3º - A taxa SELIC será divulgada, mensalmente, mediante Comunicado do Diretor da Superintendência da Receita Estadual, relativamente ao mês anterior, no Diário Oficial de Minas Gerais.

Conhecida a disciplina legal que rege o tema, não se vislumbra acatamento ao pleito da Autuada.

De todo o acima exposto, verifica-se que ficou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 31/08/05, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências quanto a aluguéis, locações e desligamentos. Vencida, em parte, a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava parcialmente procedente, para excluir os itens seguintes: 1. aluguel e locação de aparelhos e equipamentos, inclusive relativos a RVI - Rede Virtual Integrada (códigos variados); 2. RVI - equipamento CPCT (leasing)- cód. 43604; 3. serviços de manutenção dos aparelhos e equipamentos referidos nos itens anteriores (códigos variados); 4. utilização sala telemarketing (cód. 90191); 5. videoconferência utilização sala (cód. 96776) e videoconferência utilização sala Telemar (cód. 97063); 6. fio musical Belmusic (cód. 78014 e 78006); 7. DVI - chamada em espera (cód. 11304); 8. detalhamento de serviços (83055) e chamada maliciosa- apuração (99622); 9. refaturamento de conta (cód. 91884 e 90340); 10. serviços 0900 e 900 (códigos variados), com exceção da disponibilidade (cód. 10553); 11. parcelamento - serviço 0900 (93963); 12. telegrama fonado (cód. 70615); 13. desligamento (códigos 32680 e 33035), suspensão temporária de serviço (85035) e RVI - ser. event. ret. terminal (cód. 54593); 14. posto credenciado de serviço (cód. 53421); 15. ressarcimento de condomínio (cód. 95976), ressarcimento de gastos com MO (cód.95224) e ressarcimento modif. cabo pred. (cód. 95869); 16. itens genéricos referentes ao período em que a empresa utilizava o regime de caixa ex.: adiantamentos (cód. 94953), nota promissória a receber (cód. 94573) e 17. outros devedores (cód. 94987), retiradas diversas CPCT (cód. 31856), outros serviços (cód. 94946) e outros serviços técnico-administrativos (cód. 94904 e 94938).

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A divergência entre o voto vencido e os vencedores está na exclusão que dos serviços, de aluguéis, locações e desligamento.

Aluguéis e locações são palavras sinônimas e, portanto, serão tratados a uma só razão. Devem ser excluídos tais serviços das exigências fiscais contidas no Auto de Infração pelo fato de que a locação encontra-se ao item 03 da Lista de Serviços (Lei Complementar nº 116/03) e, portanto, ao alcance do ISSQN. Além do mais, a locação não consiste em uma imposição da Autuada, mas uma faculdade, já que os produtos locados também estão disponibilizados para a compra e venda do usuário do serviço de comunicação.

Não há que se falar, neste caso, que o produto locado é que permite a consumação do serviço de comunicação. O que importa é que há uma locação e locação é fato de gerador de ISSQN e não de ICMS.

Nem se adentra, neste caso, à interpretação judicial de que a locação está ao alcance do ISSQN, por não se constituir em uma obrigação de fazer.

Quanto aos serviços de desligamento, não podem ser tidos nem como serviço de comunicação e nem como serviço suplementar. Não é de comunicação pelo efeito contrário ao sentido próprio da comunicação, pois estes serviços geram o impedimento da comunicação. Suplementar é aquilo que acresce alguma coisa. Sendo assim, também devem ser excluídos das exigências os serviços de desligamento.

Estas são, pois, as razões deste voto, com o máximo respeito aos entendimentos em contrário.

Conselheiro: Francisco Maurício Barbosa Simões

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Relata o Auto de Infração que foi constatado

“que o contribuinte, prestador de serviço de comunicação, na modalidade de telefonia fixa, recolheu ICMS a menor no valor de R\$ 23.828.249,12,

correspondente ao período de 01.01.1999 a 31.12.1999, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência de ter deixado de oferecer à tributação do ICMS diversos serviços de comunicação/telecomunicação”.

Através do TIAF n. 143139, de 10.05.2004 (fl. 02) , fora requisitada a entrega da “*relação com a totalidade das prestações de serviços de comunicação, tributadas ou não tributadas, por período de apuração e alíquota aplicada, referentes ao exercício*” de 1999.

Da planilha elaborada pela empresa, para tal fim, foram extraídos todos os serviços não oferecidos à tributação, os quais se encontram arrolados a fls. 14-206, em ordem alfabética, por mês de ocorrência. A estes foram aplicadas as alíquotas de 18% ou 25%, conforme tenham sido os serviços classificados, pelos agentes fiscais, como de comunicação ou telecomunicação, respectivamente.

Observaram os fiscais que as rubricas ‘adiantamentos’, ‘antecipação de parcelamento’, ‘nota promissória a receber’, ‘pagamento antecipado’, ‘pagamento estimado’, ‘pagamento inicial através de nota promissória’, ‘parcelamento conta telefone dados’, ‘parcelamento conta telefone EBT’, ‘parcelamento conta telefônica’, ‘parcelamento de débito’, ‘parcelamento duplicatas a receber’ e ‘parcelamento manual de conta’, incluídas nas planilhas, referem-se ao período em que o imposto era recolhido no ‘Regime de caixa’ (até março/1999), ou seja, “*no período em que era recebido o valor correspondente ao serviço prestado*”.

** Auto de Infração emitido em 29.07.2004 (fls. 03-05) e recebido em 26.08.2004 (fl. 07)

** Relatório fiscal (fl. 08-10) – demonstrativo do crédito (fl. 208)

** recomposição da conta gráfica (fl. 12)

** Planilha com a relação dos serviços tributados através do presente AI (fls. 14-206) – cód. tarifário/descrição do cód./valor do serviço/alíquota aplicada/ICMS/ICMS denúncia-depósito/ICMS devido/sist. arrecadação

** descrição detalhada de alguns serviços (fl. 210-219)

** planilha contendo os valores espontaneamente denunciados (fls. 221-226)

** cópia dos DAPI (fls. 237-243)

** disquete contendo as planilhas elaboradas pelo contribuinte (fl. 249)

Defendeu-se a empresa contribuinte, basicamente, sob o argumento de que os itens arrolados não podem ser considerados ‘serviços de comunicação’ passíveis de tributação pelo ICMS (fls. 254-273).

Com efeito, a Impugnante tem razão ao afirmar que vários destes itens não constituem hipótese de incidência do imposto estadual.

O presente voto vencido refere-se, exatamente, a estes fatos não alcançáveis pelo ICMS.

Justifica-se.

A delimitação do termo '*comunicação*', núcleo da hipótese de incidência do imposto ora exigido, é fator precedente a qualquer análise do tema.

Lê-se, no Dicionário eletrônico Houaiss, que comunicação é a

“ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta’.

Rubrica: comunicação.

processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.

Derivação: por metonímia.

acesso entre duas ou mais coisas distanciadas no espaço

Rubrica: telecomunicações.

ligação, por meio de dispositivos elétricos, eletrônicos, telegráficos, telefônicos, radioelétricos, pneumáticos etc., de dois ou mais locais distanciados no espaço”.

O conceito de comunicação, para fins de ICMS, foi restringido pela Constituição Federal. Não foi erigida em fato gerador a comunicação em si mesma considerada, mas a prestação onerosa do serviço de comunicação.

E, além da necessária valoração econômica, é objeto do imposto tão-somente a comunicação interativa, (bi ou poli) direcional, o que exclui todas as formas unidirecionais de mensagens, como jornais, rádio ou televisão.

Este requisito é enfatizado pelo ilustre jurista Hugo de Brito Machado:

“(…) a atividade de radiodifusão não se pode incluir no conceito jurídico de comunicação. Enquanto esta estabelece uma ligação entre quem comunica e o destinatário da comunicação, aquela consiste na expedição de mensagem a destinatários diversos, não identificados. Consiste na difusão da mensagem e não

no envio desta a destinatário certo e determinado” (O ICMS e a radiodifusão, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 23, 1997, São Paulo).

A lição é complementada por Vera Maria Nusdeo Lopes: “*comunicação é a resposta discriminativa de um organismo a um estímulo. A mensagem que não tem resposta não é comunicação*” (O direito à informação e as concessões de rádio e televisão).

Roque Antônio Carrazza sintetiza, com habitual maestria, as hipóteses em que se terá a tributação do processo comunicativo:

“Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a ‘relação comunicativa’, isto é, a atividade, em caráter negocial, de alguém fornecer, a terceiro, condições materiais para que a comunicação ocorra. Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelo destinatário (fruidor) do serviço.

Isto é feito mediante a instalação de microfones, caixas de som, telefones, rádio-transmissores, centrais, terminais, linhas de transmissão, satélites etc.. Tudo, enfim, que faz parte da infra-estrutura mecânica necessária à comunicação.

Noutras palavras, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS exige, preliminarmente, a colocação, à disposição do usuário, dos meios e modos necessários à transmissão e recepção de imagens. E depois, é claro, que a comunicação se complete (ou, pelo menos, que esteja potencialmente apta a completar-se) porque, afinal, o que se tributa, no caso, não é a simples contratação do serviço. De fato, o ICMS sobre serviços de comunicação – como, de resto, qualquer imposto que nasce da prestação de serviços (v.g., o ISS) – só incide depois de concreta (real, efetiva) prestação do serviço” (*ICMS*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132-133).

A exigência do imposto sobre os serviços de comunicação decorre, como não poderia deixar de ser, da Constituição Federal, art. 155, II.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação,

ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Por delegação da Carta Constitucional, coube à lei complementar n. 87/96 detalhar o comando transcrito, delineando a hipótese de incidência:

Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

No âmbito estadual, a incidência do imposto sobre os serviços de comunicação encontra guarida na Lei 6763/75.

Os seus limites podem ser percebidos tanto na definição do fato gerador, como na fixação do momento de sua ocorrência:

Art. 5º- O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º- O imposto incide sobre:

(...)

8) a prestação onerosa de serviço de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação

(...)

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

(...)

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte

De forma genérica, o art. 13 firmou a base de cálculo do ICMS-comunicação:

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

(...)

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

(...)

§ 2º - Integram a base de cálculo do imposto:

(...)

2) nas prestações, todas as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço, como juro, seguro, desconto concedido sob condição e preço de serviço de coleta e entrega de carga.

Este patamar foi ampliado através do Convênio ICMS 69/98, sob o argumento de que era necessária a uniformização dos procedimentos tributários relativamente a estes serviços. Seu comando foi internalizado pelo Estado de Minas Gerais, através do Decreto n. 39.836/98, que alterou a redação do §4º do art. 44 do regulamento então vigente:

Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e XI, a base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o disposto no § 4º, o preço do serviço, ou, nas prestações sem preço determinado, o valor usual ou corrente, assim entendido o praticado na praça do prestador do serviço, ou, na sua falta, o constante de tabelas baixadas pelos órgãos competentes.

(...)

§ 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.

Embora a alínea X deste dispositivo fale na incidência do imposto sobre a "geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação

ou recepção”, o parágrafo quarto acrescenta outros serviços à base sobre a qual será quantificado. Ao fazê-lo, no entanto, usa termos genéricos, não especificando exatamente o que ou quais são estes ‘serviços ou facilidades’.

A interpretação deste dispositivo, portanto, há de ser feita de forma a manter o enquadramento constitucional do dispositivo - *interpretação conforme à Constituição*, o que, vale ressaltar, difere da declaração (total ou parcial) de inconstitucionalidade de uma norma.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição” (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 222). Assim, dada a *presunção de constitucionalidade das normas*, deve prevalecer a interpretação constitucional.

No mesmo sentido a manifestação do Ministro Moreira Alves na Rp. nº 1.417: “a interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada *presunção de constitucionalidade*, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição” (RTJ 126/53).

Com base no dispositivo regulamentar mineiro alhures transcrito, foram analisados os itens da planilha de fls. 14-206.

Observa-se que a legalidade e/ou constitucionalidade deste dispositivo não será apreciada, neste momento, em virtude da vedação imposta, pelo art. 88 da CLTA, ao Conselho de Contribuinte.

Consideradas as premissas postas, não são passíveis de tributação pelo imposto estadual os itens abaixo enumerados:

1. aluguel e locação de aparelhos e equipamentos, inclusive relativos a RVI – Rede Virtual Integrada (códigos variados) – fones de ouvido, aparelhos, fax, PABX, campainhas, bloqueadores, terminais, equipamento CPCT etc.

Mantém-se a exigência relativamente aos equipamentos de infraestrutura – linhas, dutos etc. (códigos variados).

Este item não traz qualquer dificuldade, pois o comando excludente está expresso no art. 5º do Regulamento mineiro do ICMS. *In verbis*:

Art. 5º - O imposto não incide sobre:

(...)

XIII - a saída de bem em decorrência de comodato, locação ou arrendamento mercantil, observado o disposto no § 6º deste artigo;

Assim, nenhuma empresa que tenha por atividade o aluguel de aparelhos ou equipamentos sofrerá a incidência do ICMS.

O fato da Telemar ser uma prestadora de serviços de telecomunicação

não altera a natureza jurídica da atividade e não autoriza ao Fisco impor-lhe este ônus.

A exigência viola o Princípio da Isonomia insculpido no art. 5º, I, e, mais especificamente, no art. 150, II, da Constituição de 88.

O princípio da isonomia, também designado princípio da igualdade econômica, ou igualdade tributária, proíbe ao legislador instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Em outras palavras, é proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional, atividade ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (Janczeski, Célio Armando. *Das Taxas - Aspectos Jurídicos e Caracterização*, Curitiba: Juruá, 2000, p. 88).

Pimenta Bueno, com propriedade, sentencia:

“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.
(*Apud* Mello, Celso A. Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. p. 18)

Mas, a prevalecer a tese do Fisco, restaria violado também o Princípio da Especificação Conceitual (ou Tipicidade Cerrada).

Este princípio impõe-se onde há necessidade de reforço da segurança jurídica, como nos ramos do Direito Penal e do Direito Tributário, evitando-se, assim, a gradualidade e certa subjetividade da concreção do fato à norma.

Exige ele que a Lei defina de modo exaustivo os elementos ou notas características da hipótese de incidência, sempre necessários, ocorrendo, assim, a subsunção do fato concreto ao tipo, ou seja, o fato deve se encaixar ou cair perfeitamente dentro do tipo legal para que esse lhe possa ser aplicado, funcionando com a rigidez do conceito abstrato.

A Carta constitucional, ao adotar a discriminação rígida de competência tributária, torna inviável que o legislador infra-constitucional ou o próprio intérprete venham a manipular conceitos por ela utilizados, consagrando, assim, o pensamento conceitual no Direito Tributário, pelo que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a desnecessidade do art. 110, do CTN, que estatui que *“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”*, uma vez que tal dispositivo constitui apenas uma interpretação do que já encontra-se expresso pelos principais princípios e limitações constitucionais do poder de tributar.

2. RVI – equipamento CPCT (*leasing*) – cód. 43604

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, estar-se-ia diante de tratamento diferenciado não amparado pelo ordenamento jurídico.

O saudoso mestre Geraldo Ataliba já ensinava que:

“Não adianta ter Poder Judiciário, se não houver a exigência de igualdade. Não adianta ter Poder Legislativo democrático. Não adianta representatividade. Não adiantam as balizas para o Poder Executivo. Não adianta o habeas corpus, o mandado de segurança, nada, quando não houver o princípio da igualdade”.
(*A isonomia, a propriedade privada e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. Revista de Direito Tributário. ano 5. n.º 15/16. jan./jun. de 1981)

3. serviços de manutenção dos aparelhos e equipamentos referidos no item anterior (códigos variados).

Serviços de manutenção, quando passíveis de tributação, esta se dá através do ISS, independentemente do objeto social da empresa que o presta.

Lei Complementar Federal n.º 116/2003 – lista de serviços

14 – Serviços relativos a bens de terceiros.

14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

Pelos motivos expostos nos itens anteriores, a pretendida incidência tributária ofende aos princípios da isonomia e da especificidade conceitual.

4. utilização sala telemarketing (cód. 90191)

Segundo Parecer do Auditor Fiscal, é o

“serviço em que o usuário tem à sua disposição equipamentos para entrar em contato com clientes para oferecer negócios ou produtos, podendo se limitar ao recebimento de ligações telefônicas (receptivo) ou a ligações telefônicas feitas aos clientes pelos vendedores do produto ou serviço (ativo)”.

Em outras palavras, é o aluguel de uma sala, mobiliada e com vários aparelhos telefônicos, popularmente chamada de ‘call center’. Várias empresas realizam esta operação sem que lhes seja exigido o imposto – por não ser, em si, um fato gerador do mesmo.

Pelas razões expostas nos itens anteriores, não é possível a exigência.

5. videoconferência utilização sala (cód. 96776) e videoconferência utilização sala Telemar (cód. 97063)

Este item também se refere à locação de espaço físico, atividade alheia ao imposto estadual.

Este espaço poderá vir a ser utilizado para a realização da videoconferência, quando, no local alugado, terá lugar um serviço de comunicação. Este serviço de comunicação poderá ser tributado.

Importante anotar que consta da listagem do Fisco, separadamente, a tributação pelo serviço de comunicação por videoconferência.

6. fio musical Belmusic (cód. 78014 e 78006)

Explica o Auditor fiscal que é este um “*fio destinado à sonorização/campainha musical*”.

Não gera qualquer tipo de comunicação, ou seja, não se refere a processo que envolva a transmissão e a recepção de mensagens e/ou informações entre uma fonte emissora e um destinatário receptor.

Também não se enquadra no §4º do art. 44 do RICMS/02, nos genéricos “*serviços suplementares e facilidades adicionais*”, pois, para que estes sejam tributáveis, é imprescindível que “*otimizem ou agilizem o processo de comunicação*”.

Isto não ocorre. A sonorização não altera o processo comunicativo.

7. DVI – chamada em espera (cód. 11304)

Este ‘serviço adicional’ não gera, otimiza ou agiliza o ato da comunicação.

Só se concretizará a segunda ligação telefônica se for interrompida a primeira. E, neste caso, incidirá o ICMS sobre o serviço de comunicação realizado, o qual não está incluído neste item.

A hipótese foge à tipificação do tributo.

8. detalhamento de serviços (83055) e chamada maliciosa – apuração (99622)

São serviços administrativos, que não interferem na prestação do serviço de comunicação, possibilitando-o, otimizando-o ou agilizando-o.

Não constituem hipótese de incidência do tributo estadual sob comento.

9. refaturamento de conta (cód. 91884 e 90340)

Também estes são serviços administrativos alheios à hipótese de incidência do ICMS.

Eles não influenciam em absoluto a qualidade do serviço de comunicação prestado pela empresa autuada.

10. serviços 0900 e 900 (códigos variados), com exceção da disponibilidade (cód. 10553)

Consistiam em receitas de terceiros. A operadora arrecadava os pagamentos efetuados pelos usuários (valores adicionados sobre os quais ora se pretende a incidência) e os repassava aos prestadores do serviço.

Vale lembrar que, nesta rubrica, não está incluído o serviço de comunicação envolvido neste produto, mas apenas o valor agregado referente ao produto em si. A chamada telefônica possui rubrica própria e sobre ela já incidiu o imposto.

Qualquer tributação extra que se pretenda haverá de ter por sujeito passivo o real prestador do serviço 0900 ou 900, o verdadeiro 'dono do dinheiro'.

Não há que se falar que todos os valores cobrados através da 'conta de telefone' serão passíveis da incidência do imposto. Como dito, através deste boleto de cobrança, são exigidos também valores de terceiros, que serão entregues a estes.

A incidência tributária dependerá de ser o serviço por estes prestados fato gerador do imposto, independentemente da forma pela qual são efetuados os pagamentos. A forma de cobrança é uma opção empresarial.

Apenas a título exemplificativo, o caso se assemelha a pretender incluir a taxa de iluminação pública na base de cálculo do ICMS-energia elétrica, apenas por ser aquela cobrada através da mesma fatura. Ou considerar incluído no IPTU a taxa de limpeza pública, vez que são lançadas no mesmo documento de cobrança.

Tem-se, ainda, que os serviços 0900 (tele horóscopo, tele sorte, domingo milionário, disque amizade, piadas, previsão de futuro etc.) não têm influência na qualidade ou presteza da prestação do serviço de comunicação pela empresa atuada, não estando, portanto, abrangido pelo indigitado §4º do art. 44.

11. parcelamento – serviço 0900 (93963)

Refere-se ao parcelamento da dívida de usuários dos serviços acima mencionados. Pelas mesmas razões, não são passíveis de tributação pelo ICMS os valores constantes deste item.

12. telegrama fonado (cód. 70615)

De acordo com o detalhamento apresentado a fls. 215-219, é o "*valor de repasse aos Correios referente à cobrança em fatura telefônica de telegramas contratados por terceiros junto à ECT por meio de telefone*".

Traduz-se, pois, em receita de terceiro.

A fundamentação, para exclusão das exigências referentes a esta rubrica, é a mesma exposta no item 10.

13. desligamento (códigos 32680 e 33035), suspensão temporária de serviço (85035) e RVI – ser. event. ret. terminal (cód. 54593)

Não gera, otimiza ou agiliza o serviço de comunicação. Ao contrário, interrompe a prestação deste serviço.

Para que se tenha a tributação é necessária a perfeita subsunção dos fatos ao texto normativo. É fácil verificar que isto não ocorre nestas hipóteses:

O desligamento e a suspensão não são processos de “*geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza*” (RICMS, art. 44, X).

Tampouco os valores por eles cobrados se referem a “*acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços*” (§4º do citado art.)

Por fim, não são “*serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação*” (idem).

Em respeito aos Princípios da legalidade e da especificação conceitual, é mister o afastamento da pretensão do Fisco mineiro.

14. posto credenciado de serviço (cód. 53421)

É uma atividade administrativa/empresarial, alheia à incidência do imposto.

Isto é, são operações administrativas, que não interferem na prestação do serviço de comunicação, possibilitando-o, otimizando-o ou agilizando-o.

Não constituem hipótese de incidência do tributo estadual sob comento.

15. ressarcimento de condomínio (cód. 95976), ressarcimento de gastos com MO (cód.. 95224) e ressarcimento modif. cabo pred. (cód. 95869)

Segundo o Dicionário eletrônico Houaiss, ressarcimento é

“1. ato ou efeito de ressarcir(-se)

1.1. *Rubrica: termo jurídico.*

reparação de dano causado; indenização”

Com o ressarcimento, procura-se o retorno ao ‘*status quo ante*’, ou seja, tornar indene (livre de prejuízos) aquele que teve um gasto indevido ou um dano injusto.

Não é possível vislumbrar, nestas rubricas, a hipótese de incidência do imposto estadual.

16. itens genéricos referentes ao período em que a empresa utilizava o regime de caixa – ex.: adiantamentos (cód. 94953), nota promissória a receber (cód. 94573) etc.

Através destes itens, não há possibilidade de identificação dos serviços prestados e, persistindo dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, há de se cancelar as exigências fiscais. É o que determina o art. 112 do CTN:

Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Com isso, prevalece o princípio do direito penal de que, na dúvida, deve-se interpretar em favor do réu.

Não poderia ser de outra maneira. O princípio da estrita legalidade tributária traz consigo o da especificação conceitual. Qualquer incerteza quanto ao perfeito enquadramento do fato à norma compromete a aplicação desta.

A conduta típica é aquela na qual verifica-se plena identidade entre os seus componentes fáticos e aqueles descritos na norma jurídica que comina penalidade à sua prática.

17. outros devedores (cód. 94987), retiradas diversas CPCT (cód. 31856), outros serviços (cód. 94946) e outros serviços técnico-administrativos (cód. 94904 e 94938)

Da mesma forma, não se tem segurança quanto ao objeto que está sendo tributado, por não ter o mesmo sido detalhado.

A exclusão, também nestes casos, se dá com fulcro no art. 112 do CTN.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, , para excluir os itens seguintes:

1. aluguel e locação de aparelhos e equipamentos, inclusive relativos a RVI – Rede Virtual Integrada (códigos variados).
2. RVI – equipamento CPCT (leasing) – cód. 43604
3. serviços de manutenção dos aparelhos e equipamentos referidos nos itens anteriores (códigos variados).
4. utilização sala telemarketing (cód. 90191)
5. videoconferência utilização sala (cód. 96776) e videoconferência utilização sala Telemar (cód. 97063)
6. fio musical Belmusic (cód. 78014 e 78006)
7. DVI – chamada em espera (cód. 11304)
8. detalhamento de serviços (83055) e chamada maliciosa – apuração (99622)
9. refaturamento de conta (cód. 91884 e 90340)

10. serviços 0900 e 900 (códigos variados), com exceção da disponibilidade (cód. 10553)
11. parcelamento – serviço 0900 (93963)
12. telegrama fonado (cód. 70615)
13. desligamento (códigos 32680 e 33035), suspensão temporária de serviço (85035) e RVI – ser. event. ret. terminal (cód. 54593)
14. posto credenciado de serviço (cód. 53421)
15. ressarcimento de condomínio (cód. 95976), ressarcimento de gastos com MO (cód. 95224) e ressarcimento modif. cabo pred. (cód. 95869)
16. itens genéricos referentes ao período em que a empresa utilizava o regime de caixa – ex.: adiantamentos (cód. 94953), nota promissória a receber (cód. 94573),
17. outros devedores (cód. 94987), retiradas diversas CPCT (cód. 31856), outros serviços (cód. 94946) e outros serviços técnico-administrativos (cód. 94904 e 94938).

Conselheira: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 17.205/05/3^a – (Publicado no “MG” de 24/11/05)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – VALOR INFERIOR AO PREÇO DO SERVIÇO – Constatou-se que a Autuada ofereceu à tributação serviços de comunicação, referentes a vendas de cartões pré-pagos para distribuidores, preço inferior ao valor tarifário vigente naquelas datas, inobservando as disposições contidas no art. 40, inciso I do Anexo IX do RICMS/96 (vigente à época). Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS pela Autuada, nos exercícios de 2001 e 2002, em virtude de utilização de base de cálculo do imposto menor que o valor efetivamente pago pelo usuário final do serviço de comunicação, na modalidade de telefonia, quando das saídas de cartões pré-pagos destinados a distribuidores.

Lavrado em 15/04/05 - AI exigindo ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 160/166.

O Fisco se manifesta às fls. 199/203, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 204/208, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS (25%) e MR (50%), face a constatação de recolhimento a menor do ICMS pela Autuada, no período de janeiro/2001 a outubro/2002, decorrente de utilização de base de cálculo do ICMS a menor do que a prevista no art. 40, inciso I do Anexo IX do RICMS/96 (a seguir transcrito), em prestações de serviço de comunicação relativas às notas fiscais elencadas às fls. 08/66 dos autos, referentes às saídas de cartões pré-pagos para distribuidores.

Art. 40 - Relativamente à ficha, cartão ou assemelhados, será observado o seguinte:

I - por ocasião da entrega, real ou simbólica, a terceiro para fornecimento ao usuário, mesmo que a disponibilização seja por meio eletrônico, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST) com destaque do valor do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data;

A relação das notas fiscais em que o ICMS fora destacado a menor encontram-se listadas às fls. 08/66 dos autos.

Em virtude da não localização das vias fixas das notas fiscais do exercício de 2001, bem como por serem ilegíveis as cópias dos documentos apresentados (relativas ao exercício de 2002), o Fisco obteve do Sujeito Passivo declaração, acostada às fls. 07, informando que os valores consignados na coluna denominada "Valor BC ICMS" do demonstrativo de fls. 08/66, retratam os efetivos valores constantes das vias fixas daqueles documentos.

Em sua peça defensiva afirma a Impugnante que quando comercializa seus cartões telefônicos indutivos ou pré-pagos, como estratégia comercial, concede aos seus revendedores os chamados descontos incondicionais, independentemente da efetivação de qualquer evento futuro por parte do adquirente. Alerta que na hipótese dos autos, o valor auferido é o resultado do abatimento do desconto sobre o preço da mercadoria. Entende que as importâncias relativas aos descontos incondicionais, nos termos da alínea "a" do inciso II do § 1º do art. 13 da LC 87/96, jamais poderão integrar a base de cálculo do ICMS, como pretende o Fisco, pois o ato jurídico (venda de mercadoria) se realiza de maneira certa e presente.

Entretanto, razão não lhe assiste, posto que a legislação tributária que rege a matéria em discussão não acolhe a tese defendida, conforme será demonstrado.

Relativamente ao aspecto temporal do fato gerador do ICMS, na prestação de serviço de comunicação, determina o art. 6º, inciso XI e § 4º da Lei 6763/75:

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

(...)

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte:

(...)

§ 4º - Na hipótese do Inciso XI, caso o serviço seja prestado mediante ficha, cartão, ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador quando de seu fornecimento ao usuário.

Quanto à base de cálculo do ICMS dispôs o art. 13, inciso VII da Lei 6763/75, recepcionando o inciso III do art. 13 da LC 87/96:

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

(...)

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

Oportuno repetir, para o deslinde da questão, que o serviço de telecomunicação prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados terá configurado o fato gerador do ICMS incidente sobre o serviço de comunicação, no momento da saída real ou simbólica dos mesmos do estabelecimento prestador do serviço de comunicação, sendo que a base de cálculo do tributo, nos termos da legislação supra citada, é o preço do serviço.

No caso em exame, o desconto mencionado pela Autuada fora concedido aos distribuidores e não ao usuário final do serviço, donde se conclui que os valores levados à tributação pelo Sujeito Passivo são menores que o estabelecido na legislação tributária pertinente (o valor tarifário vigente nas datas de saída dos cartões), conforme determina o inciso I do art. 40 do Anexo IX do RICMS/96.

Vale acrescentar que a regra estabelecida no dispositivo retro citado, advém da "Cláusula Sétima" do Convênio ICMS n.º 126 de 11/1298.

Apenas a título de esclarecimento, vale destacar que o vendedor/distribuidor é tão somente o intermediário na venda dos cartões telefônicos, não

se enquadrando, pois, como prestador de serviço de comunicação, posto que não disponibiliza meios que possam caracterizar essa atividade, como geração, emissão e transmissão de comunicação, bem como não pode ser conceituado como usuário final do serviço, visto que para os efeitos de aplicação da legislação tributária, tomador do serviço ou usuário final será sempre a pessoa que suportar o ônus pela prestação de serviço de comunicação realizada.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS e MR.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Aguiar Machado.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Acórdão: 3.085/05/CE – (Publicado no “MG” de 24/11/05)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - TV A CABO - ACESSO À INTERNET - BASE DE CÁLCULO. Nos termos do § 4º do art. 43 da Parte Geral do RICMS/02, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade e assinatura, bem como de serviços suplementares, devem compor a base de cálculo do ICMS relativa à prestação de serviço de comunicação. Infração configurada. Restabelecidas as exigências atinentes às taxas de desligamento/desconexão, em razão do disposto no artigo 13, item 2, § 2º da Lei 6763/75, além daquelas atinentes às locações, por dizerem respeito a equipamentos que disponibilizam o processo de comunicação. Recursos conhecidos à unanimidade e, no mérito, provido o recurso da FPE, pelo voto de qualidade e não provido o recurso da Autuada, à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de setembro/02 a janeiro/04, decorrente da falta de tributação de serviços suplementares à prestação de serviço de comunicação, nas modalidades de TV a Cabo e Acesso à Internet.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.085/04/2ª, pelo voto de qualidade, excluiu as exigências de ICMS, MR e MI, relativas a estorno Loc Cab Mod Prop Internet, estorno Loc Roteador Prop Internet, serviços de locação, de desligamento e de desconexão.

Inconformada, a 1ª Recorrente (Fazenda Pública Estadual) interpõe, tempestiva e regularmente, o Recurso de Revisão de fls. 268/269, requerendo o restabelecimento das exigências relacionadas aos serviços de locação, desligamento e desconexão.

A Autuada, Way TV Belo Horizonte S.A, também interpõe, tempestivamente e por procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 270/283, e contra-arrazo o Recurso interposto pela FPE, às fls. 286/295.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 298/305, opina pelo conhecimento de ambos os Recursos e no mérito, pelo provimento do Recurso da FPE e pelo não provimento do Recurso interposto pela Autuada.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo pequenas alterações. Além disso, foram também consideradas as razões expostas no “voto vencido” de fls. 263/266.

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

A autuação refere-se à não inclusão, na base de cálculo do ICMS, de vários serviços atinentes à atividade da Autuada, prestadora de serviço de telecomunicação nas modalidades de TV a Cabo e Acesso à Internet em Banda Larga.

Em relação a tais serviços, listados no Anexo I, às fls. 12 a 34, a r. decisão, ora recorrida, houve por bem excluir os serviços de locação, de desligamento e de desconexão, além de estornos, representados pelos códigos 2700382 e 2700383, que não teriam sido subtraídos, mas sim adicionados à base de cálculo pelo Fisco.

Isso posto, primeiramente devemos mencionar que os estornos atinentes aos códigos acima somente em parte efetivamente acresceram ao invés de reduzirem a base de cálculo do ICMS, como se pode constatar às fls. 12, 14, 17, 18 e 19.

Em decorrência da decisão anterior, os valores indevidamente exigidos a título de estorno foram excluídos, sendo que os demais já não compunham a base de cálculo do ICMS, tampouco foram objeto das exigências fiscais. As exclusões relacionadas a estes itens não são objeto de Recurso.

A Autuada contesta a incidência de ICMS sobre descontos, pois não há nos autos notícia de que os descontos glosados sejam condicionados a evento futuro. Porém, conforme comprovam as planilhas de fls. 13, 15, 16, 17, 18, etc., o Fisco não inclui descontos na base de cálculo do imposto, mas apenas os estornos de desconto.

Quanto aos serviços não levados à tributação pela Autuada, temos que o § 4º do inciso X, art. 43 da parte geral, RICMS/02 (correspondente ao art. 44 da Parte Geral, RICMS/96), assim dispõe:

“§ 4º - Na hipótese do inciso X do caput deste artigo 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.”

A Autuada assevera que a inclusão na base de cálculo do ICMS dos serviços suplementares e facilidades adicionais “extrapolaria os limites legais” e que tais atividades se “executariam paralela, posterior ou previamente à prestação do serviço de comunicação, não se confundindo com os serviços de televisão a cabo e provimento de acesso à internet”.

Assim, de plano temos que vários dos serviços listados pelo Fisco, conforme dispositivo legal acima, não estão sequer enquadrados como “suplementares ou facilidades adicionais”, haja vista que são atinentes a “valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura ou utilização dos serviços”. Em tal situação temos as diversas taxas de habilitação, instalação, reinstalação e mudança, além da assinatura do chamado Pay Per View.

A Lei Federal n.º 8.977/95, atinente ao serviço de TV a Cabo, assim prevê:

“...

Art. 26. O acesso, como assinante, ao serviço de TV a Cabo é assegurado a todos os que tenham suas dependências localizadas na área de prestação do serviço, mediante o pagamento pela adesão, e remuneração pela disponibilidade e utilização do serviço.

...

Art. 31. A operadora de TV a Cabo está obrigada a:

I - realizar a distribuição dos sinais de TV em condições técnicas adequadas;

...

Art. 33. São direitos do assinante do serviço de TV a Cabo:

...

II - receber da operadora de TV a Cabo os serviços

de instalação e manutenção dos equipamentos necessários à recepção dos sinais.

...”

Por sua vez, a Lei Federal n.º 9.472/97, ao dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, estabeleceu que:

“...

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

E, como já destacado na resposta à Consulta n.º 168/2000, “a disponibilização de canais de TV por assinatura, inclusive os serviços a ela conexos, onde se inclui a instalação do equipamento, assistência técnica e demais serviços complementares, que permitem a continuidade do serviço, constitui fato gerador do ICMS.....no presente caso, os serviços de instalação, manutenção e assistência técnica, a despeito de serem ‘prestados a terceiros’, estes não se beneficiam dos serviços propriamente ditos, mas de seus ‘efeitos’ sobre a prestação do serviço de comunicação”.

No presente caso, como serviços de manutenção/assistência técnica enquadram-se as taxas de visita e as taxas de serviços técnicos.

Quanto às taxas de desligamento/desconexão, importante observar que a Lei Complementar 87/96 fixou como base de cálculo do ICMS, na prestação de serviço de comunicação “o preço do serviço”.

A Lei 6763/75 determinou que as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço, compõem a base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, item 2, § 2º, do art. 13, in verbis:

“§ 2º - Integram a base de cálculo do imposto:

“...

2) nas prestações, todas as importâncias recebidas ou debitadas ao tomador do serviço, como juro, seguro, desconto concedido sob condição e preço de serviço de coleta e entrega de carga.”

Extrai-se dos dispositivos supra citados que todas as parcelas cobradas do tomador do serviço de comunicação, pelo prestador, sejam relacionadas a serviços preparatórios, auxiliares ou acessórios, serão sempre consideradas aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar (ou que realizou), compondo, portanto, a base de cálculo do ICMS.

Somente se justifica a cobrança de taxa de desconexão e desligamento

de pontos de TV a Cabo e Internet, ou seja, de serviços suplementares, em função da prestação de serviço de comunicação realizado pela Impugnante.

Ademais, ressalta a Auditoria Fiscal em seu parecer, que verificando os diversos serviços listados pelo Fisco, encontramos apenas “desconexões de pontos de TV a Cabo” e “desconexões de pontos de Internet”, mas não desconexões do serviço de TV a cabo ou desconexões de acesso à Internet. Ou seja, referem-se a situações nas quais o usuário possuía mais de um ponto e resolveu apenas limitá-los. Foram, na realidade, típicos serviços suplementares prestados pela Autuada para o seu ainda cliente.

Quanto às locações, referem-se a cable modem e roteadores, ambos para TV a Cabo ou Internet.

Tais locações não se confundem com aquelas realizadas por uma empresa ou por uma pessoa física quando, por exemplo, alugam, respectivamente, um maquinário ou um veículo, um aparelho de televisão ou uma fita de vídeo.

As locações objeto da presente autuação diferem destas pois, mais do que “serviços suplementares ou facilidades adicionais”, na realidade disponibilizam, viabilizam o processo de comunicação. São, enfim, necessárias para que o serviço de comunicação se realize.

Não estão, portanto, beneficiadas pela não incidência do ICMS, como mencionado pela Autuada, que reporta-se à “saída de bens em decorrência de comodato, locação ou arrendamento mercantil”, e nem se referem a um serviço “ao alcance do ISSQN”, pois constante “da Lista de Serviço (Lei Complementar n.º 116/030)”, como mencionado na r. decisão, ora recorrida.

Quanto à Multa Isolada, foi corretamente capitulada no inciso VII do art. 55, Lei n.º 6763/75, com efeitos a partir de 1º-11-03, pois constatada a “consignação em nota fiscal de base de cálculo diversa da prevista pela legislação”.

Assim, não há como prevalecer a alegação da Autuada no sentido de que “não teria ocultado do Fisco operação ou prestação de serviço; não teria dado saída a quantidade de mercadoria inferior ou superior à mencionada em documento fiscal; não teria indicado, em documento fiscal, menos ou mais serviços do que os prestados; não teria indicado, em documento fiscal, valor menor ou maior que o real (de mercadoria ou serviço); e não teria praticado simulação ou fraude em documento fiscal, serviço ou operação”.

Na realidade, todas as irregularidades acima não se encontram presentes no Auto de Infração e não ensejaram, portanto, a penalidade ora questionada.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer de ambos os Recursos. No mérito, também à unanimidade, em negar provimento ao Recurso nº 40.060115291-34 e pelo voto de qualidade, em dar provimento ao Recurso nº 40.060115290-53. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Antônio César Ribeiro e Francisco Maurício Barbosa Simões, que lhe negavam provimento, nos termos da

decisão recorrida. Participou do julgamento, além dos signatários e dos retro citados, a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

19 – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE

Acórdão: 16.520/05/2ª – (Publicado no “MG” de 10/11/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA - O exame pericial não se faz necessário, um vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para a análise e julgamento da matéria. Recurso não provido. Decisão unânime.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – Imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS incidente em prestação de serviço de transporte iniciada em território do Estado do Espírito Santo. Os elementos constantes dos autos não permitem concluir tratar-se de prestação de serviço de transporte na modalidade intermodal, tendo em vista que a definição legal pressupõe que o preço total do serviço tenha sido cobrado até o destino. Tratando-se de redespacho, o imposto cobrado pelo Fisco não é de competência deste Estado. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS, no período de jan/98 a dez/02, nas prestações interestaduais de serviço de transporte, iniciadas em território mineiro, realizadas por transportadores autônomos ou empresas não inscritas, cujas mercadorias foram transbordadas no Porto de Tubarão em Vitória/ES e destinadas ao município de Viana/ES. Não houve pagamento antecipado ou destaque do ICMS em notas fiscais. Exigiu-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 436/444, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 455/458.

A Auditoria Fiscal, às fls. 461, indefere o requerimento de prova pericial.

A Autuada apresenta Recurso de Agravo às fls. 463/467.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 472/479, opina pela improcedência do lançamento.

Em 03/12/2004, a 3ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, exarou despacho interlocutório (fls. 481).

Em atendimento, a Autuada junta documentos e se manifesta às fls. 487/489

O Fisco se manifesta às fls. 531/539 e novamente a Autuada às fls. 541/544.

Às fls. 665, o Fisco informa ao Contribuinte qual é o dispositivo legal que dá suporte à base de cálculo por ele utilizada.

Cientificada, a autuada se manifesta às fls. 669/670.

A Auditoria Fiscal, às fls. 673/681, manifesta-se sobre o resultado do despacho interlocutório, ratificando sua posição anterior.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que parte dos fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal compõem este Acórdão, uma vez utilizados para sustentar a presente decisão.

DAS PRELIMINARES

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

Com efeito, observa-se que o pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos procuram perquirir matéria que não tem relevância para o deslinde da questão.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no inciso I do art. 116 da CLTA/MG.

Do MÉRITO

Inicialmente, destacamos o entendimento da Autuada de que sendo o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação, o crédito tributário relativo ao período compreendido entre janeiro e novembro de 1998 já se encontrava decaído no momento da intimação do AI.

Conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN, contudo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Inexistindo lançamento ou na hipótese da constatação de dolo, fraude ou simulação, no entanto, o direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário obedece à regra estatuída no inciso I do art. 173 do CTN.

Depreende-se que a regra de citado art. 150 do CTN refere-se àqueles valores oferecidos à tributação, isto é, lançados, e não àqueles que ficaram à margem do lançamento.

Assim, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que as irregularidades apontadas dizem respeito à falta de recolhimento ou recolhimento a menor do imposto, não havendo falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Assim sendo, infere-se que o direito do Fisco, in casu, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a novembro de 1998 somente expirou em 31/12/2003, conforme o inciso I do art. 173 do CTN.

Tendo em vista que a Autuada foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 11/12/2003 (fls. 3), observa-se, portanto, que inocorreu a decadência relativamente ao crédito tributário do período acima mencionado.

Decorrem as exigências fiscais formalizadas da constatação, mediante verificação fiscal analítica e conferência de documentos fiscais abrangendo o período compreendido entre janeiro de 1998 e dezembro de 2002, da prática de prestações de serviço de transporte de cargas, realizadas por transportadores autônomos ou empresas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado, de mercadorias originalmente remetidas para o Porto de Tubarão, localizado no Município de Vitória, ES, com o fim específico de exportação, que no entanto foram vendidas para empresa localizada no Município de Viana, ES, sem o pagamento antecipado nem tampouco o destaque do ICMS nas notas fiscais.

Compõem o AI o demonstrativo dos valores de frete utilizados nas prestações interestaduais baseado na pauta de fretes de 2003 do Estado do Espírito Santo, adaptado ao salário mínimo (fls. 10); o demonstrativo das placas dos caminhões dos transportadores autônomos (fls. 11 a 14) e o demonstrativo das saídas sem recolhimento do ICMS das prestações interestaduais de fls. 15 a 212.

Constam ainda dos autos as cópias das notas fiscais de saída emitidas pela Autuada de fls. 213 a 434, bem como as notas fiscais de fls. 546/599, também emitidas pela Autuada, com o fim específico de exportação.

Os elementos originalmente constantes dos autos e as demais informações advindas do despacho interlocutório, permitem o conhecimento pleno dos fatos que permeiam o presente lançamento.

Não há dúvidas de que as mercadorias (minério) foram originalmente remetidas por via ferroviária do estabelecimento da Autuada localizado no Município de Itabira, MG, com destino ao Porto de Tubarão, localizado no Município de Vitória, ES, com o fim específico de exportação. Tais operações não foram acobertadas por

notas fiscais individualizadas, mas por notas fiscais emitidas de maneira global, por período.

Posteriormente, a Atuada decidiu vender parte do minério no mercado interno, principalmente para a empresa CBF Indústria de Gusa S/A, localizada no Município de Viana/ES, emitindo para tanto as notas fiscais que embasaram a autuação em comento, e procedendo ao transporte da mercadoria por via rodoviária desde o Porto de Tubarão até seu destino.

Por oportuno, constata-se que inexistiu controvérsia quanto aos fatos apontados, pois tanto o Fisco quanto a Atuada concordam que a mercadoria efetivamente encontrava-se no Porto de Tubarão aguardando embarque para exportação, momento no qual a Atuada desiste da operação de exportação e decide reintroduzir a mercadoria no mercado interno, ainda que nas notas fiscais de venda conste como origem a cidade de Itabira/MG.

Claro portanto que houve irregularidades na sistemática de emissão de documentos fiscais adotada pela Atuada para o acobertamento da reintrodução da mercadoria no mercado interno, não sendo este, entretanto, o cerne da presente questão, devendo, se assim entender o Fisco, ser objeto de autuação distinta.

Segundo o Fisco, em sua manifestação de fls. 532/533 “com a descaracterização da não incidência do ICMS, pela não exportação e conseqüentemente a reintrodução, pretende esta fiscalização exigir, somente, o ICMS sobre as prestações de serviço de transporte intermodal, na sua segunda etapa que é do Porto Tubarão/Vitória/ES a Viana/ES, porque na primeira etapa seria outro contribuinte/Sujeito Passivo”.

E acrescenta que “ocorreram 02 (duas) prestações e nossa legislação caracteriza como prestação de serviço intermodal”.

Porém, não é o que se extrai dos dispositivos legais relacionados à matéria, notadamente os artigos 222, inciso V, da parte geral do RICMS/02 e artigo 11, do Anexo IX do mesmo diploma legal, in verbis:

Parte Geral

Art. 222 – Para efeitos de aplicação da legislação do imposto:

...

V – intermodal é o transporte de cargas que tenha suas etapas executadas por meio diverso do original e em que o preço total da prestação do serviço tenha sido cobrado até o destino, ainda que ocorra subcontratação, transbordo ou redespacho;

Anexo IX

Art. 11 – No caso de transporte intermodal será observado o seguinte:

I – o conhecimento de transporte original será emitido pelo valor total do serviço, devendo o imposto ser recolhido na localidade onde a prestação se iniciar;

II – a cada início de modalidade de transporte, será emitido o conhecimento de transporte correspondente;

III – para fins de apuração do imposto, será lançado, a débito, o conhecimento intermodal de que trata o inciso I deste artigo, e, a crédito, o conhecimento correspondente a cada modalidade do serviço prestado, não podendo o montante dos créditos superar o valor do débito;

...

Apesar de não ser possível verificar em que datas efetivamente ocorreram as remessas com fim específico de exportação e a reintrodução no mercado interno, é patente que as duas operações ocorreram diariamente. Também não é possível saber se as mercadorias ficaram armazenadas em algum local no Porto de Tubarão ou se foram desembarcadas e imediatamente embarcadas nos veículos que as transportaram para a CBF em Viana/ES. Registre-se que todas estas dúvidas e incertezas decorrem da emissão irregular de documentos por parte da Autuada.

Porém, ainda que a mercadoria não tivesse ficado um só momento armazenada, mas tivesse seguido quase que imediatamente para Viana, o fato é que a cobrança da forma como consta do Auto de Infração não está correta.

Se se tratasse de transporte intermodal, como alega o Fisco, o pagamento do imposto referente ao serviço de transporte deveria ser feito ao Estado de Minas Gerais sobre o valor total da prestação e não somente em relação a um trecho do serviço. E mais, nesta hipótese, a responsabilidade pelo pagamento do imposto seria do contribuinte que dá início à prestação de serviço.

Note-se que a prestação de serviço de transporte intermodal pressupõe a emissão de um conhecimento de transporte no qual se destaca o valor total do serviço, sendo que o pagamento do imposto deve ser feito na localidade onde a prestação se iniciar.

Aduz ainda o Fiscal atuante que ocorreu o transbordo das mercadorias, o que também não está correto se considerado que em tal modalidade todo o percurso, do início ao final do trajeto, é realizado em veículo da mesma empresa transportadora, ou seja, o transbordo ocorre quando, no desempenho da prestação de serviço de transporte, há transferência da mercadoria para outro veículo da mesma empresa transportadora.

Na verdade, o transporte realizado assemelha-se a modalidade de redespacho, na qual um transportador presta serviço num determinado trecho e outro transportador é posteriormente contratado para realizar o serviço num trecho

subseqüente. Porém, nesta hipótese, cada um se responsabiliza pela emissão do Conhecimento de Transporte relacionado ao serviço prestado, sendo que, no caso dos autos, o serviço prestado no Espírito Santo configura nova prestação de serviço.

A SLT já se manifestou sobre matéria muito semelhante na Consulta Fiscal Direta nº 528/94, que apesar de referir-se ao Regulamento do ICMS de 1991, trata de conceitos que não foram alterados:

HISTÓRICO/SITUAÇÃO DETECTADA:

Empresa de transporte rodoviário de cargas, contribuinte no Estado de Minas Gerais, coleta mercadorias vendidas por contribuinte mineiro com destino ao Estado do Pará, sendo contratado pelo remetente ou pelo destinatário para realizar o serviço somente até o Estado de Goiás, onde as mercadorias deverão ser entregues a outro transportador, contratado pelo remetente ou pelo destinatário, para o restante do percurso.

Embora referente a uma mesma operação, entende o consulente que está caracterizada, nesta situação, a ocorrência de duas prestações de serviço de transporte distintas, tendo a primeira início em Minas Gerais e término em Goiás e a segunda, início em Goiás e término no Pará.

Assim, em conformidade com o disposto no art. 27, inciso II alínea “b” do Convênio 66/88 e art. 95, inciso II, alínea “g” do RICMS/91, caberia exigir da empresa transportadora mineira a emissão de CTCR destacando o ICMS devido, tendo como base de cálculo apenas o valor da primeira etapa do trajeto, sendo devido ao Estado de Goiás, pelo segundo transportador, o ICMS, correspondente ao valor da segunda etapa.

CONSULTA:

Está correto este entendimento ?

Tratando-se de transporte rodoviário de cargas, é correto considerar como início de nova prestação de serviço de transporte o transbordo de cargas, durante o trajeto, fora das condições arroladas nos incisos I e II do art. 411 do RICMS/91 ?

RESPOSTA:

1 – Sim.

2- Sim, conseqüentemente fica ratificada a primeira resposta.

Portanto, considerando que a LC n.º 87, de 1996 estabelece na alínea “a” do inciso II do art. 11 que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é, tratando-se de prestação de serviço de transporte, onde tenha início a prestação, o mesmo estabelecendo a alínea “e” do item 2 do § 1º do art. 33 da Lei n.º 6.763, de 1975, não há como concordar com a cobrança do imposto decorrente de prestação realizada exclusivamente no Estado do Espírito Santo.

Além disto, verifica-se a inaplicabilidade da utilização da “Pauta de Preços para a Cobrança de ICMS sobre Frete” de que trata o Anexo Único da Ordem de Serviço n.º 90, de 2003, expedida pela Subsecretaria de Estado da Receita do Estado do Espírito Santo, como arbitramento para fatos geradores ocorridos anteriormente à sua edição, por não refletir, necessariamente, o efetivo valor da base de cálculo no período autuado, que lhe é anterior, e também em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Agravo Retido. No mérito, também à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. João Manoel Martins Vieira Rolla e pela Fazenda Pública Estadual o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 17.053/05/1ª – (Publicado no “MG” de 12/05/05)

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE - RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS – EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - FALTA DE EQUIPAMENTO AUTORIZADO. Constatado, em julho de 2004, que o Contribuinte não possuía ECF devidamente autorizado, nos termos do § 1º, art. 15, Anexo VI, RICMS/02, acarretando exigência da penalidade prevista na alínea b, inciso X, art. 54, Lei 6763/75. Alegações do Contribuinte insuficientes para afastar a imputação fiscal. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, em julho/04, da falta de ECF devidamente autorizado, nos termos do § 1º, art. 15, Anexo VI, RICMS/02, acarretando exigência da penalidade prevista na alínea b, inciso X, art. 54, Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 09/10, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 22/26.

DECISÃO

A autuação versa sobre a constatação, em julho/04, da falta de ECF devidamente autorizado, nos termos do § 1º, art. 15, Anexo VI, RICMS/02, acarretando exigência da penalidade prevista na alínea b, inciso X, art. 54, Lei 6763/75.

O Contribuinte, ora Impugnante, tem como atividade a prestação de serviços de transporte de passageiros.

O Anexo V prevê os casos em que deve ser emitido, obrigatoriamente, documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos arts. 29, 34 e 34-A desta Parte e no Anexo VI: Efeitos de 15/12/2002 a 02/07/2004- Redação original:

“Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos artigos 29 e 34 desta Parte e no Anexo VI:”

I -

II - na prestação de serviço de transporte público rodoviário regular de passageiros, interestadual ou intermunicipal.

Não obstante, no mesmo dispositivo existe ressalva para a situação em foco.

§ 1º - Observada a faculdade prevista no artigo 31 desta Parte, o disposto neste artigo não se aplica:

(...)

IV - relativamente à prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros, observado o disposto nas alíneas “c” e “d” do inciso II do caput do artigo 15 da Parte 1 do Anexo VI, quando a emissão do documento fiscal ocorrer:

a - no interior do veículo utilizado na prestação do serviço;

b - em locais onde é diminuta a quantidade de documentos emitidos, assim considerado aquele no qual são emitidos até 100 (cem) documentos por dia;

Sem prejuízo da ressalva, a partir de 2004 o uso passou a ser obrigatório.

Art. 29 - Para os estabelecimentos indicados a seguir, a utilização de ECF será obrigatória:

(...)

II - a partir de 1º de janeiro de 2004, para o estabelecimento no qual o contribuinte exerça a atividade de prestador de serviço de transporte rodoviário de passageiros.

O Anexo VI, que cuida especificamente da utilização de equipamento ECF, assim dispõe:

Art. 15 - Nas situações abaixo descritas o contribuinte deverá emitir:

Efeitos de 15/12/2002 a 27/10/2004 - Redação original:

“Art. 15 - O disposto neste Anexo e nos artigos 28 a 36 da Parte 1 do Anexo V não veda e não desobriga o contribuinte da emissão de:”

(...)

II - Bilhete de Passagem Rodoviário, modelo 13, preenchido manualmente, para comprovação da prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros:

Efeitos de 15/12/2002 a 27/10/2004 - Redação original:

“II - Bilhete de Passagem Rodoviário, modelo 13, para comprovação da prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros, observado o disposto, conforme o caso, nos §§ 1º a 5º deste artigo.”

(...)

c - quando a emissão do documento fiscal ocorrer no interior do veículo utilizado para a prestação do serviço;

d - quando a emissão do documento fiscal ocorrer nos locais previstos na alínea “b” do inciso IV do § 1º do artigo 28 da Parte 1 do Anexo V;

§ 1º - Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os documentos deverão ser registrados no equipamento ECF, admitindo-se o lançamento globalizado, limitado a 50 (cinquenta) documentos, com a impressão de um único documento fiscal pelo ECF, nos seguintes prazos:

Efeitos de 15/12/2002 a 27/10/2004 - Redação original:

“§ 1º - As operações e prestações para as quais não tenha havido impressão do documento fiscal pelo ECF, em virtude das hipóteses previstas nas alíneas dos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser registradas no equipamento, admitindo-se o lançamento globalizado, limitado a 50 (cinquenta) documentos, com a impressão de um único documento fiscal pelo ECF, nos seguintes prazos:”

(...)

III - até o último dia do período de apuração do imposto relativo aos bilhetes de passagem emitidos em se tratando das situações descritas nas alíneas “c” e “d”.

Efeitos de 15/12/2002 a 27/10/2004 - Redação original:

“III - na hipótese da alínea “c” do inciso I do caput deste artigo, até o último dia do período de apuração do imposto relativo às notas fiscais emitidas;

IV - nas hipóteses das alíneas “c” e “d” do inciso II do caput deste artigo, até o último dia do período de apuração do imposto relativo aos bilhetes de passagem emitidos.”

(...)

§ 3º - Relativamente às hipóteses previstas nas alíneas “c” e “d” do inciso II do caput deste artigo, o registro da prestação e a emissão do documento fiscal pelo ECF, previstos no § 1º deste artigo, serão exigidos somente a partir de 1º de janeiro de 2003.

De toda a legislação transcrita, verifica-se que a legislação facultou a emissão do ECF, para as prestadoras de serviço de transporte de passageiros, no interior do veículo ou em locais onde é diminuta a necessidade de emissão de documentos fiscais (até 100).

Nesses casos, determinou a emissão do bilhete de passagem rodoviário.

Não obstante, definiu a legislação a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal por ECF correspondente aos citados bilhetes, podendo esses ser globalizados em número de até 50, para efeito de emissão de apenas um documento fiscal por ECF.

Dessa forma, percebe-se que o Contribuinte não interpretou corretamente a legislação pertinente.

Sendo assim, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e como a Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção da exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aureliano Borges de Resende (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

20 – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Acórdão: 17.167/05/1ª – (Publicado no “MG” de 18/08/05)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADO - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão, pelo Fisco, do Coobrigado do pólo passivo da obrigação tributária, por falta de prova de sua participação no ilícito fiscal.

MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO. Constatado através de contagem física de mercadoria realizada no estabelecimento, que o contribuinte mantinha em estoque mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Infração caracterizada nos autos, legitimando-se as exigências de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75. Exigências de ICMS e MR reconhecidas pela Impugnante, conforme pedido de parcelamento constante dos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Aos 18 de julho de 2002, tiveram início os trabalhos de fiscalização no estabelecimento do contribuinte, relativamente ao período de 01.01.1997 a 30.06.2002.

Findos estes, constatou-se que o mesmo mantinha em estoque mercadorias (chapa de MDF, compensado, eucatex, porta) desacobertas de documentos fiscais, conforme contagem física realizada em 02.10.2002.

Foi lavrado Auto de Infração, para cobrar ICMS, MR e MI (art. 55, II, da Lei 6763/75), tendo considerado violados os artigos: 5º, §1º, item 1; 16, II, III, VII,

IX e XIII; 21, VII; e 51, III, da Lei 6763/75; e 1º, I; 53, III; 54, II; 56, III; 61, I-c; 96, II-a, X e XVII, do RICMS/96.

Instruíram-no os documentos de fls. 02 e 05 a 36.

Não se conformando com o lançamento efetuado, a empresa Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 37 a 47.

Posteriormente, a Impugnante comparece aos autos para requerer a desistência parcial da Impugnação, no que se refere ao ICMS e à MR; bem como a concessão do parcelamento do crédito reconhecido (fls. 51 a 52).

Os agentes fiscais refutam a defesa apresentada, em Manifestação de fls. 58 a 59.

Em 27.12.2004, o processo retorna aos fiscais, para se manifestarem quanto à permanência do Coobrigado (ainda não intimado), tendo em vista sua exclusão no AI emitido para parcelamento a fl. 55.

Explicam os fiscais que, “no intuito de se obter maior agilidade do processo administrativo”, são favoráveis à não permanência do Coobrigado.

Foi juntada, além de nova Manifestação e cópia do AI sem a inclusão do Coobrigado, cópia do Minas Gerais de 23.12.2004, com a publicação do Ac. 15.965/04/2ª, dando pela procedência parcial de AI lavrado contra a Impugnante.

O contribuinte foi intimado, por edital, da juntada de documentos (fls. 68 a 70).

DECISÃO

Trata o presente feito de autuação decorrente da verificação, através de levantamento quantitativo, da existência de estoque desacobertado de documentação fiscal.

Foi informado, no ‘Relatório fiscal’ de fls. 06-07, anexo ao Auto de Infração, que “o valor unitário foi calculado com base em algumas notas fiscais de entradas e, na sua ausência, dividindo pela metade o valor constante em notas fiscais de saídas das empresas do grupo (Madeira Campeã/Madeira Ribeirão)”.

- AI lavrado em 09.12.2002 e recebido em 27.12.2002 (fls. 03 a 04);
- relatório de mercadorias em estoque (fl. 09) – contagem física (fl. 10);
- NF venda a cons. série D 007970 (fl. 11) – visada pelo Fisco, em 01.10.2002, às 11:30 h.;
- NF n.º 029969 (fls. 12-14) visada pelo Fisco, em 01.10.2002, às 11:30 h.;
- telas Sicaf – dados cadastrais (fl. 15) e conta corrente fiscal 2000-2002 (fls. 16 a 17) → não entregou DAPI em agosto e set./2002;

- NF com destino à Autuada (chapas de MDF/aglomerado/madeira contraplacada (fls. 19 a 28);

- NF emitidas por M. Teixeira e Campeã (fls. 30 a 36).

A utilização de preços praticados por outras empresas do grupo e a apreensão de documentos da Madeireira M. Teixeira Ltda. justificam-se pelo fato de que, ao serem requeridos os documentos fiscais, através do TIAF n.º 140745, ficou caracterizada a existência de 02 empresas no mesmo endereço.

A empresa autuada, em sua Impugnação, questiona, inicialmente, a autenticidade do levantamento quantitativo que deu origem ao Auto de Infração, uma vez que o procedimento adotado está absolutamente incorreto.

Diz que, uma vez não explicitado no artigo 194 do RICMS/96, a forma a ser adotada no levantamento quantitativo, é de se aplicar, analogicamente as regras impostas ao contribuinte para a escrituração do LRI.

O levantamento efetuado peca, segundo a Impugnante, pela insuficiência de dados – mercadorias de mesmo gênero podem ser de diferentes espécies, alterando assim principalmente o preço de venda. Defende estar comprometida a base de cálculo apurada pelo Fisco.

Entende que nenhuma irregularidade foi cometida e, afastado o principal, também as multas não seriam devidas.

No entanto, ataca as multas de revalidação e isolada, por serem desproporcionais, excessivas, confiscatórias e não ter sido observado o princípio da graduação da penalidade.

Argumenta que, além do levantamento quantitativo, foi também verificada a escrita comercial/fiscal do contribuinte, o que permitiu o lançamento efetuado, razão pela qual é aplicável a redução prevista na alínea "a" do inciso II do art. 55, da Lei nº 6763/75.

Por fim, pugna de ilegal a utilização da taxa Selic como índice para o cálculo dos juros moratórios. Frisa, em especial, a ausência de lei autorizativa.

Não obstante a apresentação de tão veemente defesa, o contribuinte protocolou, em março/03, petição de desistência parcial da Impugnação, no que se refere ao ICMS e à multa de revalidação, e requisição de concessão do parcelamento do crédito reconhecido “em 60 parcelas de valores iguais” (fls. 51 a 52).

- Termo de auto-denúncia ou de reconhecimento de débito (fl. 53) – protocolo n. 1201509AP-03, de 27.03.2003;

- Requerimento de parcelamento (fl. 54).

Quanto ao parcelamento requisitado, este deverá ser analisado pelos órgãos competentes, não podendo ser deferido ou indeferido pelo Conselho de Contribuintes, o qual não detém poder para tanto.

De resto, percebe-se que o contribuinte reconheceu a prática da irregularidade apontada no relatório do Auto de Infração: manutenção de estoque

desacobertado de documentação fiscal. Para tal infração está prevista a incidência da multa isolada do art. 55, II, capitulada no AI.

“Art. 55 -

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.” (Efeitos de 01/01/76 a 31/10/2003)

Não há que se aplicar o redutor previsto na alínea a deste dispositivo, uma vez que o lançamento teve por base o levantamento quantitativo de mercadorias – foi a contagem destas que permitiu a verificação da irregularidade.

Neste tópico, é de se ponderar, ainda, que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da proporcionalidade ou razoabilidade das penalidades.

A Lei 6763/75 traz expressa a previsão de aplicação de referida multa, não restando, nesta instância, possibilidade de questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Ademais, o Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria, comentando acerca das origens das penas, diz que:

“faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esse motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis”.

Nesse tocante, Roberto Lyra explica que: “o direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito”.

As penas têm de ser estabelecidas de modo que apresentem elemento que imponha ao possível infrator o receio da punição a ponto de levá-lo a não cometer o delito. O ponto básico da filosofia da pena é sem dúvida a dissuasão do infrator com a certeza da aplicação da pena.

Em verdade, as multas têm caráter essencialmente punitivo, mas também: a) repressivo para que não seja compensador o descumprimento da norma; b) retributivo para que haja o exemplo da punição, desestimulando as condutas ilícitas; c) ressocializador determinado que a multa seja graduada em percentual que não leve à inadimplência crônica (HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo

Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., Imprensa Nacional da Moeda, p. 247 e FONROUGE, Carlos M. Giuliani. Conceitos de direito tributário. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Greco, São Paulo: Lael, , 1973, p. 221).

No tocante ao questionamento da taxa Selic, deve-se observar que o art. 127, da lei 6763/75, dispõe que:

“Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais”.

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que:

“os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir 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 mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, I, da CLTA/MG.

Por fim, deve-se ressaltar que o Coobrigado, não intimado da lavratura do Auto de Infração, não foi mantido no pólo passivo - com a aquiescência do agente fazendário, que, acertadamente, privilegiou a celeridade do processo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme exclusão efetuada pelo Fisco às fls. 65/66. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 17.403/05/1ª – (Publicado no “MG” de 17/03/06)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADO. Imputada responsabilidade tributária ao Contabilista, por solidariedade, nos termos do inciso XII, art. 21 e § 3º, Lei 6763/75, quanto ao recolhimento do ICMS/ST sobre a prestação de serviço de transporte. Exclusão da responsabilidade, tendo em vista falta de comprovação de prática de ato com dolo ou má-fé.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS

– SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a falta de recolhimento do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte, devida pelo transportador autônomo ou empresa transportadora não inscrita no Estado, por força do art. 37 do RICMS/02. Comprovado, nos autos, que o sujeito passivo, em vez de recolher o imposto, compensou-o, desautorizadamente, com outros créditos fiscais, durante todo o período autuado, em explícita ofensa ao disposto nos art. 20, IV, 21 e 35, I, do mesmo diploma. Exclusão de exigência referente à prestação interna (isenta), em outubro/2004, e redução da Multa de Revalidação ao percentual de 50%. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST (art. 22, IV, Lei 6763/75), no período de junho/03 a outubro/04, sobre prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas, prestada por autônomo ou empresa transportadora não inscrita no Estado, nos termos do art. 37, RICMS/02. Houve destaque nas notas fiscais emitidas pela Autuada, porém, em vez de recolher o imposto, levou-o à conta gráfica, para compensação com créditos que detinha.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 93/109, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 999/1005, refutando as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1008/1016, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Confirmando o relatório, a autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST (art. 22, IV, Lei 6763/75), no período de junho/03 a outubro/04, sobre a prestação de serviço de transporte rodoviário de cargas, prestada por autônomo ou empresa transportadora não inscrita no Estado, nos termos do art. 37, RICMS/02. Houve destaque nas notas fiscais emitidas pela Autuada, porém, em vez de recolher o imposto, levou-o à conta gráfica, para compensação com créditos que detinha.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%).

Ressalta-se, inicialmente, que 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 Acórdão, salvo em relação à exclusão do Coobrigado do pólo passivo da obrigação tributária.

Na qualidade de alienante/remetente, incumbia-lhe, nos termos do art. 37, caput e § 1º, do RICMS/02, em suas notas fiscais, identificar o tomador do serviço, lançar o preço, a base de cálculo da prestação, a alíquota e destacar o valor do ICMS a recolher. Em seguida, recolhê-lo aos cofres públicos.

Em vez de proceder ao recolhimento do imposto, por substituição tributária, conforme definido pelo art. 20, IV, e determinado no art. 85, § 5º, II, ambos do pré-citado regulamento, compensou-o com créditos escriturais.

Entende o Fisco que a ilicitude contou com a participação direta e dolosa do contabilista da empresa, motivo pelo qual lhe atribuiu co-responsabilidade pelo crédito tributário.

Pelo estatuído no § 3º do art. 21 da lei 6.763/75, a responsabilidade do contabilista, na hipótese, é de caráter pessoal. Veja-se:

§ 3º - São também pessoalmente responsáveis o contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade, em relação ao imposto devido e não recolhido em função de ato por eles praticado com dolo ou má-fé.

Percebe-se que para atribuição da responsabilidade pessoal supra, necessário fazer prova quanto à prática de ato com dolo ou má-fé, o que não mereceu cuidado por parte do Fisco.

Nesse sentido, exclui-se o Contabilista do pólo passivo da obrigação tributária.

Quanto ao procedimento do sujeito passivo, em si, não se faz correto, até porque o imposto resultante de substituição tributária pertence ao Estado e não pode ser objeto de compensação com créditos de outra natureza, muito menos quando se refiram a débitos de terceiros, como na espécie:

RICMS/02

Art. 20 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

IV - prestador do serviço de transporte ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria ou de outro prestador de serviço;

Art. 35 - O imposto devido a este Estado por substituição tributária será recolhido, em agência bancária credenciada, mediante:

I - Documento de Arrecadação Estadual (DAE) distinto, se retido por contribuinte substituto localizado neste Estado;

Art. 21 - É vedada a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito do imposto.

A questão não traz dificuldades de elucidação, à vista do que a legislação dispõe.

O procedimento da Impugnante não encontra respaldo na regra da não-cumulatividade, porque, no caso, os débitos de ST não são resultantes de prestações por ela praticadas, mas dos transportadores autônomos ou de empresas não inscritas no Estado. Se não se tratam de débitos próprios, não poderá compensá-los com créditos de sua escrita fiscal.

Quer o sujeito passivo que os débitos não possam mais ser exigidos, porque a partir de 01/09/05, a prestação de serviço de transporte passou a ser isenta do ICMS.

Primeiramente, a isenção restringiu-se às prestações intermunicipais internas, conforme item 144 da Parte I do Anexo I Regulamentar (Prestação interna de serviço de transporte rodoviário intermunicipal de cargas que tenha como tomador do serviço contribuinte do imposto inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado), outorgada pelo Decreto 43.847/04.

A isenção não tem caráter exonerador de obrigações anteriores à sua concessão, seja relativamente ao tributo (porque não se confunde com remissão), seja em relação a penalidades por inadimplência de obrigação principal ou acessória (também não se confunde com anistia). Ela simplesmente afasta o nascimento da obrigação tributária originária da implementação, no mundo fático, da hipótese de incidência tributária descrita na lei, ou seja, do fato gerador, a partir da entrada em vigor do dispositivo legal que a concede.

O dispositivo regulamentar que afastou a tributação da prestação de transporte intermunicipal de carga a partir de 01/09/04 não deixou de definir ato como infração, assim também não deixou de tratá-lo como contrário a exigência de ação ou omissão e nem cominou penalidade menos severa. Não é, pois, caso de retroatividade benigna. Simplesmente dispôs que sobre a prestação intermunicipal de serviço de transporte de carga não mais incide o ICMS. O que não quer dizer que exclua crédito tributário anterior e que sobre ele não haverá mais penalidade.

Compulsando as planilhas do levantamento fiscal, constata-se que o período autuado estende-se até 30/10/04, todavia, salvo em relação à nota fiscal 001045, todas as outras prestações foram interestaduais. Assim, deve-se excluir do crédito tributário o valor de R\$ 9,00, a título de ICMS exigido, por estar respectiva prestação amparada pela isenção (nota fiscal emitida em 01/09/04).

Outra questão a merecer reparo é a aplicação da Multa de Revalidação (MR) em dobro. Entende, o Fisco, que por se tratar de situação de substituição tributária, a MR há que ser 100% do valor do imposto.

Essa, no entanto, não é a concepção adotada pela Auditoria, consonante, inclusive, decisões prolatadas pelo CCMG.

A teor do § 2º do art. 56 da lei 6.763/75, seja vigente até 31/10/03, seja pelo inciso I que lhe foi acrescido a partir de então, “a cobrança em dobro, quando de ação fiscal, tem por razão a não-retenção ou a falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária”.

Art. 56- Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Neste autos, o Fisco acusa o Contribuinte de não ter recolhido o imposto retido. Cabe ponderar.

A situação difere de outras, como a da operação de circulação de mercadorias sujeitas a ST. No exemplo, quando o substituto se obriga, por lei, a reter o imposto ST e a recolhê-lo aos cofres públicos, procede à apuração e recolhimento do ICMS da operação própria e retém aquele incidente nas operações subseqüentes, de forma tal que seu valor se faz acrescer ao da nota fiscal. Aí, sim, existe uma verdadeira retenção. A legislação, no caso, impõe a obrigação de o substituto “reter” e “recolher” o imposto devido por terceiros.

Na espécie em exame, trata-se de uma só prestação. Simplesmente o alienante/remetente, está obrigado a fazer uma espécie de favor para o transportador, já que este não se obriga a emitir documento fiscal, porque autônomo ou não inscrito no Estado. Registra em suas notas fiscais valor do serviço, base de cálculo, alíquota, imposto, e deve efetuar o recolhimento aos cofres públicos. O valor do imposto lhe é entregue pelo prestador. Age como preposto, para demonstrar que o imposto está sendo lançado e recolhido ao Erário. Aqui, a princípio, não se tem presente a existência de outras prestações sucessivas, com o alienante/remetente retendo de sucessíveis prestadores imposto devido nas futuras prestações.

O que a lei faz é “atribuir responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por terceiros à empresa alienante/remetente das mercadorias que estão sendo transportadas.

De qualquer modo, em nenhum momento a legislação obrigou o alienante/remetente a “reter ICMS” ou a “recolher imposto retido”, mas atribuiu-lhe a “responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido. Veja-se in litteris:

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 ao remetente da mercadoria, quando contribuintes do imposto, exceto se produtor inscrito no Cadastro de Produtor Rural ou microempresa.

Esse entendimento, já de longa data, era esposado pela DLT/SRE, externado na Consulta Fiscal Direta 108/91, com excerto ora transcrito.

“Ora, no caso de prestação de serviço de transporte vinculado à cláusula FOB, efetuada por empresa transportadora não inscrita no Estado, não há obrigação do remetente reter o imposto do transportador. Como facilmente se pode notar nos Regimes Especiais de Tributação constantes do Capítulo XX do RICMS/91, em todos os casos de substituição tributária progressiva (expressão preferida por Zelmo Denari, ao revés de “substituição tributária para frente”) está expressamente colocada a obrigação de reter o imposto. Em todos os casos ali previstos, o imposto retido é adicionado ao valor da mercadoria na nota fiscal, não havendo problema na documentação da retenção.

Contrariamente, no caso da prestação de serviço de transporte enfocada, o legislador, sabiamente, vislumbrando a dificuldade em se operacionalizar a operação, notadamente, do ponto de vista do controle documental, não quis atribuir obrigação ao remetente de reter o imposto do transportador.

Tenha-se presente que a obrigação de reter imposto é obrigação meramente administrativa. “O que retém tributos não é sujeito passivo. É um sujeito à potestade do Estado. “(Palavras textuais do já citado mestre Sacha Calmon)”. Considerando, portanto, que, no caso ventilado, o remetente não é obrigado a reter (“cobrar”, na dicção do art. 56, II da Lei nº 6.763/75) imposto do transportador, e que a falta desta retenção é que é condição para incidir norma apenadora, reputamos incabível a exigência de multa de revalidação de 200%, sendo correta a de 100%, em vista da situação estar abarcada pela generalidade do art. 56, II da Lei nº 6.763/75.

Cabe observar que a MR hoje, em situação normal, é de 50% do valor do imposto e não 100%, como à época da referida consulta.

Quanto ao pedido de aplicação de permissivo legal, para reduzir ou cancelar multa, muito bem lembrou o Autuante não ser o caso. Aqui, além de ter havido falta de pagamento de tributo, diversamente do que alega o contribuinte, a penalidade imposta não é por infração formal, mas por não cumprimento de obrigação principal.

Alegações de ilegalidade da imposição da multa ou de sua confiscatoriedade são matéria não afeta ao órgão julgador administrativo.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram caracterizadas, em parte, 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 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) excluir as exigências relativas à nota fiscal nº 001045; 2) excluir o Coobrigado do pólo passivo da obrigação tributária; 3) reduzir a Multa de Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento). Participaram do julgamento, além dos signatários,

os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Revisora) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relator: Edwaldo Pereira de Salles

Acórdão: 3.078/05/CE – (Publicado no “MG” de 18/08/05)

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADOS – SOLIDARIEDADE
– Os elementos constantes dos autos comprovam que os atos e omissões dos Coobrigados concorreram para o não recolhimento do ICMS. Desta forma, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei 6763/75, resta caracterizada a responsabilidade solidária dos mesmos pelo crédito tributário ora exigido. Reformada a decisão recorrida, restabelecendo no pólo passivo da obrigação tributária os Coobrigados elencados no Auto de Infração.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – Constatou-se saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante denúncia espontânea protocolizada pela Autuada, em desacordo com as disposições contidas no art. 169 da CLTA/MG. Mantidas as exigências fiscais pela Câmara “a quo”. Matéria não objeto de recurso.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL
– Constatou-se a falta de escrituração no Livro Registro de Entradas de notas fiscais referentes a aquisições de mercadorias. Irregularidade apurada através de denúncia espontânea protocolizada pela Autuada, em desacordo com as disposições contidas no art. 169 da CLTA/MG. Mantida pela Câmara “a quo” a penalidade exigida. Matéria não objeto de recurso.

Recurso de Ofício provido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades apuradas mediante denúncia espontânea protocolizada pela Autuada, em desacordo com as disposições contidas no art. 169 da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84):

1 – Falta de registro de notas fiscais no Livro Registro de Entradas, no período de maio/2.000 a janeiro/2.003.

2 – Saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de maio/2.000 a janeiro/2.003.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.208/05/2ª, pelo voto

de qualidade, julgou parcialmente procedente o Lançamento, para excluir os Coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 139 da CLTA/MG, revela-se cabível o reexame da decisão, de ofício.

Inicialmente, vale ressaltar, que nos termos do § 2º do artigo supra citado, a matéria em exame refere-se tão somente ao restabelecimento ou não no pólo passivo da obrigação tributária dos Coobrigados (Franz Magno Chagas e Hércio da Costa Leal), uma vez que as exigências de ICMS, MR e MI foram mantidas em relação à Autuada.

Relativamente à responsabilidade solidária, dispõe o art. 124 do CTN:

“Art. 124 – São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único – A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

A Lei n.º 6.763/75, de 26 de dezembro de 1.975, que “Consolida a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências”, em perfeita consonância com as disposições contidas no inciso II do art. 124 do CTN, definiu nos incisos do art. 21, terceiros solidariamente responsáveis pela obrigação tributária, bem como estabeleceu em seu parágrafo único (vigente à época dos fatos), as pessoas que respondiam subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais.

Oportuno salientar que é questão incontroversa nos autos que os Coobrigados elencados no Auto de Infração assumiam à época dos fatos geradores a condição de sócios gerente. As telas SICAF de fls. 17 e 18 e os documentos anexos ao Auto de Infração confirmam esta situação.

Assim sendo, não resta dúvida de que referidos sócios gerentes, nos termos do item 2 do parágrafo único do art. 21 da Lei 6763/75, já assumiriam, de plano, responsabilidade subsidiária em relação ao vertente crédito tributário.

No entanto, examinando os elementos constantes dos autos, percebe-se que as omissões e atos praticados pelos Coobrigados (Franz Magno Chagas e Hércio da Costa Leal) concorreram para o não-recolhimento do imposto ora exigido, como será a seguir demonstrado.

Nos meses de junho, julho e setembro/2002 a empresa ora Autuada adquiriu de fornecedor localizado no Estado do Paraná (Moinho Globo Ind. e Com.

Ltda.), mercadorias no montante de R\$ 77.786,72. As notas fiscais relativas a tais aquisições não foram escrituradas no Livro Registro de Entradas, conforme se extrai da “Denúncia Espontânea” (fls. 13/16). Estando a Autuada enquadrada como Empresa de Pequeno Porte – EPP, teria de fazer, necessariamente, em relação a estas aquisições o acerto de alíquotas (interna e interestadual) e evidentemente teria ICMS a recolher, nestes períodos, apurado de conformidade como o art. 12, incisos I e II do Anexo X do RICMS/02.

Salienta-se que para os períodos supra citados foram entregues DAPI sem movimento (tela SICAF de fls. 39).

Ora, mesmo estando a escrituração do LRE e o preenchimento das DAPIs a cargo da Contabilidade, a omissão dos “sócios gerentes” restou comprovada, uma vez que sequer tomaram qualquer providência em relação a tais irregularidades, bem como não se dispuseram a recolher o imposto devido naquelas operações.

Outro fato, salientado pelo Fisco e comprovado pelos documentos anexados aos autos, refere-se a estratégica alteração contratual (retirada dos Coobrigados do quadro societário), ocorrida no dia seguinte 25/11/03 (doc. de fls. 79), logo após a solicitação do Fisco, em 24/11/03 (doc. de fls. 81), para a entrega do Livro Registro de Entradas.

Frisa-se que logo após a retirada destes sócios a empresa ora Autuada não mais exerceu suas atividades, estando inclusive com sua inscrição cancelada por “Inexistência de Estabelecimento no Endereço Inscrito” (doc. de fls. 36).

Pelas considerações expostas e com fulcro no art. 21, inciso XII da Lei 6763/75 (a seguir transcrito), devem ser restabelecidos no pólo passivo da obrigação tributária os Coobrigados elencados no Auto de Infração (fls.02), visto restar caracterizada a responsabilidade solidária dos mesmos em relação ao presente crédito tributário.

“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.”

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso de Ofício. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro, que lhe negava provimento, nos termos da decisão recorrida. Participaram do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro retro mencionado e os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Cláudia Campos Lopes Lara e Juliana Diniz Quirino. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Alfredo Borges.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

21 - RESTITUIÇÃO

Acórdão: 16.293/05/2ª – (Publicado no “MG” de 07/07/05)

EMENTA

RESTITUIÇÃO – DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO - DAF. Desclassificação de nota fiscal ante caracterização da situação prevista no art. 134, VIII do RICMS/02. Recolhimento, em DAF, de tributo e multas. Confirmado que a pós-datação da saída da mercadoria à ação fiscal se fizera por equívoco do funcionário administrativo emitente, diversamente dos dados fornecidos pelo requisitante da NFA, impõe-se reformar a denegatória de repetição de indébito, sob pena de ofensa aos princípios da verdade material e da moralidade pública. Impugnação procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente controvérsia resulta da denegação de pedido de restituição de indébito, pela DF/Patos de Minas.

O valor recolhido foi pago em Documento de Arrecadação Fiscal - DAF (fls. 4), em decorrência de autuação fiscal alicerçada no art. 134, VIII c/c 149, ambos do RICMS/02 e art. 39, parágrafo único, da Lei 6.763/75 (inidoneidade de documento fiscal, porque com data de saída posterior à ação fiscal).

Inconformado com a decisão, o Requerente apresenta, pessoal e tempestivamente, Impugnação às fls. 22.

Qualifica-se como produtor rural, sob Inscrição 143/0318 e insurge-se contra a denegatória, afirmando que, se erro houvera, fora da Repartição Fazendária.

Explicita ter solicitado emissão de Nota Fiscal Avulsa para acobertamento da venda de queijo para contribuinte de BH com data de saída para 05/05/2003 (conforme Requerimento às fls. 5) e que, por erro de digitação por parte do funcionário da AF, a nota fiscal desclassificada fizera constar como data de saída 15/05/03, lapso este verificado quando da apresentação do documento no Posto Fiscal autuante. Sob tal justificativa, requereu a restituição do imposto e multas, pagos em DAF.

Entende que as razões são suficientes para a reforma da decisão prolatada, pelo que pede procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 29/30, refuta as alegações do Impugnante.

Assevera que, nos termos do art. 36 da CLTA/MG, só pode ocorrer restituição de importância paga indevidamente a título de imposto/penalidade e que tal não se dera, à vista da perfeita caracterização da infração.

Esclarece que a nota fiscal fora desclassificada por encontrar-se com data de saída posterior à sua apresentação no Posto Fiscal - PF, tornando-se inidônea segundo art. 134, VIII c/c art. 149, ambos do RICMS/02, que considera desacobertada a mercadoria acompanhada de nota fiscal nesse feito.

Invoca em favor o art. 142 do CTN e o caráter vinculante da atividade de lançamento, sob pena de responsabilização funcional, concluindo pela improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 34/37, opina pela procedência da Impugnação.

DECISÃO

O deslinde da controvérsia, independentemente do valor do pleito, merece algumas acuradas considerações.

Sob ótica fático-legal, não se discute que, em 05/05/03, às 22:00 hs, quando apresentada no PF autuante (03.074.461), a Nota Fiscal Avulsa de Produtor - NFAPR 486340 encontrava-se realmente com a data de saída pós-datada (15/05/03). Objetivamente caracterizava-se a situação de inidoneidade do doc. fiscal, conforme art. 134, VIII, regulamentar (vigente à época), e o trânsito da mercadoria se fazia desacobertado, a teor do art. 149 do mesmo Regulamento (02) c/c art. 39, parágrafo único, da Lei 6.763/75. Isso ensejava a desclassificação do documento e a exigência de ICMS, MR e MI (art. 55, X, Lei 6.763/75).

É verdade que o lançamento do crédito tributário constitui-se atividade administrativa plenamente vinculada, como também qualquer atividade outra exercida por agente administrativo, porquanto de sua responsabilidade enquanto tal.

Às fls. 9, o chefe da AF, onde emitida a NFAPR, confirmou o equívoco da funcionária emitente, que, em vez de lançar na nota fiscal requerida a data de saída "05/05/03", digitou "15/05/03". Informa, ademais, que, na data da ocorrência, tentou, por diversas vezes, contatar o PF autuante para esclarecer o fato, todavia, sem sucesso.

A se ver por fls. 05, o Requerimento de Nota Fiscal de Produtor, com os dados que dela vieram constar, à exceção do citado equívoco, determinava que se lançasse como data de saída "05/05/03".

Outra nota, que não a desclassificada, não se emitira para o Requerente, sendo que o ICMS incidente na operação fora pago.

Comuníssimo que o Requerente, ao tomar em mãos o doc. emitido não lhe conferisse todos os dados, até porque, após passá-los à funcionária, pelo “requerimento”, a responsabilidade por registrá-los incorretamente era dela.

Pelo que se tem, a mercadoria, após pagamento da autuação, chegou ao destino, tendo sido objeto de emissão de NFE pelo Adquirente (fls. 17).

De começo, percebe-se pagamento do mesmo imposto em duplicidade.

Se, por um lado, a autoridade fiscal, face vinculabilidade legal do ato administrativo, devesse lavrar o AI ante caracterização objetiva da infração imputada, por outro, precisaria alicerçá-lo nos princípios que norteiam o agir da Administração, dentre os quais o da Verdade Material e o da Moralidade.

Quem efetuava o transporte de mercadoria com documento “legalmente inidôneo” à época era o Requerente, mas quem o emitiu incorretamente, induzindo o infrator ao ato infracional, fora a própria Administração.

Ao que se infere, em termos do tributo, não houvera prejuízo ao Estado, porque já pago. Além do mais, nem há de cogitar-se em dolo, pois que se houvesse intenção de reutilização do documento para outra(s) remessa(s) ao mesmo destinatário, não teria sido apresentado no PF autuante.

Pode-se admitir que a inidoneidade se fizera induzida pela própria Administração, ainda que inintencionalmente. No entanto, se o fisco disso se aproveita para exigir novamente o tributo e aplicar penalidade, posto que tenha havido negligência do Requerente, em não conferir a data de saída posta e, com o doc., iniciar o transporte, está se afluando procedimento tipicamente imoral, pelo que jamais poderá primar o ato administrativo. Não tivesse a funcionária emitente cometido o equívoco, não se teria caracterizado objetivamente a infração. A insistir na manutenção do indeferimento do pedido de restituição, é de se aguardar ação regressiva contra a própria Fazenda Pública.

Eis que, por todas essas razões, impõe-se deferir a restituição do imposto e multas recolhidos quando da autuação, implicando na reforma da decisão a quo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Relator: Mauro Rogério Martins

22 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Acórdão: 16.998/05/1ª – (Publicado no “MG” de 28/04/05)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÓLEO COMBUSTÍVEL - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado venda de óleo combustível por estabelecimento de outra unidade da Federação a contribuinte mineiro, não destinado à comercialização ou à industrialização, sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST. Infração caracterizada nos termos do artigo 360, § 1º, item II, Anexo IX, do RICMS/02. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração que o sujeito passivo promoveu a venda, para o Estado de Minas Gerais, de mercadoria sujeita a ICMS/ST (óleo combustível), sem consignar a base de cálculo e o destaque do imposto/ST, na Nota Fiscal nº. 003.638, de 24.09.2004, e sem recolhê-lo através de GNRE.

Foi cobrado ICMS, MR e MI (artigo 55, VII, da Lei nº 6763/75), por se ter infringidos os artigos: 20, III; 23; 24 e 89,IV, da parte geral do RICMS/02; e 360, §1º, e 363, VII-a, de seu Anexo IX. Seguiu-se a orientação do Parecer DOET/SLT n. 031/2004.

Instruíram o Auto os documentos de fls. 05 a 06.

Não se conformando, a Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 07 a 08, na qual pede a improcedência do lançamento.

O Fisco se manifesta a fls. 27 a 30. Pede a manutenção do feito.

DECISÃO

Trata o presente feito de autuação em virtude da constatação de operação de venda de óleo combustível, sem recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

A operação foi acobertada pela Nota Fiscal n. 003.638, de 24.09.2004, na qual não fora consignada a base de cálculo e o destaque do ICMS/ST; também não foi este imposto recolhido através de GNRE.

Defendeu-se a empresa autuada sob o argumento de que atua, no mercado, como ‘coletor revendedor’, autorizado pela ANP, IBAMA e FEEMA,

exercendo o comércio de óleo contaminado, não possuindo sequer reservatório para armazenamento de óleo combustível.

- FEEMA – Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente - Licença de Operação n.º 322/2000 – autorização para “operar a instalação relativa às atividades de coleta, armazenamento e tratamento de óleos lubrificantes usados/contaminados e de óleos combustíveis contaminados” (fl. 18);

- ANP – Autorização n.º 1.056 – “autorização para exercer a atividade de coletor de óleo lubrificante usado ou contaminado” (fl. 19);

- objeto social (fl. 22) – coleta, armazenamento e revenda de óleo lubrificante usado e contaminado, de óleo combustível contaminado e serviços de limpeza industrial e na área de navegação.

Acrescenta que estas operações são isentas, por força do Convênio 03/90.

Aduz que, ‘por má utilização da palavra’, fez constar na NF 003.638 a descrição do produto como ‘óleo sem especificação’, quando deveria ser ‘óleo contaminado’, mas que, como a mercadoria ficou retida no Posto Fiscal, este fato poderia ter sido facilmente constatado, sendo emitida carta de correção.

Diz que, em 19.07.04, a Secretaria do RJ constatou que todo seu estoque era composto por ‘óleo combustível contaminado e óleo lubrificante usado’ (fl. 17).

Trouxe aos autos várias notas fiscais, para comprovar a entrada, em seu estabelecimento, de óleo contaminado ou usado (fls. 10 a 16).

Inicialmente, há de se examinar a alegada isenção das transações com ‘óleo contaminado’.

O Convênio ICMS n.º 03, de 30 de maio de 1990, concede isenção do ICMS às saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado, nas seguintes hipóteses e condições:

“Cláusula primeira - Ficam isentas do ICMS, até 31 de dezembro de 1990, as saídas de óleo lubrificantes usado ou contaminado para estabelecimento re-refinador ou coletor revendedor autorizado pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC.

(acrescido o parágrafo único pelo Conv. ICMS 76/95, efeitos a partir de 30.10.95)

Parágrafo único - O trânsito das mercadorias previstas nesta cláusula até o estabelecimento re-refinador ou coletor revendedor autorizado pelo Departamento Nacional de Combustíveis - DNC deverá ser acompanhado por Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, emitida pelo destinatário, como operação de entrada, dispensando o estabelecimento remetente da emissão de documento fiscal”.

Este benefício foi prorrogado pelo Convênio n.º 30, de 04 de abril de 2003:

“Cláusula primeira - Ficam prorrogadas as disposições contidas nos convênios a seguir indicados:

(...)

II - até 30 de abril de 2005:

(...)

b) Convênio ICMS 03/90, de 30 de maio de 1990, que concede isenção do ICMS às saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado”.

Verifica-se, portanto, que a isenção atinge a operação de entrada da mercadoria (óleo lubrificante usado ou contaminado) no estabelecimento re-refinador ou coletor revendedor. As operações posteriores não são abrangidas pelo benefício.

A empresa autuada, como demonstrou em sua Impugnação, exerce a atividade de coletor revendedor, devidamente autorizado. Mas nada indica que também a Transporte Borgo Ltda. tenha esta autorização. Trata-se de uma transportadora, autorizada, pela Secretaria de Estado, para atuar como tal.

Ocorre, ainda, que o pleiteado benefício se restringe ao produto ‘óleo lubrificante usado ou contaminado’.

Consta da Nota Fiscal nº. 003.638, no campo destinado à descrição da mercadoria, ‘óleo combustível sem especificação’.

- NF 003638 (fl. 05) – emitido pelo Autuado, em 24.09.04, para Transporte Borgo Ltda., tendo por natureza da operação ‘venda a vista’ e mercadoria, 10.000 litros de óleo combustível s/ especificação – consta do campo observações complementares: “isento do ICMS até 30.04.2005, conf. Conv. ICMS n. 30, de 04.04.2003”.

Se, como relata a Impugnante, houve um erro na consignação do objeto da transação, sendo este descrito como ‘óleo sem especificação’, quando deveria ser ‘óleo contaminado’, infere-se que este óleo é o combustível, como descrito e não contestado.

Os Convênios alhures citados não favorecem as transações com óleo combustível usado ou contaminado, mas, tão-somente, óleo lubrificante.

As normas que veiculam as isenções, por excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente.

Determina o CTN que:

“Art. 111 – Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção”.

É a tributarista Maria de Fátima Ribeiro quem interpreta este dispositivo:

“A interpretação literal significa interpretação segundo significado gramatical da palavra, ou sua etimologia. Com isso, o intérprete terá que se apegar ao significado exato das palavras, tendo, muitas vezes que recorrer ao estudo etimológico delas.

O art. 175, através de seu parágrafo único, está em consonância com o art. 111 (...). Assim, a regra do art. 111 do CTN deve ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias que menciona, não comportam interpretação ampliativa, nem tampouco integração por equidade. Se possível mais de uma interpretação, razoáveis, deve prevalecer aquela que mais se aproxima do elemento literal”. (Comentários ao Código Tributário Nacional – Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 251-252)

Na mesma linha, Souto Maior Borges afirma: “se a isenção constitui um privilégio, é natural que deva ser interpretada em sentido estrito”. (Isenções tributárias. 1ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969, p. 132)

Afastada a aplicação, à operação ora analisada, da isenção veiculada pelo Convênio 03/90, passa-se ao exame dos dispositivos legais que autorizam a cobrança do imposto.

Dispõe o regulamento mineiro de 2002:

“Art. 20 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

III - adquirente ou destinatário da mercadoria, ainda que não-contribuintes, pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria.

(...)

Art. 24 - O fabricante e o revendedor atacadista ou distribuidor, quando considerados contribuintes substitutos, deverão indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por eles promovida, relativamente à retenção do imposto devido por substituição tributária, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do imposto retido;

II - o valor do imposto retido;

III - o número de inscrição do emitente no cadastro de contribuintes da unidade da Federação em favor da qual é retido o imposto, quando se tratar de operação interestadual.

(...)

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:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido na operação própria ou do imposto retido por substituição tributária devido a este Estado.”

E, mais especificamente, dispõe seu Anexo IX:

“Art. 360 –

(...)

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

I - em relação ao imposto devido em razão do diferencial de alíquotas, apurado na forma dos incisos XII e XIII do caput do artigo 43 deste Regulamento, relativamente ao produto sujeito à tributação;

II - na remessa de combustível e lubrificante derivado de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto.”

Não restam dúvidas quanto à obrigação, da empresa autuada, de destacar e recolher o ICMS/ST.

A infração descrita no Auto de infração questionado, referente aos dispositivos citados, é formal e objetiva – e encontra-se perfeitamente caracterizada, donde pertinente a imposição do crédito tributário nele consignado – qual seja, ICMS, MR e MI.

A Multa Isolada imposta está prevista no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75. In verbis:

“VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.”

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 17.005/05/1ª – (Publicado no “MG” de 12/05/05)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CERVEJA - FALTA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS/ST. A imputação de recolhimento antecipado do ICMS/ST, por omissão de recolhimento do imposto devido a este Estado, não restou devidamente caracterizada. Diante das razões e provas carreadas aos autos pela Impugnante justifica-se o cancelamento das exigências fiscais. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se, no Posto Fiscal Antônio Reimão de Melo, sentido RJ-MG, que o contribuinte efetuou remessas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através das notas fiscais n. 134.604, de 03.04.04; 134.835, de 06.05.04; 134.877 e 134.888, de 07.05.04; 134.917, 134.918 e 134.955, de 10.05.04. Tais remessas deveriam ser acompanhadas pela respectiva GNRE, em razão da falta de entrega das GIA-ST referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março/04.

Foi lavrado o presente Auto de Infração, para cobrar ICMS e MR (100% - art. 56, II, §2º, da Lei nº 6763/75), capitulando-se, como infringidos, os artigos: 16, VI, IX e XIII, da Lei 6763/75; e 31, §§ 4º e 5º, do RICMS/02.

Instruíram-no os documentos de fls. 04 a 12.

Não se conformando com o lançamento, a Autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 13 a 18.

O Fisco refutou a defesa, em Manifestação juntada a fls. 115 a 119.

Reconhece que foram realizados os recolhimentos do ICMS/ST referente às notas autuadas (fls. 104 a 107) e sugere que estes valores sejam decotados do crédito tributário, exigindo-se os acréscimos legais (intempestividade) e a multa de revalidação.

Pede a procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 21/03/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelos Conselheiros Roberto Nogueira Lima e Francisco Maurício Barbosa Simões, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 23/03/05.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Relatora), pela improcedência do lançamento e o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Consta do Auto de Infração que se verificou, no Posto Fiscal Antônio Reimão de Melo, sentido RJ-MG, que o contribuinte efetuou remessas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, através das notas fiscais n. 134.604, de 03.04.04; 134.835, de 06.05.04; 134.877 e 134.888, de 07.05.04; 134.917, 134.918 e 134.955, de 10.05.04.

Explica que a empresa autuada, com sede no Município de Queimados/RJ, deveria promover a entrega mensal do demonstrativo das operações realizadas com o Estado de Minas Gerais. Uma vez que não foram entregues as GIA-ST, referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março/04, nem foi apresentada GNRE, relativa às operações realizadas com este Estado, demonstrando o pagamento do ICMS/ST, considera-se que não atendem às normas legais vigentes as referidas operações.

- NF 134.604 (fl. 04) – emitida em 30.04.04 – venda de produtos sujeitos a ST (cerveja Bavária lata)/ CFOP 6401 – destinado a Superm. Bahamas Ltda. (Juiz de Fora/MG) – frete pelo emitente;

- NF 134.835 (fl. 05) e 134.877 – emitidas em 06 e 07.05.04, respectivamente – venda de produtos sujeitos a ST (cerveja Bavária lata)/ CFOP 6401 – destinado a Refrigerantes Minas Gerais Ltda. (BHte/MG) – frete pelo destinatário;

- NF 134.888 (fl. 07) – emitidas em 07.05.04 – remessa em bonificação (cerveja S. Draft)/CFOP 6910 – destinado a DMA Distribuidora S/A (Contagem/MG) – frete pelo emitente;

- NF 134.917 (fl. 08) e 134.918 (fl. 09) – emitidas em 10.05.04 - venda de produtos sujeitos a ST (cerveja Kaiser)/CFOP 6401-6921 e bonificação (cerveja Kaiser)/CFOP 6910, respectivamente – destinadas a JB Comércio Ltda. (Viçosa/MG) – frete pelo destinatário;

- NF 134.955 (fl. 10) – emitida em 10.05.04 – remessa em bonificação (cerveja Kaiser)/CFOP 6910 – destinado a Tercobel Tejo Rey Comércio de Bebidas (Contagem/MG) – frete pelo destinatário;

- tela do Sicaf – Consulta conta corrente fiscal, de 10.05.04 (fl. 11) – não entregou GIA nos meses de jan. a abril/04.

Defendeu-se a empresa Impugnante sob o argumento de que transmitiu, mensalmente, sua Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS ST (jan. a maio/04 – fls. 48-65) e promoveu, regularmente, o recolhimento do imposto.

- GIA-ST – período de referência 01/2004 (fls. 48-50) – enviado em 10.02.2004 – vencimento da GNRE em 09.02.2004, no valor de R\$549.627,76 – protocolo n.º 0038516 – comprovante de transmissão (fl. 51);

- GIA-ST – período de referência 02/2004 (fls. 52-53) – enviado em 03.03.2004 – vencimento da GNRE em 09.03.2004, no valor de R\$542.787,89 – protocolo n.º 0039022 – comprovante de transmissão (fl. 54);

- cópia das GNRE de jan. e fev./04 – fl. 55;
- GIA-ST – período de referência 03/2004 (fls. 56 a 57) – enviado em 05.04.2004 – vencimento da GNRE em 12.04.2004, no valor de R\$721.842,59 – protocolo n.º 0039930 – comprovante de transmissão (fl. 58);
- GIA-ST – período de referência 04/2004 (fls. 59 a 60) – enviado em 04.05.2004 – vencimento da GNRE em 10.05.2004, no valor de R\$455.371,25 – protocolo n.º 0040794 – comprovante de transmissão (fl. 61);
- cópia das GNRE de março e abril/04 – fls. 62;
- GIA-ST – período de referência 05/2004 (fls. 63 a 64) – enviado em 02.06.2004 – vencimento da GNRE em 09.06.2004, no valor de R\$653.108,05;
- cópia da GNRE, de 09.06.04 – fl. 65.

Relatou que, após vários contatos, foi informada de que não constava, no sistema mineiro, a entrega das GIAs. Solicitou, então, via e-mail, a atualização de seus dados cadastrais (fls. 66 a 71 e 72 a 74).

Tendo atendido a todas as solicitações do Fisco, foi comunicada, em 17.05.04, que a situação estava regularizada (fl. 70).

- cópia de e-mails trocados entre a empresa e o Sr. Damião Colares, da SEF/MG, nos quais se demonstra que a empresa enviara documentos para atualização de seu cadastro e regularização de sua situação (fls. 66-71) → fl. 70 – e-mail emitido em 17.05.04, pelo citado funcionário, diz “a situação foi regularizada conforme cópia do conta corrente fiscal abaixo relacionada: (...)”.

Juntou listagem de operações interestaduais, para demonstrar que aquelas ora autuadas estão arroladas (fls. 75 a 112) e, portanto, tiveram o ICMS/ST quitado, nas GNRE que venceram em 07.05.04 e 09.06.04.

- relação das operações interestaduais declaradas – fls. 75 a 112 → operações autuadas – fls. 92 a 94.

Ficou demonstrado, no processo que foram enviadas, mensalmente, as Guias Nacional de Informação e Apuração do ICMS ST – GIA, as quais não teriam sido acatadas em razão de um erro relacionado à identificação do contador.

Tão logo teve conhecimento deste fato, a empresa procurou a repartição fazendária, para sanar quaisquer irregularidades. Demonstra-o a série de e-mails trocados entre as partes.

Deve-se frisar que, embora não reconhecidas as GIA, todo o tributo foi regularmente recolhido.

Resolvidas todas as pendências, em 17 de maio de 2004, como atesta e-mail enviado pelo Sr. Damião Colares; apenas em junho deste ano, foi intimada da lavratura do presente Auto de Infração.

Nesta data, não persistiam quaisquer irregularidades, que justificassem o lançamento.

Não se verificando o pressuposto do § 5º do artigo 31 do RICMS/02, não há que se exigir o recolhimento antecipado do imposto.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 21/03/05, nos termos da Portaria 04/2001, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Na oportunidade, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) retificou seu voto.

Relatora: Juliana Diniz Quirino

Acórdão: 16.961/05/3ª – (Publicado no “MG” de 04/11/05)

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL – ENTRADA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado entradas de gasolina desacobertas de documentos fiscais, apuradas através de levantamento quantitativo e de notas fiscais declaradas inidôneas. Exigência de ICMS, Multa de Revalidação (majorada em 100%) e Multa Isolada prevista nos incisos II e XXII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para adequar a Multa Revalidação ao percentual de 50% (cinquenta por cento), relativamente às operações realizadas antes de 1º de novembro de 2003 e 100% (cem por cento), relativamente às operações realizadas após esta data, face a vigência do § 2º, item III, do artigo 56 da Lei n.º 6.763/75. Foi também adequada a Multa Isolada, majorada em 50% (cinquenta por cento) em virtude de reincidência prevista no § 7º, do artigo 53, da mesma lei. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de:

- entrada de combustível (gasolina) desacobertada de documento fiscal, nos exercícios de 2003 e 2004;
- aquisição de combustíveis efetuadas através de notas fiscais declaradas inidôneas, bem como de notas fiscais emitidas por contribuinte com inscrição bloqueada, sem comprovação do recolhimento do imposto através de GNRE conforme determina a legislação.

Pelo lançamento consubstanciado no Auto de Infração em análise exige-se ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, bem como o agravamento da penalidade nos termos do artigo 53, § 7º, da Lei n.º 6.763/75, por ter sido constatada a reincidência na prática de mesma infração.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação à fl. 900, aos seguintes argumentos:

- o Posto Fiscal recolhe uma via do documento que acoberta o transporte e deveria avisar o contribuinte acerca de qualquer irregularidade, pois os contribuintes não possuem meios para fazê-lo;

- a falta de publicidade e informação por parte do Fisco é a causa dos valores astronômicos exigidos no Auto de Infração;

- não pode ser aceito o preço médio do litro do combustível utilizado no levantamento, pois o preço praticado, facilmente verificável nas notas fiscais de saída, é bem inferior;

- está havendo inversão de responsabilidades sendo que as penalidades devem ser exigidas dos verdadeiros responsáveis.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 907/913, refuta as alegações da defesa, alegando em síntese:

- a Fazenda e o Fisco estão sempre à disposição dos contribuintes para esclarecimentos e orientações;

- ao contrário do que alega o Autuado, as notas fiscais objeto da autuação não tem carimbo de Posto de Fiscalização;

- a base de cálculo do ICMS/ST, nas operações com combustíveis, é legalmente determinada, conforme dispõe o artigo 363 do Anexo IX, do RICMS/02;

- reproduz os Atos COTEPE que divulgaram os preços utilizados como base de cálculo no Auto de Infração;

- nos termos da legislação tributária o imposto pago por substituição tributária é definitivo, de forma que o preço efetivamente praticado nas vendas é irrelevante na determinação do valor a ser utilizado como base de cálculo;

- a responsabilidade do posto revendedor varejista pelo pagamento do ICMS/ST está expressa no artigo 29, § 1º, do RICMS/02.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fl. 916, que resulta na manifestação do Fisco à fl. 917 e na re-ratificação do Auto de Infração, conforme demonstrado às fl. 918 e na juntada de documentos de fls. 919/920.

O Impugnante foi regularmente intimado, abrindo-se vistas dos autos, conforme documento de fls. 922/923, no entanto não mais se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 925 a 932, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco, demonstrada à fl. 918.

DECISÃO

Versa o lançamento em análise sobre as seguintes exigências e imputações fiscais:

- Exigência de ICMS/ST, Multas de Revalidação e Isolada em face de entradas de combustível (gasolina) desacobertas de documentos fiscais, nos exercícios de 2003 e 2004;

- Exigência de ICMS/ST e Multa de Revalidação, relativos a aquisições de combustíveis realizadas através de notas fiscais declaradas inidôneas, bem como de notas fiscais emitidas por contribuinte com inscrição bloqueada, sem comprovação do recolhimento do imposto através de GNRE conforme determina a legislação;

- Exigência do agravamento da penalidade nos termos do artigo 53, § 7º, da Lei n.º 6.763/75, por ter sido constatado a reincidência do ora Impugnante na prática de mesma infração.

Inicialmente temos que o trabalho realizado para apuração da entrada de combustíveis (gasolina) desacobertos de documento fiscal foi o Levantamento Quantitativo.

Referido Levantamento foi realizado em períodos diferentes, em função da leitura dos encerrantes das bombas, realizadas nas datas de 27 de janeiro de 2003, 14 de agosto de 2003 e 10 de fevereiro de 2004. Foi também feita contagem física do estoque existente nos tanques em cada uma destas oportunidades, conforme descrição dos trabalhos efetuados contida no Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração (fls. 08/18), o qual, ressalte-se pela importância, consta do presente Processo desde de sua formação, sendo possível concluir que o Impugnante dele tem ciência.

A partir de tais trabalhos foi feita a comparação entre a leitura dos encerrantes no início e no final de cada período. Esta comparação indicou a quantidade (em litros) de combustível que efetivamente saiu das bombas. De posse deste dado, o Fisco considerou a fórmula EI – saídas + EF para apurar a quantidade de mercadoria que efetivamente entrou no estabelecimento em cada um dos períodos, que foi, por sua vez, comparada às quantidades constantes das Notas Fiscais de entrada registradas no Livro Registro de Entrada do Impugnante.

Cumprido destacar que todos os cálculos acima mencionados estão demonstrados nos quadros elaborados pelo Fisco às fls. 09 c/c 267 dos autos, os quais evidenciam as diferenças apuradas, que atestam a entrada de combustíveis desacobertos de documento fiscal.

Observe-se ainda que se encontra anexada às fls. 262/266 planilha contendo a relação de todas as Notas Fiscais de Entrada consideradas no levantamento, bem como cópias do Livro Registro de Entradas onde as mesmas foram registradas às fls. 235/260.

Acrescente-se que às fls. 270/272, foram anexados os documentos

que atestam a medição dos estoques contidos nos tanques e a leitura das bombas, nas datas já mencionadas.

Por todos estes elementos, os quais o ora Impugnante teve oportunidade de analisar, verifica-se que a infração encontra-se caracterizada nos autos. Da análise da peça de defesa apresentada verifica-se que o Defendente não questionou diretamente tal levantamento, não tendo apontado qualquer erro ou irregularidade nos dados apurados. Assim, temos por corretas as exigências fiscais.

Por outro lado, tratando-se de entrada desacoberta de documento fiscal de mercadorias sujeitas a Substituição Tributária, temos as exigências de ICMS e Multa de Revalidação, nos termos do disposto no artigo 29, § 1º, do RICMS/02, que atribui ao estabelecimento varejista a responsabilidade pelo recolhimento da parcela de imposto devido ao Estado mineiro, no caso de receber mercadorias sujeitas a Substituição Tributária sem a devida retenção.

Um ponto deve ser de pronto verificado. Originalmente o Fisco aplicou o percentual de 150% (cento de cinquenta por cento) sobre o valor do imposto devido, a título de multa de revalidação, conforme demonstrado na planilha de fl. 18.

No entanto, solicitado a esclarecer este procedimento, conforme acertado despacho de fl. 916 da Auditoria Fiscal que com extrema acuidade detectou a questão, o Fisco reformulou o crédito tributário, considerando que a aplicação da Multa de Revalidação em dobro (100%) com fulcro no artigo 56, § 2º, inciso III, da Lei n.º 6.763/75, somente é possível a partir da vigência do dito dispositivo, ou seja, a partir de 1º de novembro de 2003.

O próprio Fisco considerou também que o agravamento da penalidade por reincidência restringe-se às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, conforme previsto no § 7º do artigo 53, todos do mesmo diploma legal (portanto, às multas isoladas).

A partir de tais constatações houve a reformulação do crédito tributário, demonstrada à fl. 918, sendo que a exigência da Multa de Revalidação relativa ao ICMS devido pelas entradas desacobertas passou a ser de 50% (cinquenta por cento), nos termos da legislação.

Diante destes fatos temos por correta a aplicação da Multa Isolada prevista no inciso XXII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, vigente à época dos fatos, in verbis:

“Efeitos a partir de 1º/11/2003 - Revogado pelo art. 43, I, “j” e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003

XXII –

Efeitos a partir de 01/01/94 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 9º, ambos da Lei nº 11.363/93.

“XXII - por dar entrada a mercadoria desacoberta

de documento fiscal, 20% (vinte por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 10% (dez por cento), na hipótese de a saída ter sido acobertada com documento fiscal e o imposto regularmente recolhido.”

Deve ser destacado que o referido inciso foi revogado a partir de 1º de novembro de 2003, no entanto, o legislador não deixou de considerar como infração, passível de penalidade específica, a prática de promover entradas de mercadorias desacobertadas. Esta conclusão fica clara quando se verifica que inclusive a punição para este procedimento tornou-se mais severa, passando a ser prevista no inciso II do mesmo artigo 55, no percentual de 40% (quarenta por cento). Para deixar consolidado este posicionamento passamos a transcrever o citado dispositivo legal:

“Efeitos a partir de 1º/11/2003 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003.

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:”

Estudando-se especificamente os presentes autos, verifica-se no entanto, que a alteração na legislação ocorreu dentro do segundo período em que foi efetuado o Levantamento Quantitativo, qual seja, 14 de agosto de 2003 e 10 de fevereiro de 2004). Esta conclusão é lastreada na impossibilidade de se precisar as datas em que ocorreram as entradas desacobertadas (que somam, no período, 214.302,40 litros), correto está o Fisco em aplicar à totalidade das entradas desacobertadas o percentual de 20% (vinte por cento), previsto no inciso XXII, por ser mais benéfico ao contribuinte.

A reincidência na prática de mesma infração (entrada desacobertada) penalizada conforme artigo 55, inciso XXII, da Lei n.º 6.763/75, está devidamente caracterizada, conforme telas SICAF anexadas às fls. 919/920, relativamente ao Processo Tributário Administrativo n.º 01.000141680.80, inscrito em dívida ativa. Desta forma, correta a majoração em 50% (cinquenta por cento) da Multa Isolada aplicada pelo Fisco, conforme demonstrado à fl. 918, na reformulação do crédito tributário.

Neste ponto é importante frisar que o Impugnante foi regularmente intimado da reformulação procedida pelo Fisco, bem como da possibilidade de ter acesso aos autos para vistas, conforme documento de fls. 922/923, no entanto não mais se manifestou.

O Auto de Infração exige, ainda, ICMS/ST e Multa de Revalidação relativos a aquisições de combustíveis através de notas fiscais declaradas inidôneas,

bem como de notas fiscais emitidas por contribuinte com inscrição bloqueada, sem comprovação do recolhimento do imposto através de GNRE conforme determina a legislação.

A relação das notas fiscais objeto da autuação está detalhada, por emitente, no Relatório Fiscal de fls. 08/18, bem como a apuração da base de cálculo e do crédito tributário exigido.

No mesmo Relatório Fiscal encontram-se detalhados os motivos da inidoneidade das notas fiscais da “Distribuidora de Petróleo Montes Claros Ltda.” e da “American Oil do Brasil Ltda.”. Estão também discriminados os documentos que comprovam as ocorrências (cópias de notas fiscais, ofícios, declarações das empresas emitentes, cópias de (supostas) guias de recolhimento), bem como o Comunicado publicado pela AF/2º Nível/Poços de Caldas considerando os documentos inidôneos. Toda a documentação encontra-se anexada aos autos, às fls. 273/881 e 894/898.

Consta, ainda, do Relatório Fiscal, que a empresa “Distribuidora Glória de Combustíveis Ltda.” encontrava-se bloqueada desde 25 de março de 2002, portanto as remessas acobertadas pelas notas fiscais de sua emissão deveriam ter sido efetuadas com o recolhimento do imposto devido por substituição tributária pago antecipadamente, nos termos do artigo 374 do Anexo IX do RICMS/02, o que não ocorreu. As telas SICAF comprovando a situação cadastral irregular do remetente encontram-se às fls. 883/892.

O Fisco verificou no sistema SICAF da Secretaria da Fazenda se porventura havia registros de recolhimentos de ICMS que pudessem ser relacionados com as notas fiscais em questão. No entanto, não foi verificado qualquer recolhimento em que pudesse ser feita a perfeita vinculação.

O Impugnante não alcançou demonstrar que os valores exigidos foram pagos, como as normas de regência do ICMS prescrevem.

Assim, entendemos corretas a exigência de ICMS/ST e a correspondente Multa de Revalidação devidos pelas aquisições de combustíveis através de documentos fiscais emitidos em desacordo com a legislação.

Às mercadorias acompanhadas de documentos fiscais falsos e inidôneos devem ser aplicadas as mesmas regras relativas ao desacobertamento total de notas fiscais, a teor do disposto no artigo 149 inciso I do RICMS/MG:

“Art. 149 – Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I – com documento fiscal falso ou inidôneo;

.....”

Desta forma, temos que o recebimento de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, quando o documento que acompanha a operação for considerado falso ou inidôneo, terá a retenção e o recolhimento do imposto incidente prejudicado.

Existe a possibilidade do contribuinte comprovar que, apesar da impropriedade do documento fiscal, o imposto teria sido regularmente retido e recolhido. Tal, no entanto, não se evidencia dos presentes autos.

Não recolhido o imposto as normas mineiras garantem ao Estado a possibilidade de acionar a responsabilidade atribuída ao adquirente varejista pela falta de retenção e de recolhimento, por parte do remetente, do imposto devido por substituição tributária.

Tal regra acerca da responsabilidade encontra-se alicerçada no artigo 29, § 1.º, do RICMS/02, que impõe ao varejista a obrigatoriedade pelo recolhimento do débito não satisfeito, nos prazos estipulados pela legislação tributária e ainda no disposto no artigo 362 do Anexo IX do mesmo diploma legal, a saber:

“Art. 362 - O adquirente dos produtos de que tratam os artigos anteriores deste Capítulo, ressalvadas as hipóteses neles previstas, sem retenção do imposto por substituição tributária, no todo ou em parte, ainda que desobrigado o remetente, fica responsável pela referida retenção.

§ 1º - Na hipótese prevista no caput deste artigo, tratando-se de operação interestadual, o imposto deverá ser recolhido no Posto de Fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro Município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

§ 2º - Quando a entrada da mercadoria no território mineiro ocorrer em dia ou horário em que não houver expediente bancário e o imposto não houver sido recolhido antecipadamente, não existindo Posto de Fiscalização de fronteira por onde transitar a mercadoria, o recolhimento será efetuado no 1º (primeiro) dia útil subsequente ao da sua entrada no estabelecimento do destinatário.”

Repita-se pela importância que a Multa de Revalidação inicialmente exigida, calculada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), foi também objeto de reformulação, juntamente com a Multa de Revalidação relativa ao imposto devido pelas entradas desacobertas, conforme demonstrativo de fl. 918.

Relativamente ao imposto devido pelas aquisições realizadas através das notas fiscais emitidas antes de 1º de novembro de 2003, a Multa de Revalidação foi calculada no percentual de 50% (cinquenta por cento), conforme artigo 56, inciso II, da Lei n.º 6.763/75.

Em relação ao imposto devido pelas aquisições realizadas através de notas fiscais inidôneas, emitidas após esta data, a Multa de Revalidação foi

calculada em dobro, ou seja, ao percentual de 100% (cem por cento), tendo em vista a vigência do § 2º, item III, do mesmo artigo 56, uma vez que receber mercadoria acompanhada de nota fiscal inidônea configura recebimento de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Para deixar clara esta situação passamos a transcrever o dispositivo legal citado, in verbis:

“Efeitos a partir de 1º/11/2003 - Redação dada pelo art. 29 e vigência estabelecida pelo art. 42. I, ambos da Lei 14.699/2003.

Art. 56 –

.....

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

.....

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.”

O Impugnante questiona também a base de cálculo utilizada na apuração do crédito tributário.

Nesta linha, temos que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária nas operações com combustíveis é determinada pelo artigo 363 do Anexo IX do RICMS/02, então vigente.

O § 9º do artigo mencionado prevê a adoção como base de cálculo para a substituição tributária do valor de referência estabelecido para o produto neste Estado, que é representado pelo PMPF - Preço Médio Ponderado a consumidor final praticado no Estado, apurado nos termos do Convênio ICMS n.º 70/97, divulgado por ato da Comissão Técnica Permanente do ICMS, publicado no Diário Oficial da União.

O Fisco demonstrou no Relatório Fiscal de fls. 08/18 o cálculo efetuado, discriminando especificamente os Atos COTEPE vigentes nos períodos de referência, portanto a apuração do crédito tributário foi efetuada nos estritos termos da legislação de regência.

O imposto pago por substituição tributária é definitivo, conforme dispõe o artigo 34 do RICMS/MG, sendo que no caso em tela foi adotado o preço estabelecido nas normas estaduais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco à fl. 918. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram

do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

23 – TAXA DE FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Acórdão: 17.120/05/1^a – (Publicado no “MG” de 16/06/05)

EMENTA

TAXAS - TAXA DE FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO/ RECOLHIMENTO A MENOR. Constatada a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor da Taxa de Fiscalização Judiciária incidente sobre os emolumentos auferidos em razão da prática de atos notariais/registros escriturados em livros e documentos da Repartição, cotejados que foram com os valores estabelecidos nas tabelas do Anexo II da Lei nº 13.438/99. Infração caracterizada. Acolhimento parcial das razões do Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor da taxa de fiscalização judiciária incidente sobre emolumentos auferidos pela prática de atos cartoriais, mormente lavratura de escrituras, procurações e testamentos, autenticações e reconhecimentos de firma, durante os exercícios de 2001 a abril de 2004. Exige-se taxa de fiscalização judiciária e multa de 20% sobre seu valor (50% a partir de janeiro/04).

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 173 a 181, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 188 a 193.

AAuditoria Fiscal solicita diligência à fl. 196, que resulta na manifestação de fl. 197 e apresentação dos documentos de fls. 198 a 211.

AAuditoria Fiscal, em parecer de fls. 222 a 228, opina pela procedência parcial do lançamento, para adequar a MI ao patamar de 20% (vinte por cento) do valor da taxa exigida relativamente ao período antecedente a janeiro de 2004.

DECISÃO

Muito embora tenha havido reedição do Auto de Infração (fls. 168/169),

em razão da alteração do sujeito passivo e da redução do crédito tributário para adequação da multa aplicada no período que antecede janeiro 2004, as planilhas de apuração do quantum devido são as mesmas de fls. 08/141, alterada a de fl. 142 pela de 167, acrescidas daquelas de fls. 198/203, sendo fls. 201/203 retificação do mês 07/02, para o item escrituras.

São em verdade auto-explicativas. Conferindo os livros da Serventia, bem assim os documentos relativos a recolhimento de tributos, a Autuante levantou todos os atos praticados escriturados (escrituras, procurações e testamentos), calculando a taxa devida e checando os valores efetivamente recolhidos. Apurando, em consequência, diferença não recolhida.

Tomando das escrituras, identificou quais possuíam valor econômico, quais não. Bases de cálculo levantadas, aplicou a tabela constante do Anexo II à Lei 13.438/99 e quantificou as diferenças não recolhidas.

Vale observar que o Fisco abateu, nas competências respectivas, o comprovado recolhimento de R\$14.153,00 e o objeto de denúncia espontânea (R\$19.957,00, conforme docs. juntados às fls. 204/211).

Procedimento semelhante se deu com procurações e testamentos, segundo planilhas de fls. 120/138 e 141.

Tocante autenticações e reconhecimentos de firma, como não são matéria de escrituração em livros, o fisco apurou diferenças através das quantidades de selos empregados, cotejando-as com o volume requisitado e o estoque.

A utilização de selo para atos notariais/registros (um selo para cada ato) tornou-se obrigatória através do Provimento 01/02, da Corregedoria Geral de Justiça.

Como se pode ver às fls. 40, foram requisitados 233.000 selos, dos quais 222.590 tinham sido utilizados, restando em estoque 10.410. Documentalmente, constatou-se o emprego de apenas 26.849 selos, sendo 3.204 com escrituras, 5.427 com procurações, 19 com testamentos e 18.199 com autenticações. Redundou, assim, em diferença de 195.741 selos, que o Fisco entendeu se referirem a autenticações e reconhecimentos de firma não declarados. Como pelas tabelas do Anexo II à Lei 13.438/99 o valor da taxa por este ato é de R\$0,51, apurou-se que R\$99.827,91 deixaram de ser recolhidos a título de taxa de fiscalização judiciária.

Diferentemente do que alega a defesa, a Autuante não cobrou selos, mas taxa incidente sobre os emolumentos por atos em que terão sido empregados.

O procedimento não deixa margem a dúvidas. Está correto.

O DCMM de fls. 142 fora substituído pelo de fls. 167, porque, em relação à multa, houve necessidade de se adequá-la ao estipulado pelo artigo 112 da Lei 6.763/75, tocante o período precedente a janeiro/2004, isto é, a 20% do valor da taxa cobrada.

Outra questão a apreciação é a alegação impugnatória, de que o Fisco não tem competência para penalizar o infrator relativamente ao emprego irregular de selos.

Realmente a fiscalização do uso do selo e a aplicação de penalidade por irregularidade nisso constatada competem à Corregedoria Geral de Justiça e ao Juiz de Direito Diretor do Foro, consoante Lei 8.935/94.

A Autuante não se preocupou com esse aspecto, apenas fez lançamento de ofício para exigir a taxa não paga, alcançando-a pela diferença verificada entre a quantidade de selos utilizada de fato e aquela empregada em atos declarados.

O ato do lançamento é prerrogativa do Fisco (CTN - art. 142).

Quer o Impugnante que a Fiscal deduza do valor da taxa cobrada o correspondente ao custeio dos selos, no importe de R\$99.827,91.

A pretensão não tem cabida. A uma, esse valor não corresponde ao custo do selo, mas ao da taxa incidente sobre emolumentos por autenticações/reconhecimentos de firma, a que se chegou pela multiplicação da quantidade de selos empregados em atos não comprovados por R\$0,51. A duas, muito embora a lei 12.727 estabeleça que o valor de aquisição dos selos possa ser deduzido da taxa de fiscalização judiciária, o Provimento 01/02 dispõe em seu art. 4º, a seguir in litteris, que 'a aquisição dos selos de fiscalização é feita pelo TJMG, custeada com valores cobrados a título de taxa de fiscalização judiciária:

Art. 4º - A aquisição dos SELOS DE FISCALIZAÇÃO, incluindo a confecção, controle, armazenagem, transporte, distribuição e entrega, será contratada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e custeada com os valores cobrados a título de fiscalização judiciária da prática de atos notariais e de registro, não gerando ônus para os notários e registradores.

Não é da alçada da Serventia efetuar a aquisição de selos diretamente do fornecedor. Pode, isto sim, requisitá-los.

Ao que se tem, a solicitação de abatimento carece de sustentação válida.

Examinada a matéria, infere-se imperioso pugnar pela procedência parcial do feito, exatamente em razão da adequação da multa aplicada ao patamar de 20% do valor da taxa exigida, relativamente ao período antecedente a janeiro de 2004, em nada afetando aquela relacionada ao período posterior, conforme demonstrado à fl. 167.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino.

Relator: Roberto Nogueira Lima

24 – DIVERSAS MATÉRIAS

Acórdão: 16.955/05/1ª - (Publicado no “MG” de 05/01/06)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. A perícia suscitada pelo sujeito passivo mostra-se desnecessária por não envolver questões que requeiram a produção de prova desta natureza, sendo que os elementos constantes dos autos são suficientes para o deslinde da matéria abordada. Recurso não provido. Decisão unânime.

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – Emissão de notas fiscais de transferência de mercadorias destinadas a uso/consumo/imobilização dos estabelecimentos da atuada, com destaque do ICMS, porém sem escrituração das mesmas em LRS e recolhimento do imposto. Correta a exigência do tributo. Entretanto, devem ser concedidos os créditos inerentes às aquisições das mercadorias e bens transferidos para outras unidades, quando adquiridos nos últimos cinco anos, contados retroativamente das datas de emissão das notas fiscais de transferência, adotando-se, se necessário, a regra da proporcionalidade entre as aquisições e saídas dos produtos.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LRS. Constatado falta de escrituração de notas fiscais no Livro Registro de Saídas. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso I do artigo 55, da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a Multa Isolada pela não escrituração das notas fiscais emitidas sem destaque, ainda que parcial, do ICMS, a 5%(cinco por cento) de seu valor.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS/DESTAQUE A MENOR. Nos termos do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 6.763/75, na hipótese de saída de material de uso/consumo, a não incidência atinge apenas as operações internas. Considerando que as operações objeto do presente lançamento são interestaduais, correta a exigência do ICMS. Quanto aos bens do ativo imobilizado, a saída não tributada deve obedecer o disposto no inciso XI, do artigo 7º, do citado diploma legal. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para conceder os créditos inerentes às aquisições das mercadorias e bens transferidos para outras unidades, quando adquiridos nos últimos cinco anos, contados retroativamente das datas de emissão das notas fiscais de transferência, adotando-se, se necessário, a regra da proporcionalidade entre

as aquisições e saídas dos produtos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de 28/07/2000 a 27/02/2004, pelos seguintes motivos:

- Deixou de escriturar no Livro Registro de Saídas as notas fiscais, modelo 1, relacionadas no anexo I;
- Deixou de destacar ou destacou a menor o ICMS incidente nas operações a que se referem as notas fiscais indicadas em negrito no anexo I.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.749 a 2.764, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 2.986 a 3.000.

Indeferido o requerimento de prova pericial à fl. 3001, o mesmo foi agravado às fls. 3002 a 3006.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 3010 a 3017, opina pela procedência 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 a solução dos quesitos propostos não traria elementos essenciais para a análise da lide.

Deve-se ressaltar, consoante os argumentos do Fisco, que a falta de registro dos documentos fiscais emitidos pela Impugnante encontra perfeita tipificação no ordenamento legal, sendo irrelevantes para a caracterização do ilícito cometido, assim como para seu enquadramento legal, os questionamentos suscitados pela Impugnante em relação à demanda por perícia técnica.

Também não há dúvidas quanto à veracidade das provas apresentadas nos autos, já que as cópias apensadas por ocasião da Impugnação coincidem com aquelas integradas ao PTA pelo Fisco, quando da lavratura da peça fiscal (por exemplo, os documentos de fls. 699 com documento de fls. 2.764; fls. 734 com fls. 2.777; fls. 1.333 com fls. 2.803; fls. 1.977 com fls. 2.821).

Vale acrescentar, literalmente, os argumentos do Fisco, em relação

aos documentos autuados: “A citada correspondência deu-se em relação a todos os documentos apresentados, bastando simplesmente, para comprovação, recorrer aos autos. Cuidou o Fisco, por segurança e zelo, de apresentar cópias de todos os documentos emitidos pelo contribuinte e não registrados – matéria esta objeto da exigência fiscal. Conforme restou provado, as cópias apresentadas pelo Fisco, no momento da autuação, e aquelas apresentadas pela Impugnante, referem-se rigorosamente aos mesmos documentos-matrizes e, portanto, totalmente descabida qualquer perícia técnica.”

É notório que também não contribui em nada para o esclarecimento da lide os quesitos relativos à natureza das mercadorias e das operações envolvidas.

Assim sendo, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e IV, da CLTA/MG.

Do Mérito

1 - Falta de escrituração de notas fiscais no Livro Registro de Saída

Com relação à falta de escrituração das notas fiscais de saída ensejou a cobrança da Multa Isolada de 5%(cinco por cento), prevista no artigo 55, inciso I, da Lei nº 6763/75. Não provando o contrário, restou caracterizada a infração apontada pelo Fisco, sendo legítima a exigência fiscal.

A penalidade por descumprimento de obrigação acessória está cumulada com a exigência do imposto, na hipótese das notas fiscais terem sido emitidas com destaque do ICMS. Quanto ao mérito da exigência do tributo, a presente decisão apreciará em conjunto com o segundo tópico do Auto de Infração, inclusive quanto à aplicação do permissivo legal.

2 - Emissão de notas fiscais sem destaque de ICMS

Referida irregularidade se restringe às Notas Fiscais emitidas pela Autuada, que consignam como Natureza da Operação a “transferência” de equipamentos e material de uso/consumo de sua propriedade com destino a estabelecimento seu situado em outra unidade da Federação, sem destaque do ICMS, bem como venda de bens a estabelecimentos diversos.

Infere-se que no corpo do AI a infração encontra-se capitulada pelo Fisco no que dispõe o artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 6.763/75, que estabelece a ocorrência do fato gerador do imposto:

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador:

(...)

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;”

O ICMS está sendo exigido, também, na hipótese de notas fiscais emitidas com destaque do imposto, mas que não foram levadas a registro em livro próprio.

Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 7º, da Lei nº 6763/75, ocorre a não incidência do imposto nas saídas de mercadorias destinadas a uso/consumo, porém em operações internas. No entanto, todas as operações objeto de tais saídas são interestaduais, sendo, portanto, cabível a exigência do imposto.

Já em relação aos bens do ativo imobilizado, a incidência do tributo deve contemplar o disposto no inciso XI, do citado art. 7º, ou seja, deve se restringir aos bens imobilizados por prazo inferior a 12 (doze) meses. Entretanto, a Autuada não especificou de forma clara os bens transportados, sendo, portanto, impossível identificar a data de aquisição da maioria deles. Diante de tal impossibilidade, todas as saídas devem ser consideradas como regularmente tributadas.

Assim, independentemente da caracterização das transferências como circulação jurídica, o ordenamento legal mineiro determina expressamente a incidência do imposto, cabendo a aplicação da regra do art. 88, I, da CLTA/MG. De se destacar, inclusive, que o disposto na Súmula 166/STJ não vincula as decisões desta casa.

Na mesma toada, correta a base de cálculo adotada pelo Fisco, representada pelo valor efetivo das mercadorias e/ou produtos enumerados nas notas fiscais, não existindo na legislação tributária hipótese que albergue a pretensão da defesa, no sentido de adotar como base de cálculo o valor do frete.

As multas aplicadas encontram supedâneo na legislação de regência, não se podendo ser vinculadas à realizada empresarial da Contribuinte, pois são regras de Direito Público, e estão vinculadas ao movimento realizado pela Autuada, ainda que em transferência de mercadorias.

Desnecessária, também, a análise do art. 112 do CTN, por inaplicável à espécie.

Deve-se, contudo, em respeito à não cumulatividade do imposto, prevista no artigo 28, da Lei nº 6763/75, conceder os créditos inerentes às aquisições das mercadorias e bens. O Fisco rechaça tal hipótese ao argumento de que a Autuada encontra-se regida pela sistemática de crédito presumido, sendo-lhe vedada apropriação de quaisquer outros créditos.

A referida vedação, no entanto, contempla quaisquer outros créditos relativos à prestação de serviço de transporte. Havendo outras operações tributadas, estas não se encontram alcançadas pelo crédito presumido, sendo lícito, portanto, a utilização dos créditos pelas entradas, conforme reiterados posicionamentos da então SLT/SRE.

No que toca às mercadorias destinadas a uso/consumo, ao efetuar a transferência para outras unidades, tais produtos deixaram de se destinar ao uso/consumo do estabelecimento autuado, por força da autonomia dos estabelecimentos. Admitir-se-á, então, os créditos pelas entradas.

Assim, deve-se conceder os créditos quando tais produtos ou bens tenham sido adquiridos nos últimos cinco anos, contados retroativamente das datas de emissão das notas fiscais de transferência, adotando-se, se necessário, a regra da proporcionalidade entre as aquisições e saídas dos produtos, que deve-se dar, neste caso, em partidas mensais. Assim, não sendo possível identificar e correlacionar as mercadorias e suas datas de aquisições, a regra da proporcionalidade deve ser admitida, conforme exemplo a seguir:

- Valor das aquisições de material de uso/
consumo e imobilizado transferível¹ no período
de agosto/2000..... 10 X

- Valor do material de uso/consumo e imobilizado
transferido no período de agosto/2000
..... 5 X

= Crédito igual a 50% (cinquenta por cento) do
ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição
de material de uso/consumo e imobilizado
transferível no mês de agosto/2000.

Por outro lado, estabelece o artigo 53, §3º da Lei nº 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos e a não comprovação de ter o Contribuinte agido com dolo, fraude ou má-fé, revela-se cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a penalidade isolada, relativa à não escrituração das notas fiscais. Entretanto, tal abrandamento deve ser aplicado apenas em relação às notas fiscais emitidas sem destaque, ainda que parcial, do ICMS, uma vez que, neste caso, a falta da escrituração não resultou em falta de recolhimento do imposto. Se escrituradas, nenhum imposto seria debitado.

Ao contrário, no entanto, as notas fiscais emitidas com destaque do ICMS, ainda que parcial. Neste caso, caso tivessem sido levadas à escrituração, haveria apontamento de débito do imposto e, via de consequência, ausência de recolhimento. Neste caso, impossível o abrandamento da pena pela via do permissivo legal.

Por fim, cabe destacar que a devolução do valor recolhido a título de taxa de expediente (documento de fls. 2.978) não encontra respaldo na legislação, que admite a devolução apenas na hipótese de decisão integralmente favorável ao Impugnante, a teor da regra insculpida no § 1º, do art. 90, da Lei nº 6763/75.

1 Por imobilizado transferível, entenda-se a aquisição de bens e peças constantes dos documentos fiscais que compõem a planilha elaborada pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para conceder os créditos inerentes às aquisições das mercadorias e bens transferidos para outras unidades, quando adquiridos nos últimos cinco anos, contados retroativamente das datas de emissão das notas fiscais de transferência, adotando-se, se necessário, a regra da proporcionalidade entre as aquisições e saídas dos produtos. Vencido, em parte, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que o julgava procedente. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75, para reduzir a Multa Isolada, relativa à não escrituração das notas fiscais emitidas sem destaque, ainda que parcial, do ICMS, a 5% (cinco por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além do signatário e do Conselheiro supracitado, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Juliana Diniz Quirino.

Relator: Roberto Nogueira Lima

Voto proferido pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Não obstante entender que a Impugnante tem direito aos créditos correspondentes, percebe-se que, no caso em tela, o deferimento dos mesmos deve respeitar as normas previstas no parágrafo 2º, artigo 67, RICMS/02, tendo em vista o período decadencial contado a partir da data de emissão dos documentos de entrada pertinentes.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Conselheiro: Edwaldo Pereira de Salles

Acórdão: 16.797/05/3ª – (Publicado no “MG” de 03/03/05)

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA. Constatada a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas através do confronto entre o numerário existente no caixa com o valor total dos documentos fiscais emitidos no dia da autuação. Infração caracterizada, legitimando-se as exigências de ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL DEVIDAMENTE AUTORIZADO PELA SEF/MG. Constatação de falta de equipamento emissor de cupom fiscal devidamente autorizado pela repartição fiscal. Infração caracterizada nos termos dos artigos 96, inciso VIII, 28, inciso I e 29, inciso I, Anexo V, todos do RICMS/02. Legítima a MI capitulada no artigo 54, inciso X, alínea “b”, da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO ELETRÔNICO EMISSOR DE COMPROVANTE DE RECEBIMENTO SEM AUTORIZAÇÃO PELA SEF/MG. Constatada utilização de equipamento eletrônico emissor de comprovante de recebimento efetuado através de Cartão de Crédito ou Débito (POS), sem autorização da repartição fiscal. Infração caracterizada nos termos do artigo 32, § 1º, Anexo V, do RICMS/02. Legítima a MI capitulada no artigo 54, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Em seguida, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75, para cancelar a Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso XII, da citada lei. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

Os trabalhos fiscais ocorreram no dia 05 de maio de 2004, mediante ação fiscal por meio da qual a Fiscalização aponta que o Contribuinte teria cometido as seguintes irregularidades:

- não possuir em seu estabelecimento equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), devidamente autorizado, para acobertamento das operações realizadas. Exigência da Multa Isolada - MI capitulada no artigo 54, inciso X, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 (Valor: 1000 UFMG's);

- manter e/ou utilizar em seu estabelecimento, no recinto de atendimento ao público, equipamentos não autorizados pelo Fisco que possibilitam a emissão de documento que se confunde com documento fiscal emitido por ECF. Exigência da Multa Isolada - MI capitulada no artigo 54, inciso XII, da Lei nº 6.763/75 (Valor: 3000 UFMG's p/equipamento);

- realizar saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas a partir do confronto do numerário existente no caixa com o valor total dos documentos fiscais emitidos no dia. Exigência de ICMS, Multas de Revalidação (MR) e Isolada (MI) esta última capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 14/22, aos argumentos seguintes:

- o Auto de Infração não descreveu de forma clara e precisa o fato que motivou sua lavratura;

- também não foram mencionados os equipamentos ditos não autorizados que estavam sendo utilizados no instante da fiscalização;

- a obscuridade do Auto de Infração gera cerceamento de defesa, uma vez que desconhece quais os equipamentos se enquadrem na condição de poderem se confundir com o emissor de cupom fiscal;

- adquiriu as impressoras fiscais em meados de 2003 e as mesmas estavam em fase de instalação, juntamente com o sistema de software e que por atraso operacional da empresa instaladora do produto, ainda não estava em funcionamento quando da ação fiscal;

- os únicos equipamentos que à época eram utilizados e que poderiam gerar a autuação seriam três equipamentos emissores de comprovante de pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito em conta corrente;

- se fossem estes os equipamentos responsáveis pela autuação, a citação do dispositivo legal estaria errada e não se aplicaria ao caso;

- no que se refere à acusação de venda sem nota fiscal, o Fisco não considerou os suprimentos de caixa e que, por um lapsos do responsável pelo caixa, poderiam haver valores referentes ao dia anterior e até mesmo, dias anteriores;

- o Fisco não decotou do valor encontrado no caixa, o montante de início do dia, ou seja, a quantia que já se encontrava ali, antes da realização de quaisquer operações;

- é primária, ou seja, nunca cometeu infração fiscal desta natureza;

- não houve intenção fraudulenta de sua parte bem como prejuízo ao Erário;

- as penalidades aplicadas devem ser canceladas.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 48/53, aos fundamentos que se seguem:

- a Autuada reconhece ter praticado a irregularidade prevista no item 1 do relatório, ao mencionar ter adquirido as impressoras fiscais em meados de 2003 estando as mesmas em fase de instalação sendo que por atraso operacional ainda não estavam em funcionamento quando da ação fiscal;

- a responsabilidade por infração a legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato;

- como a Autuada exerce atividade de comércio varejista está obrigada ao uso do ECF, como forma de acobertamento legal de suas operações de saída de mercadorias;

- não merece prosperar a alegação de obscuridade do Auto de Infração pois os equipamentos objeto da autuação encontram-se descritos de forma clara e precisa no Termo de Constatação – Utilização de Equipamento não Autorizado, fazendo menção à marca, modelo e número de fabricação;

- tais equipamentos não estavam autorizados e nem interligados ao ECF;

- a própria Autuada confessa que mantinha, no recinto de atendimento ao público, 03 equipamentos emissores de comprovante de pagamento efetuado, através de cartão de crédito ou débito em conta corrente;

- não houve citação errônea da penalidade pois os incisos XII e XIII do artigo 54 da Lei nº 6.763/75 prevêm a mesma penalidade e tratam da mesma matéria;

- o Fisco ao realizar seu procedimento de preenchimento do Termo de Contagem de Caixa considerou a quantia referente ao numerário que já se encontrava no caixa, tendo sido o mesmo preenchido com base em dados fornecidos por funcionário da Autuada que assinou o Termo;

- são legítimas as exigências lançadas no Auto de Infração.

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de, em 05 de maio de 2004, de ter cometido as seguintes irregularidades fiscais:

01. não possuir em seu estabelecimento equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), devidamente autorizado, para acobertamento das operações realizadas;

02. manter e/ou utilizar em seu estabelecimento, no recinto de atendimento ao público, equipamentos não autorizados pelo Fisco que possibilitam a emissão de documento que se confunde com documento fiscal emitido por ECF;

03. realizar saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, apuradas a partir do confronto do numerário existente no caixa com o valor total dos documentos fiscais emitidos no dia.

Da Preliminar

A Impugnante em sua Defesa alega que o Auto de Infração é obscuro não permitindo o conhecimento claro e preciso do fato que motivou a sua lavratura, o que conseqüentemente cerceou o exercício de seu direito de defesa.

Contudo, a alegação de cerceamento de defesa não merece prosperar tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado nos termos do que determina a legislação tributária estadual.

Cumprida ainda destacar, relativamente a arguição de obscuridade do Auto de Infração em face da impossibilidade de certeza quanto a sobre quais equipamentos recaem as exigências, que os equipamentos objeto da autuação

encontram-se descritos de forma clara e precisa no Termo de Constatação – Utilização de Equipamento não Autorizado, fazendo menção à marca, modelo e número de fabricação. Tais equipamentos não estavam autorizados e nem interligados ao ECF.

Ademais a própria Defendente afirma em sua manifestação que mantinha, no recinto de atendimento ao público, 03 equipamentos emissores de comprovante de pagamento efetuado, através de cartão de crédito ou débito em conta corrente.

Acresça-se ainda que a Impugnante em sua manifestação demonstrou ter pleno conhecimento das irregularidades que lhe foram imputadas, tendo refutado pontualmente cada uma destas irregularidades.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito ao fato de que o Impugnante salienta que houve lançamento errôneo de penalidade no Auto de Infração. Também, em relação a esta defesa, temos que não merece êxito o argumento impugnatório, posto que os incisos XII e XIII do artigo 54 da Lei nº 6.763/75 prevêm a mesma penalidade. No entanto esta matéria será também abordada na discussão do mérito das exigências.

Por todo o exposto não merecem prosperar as alegações preliminarmente levantadas pela Impugnante pelo que rejeita-se a arguição do cerceamento do direito de defesa entendendo-se que a defesa do contribuinte está perfeitamente assegurada nos presentes autos.

Do Mérito

Para que a decisão sobre cada um dos pontos do Auto de Infração fique mais clara passaremos a abordar cada item individualizadamente, a saber:

Item 01. Não possuir em seu estabelecimento equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), devidamente autorizado, para acobertamento das operações realizadas. Exigência da Multa Isolada - MI capitulada no artigo 54, inciso X, alínea "b" da Lei n.º 6.763/75 (Valor:1000 UFMG's).

A penalidade referente à irregularidade pertinente à falta de ECF, devidamente autorizado, foi imputada a Impugnante tendo em vista que o Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02, tem dentre suas normas a previsão de que é obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), nas situações em que especifica. E, da análise destas regras verificamos que as saídas promovidas pela Impugnante bem como sua atividade enquadram-se nestas exigências, nos seguintes termos:

Parte Geral

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

.....

VIII – obter autorização para uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF);

.....”

ANEXO V

“Art. 28 - É obrigatória a emissão de documento fiscal por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), observado o disposto no § 1º deste artigo, nos artigos 29 e 34 desta Parte e no Anexo VI:

I - na operação de venda, à vista ou a prazo, de mercadoria ou bem, promovida por estabelecimento que exercer a atividade de comércio varejista, inclusive restaurante, bar e similares;

.....”

No tocante a esta irregularidade verificamos que a Impugnante ao comparecer aos autos acabou reconhecendo o cometimento da mesma ao observar que desde meados de 2003, adquiriu as impressoras fiscais e que as mesmas estavam em fase de instalação, juntamente com o sistema de software implantado pela empresa.

Ao apresentar seus argumentos aduz que no momento da fiscalização não estava inerte e que por atraso operacional as mesmas ainda não estavam em funcionamento.

Como podemos perceber, apesar da Impugnante efetivamente não estar inerte posto que estava agindo para adequar-se às normas legais, quando do procedimento fiscal para apuração da existência de autorização para uso do ECF, em 05 de maio de 2004, restou exaustivamente comprovado que a Defendente não possuía autorização para uso do ECF.

É inequívoco, portanto, que à data da fiscalização, a Impugnante não possuía autorização para uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, ou seja, não estava cumprindo o disposto na legislação tributária estadual que é claro ao tratar das hipóteses em que o uso do ECF é obrigatório, não deixando dúvidas de que a Impugnante estava obrigada ao uso deste equipamento. Especificamente quanto a necessidade de utilização do ECF não há inclusive discussão nos presentes autos por qualquer das partes, uma vez que a empresa estava providenciando sua correta implantação.

Cumpramos ressaltar que há expresso impedimento para aplicação do permissivo legal, mecanismo que possibilita ao Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais a quantificação da multa isolada, nos casos da penalidade do artigo 54, inciso X, alínea “b” da Lei n.º 6.763/75. Assim temos as disposições do artigo 53, §5º da Lei n.º 6.763/75, in verbis:

“Art. 53- As multas serão calculadas tomando-se como base:

.....
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

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

.....
6) de imposição da penalidade prevista na alínea “b” do inciso X do art. 54 desta lei.

.....”

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência em comento.

Item 02. Manter e/ou utilizar em seu estabelecimento, no recinto de atendimento ao público, equipamentos não autorizados pelo Fisco que possibilitam a emissão de documento que se confunde com documento fiscal emitido por ECF. Exigência da Multa Isolada - MI capitulada no artigo 54, inciso XII, da Lei n.º 6.763/75 (Valor: 3000 UFEMG's p/equipamento).

Como já dito linhas acima, a Impugnante, nos termos do Regulamento do ICMS está obrigada a possuir ECF e emitir seus documentos fiscais utilizando-se deste equipamento. Entretanto, tal obrigação não foi cumprida pelo mesmo.

Acrescente-se que a Impugnante não apenas não possuía referido equipamento como também mantinha em seu estabelecimento equipamentos, devidamente descritos no Auto de Infração, não autorizados e nem tampouco integrados ao ECF, contrariando assim a legislação tributária estadual.

A conduta apurada pela fiscalização é vedada pela legislação tributária estadual posto que a mesma determina que o Contribuinte não pode manter em seu estabelecimento equipamento não autorizado nos seguintes termos:

Anexo VI – RICMS/02

“Art. 13 - Fica vedado o uso, no recinto de atendimento ao público, de equipamento de controle interno do estabelecimento, bem como de qualquer outro que emita documento que possa ser confundido com documento fiscal emitido por ECF.

Parágrafo único - A utilização, no recinto de atendimento ao público, de equipamento que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operações com mercadorias ou a prestação de serviços será admitida somente quando o equipamento for integrado ao ECF e desde que autorizado pelo Chefe da Administração Fazendária fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte.”

Como podemos perceber, a Defendente para estar em situação de regularidade fiscal, no tocante às obrigações acessórias, previstas na legislação tributária estadual deveria observar o disposto no artigo 13 do Anexo VI do RICMS/02.

Entretanto, da análise dos autos restou inequivocamente demonstrado que a conduta da Impugnante contribuinte descumpriu a exigência constante do dispositivo legal transcrito acima.

Em sua defesa a Impugnante não demonstra que não estava em desacordo com a matéria constante dos autos. Ao contrário, admite que mantinha, no recinto de atendimento ao público, 03 (três) equipamentos emissores de comprovante de pagamento efetuado, através de cartão de crédito ou débito em conta corrente. Os quais, é inequívoco, podem ser confundidos com aqueles emitidos por ECF.

A Defendente discute ainda a propriedade da aplicação da penalidade do artigo 54, inciso XII da Lei n.º 6.763/75. Esta penalidade está assim descrita na legislação:

“Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

XII - por manter no recinto de atendimento ao público ou utilizar equipamento não autorizado pelo Fisco que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operações ou prestações ou a emissão de documento que possa ser confundido com documento fiscal emitido por ECF - 3.000 (três mil) UFEMGs por equipamento;

.....”

Verifica-se que o tipo descrito na norma acima transcrita é exatamente a conduta tida como delituosa pela Fiscalização, qual seja, por manter no recinto de atendimento ao público equipamento não autorizado pelo Fisco que possibilite o registro ou o processamento de dados relativos a operações ou a emissão de

documento que possa ser confundido com documento fiscal. Assim entendemos adequada a utilização desta penalidade ao caso dos autos, face a imputação fiscal feita.

No entanto, considerando-se que a legislação que rege as penalidades pela não utilização ou pela utilização indevida do ECF e seus acessórios, ainda é recente, considerando ser a Impugnante primária na prática da infração, decide esta Câmara acionar o permissivo legal, nos termos do artigo 53, § 3.º, da Lei nº 6.763/75, para cancelar a penalidade ora exigida especificamente neste item.

Item 03. Realizar saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas a partir do confronto do numerário existente no caixa com o valor total dos documentos fiscais emitidos no dia.

Relativamente a imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, a Impugnante não comprova que referidas saídas se deram acompanhadas dos documentos fiscais correspondentes.

Em sua Impugnação a mesma pondera que o Fisco, ao realizar seu procedimento de fiscalização, não considerou os suprimentos de caixa e que, por um lapso do responsável pelo caixa, poderiam haver valores referentes ao dia anterior e até mesmo, dias anteriores.

Entretanto, este argumento não se encontra plenamente demonstrado nos autos, ou seja, não foram apresentadas provas da ocorrência de citado lapso tampouco foi perfeitamente comprovado constarem no caixa valores não levados em consideração pela Fiscalização.

Em contraposição, está descrito no presente Processo Tributário Administrativo que o Fisco ao realizar seu procedimento de preenchimento do Termo de Contagem de Caixa considerou a quantia referente ao numerário que já se encontrava no caixa, comprovando a ocorrência da irregularidade em análise deste item.

Assim não pode prosperar a defesa da Impugnante desprovida de provas de suas assertivas, em face da regularidade do procedimento fiscal e das penalidades que lhe foram aplicadas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição do cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75, para cancelar a Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso XII, da Lei nº 6.763/75. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

Acórdão: 16.354/05/2ª – (Publicado no “MG” de 11/08/05)

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE NÃO TRIBUTADA. Aproveitamento a maior de crédito de ICMS em virtude de entrada de mercadoria objeto de operação subsequente não tributada, referente a serviços gráficos. Correto o estorno efetuado pelo Fisco mediante técnica idônea, baseada em dados e documentos fornecidos pela Autuada.

ICMS - RECOLHIMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a saída de aparas de papel com destino a outra unidade da Federação sem o recolhimento antecipado do ICMS e sem o destaque do imposto nas respectivas notas fiscais, contrariando o artigo 221 do Anexo IX do RICMS/02.

SUSPENSÃO-DESCARACTERIZAÇÃO-REMESSAPARAINDUSTRIALIZAÇÃO. Constatada a saída de mercadorias destinadas à industrialização sem o retorno no prazo regulamentar. Não podem ser aceitas as notas fiscais apresentadas pela Autuada face à não comprovação da efetividade do retorno nelas noticiado.

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL. Constatada a falta de recolhimento do diferencial de alíquotas referente às aquisições interestaduais de bens destinados a uso, consumo ou ativo permanente.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS e MR, em razão das seguintes irregularidades, constatadas no período compreendido entre janeiro de 1999 e maio de 2004:

- 1) aproveitamento a maior de crédito de ICMS, em virtude de falta de estorno do imposto creditado, proveniente da entrada de mercadorias cuja subsequente operação não se encontrava alcançada pela tributação;
- 2) falta de recolhimento antecipado do ICMS incidente em saídas de aparas de papel com destino a outra unidade da Federação e sem o destaque do imposto nas respectivas notas fiscais;
- 3) saída de mercadorias destinadas à industrialização sem o retorno no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sem o pedido de prorrogação de citado

prazo, sem a emissão da nota fiscal com destaque do imposto e sem o recolhimento em documento de arrecadação distinto;

4) falta de recolhimento do imposto resultante da aplicação do percentual correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, incidente em aquisições interestaduais de ativo permanente e bens destinados a uso ou a consumo da Autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 307/340, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 700/711.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 712/725 opina pela procedência 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 Acórdão, salvo algumas alterações.

O trabalho fiscal encontra-se discriminado no Relatório Fiscal de fls. 10/13; na verificação fiscal analítica de fls. 14/19; na planilha “Resumo Geral do ICMS Devido” de fls. 20/22; no Anexo I (“estorno de crédito devido pelas saídas não tributadas pelo ICMS no período de janeiro de 1999 a maio de 2004”); no Anexo II (“saídas de aparas de papel com destino a outra unidade da Federação acobertadas com notas fiscais sem o destaque do ICMS e sem o recolhimento antecipado do imposto”); no Anexo III (“saídas de mercadorias destinadas à industrialização – CFOP 6901 com suspensão do ICMS, sem que as mercadorias retornassem no prazo estipulado pela legislação”) e no Anexo IV (“ICMS complementar – diferença de alíquota – a recolher referente aos CFOP 291 e 2.551 – ativo fixo e 297 e 2.556 – uso e consumo, período março/1999 a fevereiro/2004”).

Constam ainda dos autos cópias das intimações à Autuada para apresentação dos relatórios demonstrativos das saídas de papel tributadas e não tributadas pelo ICMS; da planilha fornecida pela Autuada com informação mensal dos valores de saídas tributadas pelo ICMS e das saídas de serviço gráfico (não tributadas pelo ICMS); da planilha fornecida pela Autuada com informação mensal das saídas (em kg de papel) tributadas pelo ICMS e de serviço gráfico (não tributadas pelo ICMS); e das notas fiscais, livros e “espelhos” do SICAF relacionados com a autuação.

Quanto ao aproveitamento a maior de crédito de ICMS

Trata-se do aproveitamento a maior de crédito de ICMS, apurado no período compreendido entre janeiro de 1999 e maio de 2004, em virtude de falta de estorno do imposto creditado, proveniente da entrada de mercadoria cuja subsequente operação (prestação de serviços gráficos) não se encontra alcançada pela tributação do imposto. O levantamento fiscal encontra-se discriminado no Anexo I.

Observa-se que a atividade da Autuada envolve o fornecimento de mercadorias tributáveis pelo ICMS e, ainda, a prestação de serviços gráficos com o fornecimento de mercadoria.

Não é matéria controversa nos autos o fato de que a prestação de serviços gráficos com fornecimento de mercadoria, conforme desenvolvida pela Autuada, não se encontra tributada pelo ICMS, mas pelo ISSQN, de forma a suscitar o ora exigido estorno do crédito aproveitado na entrada da mesma mercadoria.

A atividade da Autuada, sujeita ao ISSQN, está prevista no item 13.05 da Lista de Serviços, que foi estabelecida isenta de qualquer restrição, vale dizer, o fato gerador encontra-se legalmente estabelecido de forma ampla e abrangente em relação aos serviços gráficos de um modo geral, abstraindo-se literalmente de qualquer limitação, seja de que natureza for, como por exemplo, a destinação a ser dada pelo encomendante.

Assim, fica clara a vedação ao aproveitamento do crédito de imposto de que tratam o inciso II do art. 70 do Regulamento do ICMS (RICMS/96), aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996, e o inciso II do art. 70 do Regulamento do ICMS (RICMS/02), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, uma vez comprovado que a operação subsequente de prestação de serviços gráficos com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante ocorre com não-incidência.

No caso dos autos, o Fisco observou que embora a Autuada promovesse saídas mensais de serviços gráficos, os estornos por ela efetuados não eram regulares. Além disto, não foi apresentado nenhum demonstrativo da apuração dos estornos cometidos, não obstante as intimações feitas pelo Fisco solicitando tal apresentação.

A Autuada informou, entretanto, que os estornos foram feitos com base na quantidade de papel consumido em cada atividade, bem como o valor do faturamento, mês a mês, dos serviços gráficos e das saídas tributadas pelo ICMS, e o peso do papel consumido em cada uma destas atividades, com exceção, nesta última informação, dos meses de janeiro a novembro de 1999.

Dessa forma, diante da falta de apresentação do demonstrativo solicitado, o Fisco procedeu à apuração dos valores de estorno com base nos dados fornecidos pela própria Autuada.

O levantamento do estorno de crédito devido pelas saídas não tributadas pelo ICMS efetuado pelo Fisco observou dois parâmetros, a saber: no período de janeiro a dezembro de 1999, o Fisco levantou o percentual de estorno levando em consideração o percentual de serviços gráficos sobre o faturamento total nas saídas; já no período de janeiro de 2000 a maio de 2004, o percentual de estorno foi obtido considerando o percentual de consumo de papel nas saídas para serviços gráficos em relação ao total de consumo de papel.

A utilização de duas sistemáticas distintas no levantamento do percentual de estorno do imposto, no entanto, deveu-se ao fato de que a Autuada

não forneceu as quantidades de consumo de papel relativo às saídas para serviços gráficos no período de janeiro a dezembro de 1999, o que obrigou o Fisco a adotar outra metodologia para o período citado.

A Autuada, portanto, não pode nesta etapa do processo alegar a própria desídia em seu benefício, pois o levantamento efetuado pelo Fisco não redundou em prejuízo, uma vez que levou em consideração os dados por ela fornecidos.

A planilha de fls. 396/417, apresentada pela Autuada em sua Impugnação, relacionando por período e por fornecedor a quantidade e o valor do papel e de outros bens consumidos na prestação de serviços gráficos, não pode ser considerada, pois além de não conter os dados em relação a todo o período, observa-se que a apuração foi elaborada sem controle fiscal e com erros de lançamento, conforme relacionados pelo Fisco às fls. 705.

Quanto à falta de recolhimento antecipado do imposto

Trata-se da falta de recolhimento antecipado do ICMS incidente em saídas de aparas de papel com destino a outra unidade da Federação e sem o destaque do imposto nas respectivas notas fiscais, apurada nos meses de janeiro e março de 2003. O levantamento fiscal encontra-se discriminado no Anexo II.

Observa-se que a obrigação da Autuada de recolher o imposto antes de iniciada a remessa das aparas de papel com destino a outra unidade da Federação advém do art. 221 do Anexo IX do RICMS/02.

Salienta-se que a Autuada não refuta a exigência fiscal em comento em sua Impugnação, reputando-se correta a acusação de falta de recolhimento antecipado do ICMS incidente em saídas de aparas de papel com destino a outra unidade da Federação e sem o destaque do imposto nas respectivas notas fiscais.

Quanto à saída de mercadorias destinadas à industrialização sem o retorno no prazo regulamentar

Trata este item da acusação fiscal da saída, ocorrida em novembro de 2003, de mercadorias destinadas à industrialização sem o retorno no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sem o pedido de prorrogação de citado prazo, sem a emissão da nota fiscal com destaque do imposto e sem o recolhimento em documento de arrecadação distinto. O levantamento fiscal encontra-se discriminado no Anexo III.

Entretanto, a Autuada alega na Impugnação que os bens objeto das notas fiscais foram devolvidos pela empresa Mapama Manufatora de papéis Manilha Ltda., apesar de haver informado ao Fisco que as mercadorias ainda estariam em poder de citada empresa, pois localizou posteriormente as notas fiscais de fls. 694/697.

A apresentação serôdia de tais notas fiscais não tem o condão de alterar o feito fiscal, pois se observa que as notas fiscais de fls. 694/695 são endereçadas a terceira empresa localizada no Estado de São Paulo, não guardando relação com as notas fiscais originais de remessa para industrialização e sem comprovar o retorno, ainda que simbólico, ao estabelecimento da Autuada.

Destaca-se ainda que em nenhuma das notas fiscais apresentadas constam os dados do transportador ou carimbos da fiscalização de trânsito de mercadorias comprovando a regularidade das operações.

Ressalta-se que o Fisco, antes de lavrar a acusação, solicitou da Autuada a comprovação do retorno das mercadorias, tendo sido informado na ocasião que as mesmas não haviam retornado.

Quanto ao diferencial de alíquotas

Refere-se este item da exigência fiscal da constatação da falta de recolhimento de ICMS referente à diferença de alíquotas nas aquisições oriundas de outras unidades da Federação de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, relativamente ao período compreendido entre março de 1999 e fevereiro de 2004. O levantamento fiscal encontra-se discriminado no Anexo IV.

Inicialmente, vale ressaltar que a fundamentação legal da matéria encontra sua origem nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, que assim estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

(...)

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Nesse esteio, o § 2º do art. 12 da Lei nº 6.763, de 1975, estabelece ao contribuinte que receber mercadoria ou serviço na condição de consumidor ou usuário final a obrigatoriedade de recolher o imposto resultante da aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual que houver incidido sobre aquela operação ou prestação.

No mesmo sentido, o item 6 do § 1º do art. 5º, o inciso II do art. 6º e o § 1º do art. 13, todos da Lei nº 6.763, de 1975, estabelecem a incidência, o fato gerador e a base de cálculo referente à cobrança do diferencial de alíquotas em debate, como segue:

§ 1º- O imposto incide sobre:

6) a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

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

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo permanente.

(...)

Art. 13- A base de cálculo do imposto 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 da Federação de origem, e o imposto a recolher será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

A matéria é, ainda, disciplinada pelo inciso II do art. 2º e pelo § 1º do art. 43, ambos do RICMS/96, e pelo inciso VII do art. 1º e inciso I do § 1º do art. 42, ambos do RICMS/02.

Assim, uma vez que há previsão na Lei estadual, como ficou demonstrado, fica afastado o argumento da Autuada de que a cobrança do diferencial é ilegítima por falta de previsão Lei Complementar Federal nº 87, de 1996, que autorize a cobrança pelo Estado de destino da mercadoria.

A Autuada alega ainda que a exigência é indevida, por incidir sobre mercadorias não destinadas ao uso, consumo ou ao ativo imobilizado, quais sejam, matérias-primas na produção de bobina para fax e formulário.

Observa-se, entretanto, que a classificação fiscal das mercadorias contida na coluna CFOP do Anexo IV de fls. 27/43 dos autos foi extraída do livro Registro de Entradas (LRE) da própria Autuada, que classificou tais entradas como “compras para o ativo imobilizado” (CFOP 2.91 e 2.551) e “compras de materiais para uso ou consumo” (CFOP 2.97 e 2.556).

É patente que as aquisições classificadas sob os CFOP 2.91, 2.551, 2.97 e 2.556 estão sujeitas ao diferencial de alíquotas pela própria natureza de suas classificações, não tendo a Autuada, anteriormente, contestado mediante denúncia espontânea a categorização por ela mesma efetivada.

Uma análise das descrições das mercadorias relacionadas no Anexo IV, entretanto, confirma tratar-se de compressores, peças de máquinas, queimadores, motores, mesas, painéis, armários, etc., não pairando nenhuma dúvida de que tais mercadorias não são matéria-prima nem tampouco produto intermediário, uma vez que não são consumidos imediatamente e integralmente na produção.

Quanto à taxa SELIC e ao caráter confiscatório da multa

No que concerne aos argumentos da Autuada em questionamento à incidência de juros à taxa SELIC, temos que não se irá discutir os fundamentos de validade da previsão expressa do parágrafo único do art. 226 da Lei nº 6.763, de 1975, c/c o § 3º do art. 5º da Lei Federal nº 9.430, de 1996.

Este entendimento é disciplinado através da Resolução do Secretário de Estado de Fazenda nº 2.880, de 1997, a qual determina que:

Art. 1º - 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 juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Por derradeiro, vale registrar, quanto à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, que a MR tem previsão expressa no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763, de 1975, e seu percentual equivale a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, e não a 75% (setenta e cinco por cento) como afirmado pela Autuada.

Verifica-se, outrossim, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais de ICMS e da MR de 50% (cinquenta por cento).

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. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume.

Relatora: Cláudia Campos Lopes Lara

Acórdão: 17.029/05/3ª – (Publicado no “MG” de 15/09/05)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Dispensável a perícia requerida, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados. Recurso não provido. Decisão unânime.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA CAIXA/SALDO CREDOR. Constatada a existência de saldos credores na conta caixa, caracterizando saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme previsto no §3º, do artigo 194 do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL. Evidenciado o extravio de notas fiscais de entrada. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Evidenciada a falta de registro de documentos fiscais, entretanto, exclui-se a respectiva multa isolada por ser a infração conexa com as mesmas operações sobre as quais aplicou-se a penalidade relativa ao extravio de notas fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação de prática das seguintes irregularidades por parte da Autuada:

- levar a efeito na escrituração contábil diversos pagamentos, não contabilizando na conta caixa as faturas correspondentes;
- deixar de escriturar diversas notas fiscais de aquisição;
- deixar de apresentar notas fiscais de fornecedores variados.

Para os dois primeiros itens procedeu-se a recomposição da conta caixa verificando-se a existência de saldos credores e diferença de saldo a tributar em 31 de dezembro de 1999, caracterizando saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais pelo que se exige além das Multas, o imposto devido.

Às fls. 729/730 a Autuada requer a autuação do Processo Tributário Administrativo nos termos do artigo 131 da Lei n.º 6.763/75 e fotocópia do mesmo.

A AF/2º Nível/São João Del Rei pronuncia-se à fl. 735 informando que uma cópia completa do Processo Tributário Administrativo foi entregue à Sra. Alzaléia Sara Zanetti Reis, contadora da empresa e que a autuação do Processo Tributário Administrativo nos termos do artigo 131 da Lei n.º 6.763/75 é um ato imperativo.

Inconformada com o lançamento, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 737 a 743, apresentando os seguintes argumentos em síntese:

- a ação fiscal deve ser declarada nula, bem como o presente PTA pois a mesma teve contornos de devassa fiscal combinada com abuso de autoridade;
- o abuso de poder está configurado no fato da retenção de sua documentação por 270 dias;

- várias vezes a contadora da Impugnante esteve na Agência Fazendária protestando verbalmente e veementemente pela devolução dos documentos;

- a ação fiscal foi feita em represália de acontecimento em data anterior ao Termo de Início da Ação Fiscal envolvendo seu sócio-gerente e fiscal exacerbado da Agência Fazendária de sua localidade;

- as preliminares argüidas fundamentam-se nos artigos 5º, inciso VI da Constituição Federal, e 196, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, bem como na Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal e em doutrina;

- solicita o confronto das fls. 10 a 49 dos autos com o Anexo 2 de sua impugnação que, apresentado no mesmo formato, foi acrescido de duas colunas, a primeira quando se apresenta o motivo com números, a segunda enumerando folhas do processo, onde se confirma ou se contrapõe os valores apresentados pelo Fisco;

- também deve ser feito o confronto das fls. 06 a 09 dos autos com o Anexo 4, no mesmo formato, com base nos valores consolidados no Anexo 3 e o confronto da fl. 02 dos autos com o Anexo 5, no mesmo formato, e com base nos valores consolidados no Anexo 4;

- requer a produção de perícia informando que seus quesitos são os subitens 1 a 6 da letra "a" de sua Impugnação e indica Assistente Técnico;

- havendo reformulação do crédito tributário, deve ser beneficiada com o que preceitua o §1º do artigo 100 da CLTA/MG e, não lhe sendo suportável, conceda-se o parcelamento em 60 meses;

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

O Fisco, em manifestação de fls. 839 a 848, refuta as alegações da defesa, afirmando em síntese o que se segue:

- toda a ação fiscal foi realizada em conformidade com o disposto no artigo 51 da CLTA/MG, não tendo havido abuso de autoridade e tampouco apreensão de documentos de forma genérica e indiscriminada;

- a apreensão de documento foi feita mediante a lavratura do TIAF (fl. 07), onde os documentos requisitados e o período aos quais se referiam foram claramente discriminados;

- cita o artigo 52 da CLTA/MG para refutar a alegação da Autuada de que houve retenção indevida da documentação solicitada destacando que toda a ação fiscal foi realizada em conformidade com a legislação tributária vigente;

- como o sujeito passivo optou por não exercer seu direito de realizar uma denúncia espontânea após esgotado o prazo previsto no artigo 52 da CLTA/MG, foi lavrado o Auto de Infração, em conformidade com o que preceitua o parágrafo único do referido artigo, ou seja, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal, devendo ser rechaçada, portanto, a alegação de abuso e absurdo;

- não houve represália por parte do Fisco que apenas solicitou a

exibição e a entrega de livros e documentos fiscais que a Autuada, como qualquer pessoa enquadrada na condição de contribuinte, teria a obrigação de entregar;

- a Autuada sem apresentar qualquer tipo de prova material que corrobore sua alegação de que “é muito comum a mercadoria ser faturada em nome de empresa que não seja a destinatária e a fatura paga em dinheiro”, acusa seus fornecedores de entregarem suas mercadorias a destinatários diversos, como se isto fosse um procedimento comum, pretendendo, assim, transformar a exceção em regra;

- o Fisco apresentou na elaboração da peça fiscal, provas materiais inequívocas de que a Autuada realmente adquiriu as mercadorias, de que as notas fiscais referentes a estas aquisições não foram levadas a registro e, finalmente, de que foram extraviadas;

- a partir da confrontação das operações informadas pelos fornecedores da Autuada com as operações escrituradas pela mesma em seu Registro de Entradas, chegou-se à relação de notas fiscais não registradas;

- a fim de caracterizar o extravio das notas fiscais, a Autuada foi devidamente intimada a apresentar as primeiras vias destes documentos e esta, em resposta, declarou desconhecer todas estas notas fiscais;

- a Autuada, além de não apresentar prova alguma do que alega e de se valer exclusivamente de uma justificativa genérica e infundada ainda prestou uma declaração falsa (fl. 100) ao afirmar inicialmente que desconhecia todas as notas fiscais relacionadas às fls. 10 a 49 dos autos, para, posteriormente, (fl. 741), admitir que algumas destas notas fiscais foram extraviadas e comprovadamente recebidas pela empresa;

- não houve cobrança em duplicidade como alega a Autuada bastando uma simples conferência nos quadros relacionados às fls. 10 a 49 dos autos para verificar que tal alegação não corresponde à verdade;

- a melhoria ou não da qualidade do gerenciamento contábil e fiscal da empresa, após a morte de seu anterior contador, sequer foi objeto deste trabalho e em nada interfere na elaboração da peça fiscal;

- o indeferimento da perícia por não terem sido apresentados os quesitos e por ser meramente protelatória.

Requer a procedência do lançamento.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl. 866), o mesmo foi agravado à fl. 870.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 874 a 884, opina, em preliminar, pelo indeferimento do Recurso de Agravo e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento para que se exclua a Multa Isolada aplicada por falta de registro de documentos fiscais.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES:

DO RECURSO DE AGRAVO:

Analisando-se o Recurso de Agravo interposto cabe inicialmente destacar que embora a Impugnante tenha protestado pela produção de prova pericial, não foram apontados precisamente os quesitos que a mesma gostaria de ver esclarecidos pelo perito técnico.

Apesar deste fato os dados por ela apontados, subitens 1 a 6 da letra “a” de sua Impugnação, foram considerados como quesitos e, garantindo largamente sua possibilidade de defesa, apreciados. No entanto, o entendimento da Auditoria Fiscal, a quem regularmente compete o primeiro exame da questão, foi pelo indeferimento da prova pericial. Com a apresentação do Recurso de Agravo a matéria foi transferida para apreciação desta Câmara de Julgamento.

Assim temos que a Defendente, em sua Impugnação, requer a produção de prova pericial, e apresenta os pontos sobre os quais entende necessária a intervenção de profissional regularmente habilitado para elucidar eventuais obscuridades do Processo.

Importa salientar que por se tratar de prova especial, a perícia só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Nesta linha temos que o pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial.

Os quesitos propostos referentes à questão preliminar já se encontram suficientemente esclarecidos e, no que tange aos quesitos relacionados ao mérito, entendemos encontrarem-se as respostas nos autos.

Cumpre salientar que havendo nos autos elementos suficientes para propiciar a análise e o esclarecimento da matéria, bem como demonstrar com exatidão os valores devidos, não deve o Recurso de Agravo ser provido por desnecessária a prova pericial requerida.

A Impugnante levanta ainda como questão preliminar prejudicial a análise satisfatória do mérito das exigências uma pretensa nulidade da ação fiscal em virtude da mesma, segundo seu entendimento, ter contornos de devassa fiscal combinada com abuso de poder.

A Defendente afirma ainda ter havido retenção indevida da documentação solicitada e ter a Fiscalização agido em represália de acontecimento

em data anterior ao TIAF envolvendo o seu sócio-gerente e um fiscal da Administração Fazendária de São João Del Rei.

No entanto, entendemos que o conjunto probante existente nos presentes autos não apara a tese preliminar defendida pela Impugnante.

Inicialmente não temos no presente Processo Tributário qualquer prova material da ocorrência de devassa fiscal ou abuso de poder. Toda a ação fiscal desenvolveu-se de conformidade com os padrões da fiscalização ditados pelas normas estaduais e dentro do que preceitua o artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Há nos autos provas de que a requisição da documentação foi feita por meio de Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF, conforme atesta o próprio documento presente a fl. 05. Este é o procedimento ditado pela Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG.

Preocupa-nos particularmente a questão levantada pela Impugnante quanto a retenção de sua documentação por 270 dias. No entanto, os autos noticiam que tal retenção não resultou em prejuízo para a Defendente, e não foi feita prova em sentido contrário pela mesma. Ademais, segundo o artigo 52 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, foi devolvido à Impugnante, após transcorrido o prazo inicial de 90 (noventa) dias, o direito de apresentar denúncia espontânea acerca da matéria objeto de fiscalização. Não tendo sido formalizada a denúncia foi lavrado o Auto de Infração em exame, também de acordo com os preceitos contidos no § único do já citado artigo 52 da CLTA/MG, ou seja, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Assim, não havendo nos autos qualquer indício de que tenha ocorrido a alegada represália por parte do Fisco a acontecimentos anteriores envolvendo sócio da Impugnante e um fiscal da Administração Fazendária de São João Del Rei e estando o procedimento fiscal de conformidade com as normas estaduais que regem a matéria, não há como ser acolhida a preliminar argüida, pelo que passamos a análise do mérito.

Do Mérito

Versa a autuação sob exame sobre a imputação de prática das seguintes irregularidades por parte da Impugnante:

- levar a efeito na escrituração contábil diversos pagamentos, não contabilizando na conta caixa as faturas correspondentes;
- deixar de escriturar diversas notas fiscais de aquisição;
- deixar de apresentar notas fiscais de fornecedores variados.

Para os dois primeiros itens procedeu-se a recomposição da conta caixa verificando-se a existência de saldos credores e diferença de saldo a tributar em 31 de dezembro de 1999, caracterizando saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais pelo que se exige além das Multas, o imposto devido.

Assim temos três questões a serem analisadas.

Passamos portanto a primeira que diz respeito a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, e sem o recolhimento do ICMS devido, em razão da constatação de saldos credores na conta caixa, apurados mediante recomposição em razão da não escrituração/contabilização de diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias.

Pelo levantamento realizado e os documentos existentes no presente Processo verifica-se que a irregularidade originou-se da constatação pela Fiscalização de diversas aquisições de mercadorias por parte da Impugnante, conforme relação de fls. 10 a 49, sem que tais aquisições tivessem sido escrituradas nos livros fiscais próprios.

Encontram-se anexados, entre as fls. 102 a 110 e 264 a 727 diversos documentos comprobatórios de que a Defendente realmente adquiriu, recebeu e pagou pelas mercadorias constantes das notas fiscais que compõem a relação de fls. 10 a 49.

São os seguintes os documentos existentes no presente processo que entendemos levem a tal conclusão:

- declarações das empresas fornecedoras de que as notas fiscais de sua emissão, com destino à ora Impugnante, referem-se a efetivas operações;
- cópias das respectivas notas fiscais (2ª ou 4ª vias);
- cópias dos extratos bancários (Banco do Brasil), atestando os pagamentos efetuados;
- cópias dos canhotos das notas fiscais contendo a assinatura de recebimento das mercadorias pela Impugnante;
- cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas por meio dos quais verifica-se que o destino da carga realmente era a Impugnante, situada em São João Del Rei;
- cópias de duplicatas emitidas pelos fornecedores, tendo como "sacado" a ora Defendente;
- manifesto de entrega com assinatura de recebimento das mercadorias e carimbo da Impugnante.

A Relação de Notas Fiscais sem Registro (fls. 10 a 49) somente foi elaborada pelo Fisco após o mesmo ter a posse dos supra citados documentos e, para caracterizar o extravio destas notas fiscais a Impugnante foi intimada a apresentá-las, segundo atesta o documento de fl. 99, ocasião em que declarou desconhecer todos estes documentos.

O levantamento efetuado pelo Fisco encontra-se, pois, discriminado na relação de fls. 10 a 49 que refere-se às notas fiscais de diversos fornecedores da Impugnante não registradas no Livro Registro de Entradas e cujos pagamentos das respectivas duplicatas e títulos bancários, efetuados no período de janeiro de 1999 a abril de 2002, também não foram contabilizados na conta caixa.

Tal relação compõe-se do número das notas fiscais de aquisição, seus emitentes e data de emissão além das datas dos vencimentos das faturas, números das mesmas e respectivos valores que, tendo sido pagos e não contabilizados (Diário Geral de fls. 111 a 262) foram levados pelo Fisco a crédito na conta caixa.

A Impugnante, às fls. 751 a 816 reproduz a citada relação (Anexo 2 de sua impugnação), acrescentando-lhe, entretanto, duas colunas:

1ª) com o código do motivo pelo qual não há comprovação de pagamento no livro diário ou falta de registro no livro registro de entradas;

2ª) com as páginas do presente Processo onde se encontra a cópia da respectiva nota fiscal.

A legenda decodificando a numeração dos motivos encontra-se às fls. 740/741 dos autos sendo importante salientar que nenhuma operação foi justificativa pela Impugnante com os números 2 e 4.

A Defendente admite ter extraviado algumas notas fiscais depois de tê-las recebido. Tratam-se das notas fiscais que, na sua relação de fls. 751 a 816, receberam o código de motivo nº 5. Não há portanto controvérsia sobre tais notas fiscais.

Os demais códigos de motivos utilizados pela Impugnante (nºs 1, 3 e 6) têm a mesma justificativa, ou seja, para as notas fiscais que receberam da Defendente esses números na sua relação, a justificativa para a ausência de comprovação de pagamento no livro diário ou falta de registro no livro registro de entradas é a de que é muito comum mercadoria ser faturada em nome de empresa que não seja a destinatária e a fatura paga em dinheiro. Face à falta de previsão nas normas estaduais para tal justificativa temos que a mesma não pode ser acatada pelo Órgão Julgador.

Os anexos 3, 4 e 5 apresentados pela defesa (fls. 817 a 825) também não podem ser aceitos pois derivam do citado anexo 2.

Os anexos 6 e 7 da impugnação (fls. 826 a 830), além do anexo 9 (fls. 834 a 836), que tratam, respectivamente, da comprovação do falecimento do antigo contador da empresa, da comprovação da melhoria na gerência contábil-fiscal da Impugnante e da comprovação do uso da marca "Drogaria Americana", não têm o condão de alterar o feito fiscal.

Assim, após a recomposição da conta caixa (fls. 57 a 60) dos quatro exercícios fiscalizados (1999 a 2002), foram apurados saldos credores, circunstância que ocorrendo em conta tipicamente devedora, autoriza a presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme disciplina o art. 194, inciso III, §3º, do RICMS/96 (Parte Geral), in verbis:

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

.....

III - levantamento quantitativo-financeiro;

.....
§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou à manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal."

A Impugnante, não trazendo aos autos qualquer elemento que pudesse contraditar o levantamento procedido pelo Fisco, ou seja, não comprovando que os pagamentos efetuados aos fornecedores já haviam sido lançados a crédito na conta caixa ou que as operações, de fato, não se realizaram, também legitima o trabalho fiscal, consoante preceitua o artigo 110 da CLTA/MG, in verbis:.

"Art. 110 – Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto de provas, será essa irregularidade considerada como provada."

Ressalta-se que, em virtude da Impugnante comercializar mercadorias com alíquotas diferenciadas, inclusive mercadorias que sofriam a incidência da substituição tributária, o fisco efetuou uma memória de cálculo para apuração dos percentuais mensais tributados pela Impugnante, de forma a ratear as saídas desacobertadas proporcionalmente às reais tributações praticadas pelo contribuinte.

Esta memória de cálculo encontra-se presente nos autos às fls. 50 a 55, podendo perceber-se na mesma que não se agregou ao crédito tributário qualquer valor a título de ICMS sobre as saídas desacobertadas consideradas isentas ou relativas a mercadorias cuja sistemática de tributação fosse a de substituição tributária, tendo sido exigido sobre tais operações apenas a multa isolada prevista no artigo 55, inciso II, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75.

Entendemos assim que, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) e Multa Isolada de 20%, capitulada no artigo 55, inciso II, alínea "a", da Lei n.º 6.763/75, devem ser mantidas.

A segunda irregularidade imputada à Impugnante diz respeito ao extravio de Notas Fiscais de entrada, sendo cobrada a penalidade prevista no inciso XII, do mesmo artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 e a terceira imputação fiscal refere-se à falta de registro, nos livros Registro de Entradas e Caixa, dessas mesmas notas

fiscais, para o que o fisco cobrou da Impugnante a multa isolada prevista no inciso I do já citado artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

Tais notas fiscais de entrada estão discriminadas às fls. 10 a 49 e referem-se a aquisições de mercadorias junto a diversos fornecedores nos exercícios de 1999 a 2002.

O artigo 96, inciso II, alínea “a” do RICMS/96 determina que é obrigação do contribuinte arquivar, por ordem cronológica de escrituração, os documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias, mantendo-os pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, quando os documentos não se relacionarem com exigência formalizada.

Em atendimento a diversas intimações, as empresas emitentes das notas fiscais confirmaram as vendas efetuadas para a Impugnante mediante as notas fiscais em questão.

A Defendente, por sua vez, não atendeu à intimação de fl. 99, na qual o Fisco solicitou a apresentação das primeiras vias das notas fiscais em comento e onde informou possuir cópias das vias fixas destes documentos, que foram conseguidas por intermédio de diligências fiscais.

No dia 16 de abril de 2003, declarou, conforme documento acostado a fl. 100, que desconhece as notas fiscais constantes da citada relação elaborada pelo Fisco.

Posteriormente, entretanto, em sua impugnação datada de 03 de outubro de 2003, admite que algumas notas fiscais foram extraviadas depois de comprovadamente recebidas pela empresa e afirma não saber o destino das mesmas e o motivo porque não foram lançadas (item 5 da impugnação – fl. 741).

Os documentos anexados às fls. 102 a 110 e 264 a 727 comprovam que as notas fiscais da relação de fls. 10 a 49 refletem reais operações mercantis e que a Impugnante recebeu as mercadorias nelas constantes e logicamente as respectivas notas fiscais já que participou das mesmas na condição de adquirente dos produtos.

As alegações de defesa para não apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais não eximem a Impugnante da responsabilidade pela infração cometida, isto é, extravio das primeiras vias das notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias.

Portanto, também entendemos correta a Multa Isolada aplicada prevista no artigo 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, conforme consta do Auto de Infração.

A terceira imputação fiscal, falta de registro de documentos fiscais nos livros próprios, no caso em apreço, guarda correlação direta com o extravio dos mesmos documentos.

É fato que só se pode extraviar aquilo que um dia se possuiu. Regra geral, o extravio de documentos fiscais de aquisição de mercadorias é comprovado

mediante a não apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais que encontram-se registrados no Livro Registro de Entradas, ou seja, um dia este documento esteve na posse do contribuinte, tanto é que procedeu ao seu registro.

Assim, pode o Fisco encontrar, com um determinado contribuinte, documentos que não foram escriturados e registros de documentos cuja posse o contribuinte não tem.

No entanto, no caso dos autos, as mesmas notas fiscais que serviram de base para a autuação por extravio de documentos fiscais estão sendo utilizadas para se impor à Impugnante a penalidade por falta de registro de documentos fiscais.

Porém, a falta de registro de documentos fiscais foi decorrente do extravio dos mesmos documentos, de sorte que são infrações conexas com as mesmas operações que lhes deram origem.

Segundo o artigo 211 do RICMS/96, apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deu origem.

Em assim sendo, deve-se excluir do feito, em cada exercício fiscalizado, a exigência relativa à falta de registro de documentos fiscais, que corresponde a 5% (cinco por cento) sobre os valores totais das notas fiscais relacionadas às fls. 10 a 49.

Permanecerá, no entanto, a exigência relativa ao extravio de documentos fiscais que é de 40% (quarenta por cento) sobre os totais das referidas notas fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido. Ainda, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada, capitulada no artigo 55, inciso I, da Lei nº 6.763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro José Eymard Costa, que o julgava procedente, por entender que as infrações não são conexas, não se aplicando ao presente caso, portanto, as disposições do artigo 211 do RICMS/96. Participou também do julgamento, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

Acórdão: 17.309/05/3ª – (Publicado no “MG” de 23/03/06)

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – DIVERGÊNCIA DE VALORES – Constatou-se a consignação em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto (DAPI), relativa a agosto/2001, de valor de débito do ICMS inferior ao escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Legítimas as exigências de ICMS, MR e MI prevista no art. 54, inciso IX da Lei 6763/75.

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA – Comprovada a utilização indevida de redução da base de cálculo do ICMS, prevista no item 3 do Anexo IV do RICMS/96, tendo em vista que a Autuada deixou de deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, inobservando a condição estabelecida no subitem 3.1 do citado dispositivo legal. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALSIFICAÇÃO DE LIVRO FISCAL – Comprovada a falsificação de Livro Registro de Saídas, relativo ao exercício de 2001. Legítima a penalidade exigida, estatuída no art. 55, inciso XI da Lei 6763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADA – Legítima a inclusão da contadora para compor o pólo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 21, inciso XII da Lei 6763/75, uma vez que as infrações apontadas no AI são originárias de preenchimento irregular de documento fiscal e falsificação de livro fiscal, os quais estavam sob sua responsabilidade.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - Recolhimento a menor do ICMS no período compreendido entre agosto/2001 e maio/2002, apurado através de “Verificação Fiscal Analítica” (Anexo 2), decorrente de:

1.1 - consignação em Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI de valores de base de cálculo e ICMS devido, divergentes daqueles registrados no Livro RAICMS (Anexo 1). Exigências de ICMS, MR e MI - capitulada no art. 54, inciso IX da Lei 676/75;

1.2 – utilização incorreta da redução de base de cálculo prevista no item 3 do Anexo IV do RICMS/96 (Anexo 3). Exigência de ICMS, MR e MI – capitulada no art. 54, inciso VI da Lei 6763/75.

2 – Falsificação do Livro Registro de Saídas n.º 06, relativo ao exercício de 2001 (Anexo 4). O Contribuinte mantinha 02 (dois) Livros Registro de Saída

para o mesmo exercício. O livro de capa azul reflete a realidade das operações, com valores corretamente extraídos das notas fiscais. O livro falso, com capa preta, foi apreendido através do TAD n.º 023.778 e consigna valores que deram suporte às DAPIs “maquiadas”. Exigência de MI - capitulada no art. 55, inciso XI da Lei 6763/75.

Lavrado em 19/10/04 - AI exigindo ICMS, MR e MI supra citadas.

Inconformados, os Sujeitos Passivos (Autuada e Coobrigada) apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 135/148 e 280/285, respectivamente.

O Fisco se manifesta às fls. 305/324, refutando as alegações das Impugnantes, bem como anexa aos autos cópia da intimação de fls. 325 (de novembro/2003) solicitando a entrega de livros fiscais.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 328/329, que resulta nas seguintes providências do Fisco: juntada de documentos de fls. 330/395; acréscimo no AI do dispositivo legal que deu suporte à inclusão da contadora no pólo passivo da obrigação tributária (fls.388) e esclarecimentos de fls. 396/397.

Concedida vista dos autos aos Sujeitos Passivos (doc. de fls. 389/391), estes comparecem aos autos (fls. 393 e 395), reiterando os argumentos já apresentados.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 398/405, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal, em parte, foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo alterações.

Irregularidades do item “5.A” do Auto de Infração:

Consignação em Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI de valores de base de cálculo e ICMS devido divergentes daqueles registrados no Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS.

Prefacialmente, insta destacar que o feito fiscal teve como ponto de partida a Solicitação de Conferência Fiscal (fls. 12/15), oriunda de outra unidade da Federação (São Paulo), para que o Fisco deste Estado verificasse a regularidade das notas fiscais destinadas a contribuinte daquele Estado, relacionadas na planilha de fls. 16/17.

De posse das segundas vias das notas fiscais, cujas cópias encontram-se às fls. 30/61, o Fisco constatou diferenças entre a base de cálculo e imposto devidos, lançados nos citados documentos e no RAICMS e os declarados nas respectivas DAPIs, conforme demonstra a planilha de fls. 18.

As cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, acostadas às fls. 107/110 e da DAPI de fls. 126/129, referente ao mês de agosto/2001, comprovam que a Autuada consignou na referida declaração valores de “base de cálculo do ICMS” e “ICMS devido” divergentes (inferiores) aos registrados no RAICMS.

Da análise da documentação autuada, verifica-se que o Sujeito Passivo emitia notas fiscais de saída, escriturava tais documentos no Livro Registro de Saídas (fls. 92/106), apurava o imposto devido lançando-o no livro próprio - RAICMS (fls. 107/110), mas, paralelamente, registrava as mesmas operações em um outro LRS (falsificado), em valores de base de cálculo e de débito de imposto bastante inferiores aos devidos, valores esses que eram informados nas DAPIs.

Em face da comprovada declaração e recolhimento de imposto a menor que o devido, mostra-se legítima a recomposição da conta gráfica do contribuinte, conforme se observa às fls. 19/21, para apurar e exigir a diferença de ICMS não recolhido, acrescido da Multa de Revalidação (50%), prevista no art. 56, II da Lei 6763/75, bem como Multa Isolada de 50% sobre o valor do ICMS não declarado, na forma do disposto no art. 54, inciso IX da Lei 6763/75 (a seguir transcrito), conforme demonstra o Relatório Fiscal de fls. 09.

“Art. 54 – As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

IX – por consignar, em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, valores divergentes de crédito, de débito ou de saldo dos escriturados no Livro de Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, ressalvada a hipótese em que o imposto tenha sido integralmente recolhido: 50% (cinquenta por cento) do imposto não declarado;”

(Efeitos de 31/12/97 a 31/10/03 – Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei 12.729/97.)

Utilização incorreta da redução de base de cálculo prevista no item 3 do Anexo IV do RICMS/96 (Anexo 3), face à inobservância das disposições contidas no subitem 3.1 do mencionado dispositivo legal.

Cumpra observar que o benefício da redução da base de cálculo, ora questionado, decorre do Convênio ICMS n.º 100/97, de 04/11/97, ratificado em Minas Gerais por meio do Decreto 39.277, de 28/11/97 e a sua fruição está sujeita ao cumprimento da condição estabelecida no subitem 3.1, do Anexo IV, do RICMS/96, “in verbis”:

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

Eis, portanto, o caso de redução de base de cálculo condicionada, ou seja, o benefício fiscal será concedido, se e somente se, o alienante demonstrar na nota fiscal, o abatimento no preço da mercadoria do valor equivalente ao imposto dispensado na operação.

Indubitavelmente, a intenção do legislador, ao conceder tal benefício, foi conferir o repasse do abatimento aquele que, efetivamente, irá consumir a mercadoria, beneficiando, dessa forma, o setor agrícola.

As notas fiscais relacionadas no Anexo 3 (fls. 22/25), cujas cópias foram trazidas por amostragem às fls. 62/91, indicam que, durante o período compreendido entre janeiro/00 a novembro/01, a Autuada adotou procedimento contrário ao que dispõe a legislação tributária.

Da análise das notas fiscais anexas aos autos verifica-se tão-somente a indicação do dispositivo regulamentar atinente ao benefício da redução da base de cálculo, sem fazer qualquer menção a desconto no preço do produto equivalente ao imposto dispensado na operação, contrariando, assim, à regra condicionante à fruição do benefício fiscal, prevista no subitem 3.1 do Anexo IV do RICMS/96.

Sendo assim, mostra-se legítima a exigência da diferença de imposto, demonstrada na planilha de fls. 22/25, que resultou na recomposição integral da base de cálculo, exigindo a diferença do tributo, acrescida da Multa de Revalidação e da Multa Isolada inserta no inciso VI do art. 54, da Lei 6763/75 c/c alínea “g” do inciso VI do art. 215 do RICMS/96, por restar configurada a emissão de documentos fiscais com falta de indicações exigidas em regulamento.

Irregularidade do item “5.B” do Auto de Infração

Falsificação do Livro Registro de Saídas n.º 06 relativo ao exercício de 2001.

A Autuada mantinha dois Livros de Registro de Saídas para o exercício de 2001.

O livro de “Capa Azul” – fls. 92/106, referente ao exercício de 2001, foi registrado na Administração Fazendária de São João Del Rei sob o protocolo n.º 716.443 (de 21/10/04). Referido livro reflete a realidade das operações de saídas, cujos valores conferem com as notas fiscais e RAICMS.

O livro falso de “Capa Preta” – fls. 111/125, apreendido através do Termo de Apreensão e Depósito n.º 023.778, também é relativo ao exercício de 2001 e foi registrado na AF supra mencionada sob o protocolo n.º 091.459 (de 25/02/02).

Oportuno frisar que a Autuada, na tentativa de dar validade às

informações “maquiadas” da DAPI, concernente ao mês de agosto/2001, escriturou Livro de Registro de Saídas “falso/parelelo” – “Capa Preta”, com informações também inverídicas, pois que diferentes daquelas constantes dos documentos fiscais de saída e do RAICMS, buscando, com o procedimento irregular, lastrear os valores declarados ao Fisco, apontados na respectiva DAPI (fls. 126/129).

Sobre o Livro de Registro de Saída comprovadamente falsificado, anexos às fls. 111/125, afigura-se correta a aplicação da Multa Isolada de 40%, demonstrada às fls. 26, prevista no art. 55, inciso XI da Lei 6763/75, in verbis:

XI – por falsificar, adulterar, extraviar ou inutilizar livro fiscal – 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco.

A alegada tentativa de retificação dos valores declarados, constante da Impugnação da Autuada, só seria autorizada se antes do início da ação fiscal, e acompanhada da auto denúncia com o recolhimento da diferença do imposto devido e os acréscimos legais, o que não se fez provar.

Insta destacar que o Fisco intimou a Autuada através do Ofício n.º 134 de 11/11/03 (recebido em 13/11/03 – AR de fls. 326), a entregar os livros Registros de Saídas relativos aos exercícios de 2001 e 2002, no entanto, após esta data, em 21/10/04, foi registrado o Livro n.º 06 – “Capa Azul - Verdadeiro” (fls. 92/106), relativo ao exercício de 2002.

A Coobrigada (Adriana Almeida) requer em sua peça de defesa a sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, pelas razões que expõe às fls. 184/188.

Entretanto, dispõe o art. 124, inciso II do CTN:

“Art. 124 – São solidariamente obrigadas:

(...)

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

O professor Paulo de Barros Carvalho, ao analisar o item II do art. 124, asseverou:

“Diante de óbice de tal porte, incontornável sob qualquer pretexto, devemos entender que os devedores solidários, instituídos pela lei, e estranhos ao evento jurídico-tributário, não são, na verdade, componentes daquele liame obrigacional, mas de outro, de cunho sancionatório, que irrompe à luz pelo descumprimento de algum dever.

(...)

Simplesmente em todas as hipóteses de responsabilidade solidária, veiculadas pelo Código Tributário Nacional, em que o coobrigado não foi escolhido no quadro da concretude fáctica, peculiar ao tributo, ele ingressa como tal por haver

descumprido dever que lhe cabia observar. Pondere-se, contudo, que se falta ao legislador de um determinado tributo competência para colocar alguém na posição de sujeito passivo da respectiva obrigação tributária, ele pode legislar criando outras relações, de caráter administrativo, instituindo deveres e prescrevendo sanções. É justamente aqui que surgem os sujeitos solidários, estranhos ao acontecimento do fato jurídico tributário. Integram outro vínculo jurídico, que nasceu por força de uma ocorrência tida como ilícita.” (Curso de Direito Tributário – Editora Saraiva – 6ª Edição, pág. 217):

A Lei 6763/75, em consonância com o item II do art. 124 do CTN, expressamente designou, em seu art. 21, os sujeitos passivos solidários.

A inclusão da contadora (Adriana Almeida) na sujeição passiva encontra-se alicerçada nas disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei 6763/75, in verbis:

“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;”

Oportuno frisar que a escrituração dos livros fiscais encontrava-se à cargo da referida contadora, conforme se comprova pelo documento de fls. 29, acostado aos autos pelo Fisco e, ainda pela assinatura da mesma nos termos de abertura e encerramento dos livros fiscais (fls. 92, 107, 111, dentre outras).

Outrossim, o preenchimento das Declarações de Apuração e Informação do ICMS – DAPI também era de sua responsabilidade, conforme se comprova pelo documento de fls. 126.

Ora, se as irregularidades objeto da presente autuação são originárias justamente do preenchimento irregular da DAPI e da falsificação de Livro fiscal, não resta a menor dúvida acerca da participação efetiva da contadora (Adriana Almeida) em tais ilícitos.

Salienta-se que a inclusão da Coobrigada na sujeição passiva deu-se em perfeita consonância com a IN DCT/SRE n.º 02/95, visto que tal ato normativo determina que o coobrigado deve ser arrolado no Auto de Infração.

Outrossim, rejeita-se a argüição de ilegalidade no Auto de Infração, face a não inclusão dos sócios-gerentes e/ou administradores da sociedade no pólo passivo da obrigação tributária, uma vez que estes já se encontram na condição de responsáveis subsidiários em relação ao vertente crédito tributário.

Assim sendo, deve ser mantida a Coobrigada no pólo passivo da obrigação tributária.

A utilização da taxa SELIC para efeito cálculo dos juros moratórios, encontra respaldo nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75 e na Resolução 2.880 de 13/10/97.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade das multas, vale ressaltar que não compete a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de lei, decreto ou ato normativo, por força das disposições contidas no art. 88, inciso I da CLTA/MG (Dec. 23.780/84).

Legítimas, portanto, as exigências fiscais, sendo inaplicáveis ao caso em apreço as disposições do art. 112 do CTN, conforme alega a Autuada, posto que não há qualquer dúvida nos autos que suscite a aplicação deste dispositivo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), que o julgava parcialmente procedente, para excluir a MI do item "5.B" do AI, nos termos dos itens 10 a 17 e 23 a 25 da Impugnação de fls. 137 a 140. Vencido, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgava parcialmente procedente para excluir a Coobrigada Adriana Almeida do pólo passivo da obrigação tributária. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora). Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros retro mencionados e o Conselheiro José Eymard Costa. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente, o Dr. Marismar Cirino Motta. Assistiu ao julgamento a Dra. Marice Ceres de Souza.

Relatora: Aparecida Gontijo Sampaio

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata a espécie dos autos de constatação pela fiscalização de 03 irregularidades, pelo que se exige ICMS, MR e MI.

Ao proceder à lavratura do Auto de Infração, o Fisco entendeu como correta a inclusão da Contadora da empresa Sra. Adriana Almeida como Coobrigada na obrigação tributária, ao argumento de que a mesma teria agido dolosamente na condução de seus trabalhos profissionais para a empresa Autuada.

Conforme determina a legislação vigente, para se eleger o contabilista como coobrigado, como na espécie dos autos, necessária se faz a prova concreta de que referido profissional agiu dolosamente.

Não basta, "data vênia", seja imputada a chancela de dolo sobre o mesmo, sem que antes seja feita uma investigação no sentido de se apurar o grau de responsabilidade do profissional.

No caso em comento, o que se percebe é que a fiscalização simplesmente impôs, com critérios próprios, a conduta dolosa sobre a pessoa da Contadora. Ora, inadmissível tal procedimento, uma vez que o Fisco presumiu que a contabilista agiu daquela forma e o dolo não se presume, se comprova.

A esse respeito, o próprio art.21, da Lei 6763/75, elencado no Auto de Infração, para justificar a atitude fiscal é taxativo, em dizer que devem estar presentes as figuras do dolo ou má fé.

Não bastasse este argumento, o próprio Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.177, parágrafo único, nos ensina a respeito, verbis:

“Art. 1.177:.....

Parágrafo Único: No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos”.

À vista do exposto, considerando a ausência de elementos comprobatórios no sentido de se entender como dolosa a conduta do agente, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a Coobrigada Adriana Almeida.

Conselheiro: Luiz Fernando Castro Trópia

Acórdão: 17.221/05/3ª – (Publicado no “MG” de 16/02/06)

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Evidenciada a falta de registro de 297 notas fiscais no livro próprio. Infração caracterizada. Exigência de Multa Isolada capitulada no inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 mantida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de recolhimento do ICMS/ST referente a Nota Fiscal 804072, de emissão de Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda., de acordo com os artigos 275 e 278 parágrafo 3º do Anexo IX do RICMS/96 c/c artigo 46, inciso I do Anexo IX do RICMS/96. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II do parágrafo 2º da Lei n.º 6.763/75. Infração caracterizada. Exigências Fiscais mantidas

EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a falta de recolhimento do valor correspondente ao complemento da alíquota do ICMS devido pelas entradas de mercadorias, no período em que a Impugnante estava enquadrada como Empresa de Pequeno Porte - EPP, nos termos dos incisos I e II do artigo 12 do Anexo X do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, no período de janeiro a dezembro de 2002, tendo em vista a imputação de que a Drogaria Centro Uberlândia Ltda., na condição de empresa de pequeno porte, cometeu as seguintes irregularidades:

1- falta de registro de 297 notas fiscais no livro fiscal próprio. Exigência da Multa Isolada, de 5% (cinco por cento), capitulada no inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75;

2 - falta de recolhimento do ICMS/ST referente a Nota Fiscal n.º 804072, de 07 de março de 2002, emitida por Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. Exigência de ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação;

3 - falta de recolhimento do valor correspondente ao complemento da alíquota do ICMS pertinente relativo ao regime próprio das empresas de pequeno porte. Exigência do ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 472/535, aos argumentos que sintetizamos a seguir:

- o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento autuado é ineficaz e inválido, pois caracteriza quebra do contraditório e da ampla defesa;

- a verificação do exame de escrita e levantamentos contábeis-fiscais, com base em verificação de livros, lançamentos, documentos são trabalhos privativos de fiscal habilitado no Conselho Regional de Contabilidade como contador. Sua validade administrativa e eficácia jurídica está condicionado a essa habilitação à época da realização dos trabalhos;

- o Auto de Infração é nulo, pois a fiscalização realizou sua operação sobre apenas um contribuinte do segmento, ferindo a garantia constitucional da isonomia, da generalidade e da universalidade necessárias;

- além do Contribuinte não ter recebido nenhuma cópia das notas fiscais, o que afirma a nulidade de tal procedimento;

- inexistiu intimação escrita para esclarecimentos dos trabalhos fiscais realizados, antes da lavratura do Auto, no prazo suficiente;

- não há comprovação de que os documentos apresentados pertenciam à empresa supostamente acusada de omiti-los ao fisco, contudo a ação fiscal se baseia em indícios;

- trata-se de procedimento fiscal nulo, pois o material apreendido pelo Fisco foi obtido de forma ilícita, duvidosa e ilegal;

- existem dois mandados de segurança pendentes de julgamento de mérito em instância superior do Poder Judiciário, situação em que não podem ser utilizados, sob pena de responsabilidade civil e criminal;

- os trabalhos fiscais foram iniciados em flagrante abuso e desrespeito à legislação vigente e afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório;

- já que o lançamento é nulo, não há crédito tributário, não existindo a possibilidade de existir juros de mora;

- sem a demonstração das notas, sem indicação de quem recebera as mercadorias e quais foram vendidas sem nota fiscal, sem verificação do estoque físico, o ICMS exigido se torna arbitramento fiscal, unilateral e fictício;

- diante da falta de comprovação de circulação de mercadorias e da quantificação ou qualificação individualizando as imaginárias diferenças, o Auto de Infração não prova a existência material da ocorrência do fato gerador;

- a multa exigida é abusiva e confiscatória, pois atinge mais de 100% do valor do imposto indevido reclamado pelo Fisco.

Ao final pede:

- que o processo baixe em diligência para produção de provas periciais;

- juntada de provas obtidas em contraditório pleno;

- suspensão da exigibilidade da multa cominada e após sua anulação;

- não ocorra tramitação do processo criminal enquanto o tributário estiver pendente de recursos e/ou julgamento;

- seja julgado insubsistente o Auto de Infração.

O Fisco se manifesta às fls. 547/555, contrariamente ao alegado pela Defesa aos fundamentos que se seguem:

- a autuação advém de procedimento iniciado pelo Fisco Paulista quando foram apreendidas notas fiscais cujo adquirente era o Sr. Flávio Alexandre de Mazi, sócio da empresa autuada;

- não há qualquer irregularidade no procedimento fiscal;

- à época da emissão das notas fiscais objeto da apreensão o regime de recolhimento adotado pela empresa autuada era o de empresa de pequeno porte;

- o regime destinado às micro e pequenas empresas é opcional sendo que a Autuada enquadrou-se espontaneamente, quando assumiu as obrigações ditadas pelo mesmo;

- como parte do tributo devido mensalmente, no caso específico da

EPP, temos a parcela equivalente ao complemento das alíquotas pelas entradas quando as mercadorias provierem de outros Estados;

- se há omissão de entradas deixa-se de pagar grande parte do imposto devido, sendo este o procedimento adotado pela Autuada;

- o que se está exigindo são valores de ICMS pertinentes a notas fiscais obviamente existentes, somente não escrituradas, cumulativamente com a penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória;

- não se cogitou de entradas ou saídas desacobertas, ocorrência que exigiria a contagem física;

- o contribuinte alega que já fora autuado pelos mesmos fatos e motivos pelo AI 01.000141991-98, no entanto esta autuação se refere a saídas desacobertas apuradas com base em controles internos contidos em arquivos magnéticos capturados no estabelecimento;

- existem outros Autos de Infração lavrados mas estes são não contenciosos;

- os fiscais devem estar registrados perante a Secretaria de Estado da Fazenda e não em outros órgãos para habilitação fiscal;

- de acordo com os artigos 203 e 204 da Lei n.º 6.763/75 os contribuintes são obrigados a prestar informações ao Fisco;

- o TIAF se acha assinado e autuado nos autos nos termos do artigo 51 da CLTA/MG;

- consoante os artigos 189 e 190 da Parte Geral do RICMS/MG a fiscalização será exercida sobre todas as pessoas que pratiquem operações ou prestações sujeitas ao imposto;

- não há regra tributária que determine considerar-se ineficaz o feito fiscal que não tenha sido objeto de formalização no estabelecimento do contribuinte;

- o contribuinte teve assegurado o acesso a todos os documentos que compõem os autos;

- os documentos apreendidos pelo Fisco Paulista no escritório do Sr. Flávio Alexandre de Mazi, sócio-administrador da Autuada, com 99,75% do capital social desde 18 de abril de 2000;

- as notas fiscais objeto da autuação foram escrituradas pelos emitentes;

- não cabe sequer cogitar-se de “meros indícios ou presunções”, a ocorrência está provada;

- não se trata de arbitramento fiscal, sendo que as planilhas relacionam as notas fiscais objeto da autuação;

- não há prova nos autos dos Mandados de Segurança que teriam sido impetrados questionando a documentação que fundamenta a presente autuação;

Pede ao final seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, Multas de Revalidação e Isolada em face da imputação fiscal de que a ora Impugnante, na condição de empresa de pequeno porte, teria cometido as seguintes irregularidades, no período de janeiro a dezembro de 2002:

1 - falta de registro de 297 notas fiscais no livro fiscal próprio. Exigência da Multa Isolada, de 5% (cinco por cento), capitulada no inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75;

2 - falta de recolhimento do ICMS/ST referente a Nota Fiscal n.º 804072, de 07 de março de 2002, emitida por Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. Exigência de ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação;

3 - falta de recolhimento do valor correspondente ao complemento da alíquota do ICMS pertinente relativo ao regime próprio das empresas de pequeno porte. Exigência do ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação.

Das Preliminares

Inicialmente cumpre apreciar as alegações preliminares levantadas pela Impugnante e que, em seu entendimento invalidariam a peça formalizadora do crédito tributário ora em discussão.

Da Nulidade do Auto de Infração por falta de habilitação do Fiscal

Preliminarmente a Impugnante argüi a nulidade de todos os atos do procedimento de fiscalização. Nesta linha, alega que o ato administrativo de lançamento e o procedimento administrativo de fiscalização onde sejam realizados levantamentos contábeis, verificação de livros mercantis e livros fiscais dependem da habilitação do agente fiscal como contador por força do artigo 25, alínea "c" do Decreto-lei n.º 9.295/46.

Inicialmente cumpre lembrar que o artigo 142 do Código Tributário Nacional estabelece que o lançamento é uma atividade vinculada, in verbis:

"Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Da análise da norma supra transcrita verifica-se que o Código Tributário Nacional impõe regras claras para a formalização do lançamento. Dentre tais regras a que ora nos interessa para a verificação da legitimidade do Auto de Infração em questão face à arguição da Impugnante é a da pessoa capaz de promover o lançamento. Assim o artigo 142 diz textualmente que a pessoa competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento é a “autoridade administrativa”.

No Estado de Minas Gerais para galgar os cargos da carreira da Fiscalização a pessoa deve se submeter a concurso público no qual são averiguados, dentre outros, conhecimento do candidato na área contábil.

Desta forma, entendemos que as pessoas que estão habilitadas a proceder ao lançamento são aquelas que regularmente ocupam cargos da carreira da fiscalização.

Neste sentido citamos Seabra Fagundes em Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário que considera cinco elementos para a validade do ato administrativo, dentre eles temos:

“A manifestação de vontade que é o impulso gerador do ato, devendo emanar de agente competente, ou seja, pessoa que tem atribuição legal para o exercício da função, no caso, a de lançar tributo;” (...) (Editora Saraiva, 1984, pp.21-24).

Em Minas Gerais temos que o artigo 201 da Lei n.º 6.763/75, alterado pela Lei n.º 14.699/03, afasta qualquer dúvida quanto a quem compete fiscalizar os tributos estaduais, in verbis:

“Art. 201 – A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciais, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

§ 1º – Compete exclusivamente aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.”

No mesmo sentido temos o artigo 45 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/854, in verbis:

“TÍTULO III

Da Fiscalização, Formalização e Cobrança do Crédito Tributário

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 45 - A fiscalização tributária compete à Secretaria de Estado de Fazenda, por intermédio dos seus funcionários fiscais e, supletivamente, em relação às taxas judiciárias, à autoridade judiciária expressamente nomeada em lei.

.....
§ 2º - Compete exclusivamente aos Agentes Fiscais de Tributos Estaduais e aos Fiscais de Tributos Estaduais o exercício das atividades de fiscalização e de lançamento do crédito tributário.”

Também nesta linha tem decidido o Ministério da Fazenda, a saber:

“MINISTÉRIO DA FAZENDA

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM
SALVADOR

4ª TURMA

ACÓRDÃO N.º 2746, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2002

ASSUNTO: Contribuição para o
Financiamento da Seguridade Social - Cofins
EMENTA: NULIDADE. As arguições de nulidade só prevalecem se enquadradas nas hipóteses previstas na lei para a sua ocorrência. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Estando clara a identificação da matéria tributável na descrição dos fatos do auto de infração, não prevalece a alegação de prejuízo ao direito de defesa. LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. A exigência de que a lavratura do auto de infração se faça no local de verificação da falta não significa o local onde a falta foi praticada, mas sim onde foi constatada, nada impedindo, portanto, que ocorra no interior da própria repartição. ATOS PRIVATIVOS DE CONTADOR. O Auditor Fiscal da Receita Federal, no exercício de suas funções, está habilitado a realizar auditoria nos livros contábeis e fiscais dos contribuintes, sendo inaplicável a legislação que restringe esta atividade aos contadores com registro no Conselho Regional de Contabilidade–CRC. FALTA DE RECOLHIMENTO. Apurada a falta de recolhimento da Cofins, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes. MULTA DE OFÍCIO. REDUÇÃO. A multa de ofício aplicada deve ser reduzida de 100% para 75%, por força da alteração na legislação de regência. PERÍODO DE APURAÇÃO: 31/05/1994 A 30/09/1996

RESULTADO DO JULGAMENTO: Lançamento Procedente em Parte

Por todo o exposto entendemos que não deva ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela Defesa.

Da Nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado fora do estabelecimento

Argüi também a Impugnante que o Auto de Infração foi lavrado fora de seu estabelecimento, sendo, por este motivo, ineficaz e inválido. Neste linha, sustenta ainda a Defendente que o fato do Auto de Infração ter sido lavrado fora de seu estabelecimento caracterizaria quebra do contraditório e da ampla defesa.

Não podemos vislumbrar nos presentes autos a questionada quebra do contraditório e do princípio da ampla defesa questionados pela Impugnante.

Como ressaltado até mesmo na decisão do Ministério da Fazenda acima transcrita não há necessidade de que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do contribuinte, podendo ocorrer a lavratura no âmbito da repartição fazendária, sem que este fato o invalide.

Ademais a CLTA/MG – Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/854, com alterações posteriores, determina os requisitos que devem conter no Auto de Infração e não traz qualquer restrição quanto ao local de sua lavratura. Assim temos o artigo 59 do citado diploma normativo:

“Art. 57 - A Notificação de Lançamento conterà os seguintes elementos

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF, quando for o caso;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou sua geração e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do exercício a que se refira e do termo inicial da correção monetária;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do prazo e data de seu início.

IX - anotação de se tratar de crédito tributário não contencioso, quando for o caso; e

X - o fato de a intimação do sujeito passivo ter sido feita por edital, quando for o caso.

Art. 58 - O Auto de Infração deverá conter os mesmos elementos da Notificação de Lançamento.

I - prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida;

II - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do prazo e data de seu início, assim como da repartição competente para recebê-la;

III - anotação de se tratar de crédito tributário não contencioso, quando for o caso;

IV - circunstância de a intimação do sujeito passivo ter sido feita por edital, quando for o caso.

.....”

Por todo o exposto entendemos que também esta arguição preliminar não deva ser acolhida.

Da Nulidade do Auto de Infração por ter sido realizado trabalho sobre um contribuinte

Outra arguição preliminar da Impugnante e que resultaria na nulidade do lançamento reside no fato de que a fiscalização realizou sua operação sobre apenas um contribuinte do segmento, ferindo a garantia constitucional da isonomia, da generalidade e da universalidade necessárias.

Na forma das disposições contidas no artigo 190 da Parte Geral do Regulamento do ICMS vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, mas que ainda hoje estão presentes nas normas estaduais, temos:

“TÍTULO IX

DA FISCALIZAÇÃO, DO CONTROLE E DA APREENSÃO DE

MERCADORIAS E DOCUMENTOS

CAPÍTULO I

Da Fiscalização

Art. 190 - A fiscalização do imposto compete

aos órgãos próprios da Secretaria de Estado da Fazenda e será realizada por seus funcionários para isso habilitados.

Parágrafo único - A fiscalização será exercida sobre todas as pessoas naturais ou jurídicas, inscritas ou não como contribuintes, que pratiquem operações ou prestações sujeitas ao imposto.”

Fica claro portanto que a fiscalização será exercida sobre todas as pessoas que pratiquem operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviço sujeitas ao imposto.

Obviamente que, para atender plenamente a esta regra, o Fisco deve buscar individualmente verificar as situações que se caracterizem como descumprimento das exigências contidas na legislação tributária e averiguar possível falta de pagamento do imposto.

Não há na norma acima transcrita previsão de que o ato de fiscalização deva ser efetivado sobre todos os contribuintes que pratiquem a mesma atividade econômica.

Além disto, é importante destacar, que no caso concreto sob exame, a circunstância que motivou a fiscalização foi diretamente vinculada à ora Impugnante. Logo, não há que se falar em quebra do princípio da isonomia pois este encontra-se assegurado, uma vez que a fiscalização foi direcionada exatamente para o contribuinte envolvido na questão levantada, atingindo assim precisamente o universo correto. A nosso ver, a quebra do princípio da isonomia estaria configurada se a fiscalização buscasse outros contribuintes em situação diversa, pois tal princípio deve ser concebido como a regra simples de tratar igual aqueles que se encontram na mesma situação.

Da Nulidade do Auto de Infração por não ter recebido cópia das notas fiscais

Sustenta também a Defendente não ter recebido nenhuma cópia das notas fiscais, o que afirmaria a nulidade do procedimento fiscal.

Tal afirmativa não ficou configurada no presente Processo Tributário Administrativo no entanto.

Conforme documentos acostados às fls. 34/45, todas as notas fiscais objeto da autuação e que demonstram a legitimidade das exigências consubstanciadas no Auto de Infração sob análise, foram apreendidas pelo Fisco Paulista e estão nos autos anteriormente a manifestação do contribuinte em sua Impugnação.

Ademais, à fl. 471 consta o Aviso de Recebimento do Auto de Infração. Não bastasse, como neste Aviso de Recebimento não estão relacionados os documentos, novamente, dadas as reclamações da Impugnante na peça de defesa,

foram entregues todos os documentos conforme atesta a Intimação de fl. 543 que discrimina:

Auto de Infração n.º 01.000149846-77;
DCMM;
Demonstrativo do Crédito Tributário;
Consulta todos os sócios de um contribuinte;
Consulta regimes de recolhimento do contribuinte;
Relação de notas fiscais de entrada não registradas

Documentos diversos originários da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda – DRT/SJRPreto, tais como: Ofício 0925/2005, AALD 197385, Termo e Deslacrção e Anexos nem total de 20 folhas;

Cópias de todas as notas fiscais de entrada constantes na relação citada no item 6 (297);

Importante ressaltar que a intimação de fl. 543 reabre prazo de 30 (trinta) dias para impugnação ou para pagamento com redução nas penalidades.

Por todo exposto, afastada de plano a pretensa nulidade perquerida pela Impugnante, também neste ponto.

Da Nulidade do Auto de Infração por falta de intimação escrita

A Impugnante tenta ainda demonstrar a nulidade do Auto de Infração pela inexistência de intimação escrita para esclarecimentos dos trabalhos fiscais realizados, antes da lavratura do Auto, no prazo suficiente.

Nos termos do artigo 51, inciso I da CLTA/MG – Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/854, o documento hábil para documentar o início da ação fiscal e requisição da documentação necessária para tanto, ao contribuinte, é o TIAF – Termo de Início de Ação Fiscal que se acha devidamente assinado e autuado na fl. 02 dos autos.

Frise-se pela importância, o TIAF foi lavrado e recebido anteriormente, a lavratura do Auto de Infração.

Destaque-se que há no TIAF uma inscrição de recusa de recebimento pelo responsável no ato da visita fiscal, mas, posteriormente, o gerente do contribuinte, Sr. César Marcelo de Queiroz, assinou o recebimento do documento em 01 de junho de 2005.

Comprovada a intimação através do TIAF não pode ser acolhida a prefação levantada.

Dos Mandados de Segurança

A Defendente afirma existirem dois mandados de segurança pendentes

de julgamento de mérito em instância superior do Poder Judiciário, o que impediria a utilização dos documentos existentes no presente Processo Tributário Administrativo, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Ocorre que não existem nos autos provas da existência destes instrumentos jurídicos visando estagnar a ação fiscal.

Ademais ainda que os mesmos existissem, a simples impetração de mandado de segurança, não seria motivo de nulidade da peça fiscal. Situação esta que seria diferente caso houvesse uma determinação judicial neste sentido.

Cumpra ainda destacar que se existirem tais mandados de segurança estes podem ter sido interposto contra ato da autoridade fiscal do Estado de São Paulo, que foi quem apreendeu a documentação.

Diante, destes fatos não se pode considerar esta argumentação da Impugnante pois desprovida de elementos robustos para sustentá-la.

Da Perícia

Antes de se adentrar propriamente no mérito, cumpre elucidar que o pedido de prova pericial requerido ao final da peça impugnatória não merece ser apreciado, porquanto não foram indicados na defesa de forma precisa e objetiva os quesitos, conforme preceitua o artigo 98, inciso III, da CLTA/MG.

Ademais, no presente caso, a perícia se apresenta desnecessária, vez que ela é supérflua por outras provas produzidas nos autos sob exame capazes de dirimir as dúvidas existentes. Repita-se pela relevância que a Impugnante não apresentou nem os quesitos que entendia necessários ver esclarecidos.

Assim, considerando que os autos já trazem informações suficientes de modo a possibilitar a aplicação ao caso concreto do correto tratamento legal à luz da legislação estadual, desnecessária a produção de prova pericial.

Do Mérito

No que tange ao mérito do presente lançamento ora em análise temos que as irregularidades imputadas à Impugnante dizem respeito a:

1- falta de registro de 297 notas fiscais no livro fiscal próprio. Exigência da Multa Isolada, de 5% (cinco por cento), capitulada no inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75;

2 - falta de recolhimento do ICMS/ST referente a Nota Fiscal n.º 804072, de 07 de março de 2002, emitida por Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. Exigência de ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação;

3 - falta de recolhimento do valor correspondente ao complemento da alíquota do ICMS pertinente relativo ao regime próprio das empresas de pequeno porte. Exigência do ICMS acrescido de 50% a título de Multa de Revalidação.

Cumpra destacar inicialmente que a ora Impugnante esteve enquadrada

no regime próprio das micro e pequenas empresas, como Empresa de Pequeno Porte – EPP, no período compreendido entre 1º de dezembro de 2000 a 31 de janeiro de 2003 (fl. 09), e as exigências destes autos remontam ao exercício de 2002.

Destaque-se a previsão da CLTA/MG – Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/854, constante do artigo 47, in verbis:

“Art. 47 - Os livros e documentos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário são de exibição e entrega obrigatória ao fisco estadual, não tendo aplicação qualquer disposição legal excludente da obrigação de entregá-los ou exibi-los, ou limitativa do direito de examiná-los.”

A autuação, conforme documentação contida nos autos (fls. 31 a 50), é proveniente de procedimento iniciado pelo Fisco do Estado de São Paulo, e se refere a busca e apreensão de documentos relativos a circulação de mercadorias, em 25 de setembro de 2002. Tais documentos estavam em poder do Sr. Flávio Alexandre de Mazi, sócio da ora Impugnante. Foram apreendidas várias notas fiscais (1ª via), cujo destinatário era a ora Impugnante. Cumpre acrescentar que o Termo de Deslacração foi devidamente assinado pelo Sr. Flávio (fl. 34).

O regime dispensado às empresas de pequeno porte, na época o Micro Geraes, é um procedimento opcional, e como dito nesta decisão, a Impugnante optou por este regime.

No entanto, são obrigações de todos os contribuintes do ICMS do Estado de Minas Gerais aquelas descritas nos incisos VI, IX e XIII do artigo 16 da Lei n.º 6.763/75, que está elencado no Auto de Infração em exame, e assim determina:

“Art. 16- São obrigações do contribuinte:

.....

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

.....

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

.....

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

.....”

O artigo 30 da Lei n.º 13.437/99, que instituiu o Micro Geraes, determina

a submissão dos contribuintes que optarem pelo citado regime ao disposto nos incisos supra transcritos.

Desta forma, evidente esta que a falta de registro de documentos fiscais nos livros próprios constitui-se sim em irregularidade punível com a multa determinada pelo inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75. Portanto, uma vez que o tipo descrito no inciso I do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 enquadra-se perfeitamente a situação dos autos, patente a propriedade da cobrança.

A Defendente argumenta que não possibilidade de vinculação dos documentos fiscais à sua pessoa. Cumpre destacar entretanto que as notas fiscais objeto da autuação foram escrituradas pelos emitentes.

Ademais todos documentos foram apreendidos no escritório do Sr. Flávio Alexandre de Mazi, sócio-administrador da Impugnante, como 99,75% do capital social, desde 18 de abril de 2000.

No que se refere a irregularidade, qual seja, falta de recolhimento do valor correspondente ao complemento da alíquota do ICMS pertinente relativo ao regime próprio das empresas de pequeno porte, temos que no período autuado, a parcela equivalente a diferença entre a tributação interna e a interestadual no caso da aquisição interestadual, deveria ser paga. É o que expressamente prevêm os incisos I e II do artigo 11 da *Lei n.º 13.437/99*:

“CAPÍTULO VI

Do Tratamento Tributário e Fiscal

SEÇÃO I

Do Tratamento Tributário Aplicável à Microempresa e à

Empresa de Pequeno Porte

Art. 11- A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam sujeitas ao pagamento mensal do ICMS, apurado da seguinte forma:”

Efeitos de 1º/08/2002 a 31/12/2004 - Revogada pelo art. 42, da Lei n.º 15.219, de 07/07/2004:

“I - sobre o valor das entradas do período será aplicada a alíquota constante no inciso I do art. 12 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, prevista para a mercadoria ou o serviço, ressalvado o disposto no § 3º;”

Efeitos de 1º/04/2000 a 31/07/2002 - Redação original:

“I - sobre o valor das entradas do período, será aplicada a alíquota constante no inciso I do art. 12 da Lei n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, prevista para a mercadoria ou o serviço;”

Quando o contribuinte omite entradas de mercadorias é consequência lógica a falta de pagamento do ICMS e, no caso das operações interestaduais, a falta de pagamento dos valores relativos a recomposição da tributação interna.

Relativamente a alegação de que existiriam outras autuações fiscais cobrando-lhe as mesmas exigências do presente Processo, temos que também este argumento da Impugnante não deve prosperar.

Pelo Auto de Infração n.º 01.000141991-98, lavrado em 27 de outubro de 2003, estão sendo formalizadas exigências relativas a saídas desacobertadas apuradas com base em controles internos contidos em arquivos magnéticos capturados no estabelecimento da ora Impugnante. Portanto, exigência diversa da consubstanciada nos presentes autos.

Outros Autos de Infração também existem mas tratam de crédito tributário não contencioso, ou seja, são relativos a importâncias apuradas e declaradas pela própria empresa, mas não quitadas. Estes Autos de Infração encontram-se inscritos em dívida ativa.

Por derradeiro temos que o procedimento fiscal em discussão não se refere a arbitramento. A planilha de fls. 10 a 19, relaciona uma a uma as notas fiscais não registradas, demonstrando os valores apurados e devidos. Observe-se que, dos débitos totais encontrados foram abatidos todos os créditos corretamente destacados nas respectivas notas fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Relatora: Luciana Mundim de Mattos Paixão

Acórdão: 16.455/05/2ª – (Publicado no “MG” de 08/06/06)

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Os elementos dos autos propiciam perfeita

análise e esclarecimento da matéria, tornando-se desnecessário o objeto da perícia requerida. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA – Acusação fiscal de redução indevida da base de cálculo do imposto nas transferências interestaduais de ovo fértil, por inobservância das disposições contidas no item 6 do Anexo IV do RICMS/96 e no subitem 6.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002. No entanto, comprovado nos autos, que apenas ocorreu transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ensejando-se assim, o cancelamento da exigência fiscal. Infração não caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Acusação fiscal de que o Autuado apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS, por razões diversas (créditos relativos a energia elétrica, imposto não cobrado na origem, aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento, imposto destacado em operações amparadas pelo diferimento, aproveitamento a maior, imposto creditado em duplicidade e entrada de veículo objeto de arrendamento mercantil, sendo a empresa arrendadora não inscrita neste Estado). Acolhimento parcial das alegações do Impugnante, para cancelar o estorno do crédito referente à aquisição de matrizes (notas fiscais de fls. 358/362 e 384/388). Refeita a conta gráfica do Contribuinte. Infração parcialmente caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Acusação fiscal de aproveitamento indevido de créditos de ICMS relativos à entrada de materiais de uso ou consumo. Excluídas as exigências fiscais relativas às aquisições de vacinas e medicamentos. Infração parcialmente caracterizada.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTA FISCAL – Imputação de cancelamento de notas fiscais em desacordo com o artigo 147 do RICMS/96/02, evidenciando saída de mercadorias sem documento fiscal. Corretas as exigências de ICMS e MR. Quanto à Multa Isolada, exclui-se o valor cobrado relativo às Notas Fiscais 000283 e 000284 (fls. 995 e 996), aplicando-se, com relação às demais notas, a redução prevista no artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – Constatada a saída, sem emissão de nota fiscal, de veículo imobilizado por prazo inferior a 12 meses. Infração configurada. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades apontadas pelo Fisco:

- Redução indevida da base de cálculo do imposto nas saídas interestaduais de ovo fértil, por inobservância das disposições contidas no item 6 do Anexo IV do RICMS/96 e no subitem 6.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002;

- Aproveitamento indevido de crédito por razões diversas (aquisição de material de uso ou consumo, créditos relativos a energia elétrica, imposto não cobrado na origem, aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento, imposto destacado em operações amparadas pelo diferimento, aproveitamento a maior, imposto creditado em duplicidade e entrada de veículo objeto de arrendamento mercantil, sendo a empresa arrendadora não inscrita neste Estado);

- Cancelamento irregular de notas fiscais, evidenciando saída de mercadorias sem documento fiscal;

- Saída sem emissão de nota fiscal de veículo imobilizado por prazo inferior a 12 meses.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, previstas respectivamente nos artigos 56, inciso II e 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1304/1337, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1561/1569.

A Auditoria Fiscal, em Despacho de fls. 1574, indefere requerimento de prova pericial formulado pelo Impugnante, que inconformado, interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo às fls. 1579/1585.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1589/1605, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre as irregularidades apontadas acima.
Das Preliminares

1- Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pelo Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que, ainda que seja constatada a existência de algum documento não escriturado pelo Autuado ou sem apropriação do crédito, não cabe ao Fisco efetivar o crédito na recomposição da conta gráfica. Nesse caso, nos termos do § 2º, do artigo 67 do RICMS (1996 e 2002), o contribuinte é que deverá fazê-lo, apropriando-se extemporaneamente do valor do ICMS original, observado o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data de emissão do documento.

Vale registrar que a DOET/SLT já se posicionou nesse sentido através do Parecer N° 045/2001.

Por outro lado, há de se considerar que a questão acerca do direito de crédito pela aquisição de veículos constitui matéria exclusivamente de direito, não cabendo a um perito a interpretação dos dispositivos legais pertinentes.

Eis, portanto, precisamente alicerçada a denegatória de produção de prova pericial pela Auditoria Fiscal, fundamentada no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG, havendo nos autos suficientes elementos para se decidir.

Assim, o requerimento de perícia deve ser indeferido, afastando a alegação de cerceamento de defesa.

2- Quanto à nulidade do Auto de Infração

O Impugnante argúi a nulidade do item 2 do Auto de Infração, sob a alegação de que os fundamentos dele constantes não possibilitam uma perfeita identificação da matéria objeto da cobrança.

Todavia, verifica-se que, muito embora o relatório do Auto de Infração apresente-se de forma resumida (fls. 3), os documentos anexados, notadamente os de fls. 72/87, permitem um perfeito entendimento das irregularidades apuradas pelo Fisco, bem como dos valores apurados.

Note-se que o demonstrativo de fls. 72/78 indica, de forma clara e precisa, as notas fiscais atuadas, os motivos que ensejaram os estornos efetuados e o valor glosado, levado à recomposição da conta gráfica, conforme documento de fls. 22/23.

Da mesma forma, o quadro de fls. 79/80 demonstra claramente os estornos de créditos relativos à aquisição de bens do ativo imobilizado (lançados no CIAP), relacionando as notas fiscais e os valores estornados, os quais foram consolidados na planilha de fls. 81 e levados à recomposição da conta gráfica (fls. 22/23).

Vê-se, pois, que a peça fiscal contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração argüida, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

O mesmo entendimento se aplica ao item 3 do Auto de Infração, afastando, assim, a alegação do Impugnante, de ausência de requisito necessário do AI, tendo em vista que basta uma simples análise das notas fiscais para que se tenha uma clara compreensão dos fatos e a evidência do não atendimento às exigências contidas no artigo 147 do RICMS/96/02.

Por essas razões, não se acolhe a nulidade argüida.

Do Mérito

1 – Da Redução indevida da base de cálculo

Segundo determina o RICMS/MG, quando da saída, em operação

interestadual, de ovo fértil e pinto de um dia, o remetente deverá deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação com indicação expressa, no campo “informações complementares”, da respectiva nota fiscal, como condição para que a base de cálculo da operação possa ser reduzida.

No caso concreto que ocorrem são transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, não havendo que se falar em casos tais em mudança de titularidade. Ora, se não há mudança de titularidade, não há que se falar também em preço da mercadoria.

Com o devido respeito, a condição imposta pelo Fisco apenas se materializaria na ocorrência de “venda”. Não se pode falar em “preço de venda” em transferência entre estabelecimentos de empresas de um mesmo titular.

No mínimo, a base de cálculo em casos tais deveria levar em consideração o preço de custo das mercadorias e não na forma posta pelo Fisco no caso presente.

Assim, devem ser excluídas as exigências constantes do item 1 do Auto de Infração.

2 – Do aproveitamento indevido de crédito

Conforme planilhas de fls. 72/78 e 79/81, são várias as razões dos estornos efetuados pelo Fisco, como se passa a demonstrar:

2.1 – Aquisição de materiais de uso ou consumo - Os materiais cujos créditos por aquisições foram glosados são partes e peças, medicamentos e vacinas.

As partes e peças em questão – roda, pneu, válvula, anel vedador, interruptor, etc. (fls. 106, 173, 348, 349, 379/382) - são considerados material de uso e consumo, sendo correto o estorno efetuado, nos termos do artigo 70, inciso III, do RICMS (1996 e 2002).

Quanto ao créditos relativos às vacinas e medicamentos, verifica-se que a matéria já foi objeto de diversas consultas formuladas à Superintendência de Tributação, que, revendo seu posicionamento anterior, passou a admitir o aproveitamento do crédito decorrente da aquisição desses produtos, quando diretamente vinculados ao processo de produção do estabelecimento rural (caso dos autos), a exemplo da CT nº 129/2004 e CC nº 028/2003.

Portanto, nos termos do artigo 66, § 1º, item 2.2, do RICMS/96 e artigo 66, inciso V, alínea “b”, do RICMS/2002, devem ser mantidos os créditos relativos à aquisição de medicamentos e vacinas.

2.2 – Energia elétrica - Em decorrência da Lei Complementar nº 102/2000, que introduziu novas regras na Lei Complementar nº 87/96, o produtor rural não tem direito ao crédito decorrente da utilização da energia no seu processo de produção normal, ou seja, o processo de produção propriamente rural.

Vale salientar que o processo desenvolvido pelo Autuado - produção

de ovo fértil – não configura industrialização e que, por força do disposto na Lei Complementar nº 114/2002, o Autuado poderá se creditar do ICMS pela utilização de energia elétrica somente a partir de 01/01/2007.

Portanto, legítimo o estorno efetuado.

2.3 - Benefício fiscal - concessão irregular – A irregularidade é referente às aquisições de farelo de soja de fornecedor situado no Estado de Goiás, conforme notas fiscais de fls. 200, 201, 215, 216, 228, 229, 230, 244 e 245.

Aglosa dos créditos ocorreu em decorrência de aproveitamento indevido ocasionado por ser o remetente da mercadoria beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Esta exigência está contida na Lei Complementar nº 24, de 24/01/1975, recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Houve, assim, por parte do Autuado, inobservância do disposto no artigo 1º da Resolução 3.166, de 11/07/2001, que estabelece:

“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.”

Ressalte-se que o estorno dos créditos em questão não fere o princípio da não-cumulatividade como entende o Impugnante. A não-cumulatividade prevista no artigo 155 da Constituição Federal de 1988 se opera através da compensação do imposto devido em cada operação com aquele cobrado na operação antecedente. Logo, se parcela do ICMS deixou de ser cobrada pelo Estado de origem da mercadoria, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Sendo assim, legítimo o estorno promovido pelo Fisco, conforme item “4.18-A” do Anexo Único da citada Resolução.

A alegada inconstitucionalidade da legislação mineira encontra-se em foro inapropriado, à vista do disposto no artigo 88, inciso I, da CLTA/MG.

Importa esclarecer que, ao contrário do entendimento do Impugnante, o Fisco não estornou créditos pelo retorno de “milho e outros produtos” depositados em estabelecimento localizado no Estado de Goiás. A Nota Fiscal nº 270.123 (fls. 131), mencionada pelo Impugnante, não constitui objeto das exigências fiscais.

2.4- Aquisição de bens alheios à atividade do estabelecimento -

Foram estornados os créditos de ICMS relativos aos seguintes bens: a) telhas (fls. 101); b) “Lav Elect. Aqua L1800 Pet” (utilizada na lavagem de pisos - fls. 310) e motobomba (utilizada para bombear água para toda a fazenda - fls. 311), ou seja, equipamentos não utilizados no processo de produção.

Sobre a matéria, dispõe o art. 70 do RICMS que:

“Art. 70 – Fica vedado o aproveitamento de 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 direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação”.

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 Instrução Normativa DLT/SRE nº 01, de 06/05/1998, que estabelece:

“Art. 1º - Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento:

(...)

II - os bens entrados, inclusive mercadorias, ou serviços recebidos e que:

(...)

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 serviços recebidos que se destinem à construção, reforma ou ampliação do estabelecimento.”

Como se vê, as mercadorias em apreço se enquadram nos conceitos extraídos da IN DLT/SRE nº 01/98, sendo, pois, correto o estorno efetuado.

2.5- Operações amparadas pelo diferimento do imposto – O Autuado se creditou de valores de ICMS decorrentes de aquisições de aves de um dia (matrizes), em operações internas. Como se vê das notas fiscais de fls. 358/362 e 384/388, o ICMS foi destacado e integrou o preço da mercadoria e, portanto, deve ser aproveitado por aquele que efetivamente suportou o ônus correspondente, fato que enseja o cancelamento do estorno do crédito referente às respectivas notas fiscais.

2.6- Aproveitamento a maior – Conforme comprovam os documentos e livros fiscais (LRE e CIAP) juntados aos autos, o Autuado lançou a crédito valores de ICMS superiores aos destacados nas respectivas notas fiscais. A título de exemplo, vale citar os documentos de fls. 231 e 232 (notas fiscais) e 1.171 (LRE).

Portanto, correto o estorno dos valores apropriados a maior, à vista do disposto no caput do artigo 68 do RICMS (1996 e 2002):

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

2.7 – Aproveitamento em duplicidade – O Autuado lançou no CIAP e também no LRE créditos decorrentes da aquisição de bem destinado ao ativo permanente, restando, pois, caracterizado o creditamento em duplicidade, como se vê, por exemplo, dos documentos de fls. 159, 1.106 e 1255.

2.8- Veículo objeto de arrendamento mercantil - empresa arrendadora não inscrita no Cadastro de Contribuintes de Minas Gerais - Trata-se de estorno do imposto destacado nas Notas Fiscais n^{os} 053538, 053539, 053540 e 053541 (fls. 371/378), referentes à entrada de veículo objeto de arrendamento mercantil, sendo a empresa arrendadora não inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

A matéria encontra-se claramente disciplinada no artigo 367 do Anexo IX do RICMS/96, que assim dispõe:

“Art. 367 – Na operação de arrendamento mercantil, o estabelecimento arrendatário do bem, contribuinte do imposto, poderá creditar-se do valor do imposto pago pela empresa arrendadora na aquisição do bem, desde que:

I – o bem tenha sido adquirido por estabelecimento de empresa arrendadora inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado”;

Portanto, não tendo sido observada a condição necessária ao aproveitamento do crédito pelo Autuado (arrendatário), legítimo o estorno efetuado.

3- Do cancelamento irregular de notas fiscais

Consta da acusação fiscal que o Autuado promoveu a saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, sendo a infração evidenciada pelo cancelamento irregular de notas fiscais, conforme Planilha X (fls. 88).

O cancelamento de notas fiscais está previsto no Regulamento do ICMS (1996 e 2002), podendo ser efetuado desde que sejam observadas as exigências do artigo 147, que prescreve:

“Art. 147 – O documento fiscal poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou ao formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.”

Analisando os documentos em questão, verifica-se que o cancelamento se deu em desacordo com o dispositivo transcrito, senão vejamos:

- Notas fiscais de fls. 966/968, 975/983, 1014/1025 – não contêm declaração do motivo que teria determinado o cancelamento, nem referência a nota fiscal substituta;

- Notas fiscais de fls. 969/974 – não contêm sequer a informação de que estariam canceladas;

- Notas fiscais de fls. 995 e 996 – foi apresentada somente a via fixa.

Importante observar que os referidos documentos contêm todas as informações necessárias à caracterização da operação, inclusive a data de saída da mercadoria, não tendo o Impugnante apresentado provas do contrário.

Assim, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, apuradas após a recomposição da conta gráfica, uma vez ocorrido o fato gerador do imposto, nos termos do artigo 2º, inciso VI, do RICMS (1996 e 2002).

Com relação à Multa Isolada (artigo 55, inciso II, da Lei 6763/75), há que se considerar que:

- quanto às notas fiscais de fls. 995 e 996, o Autuado apresentou somente a via fixa. Logo, não se pode afirmar que tenha ocorrido uma saída ou entrega de mercadoria desacoberta de documento fiscal, devendo, pois, ser cancelada a multa exigida;

- é legítima a exigência da Multa Isolada relativamente às demais notas fiscais. Contudo, deve ser observada a redução a 20%, nos termos do artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

4- Da saída de veículo sem emissão de nota fiscal

Conforme se extrai dos autos, o veículo adquirido através da Nota Fiscal 071824 (fls. 91), de 11/09/2001, foi transferido para um outro estabelecimento do Autuado, localizado no Estado do Rio de Janeiro, em 16/04/2002 (fls. 92), sem o devido acobertamento fiscal.

Contrariamente ao que sustenta o Impugnante, as operações interestaduais de transferência de bem que tenha integrado o ativo imobilizado por prazo inferior a 12 meses sujeitam-se à tributação do ICMS.

Portanto, legítimas são as exigências de ICMS, MR e MI. De se observar que, no cálculo do imposto devido, o Fisco concedeu o crédito pela entrada do veículo, conforme demonstrativo de fls. 71.

5- Da recomposição da conta gráfica

A recomposição da conta gráfica está demonstrada às fls. 22/23, na Planilha II. Importante destacar que, na Planilha III (fls. 24), foram considerados todos os pagamentos de ICMS efetuados antecipadamente pelo Autuado até novembro de 2001.

O procedimento levado a efeito pelo Fisco mostra-se correto, ressalvadas algumas pequenas impropriedades, fazendo-se necessárias as seguintes correções:

- considerar, na recomposição da conta gráfica, os saldos credores do período de dezembro/99 a maio/2000, que totalizam o valor de R\$1.763,10;

- abater sob a forma de crédito os pagamentos efetuados através dos DAE de fls. 1064/1065, referentes ao saldos devedores apurados pelo contribuinte nos meses de março, maio, junho e julho de 2002 (fls. 21), e também os pagamentos relativos às Notas Fiscais 000497, 000498 e 000577 (fls. 1552/1553), conforme determina o artigo 195, § 2º, item 2, do RICMS/96.

Quanto à alegação do Impugnante de cobrança em duplicidade em relação às Notas Fiscais 744 e 775, é de se esclarecer que tais notas não constituem objeto da autuação. Ademais, como assinalou o Fisco, o lançamento no livro Registro de Saídas foi feito pelo próprio contribuinte e não consta, no referido livro, qualquer observação quanto ao suposto cancelamento dessas notas fiscais, como se vê às fls. 1.127.

Finalmente, vale repetir que, se o Autuado deixou de apropriar crédito de ICMS na época própria, não cabe ao Fisco efetivar esse crédito na recomposição da conta gráfica. Nesse caso, o Autuado é que deverá fazê-lo, apropriando-se extemporaneamente do valor do ICMS original, observado o prazo de 5 (cinco) anos, contado da data de emissão do documento, conforme artigo 67, §§ 2º e 3º, do RICMS/2002.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em negar provimento ao Agravo Retido. Ainda, em preliminar,

também à unanimidade, em rejeitar argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, para cancelar as exigências constantes do item 1 do Auto de Infração, cancelar o estorno do crédito referente a matrizes (item 2 do Auto de Infração – Notas Fiscais de fls. 358/362 e 384/388), e cancelar ainda o estorno relativo a aquisição de medicamentos e vacinas (item 2 do Auto de Infração), relativamente ao item 3 do Auto de Infração, excluir a Multa Isolada referente às Notas Fiscais de fls. 985 e 996 e, com relação as demais notas, reduzir a 20% o percentual aplicado a título de Multa Isolada, conforme artigo 55, II. “a”, da Lei 6763/75; considerar, na recomposição da conta gráfica, os saldos credores dos período de dezembro/99 a maio/2000, que totalizam o valor de R\$1.763,10; abater sob a forma de crédito, na recomposição da conta gráfica, os pagamentos efetuados através dos DAE de fls. 1064/1065, referentes aos saldos devedores apurados pelo contribuinte nos meses de março, maio, junho e julho de 2002 (fls. 21), e também os pagamentos relativos às Notas Fiscais 000497, 000498 e 000577 (fls. 1552/1553). Vencidos, em parte, os Conselheiros Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora) e Mauro Rogério Martins, que o julgavam parcialmente procedente, por não concordar com as exclusões do item 1 do Auto de Infração e ainda a exclusão do estorno dos créditos do ICMS relativos à aquisição de medicamentos e vacinas. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio A Rebouças e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Conforme artigo 139 da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º do artigo 137. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros retromencionados, o Conselheiro Windson Luiz da Silva.

Relator: Antônio César Ribeiro

Voto proferido pela Conselheira Cláudia Campos Lopes Lara, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O presente voto diverge dos votos majoritários apenas quanto à exclusão das exigências relacionadas ao item 1 do Auto de Infração (redução indevida da base de cálculo) e quanto ao item 2 do Auto de Infração, no tocante às exigências relacionadas aos medicamentos e vacinas.

O item 1 do Auto de Infração versa sobre a constatação de uso indevido da redução da base de cálculo do imposto nas transferências interestaduais de ovo fértil, por inobservância das disposições contidas no item 6 do Anexo IV do RICMS/96 e subitem 6.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, in verbis:

.....

6.1 - A redução de base de cálculo prevista

neste item, somente será aplicável se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa, no campo "Informações Complementares", da respectiva nota fiscal.

Aduz a Impugnante, em sua peça de defesa (fls. 1305/1306), que nas transferências entre estabelecimentos de mesmo contribuinte o pressuposto fundamental para a redução da base de cálculo não se faz presente, haja vista que em tais circunstâncias não se pode falar na existência de preço da mercadoria.

Acrescenta ainda que entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, o valor constante da nota fiscal não desfruta propriamente daquela qualidade (preço da mercadoria) justamente porque, não envolvendo um terceiro, não há posteriormente o que ser cobrado pela "operação" e, da mesma forma, inexistente um destinatário diverso a ser beneficiado com a redução da base de cálculo.

Aduz também que nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular não há fato gerador do ICMS.

Sobre este último aspecto, oportuno mencionar o artigo 12, inciso I da Lei Complementar 87/96 que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Por sua vez, a Súmula 166 do STJ, invocada pela Impugnante, é anterior à referida Lei Complementar.

Os demais argumentos esposados pela Impugnante têm como objetivo demonstrar ser a Autuada destinatária da norma que estabelece a redução da base de cálculo, mas não da condição a ela associada.

Tal argumento carece de fundamentação legal. A norma contida no item 6 do Anexo IV do RICMS/96 e subitem 6.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 é expressa no sentido de condicionar a redução da base de cálculo ao repasse, ao destinatário, via redução de preço, do valor equivalente ao imposto dispensado na operação.

E a razão de ser desta condição é muito simples, reduzir realmente o preço da mercadoria, e não apenas a carga tributária.

Ao mencionar a inexistência de destinatário a ser beneficiado, a Autuada ignora a regra prevista no artigo 59, inciso I, do RICMS/02, qual seja, a autonomia dos estabelecimentos.

A Câmara Especial deste Conselho, através do Acórdão 2.892/03/CE, já se manifestou em matéria idêntica, qual seja, redução indevida da base de cálculo do imposto em operações de transferência, por não dedução, no preço da mercadoria, do valor dispensado na operação, divergindo, em relação a este lançamento, somente quanto ao dispositivo legal infringido, naquele caso, subitem

5.2 do Anexo IV do RICMS/96.

Merecem destaque alguns trechos do mencionado Acórdão:

“... Quanto ao item 1.3, recolhimento a menor do imposto decorrente da redução indevida da base de cálculo, a autuação advém do descumprimento do subitem 5.2 do Anexo IV, RICMS/96, o qual prevê a redução da base de cálculo se o remetente deduzir do preço da mercadoria o valor correspondente ao imposto dispensado.

Tal benefício é condicionado só podendo ser concedido se estiver demonstrado na nota fiscal o efetivo abatimento, no preço da mercadoria, do imposto dispensado. Como toda a norma que concede benefício fiscal esta também deve ser interpretada literalmente.

...

Em relação às notas fiscais de transferência, não obstante as considerações pertinentes à outra irregularidade, temos que devem prevalecer as exigências no tocante à redução indevida de 60% da base de cálculo. Ou seja, deve ser acatado o preço de custo adotado pela Recorrente, mesmo que sujeito a uma posterior autuação, porém excluindo a redução em questão.

A Recorrente alega que não seria o caso de aplicar-se a condição prevista no subitem 5.2 do Anexo IV, RICMS/96, o qual prevaleceria apenas nas operações com conotação mercantil, substrato econômico.

A decisão recorrida, por sua vez, menciona, à fl. 672, “que o benefício da redução da base de cálculo, in casu, alcança as saídas a qualquer título, inclusive as transferências entre estabelecimentos do mesmo titular ou saídas em consignação, sendo que, em todas as hipóteses, a sua fruição está condicionada a que o remetente, e não o vendedor, deduza do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação”.

Tal assertiva baseia-se no disposto no inciso VI do artigo 6º da Lei nº 6.763/75 c/c o subitem 5.2 acima citado.

A Recorrente alega que a legislação trataria de “operações mercantis, de compra e venda, caso contrário não teriam sido utilizados os vocábulos ‘preço’ e ‘mercadoria”.

Entretanto, os §§ 8º e 9º do artigo 13 da Lei nº 6.763/75, que referem-se a transferências interestaduais, como no caso em questão, mencionam, respectivamente, “na saída de mercadoria...” e “...a base de cálculo será o preço corrente no mercado atacadista...” (g.n.)

Também nas transferências internas, os §§ 4º a 7º do mesmo artigo, que se reportam ao inciso IV (e este ao inciso VI do artigo 6º), fazem menção aos termos preço e/ou mercadoria.

Por sua vez, ao contrário do alegado, as saídas de mercadorias em consignação, de contribuintes, sujeitam-se normalmente ao ICMS, fato que não prevalece apenas nas saídas de consignantes não contribuintes.

Da mesma forma, por exemplo, saídas para teste, doação e demonstração (internamente o imposto é suspenso durante certo período).

O Acórdão n.º 13.605/99/3ª, transcrito em parte pela Recorrente, às fls. 703/04, refere-se à devolução de mercadorias e, mesmo tratando-se de transferência, as notas fiscais deveriam consignar os mesmos valores e benefícios concedidos quando da vinda do outro estabelecimento, no estado de São Paulo, para fins de compatibilização dos créditos e débitos envolvidos nas operações.

A resposta à Consulta Fiscal Direta nº 909/98, de fl. 527, e a resposta ao quesito nº 2 da Consulta de Contribuinte nº 254 e 255/98, já mencionada, também vêm ao encontro do procedimento que deveria ter sido tomado pela Recorrente.

Assim, a irregularidade em questão mostrou-se configurada, devendo as exigências atinentes às transferências limitarem-se à exclusão da redução da base de cálculo, adequando-se ao entendimento relativo à irregularidade anterior.”

Portanto, corretas as exigências fiscais relativas ao item 1 do Auto de Infração.

Quanto ao estorno de créditos referentes às aquisições de materiais de uso e consumo, notadamente medicamentos e vacinas, em que pese o posicionamento adotado pela Superintendência de Tributação, manifestado através da Consulta Contribuinte nº 129/2004 e Consulta Contribuinte nº 028/2003, temos que a legislação tributária então vigente conduz a outro entendimento.

O artigo 20 da Lei Complementar Federal nº 87, de 1996, somente assegura ao contribuinte do ICMS o direito de creditar-se do imposto relativo à entrada de mercadoria destinada ao seu uso ou consumo a partir de 01/01/2007, conforme última alteração dada pelo art. 1º da Lei Complementar Federal nº 114, de 2002, ao inciso I do art. 33 da Lei Complementar Federal nº 87, de 1996, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

O RICMS/96, por seu turno, veda o aproveitamento do imposto de mercadorias destinadas a uso ou consumo através do inciso III do art. 70.

A Autuada, entretanto, entende que os medicamentos e vacinas são indispensáveis ao produtor rural, razão pela qual tem direito aos créditos pelas entradas.

A questão resume-se, contudo, não em discutir a essencialidade dos medicamentos e vacinas na atividade desenvolvida pela Autuada, mas sim em determinar se citadas mercadorias podem ser classificadas como produto intermediário, a fim de caracterizar seu direito ao creditamento.

Por definição da Instrução Normativa SLT nº 01, de 1986, produto intermediário é aquele que, empregado diretamente no processo de industrialização, integra-se ao novo produto, ou, embora não se integrando ao novo produto, é consumido, imediata e integralmente, no curso da industrialização.

É notório que a atividade de produção de ovo fértil não é industrialização

e que os medicamentos e as vacinas, ainda que essenciais na criação de aves, que por sua vez são responsáveis pela postura dos ovos, estes sim, objeto de comercialização pela Autuada, não são produtos intermediários, mas materiais de uso e consumo do estabelecimento.

Registre-se que as aquisições de qualquer contribuinte têm que se enquadrar necessariamente na condição de matéria-prima, produto intermediário, material de uso e consumo ou imobilizado. A condição de insumo não está prevista na legislação tributária, a não ser como produto intermediário.

Sendo assim, medicamentos e vacinas, na atividade desenvolvida pelo Impugnante, não são produtos intermediários, um vez que não atendem aos ditames da Instrução Normativa nº 01/86, mas materiais de uso e consumo do estabelecimento, cujo crédito, até a presente data, não é admitido pela legislação.

Registre-se ainda que o Patrono da Impugnante, ao expor seus argumentos em relação às notas fiscais amparadas pelo diferimento do imposto (notas fiscais fls. 358/362 e 384/388, afirmou que as aves que adquire são matrizes e portanto pertencentes ao ativo imobilizado. Para sustentar seu entendimento apresentou Consulta respondida pela Secretaria de Estado da Fazenda, a qual foi acatada pela Câmara. Se as aves pertencem ao ativo imobilizado, de certo que os medicamentos e vacinas nelas utilizados não são mesmo produto intermediário, mas materiais de uso e consumo.

Assim, correta a glosa procedida pelo Fisco relativamente a tais materiais.

Diante disso, julgo parcialmente procedente lançamento.

Conselheira: Cláudia Campos Lopes Lara

**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: Moisés 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

2005 - Presidente: Roberto Nogueira Lima
Vice-Presidente: Antônio César Ribeiro

2006 - Presidente: Roberto Nogueira Lima
Vice-Presidente: Luciana Mundim de Mattos Paixão

2007 (até junho) - Presidente: Roberto Nogueira Lima
Vice-Presidente: Luciana Mundim de Mattos Paixão