

Acórdão: 14.688/01/3^a
Impugnação: 40.010058713-01(Aut) - 40.010102065-15(Coob)
Impugnantes: Plaza Comércio de Café Ltda (Aut) e Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda (Coob)
Proc.do Suj. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros
PTA/AI: 01.000122622-32
Inscrição Estadual: 394.947226.00-18(Aut.)- 394.875516.00-13(Coob)
Origem: AF/ Manhuaçu
Rito: Ordinário

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – CAFÉ. Comprovado nos autos a remessa de café ao abrigo indevido do diferimento, uma vez que a destinatária da mercadoria, nos termos da legislação vigente, não se enquadra na definição de empresa preponderantemente exportadora. Argumentos da Impugnante insuficientes para ilidir o feito fiscal. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a utilização indevida do instituto do diferimento previsto no art. 111, inciso IV, alínea “c”, do Anexo IX, do RICMS/96, uma vez promovidas inúmeras saídas de café cru, em grãos, para o estabelecimento Custódio Forzza Comércio e Exportação Ltda., inscrito como atacadista de café em grãos, estabelecido em Manhuaçu – MG, não incluído na condição de preponderantemente exportador prevista pela legislação para gozo do benefício. Exige-se ICMS e MR.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente, através dos seus representantes legais, Impugnações às fls.146 a 150 e 127 a 140, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 165 a 171.

Determinado o Despacho Interlocutório de fls. 176, o mesmo foi cumprido às fls. 177 a 186.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 188 a 196, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

O Impugnante Custódio Forzza alega que teve sua defesa cerceada, uma vez que não foi intimado da lavratura do Termo de Ocorrência. Noutra ângulo, o Impugnante Plaza Café alega nulidade da peça fiscal, considerando que os “fatos novos” apresentados contra o Termo de Ocorrência foram indeferidos pela fiscalização sem qualquer fundamentação legal. Estas assertivas não tem o condão de tornar nulo o Auto de Infração.

De acordo com a CLTA/MG, o contencioso administrativo fiscal se instaura pela impugnação tempestiva contra lançamento de crédito tributário. De acordo com o mesmo diploma legal, o lançamento do crédito tributário será formalizado mediante Auto de Infração (AI).

Os fatos novos apresentados pelo autuado foram analisados pela fiscalização e, em parecer fundamentado, conforme fls. 109/110 dos autos, entendeu o fisco que as razões e os documentos trazidos pelo sujeito passivo não faziam prova suficiente para ilidir o crédito tributário apurado. É que a acusação fiscal foi no sentido de utilização indevida do instituto do diferimento da incidência do ICMS, tendo em vista a não qualificação do destinatário da mercadoria (estabelecimento sediado em Manhuaçu) como preponderantemente exportador de café, condição *sine qua non* para a fruição do benefício fiscal. Indeferidos os “fatos novos”, intimou-se o autuado, conforme AR de fls. 112. O interessado não se manifestou.

Com relação à alegação do Coobrigado (Custódio Forzza), de que não teria sido intimado da lavratura do Termo de Ocorrência, também equivoca-se o Impugnante, pois a prova da intimação está nos autos de fls. 113, e AR de fls. 114, onde fica cristalina a intimação do mesmo para conhecer do Termo de Ocorrência (oportunidade em que lhe foi encaminhada uma cópia do documento, bem como do respectivo DCM). Naquela oportunidade, ficou reaberto o prazo de 10 (dez) dias a partir do recebimento da peça fiscal para apresentação de “fatos novos” ou pagamento/parcelamento com as multas reduzidas, permanecendo silente o Coobrigado.

Voltando-nos para o Auto de Infração de fls. 116, temos que a peça fiscal descreve de maneira clara e objetiva os fatos que ensejaram o lançamento fiscal. Os dispositivos legais infringidos foram apontados corretamente e estão em consonância com o fato impositivo narrado na peça fiscal. O dispositivo que comina a respectiva penalidade (multa de revalidação) foi nomeado corretamente. As intimações foram efetuadas de forma regular, culminando com a apresentação tempestiva das impugnações, tanto pelo autuado, quanto pelo Coobrigado.

Assim sendo, restam totalmente improcedentes as argumentações dos Impugnantes, razão pela qual opina-se pelo não acatamento da preliminar de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

A criação de tributo é, em princípio, obra do legislador ordinário. Por isto mesmo é na lei ordinária que se encontra definida a situação de fato que, se e quando acontecer, fará nascer o dever jurídico de pagar o tributo. Em outras palavras, é a lei ordinária que descreve a hipótese de incidência tributária, cuja concretização é conhecida como fato gerador do tributo, porque faz nascer a obrigação tributária, vale dizer, o dever jurídico de pagar o tributo.

A Lei Complementar nº 87/96 não institui, não cria, o ICMS. Não estabelece as hipóteses que, se e quando concretizadas, fazem nascer o dever jurídico de pagar esse imposto. Ela apenas define os fatos que o legislador estadual poderá adotar na descrição das hipóteses de incidência deste. Isto quer dizer que se não houver lei estadual não existirá o imposto. Nenhum Estado poderá cobrar o ICMS se a sua Assembléia Legislativa não houver instituído esse imposto, editando Lei para esse fim necessária. Por outro lado, o legislador estadual não pode definir como hipótese de incidência do ICMS algo que não esteja definido em Lei Complementar como âmbito de sua atuação, como campo no qual o legislador pode operar na definição da hipótese de incidência do imposto.

Assim, ao definir, em Lei, que o Regulamento poderá dispor que o lançamento e pagamento do imposto incidente sobre a saída de determinada mercadoria sejam diferidos para etapas posteriores de sua comercialização (Art. 9º da Lei 6.763/75), o legislador ordinário delegou competência ao executivo para baixar critérios e condições que deveriam ser atendidas para gozo do diferimento do pagamento do ICMS devido na operação. Assim, ficaram estabelecidas no Anexo IX ao RICMS/96, a partir do art. 111, as normas que deveriam ser observadas para o enquadramento da situação fática no instituto do diferimento.

Assim reza o Art. 111:

Art. 111 - O pagamento do imposto incidente nas operações com café cru, em coco ou em grão, fica diferido nas seguintes hipóteses:

Logo em seguida são enumeradas diversas hipóteses que têm, cada uma, seu alcance específico, considerando, principalmente, a qualificação tanto do remetente quanto do destinatário da mercadoria.

Considerando ser o remetente uma empresa que opera no comércio atacadista de café cru (vide Contrato Social de fls. 80), pretendeu a Autuada enquadrar as suas operações de saída no tipo previsto no Art. 111, inciso IV, letra "c" (o pagamento do imposto incidente nas operações com café cru, em coco ou em grão, fica diferido na saída da mercadoria, em operação interna, de estabelecimento atacadista com destino a estabelecimento preponderantemente exportador de café, observado o disposto no § 1º do artigo 5º deste Regulamento.

Todas as notas fiscais objeto do levantamento fiscal estão listadas na planilha de fls. 7/9 e foram trazidas aos autos, a partir das fls. 11. Podemos constatar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que o emitente das notas fiscais (Plaza Café) consignou nos documentos emitidos que o ICMS ficava diferido, citando, no corpo do próprio documento, o artigo 111, inciso IV, “c” do RICMS, como supedâneo para seu procedimento.

De início, não se deve confundir “não-incidência” com “diferimento do pagamento do ICMS”. A ressalva contida na alínea “c” do inciso IV do art. 111, do Anexo IX (observado o disposto no § 1º do art. 5º), remete-nos a refletir que existe previsão de não incidência do ICMS, quando a remessa do atacadista com destino à empresa comercial exportadora, for com o fim específico de exportação. Ou seja, a mercadoria sairá do atacadista, para ser exportada pela empresa comercial exportadora, não se admitindo qualquer outra operação com a própria mercadoria remetida, que vá além do simples acondicionamento ou reacondicionamento (§ 3º do Art. 7º da Lei 6.763/75). Se o remetente (Plaza Café) tivesse acobertado as suas operações de saída ao abrigo da não-incidência, com base no § 1º do Art. 5º do Regulamento, o foco da fiscalização seria desviado para verificar se os critérios e condições para o enquadramento da não-incidência do ICMS foram atendidos.

Como bem demonstrado nos autos, com cópias das notas fiscais emitidas pelo autuado, as operações não ocorreram com o fim específico de exportação, ocasião em que buscaríamos a inteligência da Lei Complementar 87/96, que desonerou a exportação de produtos primários e semi-elaborados do ICMS, ao equiparar à exportação a saída da mercadoria com destino a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação. Portanto, é frágil o argumento do Impugnante (Coobrigado), quando tenta desviar o foco para as prescrições contidas na Lei Complementar supracitada.

O remetente (Plaza Café) pretendeu enquadrar as suas operações de saída de café cru ao abrigo do diferimento, portanto, devemos observar se as condições foram atendidas. A primeira: a mercadoria transacionada, café cru, é a destinatária da norma recepcionada no Art. 111 e seguintes do Anexo IX; A segunda: a qualificação do remetente como atacadista de café, atendida conforme Contrato Social de fls. (não há controvérsia sobre este ponto). A condição chave do presente contencioso: O destinatário (Coobrigado: Custódio Forzza, estabelecimento sediado em Manhuaçu) não é preponderantemente exportador de café.

O diferimento previsto no art. 111, IV, letra “c”, alcança qualquer operação do atacadista para o estabelecimento preponderantemente exportador, pouco importando se a mercadoria deverá passar por beneficiamento ou rebeneficiamento antes de sua saída subsequente. Mas é fundamental, para que o benefício seja aplicado, que tenha destinado suas saídas de mercadorias preponderantemente ao exterior. É a condição.

Informações retiradas da DAMEF do ano de 1996, trazida à colação pelo Fisco, fls. 172/173, não deixam nenhuma dúvida de que o estabelecimento sediado em Manhuaçu não é exportador, como bem demonstrado na manifestação fiscal de fls. 169. Com relação ao exercício de 1997, temos o Quadro Resumo extraído da DAMEF entregue pelo Coobrigado, onde podemos constatar que o mesmo havia transferido, sem débito do ICMS, em torno de 75% (setenta e cinco por cento) do seu faturamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

bruto. Entretanto, estas transferências sem débito do imposto ocorreram de forma irregular, razão pela qual foram desclassificadas pela fiscalização, com o imposto devido sendo exigido através do Auto de Infração 01.000123310-48, julgado pela 5ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, que decidiu, por unanimidade, pela improcedência da Impugnação (Acórdão 1.108/00/5ª).

Com a desclassificação das operações de saída sem débito do imposto, o destinatário, estabelecimento sediado em Manhuaçu, não é preponderantemente exportador, realizando, além das operações internas, transferências interestaduais (que são tributadas normalmente) com o objetivo de submeter o café a beneficiamento ou rebeneficiamento na Matriz, sediada no Estado do Espírito Santo, para, só depois desta etapa da circulação econômica do café, destiná-lo ao exterior, através de outro estabelecimento que não o sediado em Manhuaçu, ora Coobrigado nesta peça fiscal. Assim sendo, não atendida a condição de gozo do instituto do diferimento do pagamento do ICMS, resta correto o lançamento fiscal contra o remetente da mercadoria, e a inclusão do destinatário como Coobrigado, tendo em vista a solidariedade pela obrigação tributária prevista no Art. 21, inciso XII da Lei 6.763/75 (os atos ou as omissões do destinatário – Custódio Forzza – concorreram para o não recolhimento do ICMS pelo remetente – Plaza Café).

Improcede a tese da Autuada, quando afirma que a fiscalização utilizou de meios inidôneos para apurar o crédito tributário, que a fiscalização não teria desenvolvido roteiros específicos, tais como levantamento do passivo, quantitativo, etc. Para desenvolver seus trabalhos o Fisco pode lançar mão de qualquer meio idôneo, assim como os discriminados no Art. 194 do RICMS/96, tal como análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários. A irregularidade está fartamente provada, ou seja, as notas fiscais emitidas estão nos autos, utilizando-se indevidamente do instituto do diferimento do pagamento do ICMS, indevidamente porque o destinatário da mercadoria não satisfazia a condição de receber as mercadorias com este benefício, pois ficou demonstrado que o mesmo não era preponderantemente exportador, condição para enquadramento no benefício fiscal.

O Protocolo 23/96 e o Convênio ICMS 113/96 não tratam da figura do diferimento do pagamento do ICMS, benefício recepcionado no Anexo IX ao Regulamento do ICMS, Art. 111 e seguintes, ponto central deste contencioso. Tratam sim, de outra figura, que é a não incidência do ICMS nas operações de saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação, caso totalmente diferente destes tratados nos autos, razão por que não têm a aplicação e o alcance esperados pela defesa.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal de fls. 188/196. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins (Revisor) e Antônio

César Ribeiro.

Sala das Sessões, 10/05/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

LFCT/EJ/G

CC/MIG