

Acórdão: 17.022/06/2ª Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010115988-91  
Impugnante: Recarf Reciclagem de Materiais Ltda.  
Proc. S. Passivo: Edson Pereira dos Santos  
PTA/AI: 01.000150098-13  
Inscrição Estadual: 536.190599.0040  
Origem: DF/Sete Lagoas

**EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL.** Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude da falta de apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais relativos à aquisição de mercadorias e à utilização de serviços de transporte. Procedimento fiscal respaldado no inciso VI, art. 70, do RICMS/02. Excluída, pelo Fisco, a multa isolada inicialmente aplicada, capitulada no art. 55, XII, da Lei 6763/75. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

**NÃO INCIDÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO - ENQUADRAMENTO INDEVIDO.** Constatada a prática de saída de mercadorias ao abrigo indevido da não-incidência. A atividade desenvolvida pela Autuada não se insere no campo de incidência do ISSQN, pois se trata de industrialização tributada pelo ICMS, conforme previsão contida no art. 222, II, “e”, do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

**MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA.** Constatada a falta de emissão de nota fiscal na industrialização tributada pelo ICMS. A emissão pela Autuada de notas fiscais de prestação de serviços autorizadas pela Prefeitura Municipal de sua circunscrição não se presta ao acobertamento da saída das mercadorias nelas discriminadas, pois na saída de mercadoria em retorno ao estabelecimento que a tiver remetido para industrialização, o imposto incide sobre o valor da industrialização, a teor do art. 43, XIV, do RICMS/02. Infração caracterizada. Penalidade inicialmente aplicada, capitulada no art. 55, II, da Lei 6763/75, adequada pelo Fisco ao percentual previsto na alínea “a”, do mesmo dispositivo legal. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL.** Falta de entrega livros e documentos fiscais, ensejando a aplicação da multa isolada prevista no art. 54, VII, “a”, da Lei 6763/75. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação da prática das seguintes irregularidades:

1) recolhimento a menor do imposto no período compreendido entre outubro de 2002 e fevereiro de 2005, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, em razão de:

a) aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude da falta de apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais relativos à aquisição de mercadorias e à utilização de serviços de transporte;

b) promover saída de mercadorias ao abrigo indevido da não-incidência; e

c) promover saída de mercadorias desacoberta de nota fiscal na industrialização tributada pelo ICMS; e

2) falta de apresentação de livros e notas fiscais, que foram exigidos mediante a lavratura de Termo de Intimação.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS, multa de revalidação de 50%, multa isolada de 42 UFEMG, prevista no inciso no art. 54, VI, da Lei 6763/75, c/c art. 215, VI, "F", do RICMS/02; MI de 1.000 UFEMG, prevista no art. 54, VII, "a" e, ainda, as multas isoladas previstas nos incisos II, XII e XXI do art. 55, todos da Lei 6763/75.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 522/531, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 571/576.

A Auditoria Fiscal indefere o pedido de produção de prova pericial, conforme Despacho de fls. 581/582, sendo que a decisão não foi agravada.

Através do parecer de fls. 587/598, a Auditoria Fiscal opina pela procedência parcial do lançamento, sugerindo a exclusão da exigência da penalidade isolada prevista no inciso XII, art. 55, da Lei 6763/75, e para adequar a penalidade isolada exigida pela falta de emissão de nota fiscal na prestação de serviços de industrialização tributada pelo ICMS a 20% (vinte por cento), conforme previsão da alínea "a" do inciso II do art. 55, da mesma Lei.

Em função do parecer acima mencionado, o Fisco decide retificar o crédito tributário (fls. 602/604), nos exatos termos propostos pela Auditoria Fiscal.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 24/05/06, deliberou converter o julgamento na Diligência de fls. 609, tendo por objeto abrir vista à Autuada dos documentos de fls. 602/607, nos termos do art. 100, § 1.º, da CLTA/MG, concedendo prazo para pagamento do crédito tributário reformulado com as reduções legais cabíveis.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada, entretanto, não promove o pagamento nem tampouco se manifesta a respeito, apesar de regularmente intimada, conforme comprova o Aviso de Recebimento (AR) de fl. 612.

Por fim, a Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 615/616, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos do DCMM de fls. 600/601.

### **DECISÃO**

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

1) recolhimento a menor do imposto no período compreendido entre outubro de 2002 e fevereiro de 2005, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, em razão de:

a) aproveitamento indevido de crédito de ICMS em virtude da falta de apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais relativos à aquisição de mercadorias e à utilização de serviços de transporte;

b) promover saída de mercadorias ao abrigo indevido da não-incidência; e

c) promover saída de mercadorias desacoberta de nota fiscal na industrialização tributada pelo ICMS; e

2) falta de apresentação de livros e notas fiscais, que foram exigidos mediante a lavratura de Termo de Intimação.

Compõem o AI o relatório fiscal de fls. 08/09, contendo o demonstrativo do crédito tributário; o quadro de fls. 10/11, contendo a recomposição da conta gráfica e a memória de cálculo de fls. 16/20.

Faz ainda parte dos autos o Termo de Intimação de fls. 23; a relação de fls. 24/26 e 29/32 dos documentos fiscais cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco; a cópia de fls. 33/40 do livro Registro de Entradas; a cópia de fls. 42/133 e de fls. 149/156 do livro Registro de Apuração do ICMS; a relação de fls. 134/137 das notas fiscais de saída sem destaque do ICMS; a cópia de fls. 138/148 do livro Registro de Saídas; a cópia de fls. 157/249 das notas fiscais de saída sem destaque do ICMS; a relação de fls. 250/258 das notas fiscais de prestação de serviços sem destaque do ICMS e a cópia de fls. 259/519 das notas fiscais de prestação de serviços sem destaque do ICMS.

### **1) Quanto ao aproveitamento indevido de crédito de ICMS**

Trata-se do estorno promovido pelo Fisco do crédito de ICMS indevidamente aproveitado pela Autuada no período compreendido entre novembro de 2002 e dezembro de 2003, em virtude da falta de apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais relativos à aquisição de mercadorias e à utilização de serviços de transporte, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a MR de 50% (cinquenta por cento), e, ainda, as MI de 40% (quarenta por cento) previstas nos incisos XII e XXI, ambos do art. 55 da Lei 6763/75.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A relação das notas fiscais com o respectivo crédito do ICMS objeto do estorno encontra-se às fls. 29/32.

Com efeito, o Fisco solicita à Autuada, mediante o Termo de Intimação de fls. 23, a apresentação, dentre outras, das notas fiscais de entrada relativas ao período acima destacado, conforme relação de fls. 24/26.

Tendo em vista que a Autuada não atendeu à intimação nesse quesito, reputa-se correto o estorno de crédito promovido pelo Fisco em virtude da falta de apresentação das primeiras vias dos respectivos documentos fiscais de entrada pela Autuada, apesar de intimada.

Trata-se de procedimento fiscal que encontra guarida no inciso VI do art. 70 do RICMS/02, a saber:

"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 a que o contribuinte estiver circunscrito;"

Observa-se, diante da falta de apresentação da primeira via do documento fiscal, que a Autuada tampouco comprovou a 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, conforme permissão do dispositivo citado.

Dessa forma, tendo em vista a falta de comprovação da autenticidade dos valores a serem compensados, nos termos do art. 62 do RICMS/02, em relação aos documentos fiscais não apresentados, afiguram-se corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica e da MR de 50% (cinquenta por cento) e à MI prevista art. 55, XXI, da Lei 6763/75, referente aos CTCR's considerados extraviados, exigências contra as quais a Autuada não se manifesta especificamente.

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

(...)

XXI - por falsificar, adulterar, extraviar ou inutilizar livro ou documento fiscal - 40% (quarenta por cento) do valor da prestação, apurado ou arbitrado pelo Fisco;"  
(G.N.)

Quanto à multa isolada prevista no art. 55, XII, da Lei 6763/75, há que se reiterar que o Fisco promoveu sua exclusão do crédito tributário, acatando as ponderações contidas no parecer da Auditoria Fiscal.

**2) Quanto à saída de mercadorias ao abrigo indevido da não-incidência**

Trata-se da constatação da prática de saída de mercadorias ao abrigo indevido da não-incidência, no período compreendido entre setembro de 2004 e janeiro de 2005, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a MR de 50% (cinquenta por cento) e a MI de 42 (quarenta e duas) UFEMG prevista no art. 54, VI, da Lei 6763/75, c/c art. 215, VI, “f”, do RICMS/02.

A relação das notas fiscais de saída sem destaque do ICMS devido na operação e o respectivo ICMS exigido encontra-se às fls. 134/137.

A Autuada entende que a operação praticada é amparada pela não-incidência do ICMS, sendo devido apenas o ISSQN de competência municipal, entendimento adotado em virtude de haver contratado, em setembro de 2004, os serviços de uma empresa de auditoria externa. Assim, requer a aplicação ao caso da disposição contida no § 4º, do art. 1º, da Lei Complementar Federal n.º 116, de 31 de julho de 2003.

Quanto à afirmação da Autuada de que submeteu citado entendimento da empresa de auditoria externa à apreciação da SEF/MG, informamos que a dúvida sobre a aplicação da legislação tributária, em relação a fato concreto de seu interesse, deverá ser formulada à Diretoria de Orientação e Educação Tributária da Superintendência de Tributação (DOET/SUTRI), na forma estabelecida na Seção I do Capítulo II do Título II da CLTA/MG.

Nesse sentido, a Autuada revela que, na verdade, não havia compra e venda de areia, mas o recebimento de areia para limpeza e sua posterior devolução ao próprio remetente, tendo o estabelecimento matriz, no entanto, enviado uma quantidade ínfima de material para uma cimenteira, pois este não atingiu pureza suficiente para ser devolvido ao remetente original.

Por outro lado, observa-se na imensa maioria das notas fiscais objeto da exigência em comento a aposição, ora do Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) 5.101 (“venda de produção do estabelecimento”), ora do CFOP 5.922 (“lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura”). No entanto, repisa-se, a Autuada alega que, na verdade, havia o recebimento de areia para limpeza e sua posterior devolução ao próprio remetente.

Contudo, a alegação da Autuada de que está desobrigada de destacar o imposto por ter ela própria deixado de cumprir a obrigação de emitir a nota fiscal com dados verdadeiros, que perfeitamente entende se encontrava submetida, torna aplicável o antigo adágio segundo o qual ninguém pode pretender beneficiar-se com a própria torpeza.

De qualquer maneira, temos que o ISSQN é um imposto previsto no inciso III do art. 156 da Constituição Federal e incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, desde que não abrangidos pelo ICMS e desde que tais serviços estejam definidos em Lei complementar à Constituição Federal, como segue:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar." (Grifo nosso)

Entretanto, verifica-se que a atividade desenvolvida pela Autuada de tratamento (limpeza) de areia oriunda de moldes de fundição, adquirida de indústrias após seu uso em processos de fundição de motores e outras peças, e sua posterior venda, conforme atestam os documentos fiscais emitidos, **não se confunde com a prestação de serviço de reciclagem de lixo, rejeitos ou outros resíduos quaisquer**, constante do subitem 7.09 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal n.º 116, de 2003, nem tampouco com as atividades constantes dos subitens 7.12, 14.01 e 14.05 de citada Lista de Serviços, como alegado.

A atividade desenvolvida pela Autuada constitui-se, na verdade, em renovação ou acondicionamento de produto intermediário industrial usado ("areia de fundição") que a mesma adquire, estando, portanto, fora do campo de incidência do ISSQN de competência dos Municípios e do Distrito Federal, por não estar sendo prestado um serviço constante na citada Lista para usuário final, mas, sim, sendo realizada uma industrialização na areia usada adquirida, conforme previsto na alínea "e" do inciso II do art. 222 do RICMS/02.

Pode-se afirmar que a areia usada adquirida pela Autuada é sua matéria-prima, havendo a posterior venda no mercado como "areia de fundição recuperada", após a industrialização exercida, para ser novamente utilizada na fundição de motores e peças pela destinatária.

Mesmo que, por hipótese, considerássemos que as notas fiscais emitidas como venda referem-se, na verdade, à atividade de industrialização sob encomenda, temos que tal atividade também é tributada pelo ICMS, eis que na saída de mercadoria em retorno ao estabelecimento que a tiver remetido para industrialização, **o imposto incide sobre o valor da industrialização**, a teor do inciso XIV do art. 43 do RICMS/02.

Nesse ínterim, importa ressaltar que por força do item 1 da alínea "a" e da alínea "b" do § 8º do art. 6º da Lei 6763/75, **são irrelevantes** para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação de que resulte a saída da mercadoria ou a prestação de serviço, bem como o **título jurídico pelo qual a mercadoria efetivamente saída do estabelecimento estava na posse do respectivo titular**.

Afiguram-se corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, à MR de 50% (cinquenta por cento) e à MI de 42 (quarenta e duas) UFEMG prevista no inciso VI do art. 54 da Lei 6763/75, c/c a alínea "f" do inciso VI do art. 215 do RICMS/02.

### **3) Quanto à saída de mercadorias desacoberta de nota fiscal na prestação de serviços de industrialização tributada pelo ICMS**

Trata-se da constatação da falta de emissão de nota fiscal na prestação de serviços de industrialização tributada pelo ICMS, no período compreendido entre

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

outubro de 2002 e fevereiro de 2005, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a MR de 50% (cinquenta por cento) e a MI de 40% (quarenta por cento) prevista no inciso II do art. 55 da Lei 6763/75.

A relação das notas fiscais de prestação de serviços e o respectivo ICMS exigido encontra-se às fls. 250/258.

Observa-se que para o acobertamento da operação a Autuada emitiu tão-somente notas fiscais de prestação de serviços que são, no entanto, autorizadas pela Prefeitura Municipal de Prudente de Moraes, não se prestando, portanto, ao acobertamento da saída das mercadorias nelas discriminadas, senão vejamos.

No mesmo sentido em relação ao exposto no item 2 acima, verifica-se que a atividade desenvolvida pela Autuada de tratamento (limpeza) de areia oriunda de moldes de fundição, remetida por indústrias após seu uso em processos de fundição de motores e outras peças, e sua posterior devolução, conforme atestam notas fiscais de prestação de serviços emitidas, **não se confunde com a prestação de serviço de reciclagem de lixo, rejeitos ou outros resíduos quaisquer**, constante do subitem 7.09 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal n.º 116, de 2003, nem tampouco com as atividades constantes dos subitens 7.12, 14.01 e 14.05 de citada Lista de Serviços, como alegado.

A atividade desenvolvida pela Autuada constitui-se, na verdade, em etapa de renovação ou recondicionamento de produto intermediário industrial usado (“areia de fundição”) que a mesma recebe, estando, portanto, fora do campo de incidência do ISSQN de competência dos Municípios e do Distrito Federal, por não ter sido completado o ciclo de circulação da mercadoria, ou seja, não é prestado um serviço constante na citada Lista para usuário final, mas, sim, é realizada uma industrialização na areia usada recebida, conforme previsto na alínea “e” do inciso II do art. 222 do RICMS/02, havendo sua posterior devolução ao remetente, após a industrialização exercida, para ser novamente utilizada na fundição de motores e peças.

Assim, verifica-se pelas notas fiscais de prestação de serviços que a Autuada exerce atividade de industrialização sob encomenda, sendo que tal atividade também é tributada pelo ICMS, eis que na saída de mercadoria em retorno ao estabelecimento que a tiver remetido para industrialização, **o imposto incide sobre o valor da industrialização**, a teor do inciso XIV do art. 43 do RICMS/02.

Nesse íterim, importa ressaltar que por força do item 1 da alínea “a” e da alínea “b” do § 8º do art. 6º da Lei 6763/75, **são irrelevantes** para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação de que resulte a saída da mercadoria ou a prestação de serviço, bem como **o título jurídico pelo qual a mercadoria efetivamente saída do estabelecimento estava na posse do respectivo titular**.

Também se afiguram corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, apurado após a recomposição da conta gráfica, e à MR de 50% (cinquenta por cento) em virtude da falta de emissão de nota fiscal na industrialização tributada pelo ICMS.

Reitere-se que, após ter conhecimento do parecer da Auditoria Fiscal, o Fisco adequou a multa isolada inicialmente exigida, capitulada no art. 55, II, da Lei 6763/75 (40% do valor das operações), ao percentual previsto na alínea “a”, do mesmo inciso (art. 55, II, “a” – 20% do valor das operações).

#### **4) Quanto à falta de apresentação de livros e notas fiscais**

Trata-se da falta de apresentação de livros e notas fiscais, que foram solicitados mediante a lavratura do Termo de Intimação de fls. 23, datado de 06/06/2005, infringência pela qual é exigida a MI de 1.000 (mil) UFEMG, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 54 da Lei 6763/75.

Uma análise do Termo de Intimação de fls. 23, datado de 06/06/2005, evidencia que o mesmo foi recebido pelo preposto do contabilista responsável pela contabilidade da Autuada, conforme Termo de Transferência de Responsabilidade Técnica de fls. 22, sem que, no entanto, tenham sido apresentados, no prazo estipulado, os livros e as notas fiscais solicitados conforme relação contida no corpo do próprio Termo de Intimação.

Assim, afigura-se correta a exigência da penalidade isolada de 1.000 (mil) UFEMG, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 54 da Lei 6763/75, pela falta de apresentação de livros e notas fiscais, que foram exigidos mediante a lavratura do Termo de Intimação de fls. 23, exigência contra a qual a Autuada não se manifesta especificamente.

No tocante ao Pedido de Restituição de fls. 531, informamos que a Autuada deverá formalizá-lo conforme o disposto na Seção III do Título II da CLTA/MG.

Em relação ao pedido de reunião com o PTA n.º 01.000150139-34, ressalta-se que citado processo trata de matéria distinta da abordada no presente processo, e, ademais, aludido PTA constitui crédito tributário de natureza não contenciosa por força do inciso I c/c item 2 do § 1º, ambos do art. 64 da CLTA/MG, sendo, portanto, inadmissíveis as apresentações de impugnação e de reclamação por falta de previsão legal, e, *ipso facto*, também a solicitada reunião.

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

Constata-se, portanto, que a Autuada não trouxe aos autos, de forma objetiva, quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de maneira a contraditar o levantamento e a demonstrar pontos porventura conflitantes.

Verifica-se, outrossim, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências fiscais remanescentes de ICMS, da MR de 50% (cinquenta por cento), da MI de 42 (quarenta e duas) Unidades Fiscais do Estado de Minas Gerais (UFEMG), prevista no inciso VI do art. 54 da Lei 6763/75, c/c a alínea “f” do inciso VI do art. 215 do RICMS/02; da MI de 1.000 (mil) UFEMG, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 54, e, ainda, das MI de 20% (vinte por cento) e de 40% (quarenta por cento), previstas,

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

respectivamente, na alínea “a” do inciso II e no inciso XXI, ambos do art. 55 da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2.<sup>a</sup> Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco às fls. 602/604. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edvaldo Ferreira e Luiz Fernando Castro Trópia.

**Sala das Sessões, 09/08/06.**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão  
Presidente/Revisora**

**José Eymard Costa  
Relator**

CC/MG