

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.794/15/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000261082-14
Impugnação: 40.010137758-04
Impugnante: Phelps Dodge International Brasil Ltda
IE: 518718532.00-08
Proc. S. Passivo: José Rafael Morelli Feiteiro/Outro(s)
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA. Constatação, por meio de análise de denúncia espontânea apresentada pela Autuada, de saída de mercadorias sem o devido acobertamento fiscal. Procedimento fiscal levado a efeito ante a existência de valor efetivo em estoque menor que o escriturado (registrado na contabilidade). As mercadorias abrangidas são tributadas pelo sistema normal de débito e crédito e outras sujeitas à substituição tributária (fios e cabos elétricos). Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes de ICMS, apurado após recomposição de conta gráfica, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples, relativa à falta de recolhimento de ICMS, capitulada no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro, relativa à falta de recolhimento de ICMS/ST, capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, resultando em recolhimento a menor de ICMS/operação própria e ICMS/ST, visto que parte das mercadorias é sujeita à substituição tributária (fios e cabos elétricos), no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2012.

A irregularidade foi apurada mediante análise da denúncia espontânea apresentada pela Autuada, nos termos do art. 211 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, juntada às fls. 15/18 dos autos.

Sobre tal procedimento, devem ser destacados os seguintes aspectos:

- a Autuada alega, no termo de denúncia apresentado em 21/11/13, que constatou aproveitamento indevido de crédito, no período de janeiro de 2008 a julho de 2013;

- intimada pelo Fisco, em 17/03/14 (intimação nº 00049 - fls. 31), a apresentar os documentos, as planilhas e os critérios utilizados na denúncia, a Autuada argumenta que constatou a existência de inconsistências na contabilização de seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inventário nos últimos anos e que seu estoque existente em dezembro de 2012 era bem inferior àquele registrado em sua contabilidade, o que, a seu ver, pode ser explicado pela ocorrência de diversos furtos de matérias-primas sofridos pela empresa, aliados à deficiência de controles internos no período apurado, dentre outros;

- após nova intimação (00117 de 10/06/14 - fls. 24), esclarece que recolheu o ICMS, objeto do estorno, relativamente ao ajuste de inventário, bem como de 97 (noventa e sete) notas fiscais, cujos materiais não deram entrada física no estabelecimento;

- em função da 3ª intimação (00241 de 17/10/14 - fls. 20), onde o Fisco solicita a comprovação de que o procedimento efetuado na denúncia se enquadra no art. 71, inciso V do RICMS, a Autuada alega que não tomou tal dispositivo como base para a referida denúncia, pois entende que as perdas se deram em função de vários fatores.

Assim, diante da constatação da existência de estoque efetivo menor que o escriturado, o Fisco presumiu saídas desacobertadas de documento fiscal.

Exigências de ICMS, apurado após recomposição de conta gráfica, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples, relativa à falta de recolhimento de ICMS, capitulada no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro, relativa à falta de recolhimento de ICMS/ST, capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 123/156 e anexa documentos às fls. 157/383, pedindo pela improcedência do lançamento.

Acatando parcialmente as razões da Defesa, o Fisco retifica o crédito tributário, nos termos do demonstrativo de fls. 386/388, excluindo as exigências relativas a ICMS/ST, e respectiva multa de revalidação, do mês de novembro de 2011, uma vez que restou comprovado o recolhimento correspondente.

Regularmente cientificada sobre a retificação, a Autuada adita sua impugnação às fls. 396, manifestando concordância com as exclusões efetuadas pelo Fisco e, no tocante aos débitos remanescentes, reitera os termos da impugnação inicial, conforme fls. 406/439.

O Fisco, em manifestação de fls. 441/474, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 479/504, opina, em preliminar, pela rejeição da nulidade arguida e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 386/388.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante argui nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de que o Fisco não cumpriu os procedimentos prévios, previstos na legislação para lavratura da autuação (arts. 69 e 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08), pautando-se em meros indícios de irregularidade, valendo-se apenas de presunções, sem analisar os documentos fiscais e contábeis apresentados no curso da fiscalização.

Ressalta que o art. 74 do RPTA destaca as únicas hipóteses em que o procedimento prévio de fiscalização seria dispensável, sendo que nenhuma delas se enquadra à situação dos autos.

Entende que o Fisco tem “*o dever de se munir de todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito, até mesmo para garantir o direito da Requerente à ampla defesa e ao contraditório, evitando-se dessa forma a cobrança de créditos tributários indevidos e pautados em mera presunção*”.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Observa-se que os arts. 69 e 70 do RPTA foram perfeitamente cumpridos pelo Fisco, uma vez que o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF foi lavrado e entregue à Contribuinte em 21/10/14, data anterior à lavratura do Auto de Infração, conforme documento de fls. 06 do processo:

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);

IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);

V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

§ 5º Na hipótese de cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão o Auto de Início de Ação Fiscal terá validade por 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal.

Nota-se, também, que a lavratura do Auto de Infração foi precedida por diversas intimações, inclusive no momento da entrega do AIAF, que se encontra às fls. 20 e sua resposta às fls. 21/23, o que demonstra que o Fisco esteve sempre em busca da verdade material.

Não prospera a alegação de que o Fisco lavrou o Auto de Infração embasado em meros indícios, sem uma nova intimação, deixando “*comodamente a análise dos documentos para o momento da manifestação fiscal*”.

Conforme bem ressaltado pelo Fisco, verifica-se que em resposta à citada intimação anexada ao AIAF, a Autuada manifestou-se da seguinte forma: “*Conforme já afirmado, acredita a Requerente que a combinação de vários fatores resultou na perda registrada e que os respectivos esclarecimentos e documentos comprobatórios já foram apresentados*” (grifou-se).

Ora, se a própria Contribuinte atesta que todos os esclarecimentos e documentos já tinham sido apresentados, restaria ao Fisco analisá-los e, de posse de todos os elementos necessários à lavratura do Auto de Infração, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 89 do RPTA, constituir o crédito tributário:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

RPTA

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, 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;
- IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão 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 período a que se refira;
- 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 respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;
- IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Cumprir mencionar que a Autuada foi adquirida em 2007 pela General Cable Corporation, empresa de capital aberto com sede nos Estados Unidos da América, a qual promoveu auditoria interna em sua subsidiária.

Dessa forma, a Impugnante trouxe documentação em inglês (fls. 236 a 253), na qual relata todas as providências adotadas nos Estados Unidos da América por sua controladora norte-americana.

Apesar do documento não ser no idioma oficial do Brasil, o Fisco o avaliou e constatou a diferença encontrada no valor dos estoques após auditoria realizada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o relato de prejuízo à Securities and Exchange Commission – SEC, bem como todas as providências tomadas, constituem procedimentos adotados para atender normas sob controle daquela agência norte-americana.

O Fisco esclarece que a SEC, “é uma agência federal dos Estados Unidos que detém a responsabilidade primária pela aplicação das leis de títulos federais e a regulação do setor de valores mobiliários, as ações da nação e opções de câmbio, e outros mercados de valores eletrônicos nos Estados Unidos. Além do Ato 934 que a criou, a SEC aplica o Securities Act of 1933, o Trust Indenture Act of 1939, o Investment Company Act of 1940, o Investment Advisers Act of 1940, o Sarbanes-Oxley Act of 2002 e outros estatutos. A SEC foi criada pela seção 4 do Securities Exchange Act of 1934 e comumente referido como o Ato 1934)”- Fonte Wikipédia.

Portanto, verifica-se que o Fisco, de fato, analisou todos os documentos apresentados pela Autuada, inclusive, reiterando, aqueles exibidos em língua estrangeira, contradizendo o alegado pela Impugnante.

Salienta-se que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Acrescenta-se que o Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Ressalta-se que, ao contrário do alegado pela Impugnante, o presente lançamento não foi lavrado com base em meras presunções, mas sim, em conclusões extraídas da devida análise de todos os documentos apresentados por ela no curso da fiscalização, que será demonstrado na análise de mérito.

Ademais, de acordo com a doutrina e jurisprudência, a presunção no direito tributário é perfeitamente acolhida, conforme fundamentação posta no Acórdão nº 202-16.146 do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que ora se reproduz:

ACRESCENTEM-SE, AINDA, AS PALAVRAS DE ANTÔNIO DA SILVA CABRAL IN ‘PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL’, EDITORA SARAIVA, SÃO PAULO, 1993, PÁGINA 311:

8. VALOR DA PROVA INDIRETA. EM DIREITO FISCAL CONTA MUITO A CHAMADA PROVA INDIRETA. CONFORME CONSTA DO AC. CSRF/01-0.004, DE 26-10-1979, ‘A PROVA INDIRETA É FEITA A PARTIR DE INDÍCIOS QUE SE TRANSFORMAM EM PRESUNÇÕES. CONSTITUI O RESULTADO DE UM PROCESSO LÓGICO, EM CUJA BASE ESTÁ UM FATO CONHECIDO (INDÍCIO), PROVA QUE PROVOCA ATIVIDADE MENTAL, EM PERSECUÇÃO DO FATO CONHECIDO, O QUAL SERÁ CAUSA OU EFEITO DAQUELE. O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESULTADO DESSE RACIOCÍNIO, QUANDO POSITIVO, CONSTITUI A PRESUNÇÃO. O FISCO SE UTILIZA DA PROVA INDIRETA, MEDIANTE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES, SOBRETUDO PARA DESCOBRIR OMISSÕES DE RENDIMENTOS OU DE RECEITAS.

Considera-se, então, como plenamente aceitável em Direito Tributário o uso da prova indireta, ou seja, o indício e a presunção, especialmente nos casos de supressão de tributos.

Trata-se, como é cediço, de presunção relativa, que admite prova em contrário. Mas essa prova deve ser produzida pela Impugnante. Ao Fisco cabe provar o fato indiciário, definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, no caso dos autos, a existência de valor efetivo em estoque, inferior ao escriturado (registrado na contabilidade).

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito, e assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação refere-se à constatação de saídas de mercadorias desacobertas de nota fiscal, apuradas mediante análise de denúncia espontânea apresentada pela Autuada, nos termos do art. 211 do RPTA.

Ressalta-se que o lançamento abrange mercadorias tributadas pelo sistema normal de débito e crédito e outras sujeitas à substituição tributária (fios e cabos elétricos), gerando, por consequência, exigências fiscais de ICMS, apurado após recomposição de conta gráfica, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples, relativa à falta de recolhimento de ICMS, capitulada no art. 56, inciso II, Multa de Revalidação em dobro, relativa à falta de recolhimento de ICMS/ST, capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", todos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, a Impugnante pleiteia que seja considerado decaído o direito do Fisco de lançar, relativamente aos fatos geradores até 29/01/10, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública Estadual tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

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

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, decidiu no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARES 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É RÉGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, IN CASU, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, considerando que o presente lançamento abrange o período de 2010 a 2013, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2010, somente expira em 31/12/15, nos termos do inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 29/01/15.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito propriamente dito, a presente situação decorreu de análise de autodenúncia da Autuada, que informava estorno de crédito de ICMS, sob a alegação de que as mercadorias não haviam ingressado no seu estabelecimento.

Entretanto, o Fisco constatou a ausência de documentos que respaldassem os argumentos trazidos na denúncia espontânea e, posteriormente, nas respostas às suas intimações.

Para melhor elucidação, vale reportar aos fatos ocorridos desde a protocolização da denúncia espontânea da Contribuinte, que foram relatados pelo Fisco.

Em 21 de novembro de 2013, a Impugnante apresentou ao Fisco a denúncia espontânea (fls. 15/18 – Anexo I do Auto de Infração) motivada pelos seguintes fatos narrados: *“Por meio de auditoria em sua contabilidade, a Requerente constatou que se aproveitou indevidamente de créditos nos períodos entre janeiro de 2008 e julho de 2013 e, em consequência, apurou erroneamente a base de cálculo para apuração do tributo em questão. Tal apuração errônea resultou em valor inferior ao realmente devido aos cofres públicos”*.

Considerando insuficientes as informações prestadas na denúncia espontânea, que pudessem subsidiar a aferição, nos termos do art. 211 do RPTA, o Fisco intimou a Contribuinte a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, em 17 de março de 2014, todos os documentos, planilhas e critérios adotados na elaboração da autodenúncia (fls. 31).

O Fisco ressaltou que o prazo de dez dias foi bastante razoável tendo em vista que todos os procedimentos, levantamentos e critérios adotados para a determinação da denúncia espontânea já estariam concluídos (não fosse assim, não haveria a possibilidade de apresentar a denúncia espontânea). Entretanto, a resposta a essa intimação somente ocorreu em 12 de maio de 2014, tendo sido demandados mais de 30 (trinta) dias para apresentá-la (fls. 32/46).

Em resposta, a Contribuinte declara que o estoque em dezembro de 2012 era bem inferior àquele constante dos registros lançados na contabilidade geral. Com base na constatação das divergências, optou-se por fazer o ajuste de estoque nas demonstrações financeiras, em 31 de dezembro de 2012 e recalculou o valor do estoque no encerramento do exercício dos anos anteriores (2008 a 2011).

Ao analisar as informações e documentação apresentadas pela Intimada, o Fisco constatou que elas permaneciam vagas e insuficientes para efetuar a averiguação estabelecida no art. 211 do RPTA.

Ato contínuo, em nova intimação entregue em 16 de junho de 2014 (fls. 24), o Fisco determinou a apresentação, no prazo de 10 (dez) dias, de informações mais específicas. A resposta somente ocorreu em 05 de agosto de 2014 (fls. 25/30), tendo extrapolado, novamente, o termo final da intimação em mais de 30 (trinta) dias.

Em 21 de outubro de 2014, o Fisco entregou o Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF (fls. 06), bem como a Intimação nº 241/14 (fls. 20), determinando a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentação da documentação comprobatória de que o procedimento adotado, na referida denúncia, se enquadra nos termos do art. 71, inciso V do RICMS/02.

Em resposta (fls. 21/23), a Intimada informou que o estorno de créditos efetuado não se enquadra no inciso V do art. 71 do RICMS/02, somente no art. 138 do CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Assim, tendo posse de toda a documentação apresentada pela Contribuinte, o Fisco destacou alguns trechos das respostas às intimações, que ajudaram a analisar a situação fática dos autos:

- *“Em tais apurações, foi possível identificar dentre outras coisas, erros históricos relativos aos inventários da Requerente, uma vez que o valor efetivo do patrimônio físico (matéria-prima, material em processo e produto acabado) existente em estoque em dezembro de 2012, era bem inferior àquele constante dos registros lançados na contabilidade geral da Requerente”*. (Grifou-se);

- *“Ou seja, considerando-se os valores das matérias-primas que deram entrada na contabilidade geral da Requerente no período de 2008 a 2012, não se chegou ao valor que deveria existir de produtos nos estoques da Requerente em Dezembro de 2012. Com base na constatação das divergências, optou-se por recalcular também o valor do estoque no encerramento do exercício dos anos anteriores (2008-2012)”*;

- *“Considerando-se o montante do prejuízo sofrido; a natureza de suas matérias-primas, em especial o cobre, que é produto de altíssimo valor e muito visado; a ocorrência de diversos furtos de matérias-primas sofridos pela empresa nos últimos anos aliada a constatação de deficiência de controles internos no período apurado, dentre outros, acredita a Requerente que a combinação desses fatores resultou na perda registrada”*. (Grifou-se);

- *“Conforme informado na resposta à intimação INT.SEFMG/DFPC 00049/2014, após a atribuição correta de custo aos insumos utilizados e a sua imputação nas contagens físicas documentadas, procedeu-se a redução dos valores de custo do inventário registrados”*;

- *“Diante deste cenário, a Requerente optou por calcular créditos de ICMS correspondentes à entrada de todo insumo objeto de ajuste de inventário, estornar tais valores de sua escrita fiscal, e pagar os valores eventualmente devidos. O valor total de ICMS estornado no período de 2008 a 2012 foi da ordem de R\$ R\$ 9.732.023, 56, sendo que o valor R\$ 5.934.048,12 foi tão somente decorrência do ajuste de inventário. O valor remanescente de ICMS estornado no montante de R\$ 3.797.975,44 é relativo a 97 notas fiscais cujos materiais não deram entrada física no estabelecimento da Requerente conforme apurado nas investigações realizadas”*. (Grifou-se);

- “Em nenhum momento na denúncia espontânea, a Requerente buscou o enquadramento no inciso V do art. 71 do RICMS ou qualquer outro dispositivo além do artigo 138 do Código Tributário Nacional, dada a complexidade do problema que não se resume a um único fator. Conforme já afirmado, acredita a Requerente que a combinação de vários fatores resultou na perda registrada e que os respectivos esclarecimentos e documentos comprobatórios já foram apresentados”. (Grifou-se).

Dessa forma, analisando os relatos acima destacados e a documentação apresentada, o Fisco concluiu que a Autuada:

- realizou inventário físico de seu estoque em 2012 e encontrou valor muito inferior ao apresentado no estoque contábil;
- informou, sem comprovação documental, a ocorrência de diversos furtos de matérias-primas sofridos pela empresa nos últimos anos, especialmente de cobre, dado seu valor monetário;
- declarou a deficiência de controles internos da empresa no período apurado;
- que a combinação dos fatores furto e deficiência de seus controles internos foram a causa da divergência entre estoque físico e contábil;
- não estornou os créditos nos termos do inciso V do art. 71 do RICMS/02;
- entende que todos esclarecimentos e documentos comprobatórios já foram apresentados.

Portanto, considerando todas as intimações fiscais para que a Contribuinte apresentasse documentos que embasassem os procedimentos adotados na apuração dos fatos e valores constantes da autodenúncia e, que as respostas às referidas intimações não se prestaram para comprovar as alegações e os procedimentos adotados, o Fisco deu início à ação fiscal, culminando com a lavratura da presente peça.

Nota-se que antes da lavratura do AIAF a Autuada teve diversas oportunidades para adequar sua denúncia espontânea à apuração de saída desacobertada, uma vez que ela detectou inventário físico inferior ao contábil, sem enquadramento no inciso V do art. 71 do RICMS/02. Entretanto, ela não o fez.

Cumprido esclarecer que, de acordo com o Relatório Fiscal às fls. 07/08, o estorno de créditos efetuado pela Impugnante foi em decorrência de ajuste de inventário e em razão de aproveitamento indevido de crédito no período de 2008 a 2012, relativo a 97 (noventa e sete) notas fiscais, cujos materiais, de acordo com a Defesa, não deram entrada física no estabelecimento.

Porém, a presente autuação refere-se somente à segunda ocorrência (destacada), sendo que, das 97 (noventa e sete) notas fiscais, apenas 56 (cinquenta e seis) foram objeto de autuação (fls. 48/110 – Anexo III do Auto de Infração), uma vez que para o período de 2008 e 2009 já havia decaído o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante destacar que a Autuada é coligada da empresa General Cable do Brasil Ltda (“GCB”), a qual é a emitente de todas as notas fiscais, objeto de estorno de crédito, e que as duas sociedades são subsidiárias da General Cable Corporation (“GCC”), empresa de capital aberto com sede nos Estados Unidos da América.

Salienta-se, também, que ela adquire, com frequência da GCB, produtos prontos (fios e cabos elétricos) que são posteriormente revendidos e insumos (fios de cobre nu e vergalhões de cobre), que são industrializados e depois comercializados.

Observa-se que a “Planilha Demonstrativa com as Diferenças Apuradas” encontra-se às fls. 112/113 (Anexo IV do Auto de Infração), que foi reformulada pelo Fisco conforme fls. 387/388, e a recomposição da conta gráfica às fls. 115/118 (Anexo V do Auto de Infração).

No tocante à apuração do ICMS devido, importante mencionar que o Fisco deduziu o valor do ICMS estornado pela Contribuinte, uma vez que, na recomposição da conta gráfica ele considerou os ajustes da conta gráfica promovidos pela Contribuinte, quando do estorno do crédito efetuado por ela.

A Impugnante declara que o Fisco exige nos autos, o ICMS/ST sendo que já houve “o recolhimento de ao menos parte desses valores”. Portanto, reclama que o Fisco efetuou o lançamento “sem que houvesse a devida verificação de todos os documentos fiscais relacionados às operações em questão”, o que, para a Impugnante, comprova que o Auto de Infração foi lavrado com base em mera presunção.

Apresenta, inclusive, os DANFES e respectivas guias de recolhimento do ICMS/ST (fls. 257/302).

Com relação ao recolhimento de parte do ICMS/ST, o Fisco consultou o sistema SICAF e, diante das informações do sistema interno da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais – SEF/MG, verificou-se que os documentos de arrecadação trazidos aos autos vinculam às notas fiscais, e constam como recebidos pelo Estado. E, por essa razão, efetuou a exclusão desses valores mediante a lavratura do Termo de Re-Ratificação às fls. 386/388, reformulando o crédito tributário, conforme demonstrativo de fls. 389/390.

Porém, como bem colocado pelo Fisco, a exclusão desses valores não importa em exclusão ou nulidade do crédito tributário remanescente.

Vale salientar a incoerência nos procedimentos da Autuada no momento em que recolhe o ICMS/ST em operações que alega, veementemente, que não houve a entrada das correspondentes mercadorias, ao argumento de que elas foram desviadas antes de ingressarem no estabelecimento (conforme fls. 125 dos autos).

A Impugnante atesta que não há dúvidas de que as mercadorias, objeto desta autuação, jamais ingressaram no seu estabelecimento, concluindo que não se pode presumir que elas saíram desacobertas de documento fiscal, como pretende o Fisco.

Declara que as mercadorias haviam sido regularmente registradas nos seus livros contábeis e que, se não fosse sua boa-fé em realizar a denúncia espontânea, os

créditos que estornou seriam regulares para todos os fins, nos termos do art. 20 do RICMS/02.

Afirma que a presunção de saída desacobertada só tem sentido quando a entrada das mercadorias não é informada ao Fisco, o que não representa o caso dos autos.

Todavia, não prosperam esses argumentos.

Em um levantamento quantitativo de estoque, por exemplo, o Fisco pode constatar que houve saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal justamente pela existência de registro de entrada incompatível com o saldo real do estoque.

Se, ao final de um determinado período, o levantamento quantitativo físico apurar valor de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo contribuinte, com base nos valores registrados de estoque inicial, compras (notas fiscais de entrada) e vendas (notas fiscais de saída), pressupõe-se a ocorrência de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal; caso a diferença seja maior, conclui-se pela existência de estoque desacobertado.

Assim, o levantamento somente pode ser contraditado mediante provas objetivas que possam evidenciar erros no procedimento levado a efeito.

Observa-se que o caso em análise é semelhante à situação citada em que o Fisco apura estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo contribuinte em livros fiscais e contábeis, presumindo saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Acontece que, nos presentes autos, a Autuada foi quem detectou e informou ao Fisco a divergência apurada e, efetuou o estorno de crédito correspondente, ao argumento de que os registros contábeis foram feitos indevidamente, pois as mercadorias nem entraram no estabelecimento. Entretanto, não houve a devida comprovação do alegado.

O art. 136 do RPTA determina:

Art. 136. 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 das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Nota-se que o presente lançamento se enquadra perfeitamente no disposto do art. 136 do RPTA, pois não houve, até a presente data, a apresentação de documentos ou indícios mais efetivos para sustentar que as mercadorias não ingressaram nos estoques da Autuada.

Ressalta-se que a Impugnante não questiona a ocorrência de fato das operações. Ela apenas relata, por diversas razões, não comprovadas, que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento.

Para fins de comparação, apresenta algumas notas fiscais que foram corretamente registradas em seus livros e comenta que devem ser levados em consideração alguns aspectos que as diferenciam das notas que embasam a exigência fiscal, tais como: as notas fiscais autuadas, ao contrário das demais, não possuem conhecimento de transporte; não têm indicação da transportadora responsável, ou indicam a razão social da Autuada no campo aplicável; não contêm qualquer carimbo indicando que tenha sido recebida no estoque; e não contêm o carimbo do Fisco de fronteira do Estado, o que, no seu entendimento, comprova que as mercadorias sequer entraram em Minas Gerais.

Entretanto, ao contrário do alegado pela Impugnante, nem todas as notas fiscais indicam a ausência de transportadora. Na integralidade das notas fiscais, para as quais a Defesa apresentou comprovante de recolhimento do ICMS/ST (fls. 257/299), constam a indicação da transportadora.

A ausência dessas informações nas Notas Fiscais nºs 19997, 19998 e 21716 (fls. 108/110) encontra-se perfeitamente justificada. No campo “Informações Complementares” consta a declaração de que a mercadoria seria entregue pela empresa CDPC, mediante nota fiscal de simples remessa para acobertar o trânsito.

Portanto, as referidas notas fiscais (emitidas pela empresa General Cable com destino à Autuada) não acobertaram qualquer movimentação física de mercadorias, razão pela qual não há necessidade de indicação de transportadora e nem mesmo haverá carimbo do Fisco de fronteira.

Ressalta-se que a existência de carimbo do Fisco de fronteira em uma nota fiscal, apenas corrobora a comprovação de que a mercadoria entrou no Estado, mas sua inexistência não confirma que a mercadoria não ingressou no Estado e, muito menos, no estabelecimento.

Quanto à inexistência de carimbo indicando que a mercadoria tenha sido recebida no estoque, esse argumento não pode ser considerado, uma vez que a própria Impugnante declara que houve inconsistências em seu controle de estoque, demonstrando não ser confiável o referido controle.

A Defesa alega ser improvável ter recebido as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 1379, pois, considerando que o peso bruto aproximado dos produtos é de 500.000 kg (quinhentos mil quilos), seriam necessárias 20 (vinte) carretas com capacidade individual de 25 (vinte e cinco) toneladas para transportá-las.

No entanto, é evidente que a Nota Fiscal nº 1379 não foi utilizada para acobertar a saída física das mercadorias nela descrita. Ela, certamente, refere-se a um tipo de nota fiscal comumente chamada de nota “mãe” ou “global”, que se presta a documentar um único pedido, composto por grande quantidade de itens e/ou grande quantidade de mercadorias. Porém, a retirada dessas mercadorias dar-se-á com a emissão de notas fiscais “simples remessa”, as quais acobertarão o trânsito da mercadoria e consignam o transportador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa situação, o valor do imposto fica consignado na nota “mãe”, razão pela qual a Nota Fiscal nº 1379 foi escriturada na entrada do estabelecimento autuado com o respectivo imposto.

Salienta-se que a presente peça fiscal somente considerou os valores da nota “global” para a determinação dos créditos tributários.

Cumprе destacar que a Autuada conhece essa sistemática e a utiliza, conforme demonstrado pelo Fisco, mediante as informações transmitidas por ela via SPED-fiscal, em que constam diversas notas fiscais de saída, nas quais o peso total indica a necessidade de utilização de mais de uma carreta para efetuar o transporte da mercadoria nela consignada:

Nome

Empresarial

PHELPS DODGE INTERACIONAL BRASIL LTDA

Quantidade	Unidade	Vlr Item	Vlr Desc	Ind Mov	CFOP	Número	DT Emissão	DT Ent Sai
154.883,000	KG	2.698.603,95	0,00	1	6102	000005422	27/01/2010	27/01/2010
103,855	KG	1.809.521,75	0,00	1	6102	000005511	28/01/2010	28/01/2010
51.693,000	KG	91.139,93	0,00	1	6949	000009330	29/04/2010	29/04/2010
51.867,000	KG	90.523,48	0,00	1	6949	000009329	29/04/2010	29/04/2010
73.714,000	KG	1.127.824,20	0,00	1	6949	000019701	12/11/2010	12/11/2010
77.707,000	KG	1.188.917,10	0,00	1	6949	000019876	17/11/2010	17/11/2010
51.983,000	KG	932.159,16	0,00	1	6949	000020080	19/11/2010	19/11/2010

Observa-se, então, que não há elementos nos autos que possam indicar que as mercadorias não ingressaram no estabelecimento da Autuada. Pelo contrário, todos os fatos atestam a ocorrência desse ingresso.

Tais fatos apenas reforçam e destacam a deficiência confessada pela Impugnante em relação a seus controles fiscais e contábeis.

De concreto, há os registros fiscais e contábeis de que as mercadorias constantes nas notas fiscais, objeto da autuação, ingressaram no estabelecimento autuado e a declaração da Impugnante de que, após inventário físico realizado em atendimento a uma auditoria interna, essas mercadorias não se encontravam em seu estoque.

Assim, ao contrário do que afirma a Autuada, não foram apresentadas provas ou indícios de que as mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento, de que ocorreram registros fraudulentos ou de que as mercadorias foram furtadas.

Cumprе destacar, novamente, que, com relação à alegação de ocorrência de furto, o Fisco questionou a Impugnante quanto aos aspectos do art. 71, inciso V do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02, pois, nesse caso, o procedimento adotado na denúncia, estorno de crédito, estaria correto:

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:

(...)

V - vierem a ser objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, da mesma mercadoria ou bem, ou de outra dela resultante, dentro do mesmo período em que se verificar o fato, ou no prazo de 30 (trinta) dias, em se tratando de calamidade pública, contado de sua declaração oficial;

Em sua resposta, a Autuada afirmou que, no caso em tela, ficou exaustivamente demonstrado que as mercadorias jamais entraram no seu estabelecimento e que, por esse motivo, não pautou sua denúncia espontânea no art. 71, inciso V do RICMS/02.

Explica que estornou os créditos e pagou o imposto devido em respeito ao art. 20 do RICMS/02, que só admite ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto, quando houver a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento.

Conclui, então, que a não entrada das mercadorias em seu estabelecimento foi a única razão que levou a Autuada a estornar os créditos e realizar a denúncia espontânea, sendo inaplicável o art. 71, inciso V do RICMS/02.

Entretanto, ao contrário do que afirma, não foram apresentados sequer indícios de que as mercadorias não ingressaram aos estoques do estabelecimento, mesmo após terem decorridos mais de 12 (doze) meses da data em que a autodenúncia foi formalizada (novembro de 2013), tempo mais do que suficiente para a apresentação das alegadas provas.

A Impugnante atesta que, em relação às notas fiscais com cobre nu e em vergalhões, não restam dúvidas de que a autuação é improcedente, pois são materiais utilizados como insumo na fabricação de novos produtos (fios e cabos elétricos), que são posteriormente vendidos.

Informa que a saída do material “in natura” é muito improvável e extremamente atípica no dia-a-dia da Autuada, entendendo ser suficiente para desconstituir a presunção de saída desacobertada. A título ilustrativo, comenta que, no ano de 2010, realizou 40.874 (quarenta mil e oitocentos e setenta e quatro) operações de venda de produtos prontos e somente 2 (duas) vendas de cobre nu.

Alega que não tem como atividades a revenda da matéria-prima adquirida (cobre nu e em vergalhões) e que, nas situações em que houve a venda de vergalhão de cobre, ela se destinou exclusivamente à fornecedora devido à necessidade do produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todavia, esses argumentos não merecem ser acolhidos, tendo em vista os seguintes esclarecimentos efetuados pelo Fisco em sua manifestação fiscal:

Preliminarmente, deve-se esclarecer que a fiscalização apenas constatou a ocorrência de saída de mercadorias sem a emissão de documento fiscal. Nunca foi dito nos autos que essa mercadoria destinou-se a qualquer fim, apenas que houve a saída sem a emissão de documento fiscal!

A legislação tributária determina a ocorrência de fato gerador do ICMS pela saída de mercadoria a qualquer título, não sendo relevante sua natureza jurídica para caracterizar o fato gerador.

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular

(...)

Art. 4º São irrelevantes para a caracterização do fato gerador do imposto:

I) - a natureza jurídica da:

a) operação de que resulte a saída da mercadoria

Como já destacado pela fiscalização a impugnante efetuou contagem física de seus estoques e constatou a ausência de diversas mercadorias, visto que ao confrontar o estoque físico encontrado em seu estabelecimento com o estoque contábil, o segundo apresentava valores bem maiores do que o do primeiro. Considerando que a diferença apurada pela impugnante não foi determinada por qualquer fator expresso no inciso V do art. 71 do RICMS/02, resta caracterizada a SAÍDA DE MERCADORIA SEM DOCUMENTO FISCAL, independente da natureza jurídica pela qual a mercadoria tenha saído (venda, doação, etc.).

A impugnante tenta excluir da presente peça fiscal as saídas de fio de cobre nu e vergalhão de cobre eletrolítico, pois esses itens constituem matéria-prima de seu processo de industrialização. Entretanto, ela própria afirma a existência de pelo menos duas operações de vendas de fio de cobre nu no ano de 2010, além de diversas saídas de vergalhão de cobre direcionadas à sua coligada capixaba. Para ilustrar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que ocorrem vendas de vergalhão para outros destinatários de cobre, a fiscalização aponta inclusive a exportação de vergalhão de cobre.

Nome Empresarial						
PHELPS DODGE INTERACIONAL BRASIL LTDA						
Descrição	Quant	Unid	CFOP	Número	DT Emis	DT Ent Sai
COBRE ELETROL VERG DE 8,0 MM		KG	7949	000061284	05/07/13	05/07/13

Dessa maneira, mesmo que eventualmente, a impugnante dá saída a esses seus dois insumos, razão pela qual não se podem aplicar as decisões dos acórdãos do CC/MG trazidos aos autos, como pretende a impugnante.

Em relação a alíquota utilizada pelo Fisco de 18% (dezoito por cento) para os vergalhões, verifica-se que esse procedimento se encontra abalizado pela legislação tributária mineira (RICMS/02):

Art. 61. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 6º Para o efeito do disposto neste artigo, considera-se:

I - mineira a mercadoria encontrada sem documento fiscal;

(...)

§ 7º Presume-se interna a operação quando o contribuinte não comprovar a saída da mercadoria do território mineiro com destino a outro Estado ou ao Distrito Federal ou a sua efetiva exportação, salvo nos casos de venda à ordem ou remessa para depósito nos quais a mercadoria deva ser entregue a estabelecimento situado no Estado.

Assim, como, no presente trabalho, ficou constatado que a Autuada deu saída de mercadoria sem qualquer documento fiscal, sendo desconhecido o seu destinatário, presume-se interna a operação, o que justifica a aplicação de alíquota de 18% (dezoito por cento).

Ainda no tocante à metodologia utilizada pelo Fisco, vale trazer os seguintes esclarecimentos apresentados no Relatório Fiscal:

8 – Metodologia Utilizada

A Fiscalização, em análise às notas fiscais (vide Anexo III), determinou dois grupos de mercadorias:

- 1- Fios e cabos elétricos;
- 2- Cobre (vergalhão e cobre nu).

Para o primeiro grupo, fios e cabos elétricos, há incidência de ICMS ST na entrada do estado de Minas Gerais, nos termos da Parte 2 (subitens 44.1.23 e 44.1.24 – Material Elétrico) do Anexo XV do RICMS/02. Porém, para essas aquisições, a Autuada

enquadra-se no disposto do inciso I do art. 18 do mesmo anexo, razão pela qual o recolhimento do ICMS-ST dá-se nas saídas. Assim, a Fiscalização efetuou a apuração do ICMS operação própria e ICMS-ST.

8.1 – Apuração ICMS operação própria

Considerando-se o disposto no § 4º do art. 194 da Parte Geral do RICMS/02, a Fiscalização utilizou informações prestadas pelo contribuinte através dos arquivos eletrônicos (Escrituração Fiscal Digital – EFD e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e) para determinar o preço unitário das saídas.

A Fiscalização constatou, pelas notas fiscais de entrada e de saída, ser usual a Autuada adquirir as mercadorias para revendê-las posteriormente. Nessas operações de revenda de mercadorias, a Fiscalização verificou que a Autuada adota o mesmo valor consignado nas notas fiscais da aquisição da mercadoria, isto é, sem adição de margem de lucro.

Conforme as notas fiscais de entrada, as mercadorias foram adquiridas da General Cable do Brasil situada no estado do Espírito Santo, razão pela qual vieram a uma alíquota de 12%.

O RICMS/02 estabelece que a alíquota interna aplica-se também nos casos de operações interestaduais em que o destinatário não seja contribuinte do ICMS (art. 42, II, a.1). Como as saídas em tela não foram acobertadas por notas fiscais, a menos de prova em contrário, presume-se que as mesmas foram destinadas a não contribuinte.

A Fiscalização elaborou planilha (vide Anexo IV) contemplando a relação de todas as notas fiscais de entrada, para as quais confrontou o valor estornado pela Autuada com o valor devido na saída dessas mercadorias. Conforme pode ser verificado, a Fiscalização cobrou, nota a nota, a diferença de ICMS

somente para os casos em que a alíquota interna aplicável é de 18% (vergalhão de cobre e cobre nu). Para as notas de aquisição nas quais constam fios e cabos elétricos, cuja alíquota interna é de 12% (vide art. 42, inciso I, subalínea b.37 da Parte Geral do RICMS/02), não houve cobrança de ICMS.

Para a obtenção do Valor da Operação de Saída na planilha do Anexo IV, foi considerado que o valor da mercadoria de saída é o mesmo da de entrada, como já mencionado anteriormente. As diferenças encontradas entre o Total da NF com IPI e o Valor Operação Saída decorrem das diferenças de alíquotas interestaduais (entradas – 12%) e internas (saídas – 18%), bem como pela exclusão do IPI da base de cálculo nas entradas e a inclusão deles na base de cálculo das saídas.

Após a apuração da diferença de ICMS para cada uma das notas fiscais, a Fiscalização recompôs a conta gráfica da Autuáda mês a mês para o período de 2010 a 2013, através de Verificação Fiscal Analítica – VFA (vide Anexo V), que resultou em valor de (...) referentes ao ICMS e ICMS-ST recolhidos a menor.

8.2 – Apuração da base de cálculo ICMS-ST

(...)

Para calcular o ICMS-ST, a Fiscalização analisou cada uma das notas fiscais de entrada para identificar aquelas que acobertaram fios e cabos elétricos. Assim na mesma planilha em que a Fiscalização calculou a diferença de ICMS operação própria, foi calculado o ICMS/ST, para cada nota, considerando base de cálculo, alíquota, ICMS operação própria e a respectiva MVA.

Quanto à MVA, a Fiscalização constatou diversas alterações ocorridas no decorrer do período em questão, 01/01/2010 a 31/12/2012, tendo observado cada uma delas conforme abaixo:

<i>Efeitos de 1º/08/2009 a 28/02/2010 - Acrescido pelo art. 1º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, IV, ambos do Dec. nº 45.138, de 20/07/2009:</i>			
44.1.19	85.44	<i>Fios, cabos (incluídos os cabos coaxiais) e outros condutores, isolados ou não, para usos elétricos (incluídos os de cobre ou alumínio, envernizados ou oxidados anodicamente), mesmo com peças de conexão; fios e cabos telefônicos e para transmissão de dados; cabos de fibras ópticas, constituídos de fibras</i>	22,30
	7413.00.00		
	76.05		
	76.14		
	74.08		

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

		<i>embainhadas individualmente, mesmo com condutores elétricos ou munidos de peças de conexão; cordas, cabos, tranças e semelhantes, de alumínio e de cobre, não isolados para uso elétricos</i>	
44.1.20	8544.49.00	<i>Fios e cabos elétricos, para tensão não superior a 1000V</i>	37,17
Efeitos de 1º/03/2010 a 28/02/2011 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 45.306, de 11/02/2010:			
44.1.18	8541.40.11 8541.40.21 8541.40.22	<i>Diodos emissores de luz (LED), exceto diodos laser</i>	30
44.1.19	85.44 7413.00.00 76.05 76.14	<i>Fios, cabos (incluindo os cabos coaxiais) e outros condutores, isolados ou não, para usos elétricos (incluindo os de cobre ou alumínio, envernizados ou oxidados anodicamente), mesmo com peças de conexão; fios e cabos telefônicos e para transmissão de dados; cabos de fibras ópticas, constituídos de fibras embainhadas individualmente, mesmo com condutores elétricos ou munidos de peças de conexão; cordas, cabos, tranças e semelhantes de alumínio, não isolados para uso elétricos</i>	36
44.1.20	8544.49.00	<i>Fios e cabos elétricos, para tensão não superior a 1000V</i>	36
44.1.21	85.46	<i>Isoladores de qualquer matéria, para usos elétricos</i>	46

Efeitos de 1º/03/2011 a 28/02/2013- Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.531, de 21/01/2011:			
<i>Subitem</i>	<i>Código NBM/SH</i>	<i>Descrição</i>	<i>MVA (%)</i>
44.1.24	8544.49.00	<i>Fios e cabos elétricos, para tensão não superior a 1000V. Exceto para uso automotivo</i>	36

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante afirma que o Fisco reconheceu o estorno do crédito e o pagamento do imposto, por ocasião da denúncia, mas que presumiu a saída interna dessas mercadorias para não contribuintes do ICMS.

Nesse sentido, cabe mencionar que o Fisco não pode deixar de aceitar a denúncia espontânea, nos termos do art. 209 do RPTA:

Art. 209. O instrumento de denúncia espontânea será protocolizado na Administração Fazendária a que estiver circunscrito o estabelecimento do sujeito passivo, sendo vedado ao funcionário recusar o seu protocolo.

Porém, o fato da denúncia ter sido protocolizada, não pressupõe que ela esteja correta. De acordo com o art. 211 do RPTA, o Fisco deve conferir a denúncia espontânea e, se for o caso, lavrar o auto de infração em relação à diferença:

Art. 211. Recebida a denúncia espontânea, o Fisco realizará:

I - a conferência do valor recolhido pelo sujeito passivo, ou que tenha sido objeto de pedido de parcelamento, lavrando Auto de Infração relativo à diferença, se for o caso, e aplicando as multas exigíveis na ação fiscal;

II - a apuração do débito, quando o montante depender desse procedimento.

Portanto, importante reiterar que o Fisco, ao efetuar a valoração do presente crédito tributário, considerou o montante já estornado pela Autuada em sua denúncia espontânea, unicamente para efeitos de cálculo do imposto e respectivas multas, o que não consiste em aceite da correção do procedimento efetuado pela Contribuinte e, muito menos, dos valores apresentados na autodenúncia.

Pelo exposto, encontram-se corretas as exigências fiscais, uma vez que as provas documentais e fáticas, apresentadas até o momento, demonstram de forma inequívoca que: 1 - todas as mercadorias constantes das notas fiscais objeto de autuação saíram da General Cable do Brasil, emitente das notas fiscais eletrônicas em que estava consignada a Autuada como destinatária/adquirente; 2 - tais mercadorias foram registradas nos livros de entrada da Autuada; 3 - a Autuada não as encontrou em seus estoques e também não deu saída acobertada por documento fiscal.

A Defesa lembra que, em caso de dúvida quanto a fatos e prática de infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte, conforme dispõe o art. 112 do CTN.

Todavia, no caso dos autos, a situação posta está clara e não remanescem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco à norma por ele invocada para sustentar o lançamento.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Relativamente às multas aplicadas, não cabe razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal. Já a multa capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada obteve autorização do Poder Judiciário deste Estado, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIAÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

A Impugnante questiona a incidência de juros sobre a multa aplicada, alegando que a multa configura uma sanção, uma penalidade e não tem natureza tributária, não havendo razão para serem aplicados juros sobre o seu valor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75 estabelecem a incidência dos juros de mora sobre o tributo e também sobre a multa aplicada, após o prazo de vencimento:

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, 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 dos débitos fiscais federais.

Também o art. 1º da Resolução nº 2.880/97 dispõe sobre “a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado”:

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.

Em relação ao assunto, 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).

Dessa 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.

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, cumpre registrar que o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante do item 3 do § 5º do citado artigo, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de sustentação oral, em face de inscrição intempestiva protocolada no CCMG em 03/08/15. Ainda, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o considerava nulo. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 386/388, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Bernardo Motta Moreira (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências anteriores à 29/01/10 por decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar tais exigências nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rodrigo de Sá Giarola e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 12 de agosto de 2015.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Cindy Andrade Morais
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.794/15/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000261082-14	
Impugnação:	40.010137758-04	
Impugnante:	Phelps Dodge International Brasil Ltda	
	IE: 518718532.00-08	
Proc. S. Passivo:	José Rafael Morelli Feiteiro/Outro(s)	
Origem:	DF/Poços de Caldas	

Voto proferido pelo Conselheiro Bernardo Motta Moreira, nos termos do art. 53 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 base no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), a Autuada sustenta a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período anterior a 29/01/10, uma vez que foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 29/01/15.

Com razão a Impugnante.

Tendo ocorrido pagamento antecipado do tributo, ainda que parcialmente, no período autuado e, tratando-se o ICMS de tributo sujeito a lançamento por homologação, é aplicável o prazo decadencial previsto no artigo retromencionado, segundo o qual prescreve que o Fisco dispõe do prazo de 5 (cinco) anos, contado do fato gerador, para a homologação (tácita ou expressa) do procedimento do contribuinte ou para o lançamento de ofício de valores que ainda entende devidos.

Com efeito, conforme entendimento definitivo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), manifestado no âmbito de recurso representativo de controvérsia, na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), o prazo previsto no art. 173, inciso I do CTN somente é aplicável nos casos de fraude, dolo ou simulação, ou quando da ausência total de recolhimento do tributo pelo contribuinte no período de apuração:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1. O PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL PARA O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO (LANÇAMENTO DE OFÍCIO) CONTA-SE DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO, NOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, O MESMO INOCORRE, SEM A CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO DO CONTRIBUINTE, INEXISTINDO DECLARAÇÃO PRÉVIA DO DÉBITO (PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO: RÉSP 766.050/PR, REL. MINISTRO LUIZ FUX, JULGADO EM 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AGRG NOS ERESP 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, JULGADO EM 22.03.2006, DJ 10.04.2006; E ERESP 276.142/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, JULGADO EM 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É QUE A DECADÊNCIA OU CADUCIDADE, NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO, IMPORTA NO PERECIMENTO DO DIREITO POTESTATIVO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO PELO LANÇAMENTO, E, CONSOANTE DOCTRINA ABALIZADA, ENCONTRA-SE REGULADA POR CINCO REGRAS JURÍDICAS GERAIS E ABSTRATAS, ENTRE AS QUAIS FIGURA A REGRA DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR NOS CASOS DE TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, OU NOS CASOS DOS TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO EM QUE O CONTRIBUINTE NÃO EFETUA O PAGAMENTO ANTECIPADO (EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, "DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO", 3ª ED., MAX LIMONAD, SÃO PAULO, 2004, PÁGS. 163/210).

3. O DIES A QUO DO PRAZO QUINQUENAL DA ALUDIDA REGRA DECADENCIAL REGE-SE PELO DISPOSTO NO ARTIGO 173, I, DO CTN, SENDO CERTO QUE O "PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO" CORRESPONDE, INILUDIVELMENTE, AO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, AINDA QUE SE TRATE DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, REVELANDO-SE INADMISSÍVEL A APLICAÇÃO CUMULATIVA/CONCORRENTE DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, E 173, DO CODIX TRIBUTÁRIO, ANTE A CONFIGURAÇÃO DE DESARRAZOADO PRAZO DECADENCIAL DECENAL (ALBERTO XAVIER, "DO LANÇAMENTO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO", 3ª ED., ED. FORENSE, RIO DE JANEIRO, 2005, PÁGS.. 91/104; LUCIANO AMARO, "DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO", 10ª ED., ED. SARAIVA, 2004, PÁGS.. 396/400; E EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI, "DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO", 3ª ED., MAX LIMONAD, SÃO PAULO, 2004, PÁGS.. 183/199).

5. IN CASU, CONSOANTE ASSENTE NA ORIGEM: (I) CUIDA-SE DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO; (II) A OBRIGAÇÃO EX LEGE DE PAGAMENTO ANTECIPADO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NÃO RESTOU ADIMPLIDA PELO CONTRIBUINTE, NO QUE CONCERNE AOS FATOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IMPONÍVEIS OCORRIDOS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 1991 A DEZEMBRO DE 1994; E (III) A CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS RESPECTIVOS DEU-SE EM 26.03.2001.

6. DESTARTE, REVELAM-SE CADUCOS OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS EXECUTADOS, TENDO EM VISTA O DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL PARA QUE O FISCO EFETUASSE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO SUBSTITUTIVO.

7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ARTIGO 543-C, DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008.

(RESP 973.733/SC, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, JULGADO EM 12/08/2009, DJE 18/09/09)

A título de exemplo, vale destacar as seguintes decisões do STJ em que o entendimento consolidado no referido REsp 973.733/SC foi aplicado ao ICMS:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR. CREDITAMENTO INDEVIDO. PAGAMENTO PARCIAL. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN.

1. O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO SUPLEMENTAR DE TRIBUTO SUJEITO A HOMOLOGAÇÃO RECOLHIDO A MENOR EM FACE DE CREDITAMENTO INDEVIDO É DE CINCO ANOS CONTADOS DO FATO GERADOR, CONFORME A REGRA PREVISTA NO ART. 150, § 4º, DO CTN. PRECEDENTES: AGRG NOS ERESP 1.199.262/MG, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 07/11/2011; AGRG NO RESP 1.238.000/MG, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJE 29/06/2012. (...). (AGRG NO RESP 1318020/RS, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 15/08/2013, DJE 27/08/2013)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO PARCIAL. TERMO A QUO DO PRAZO DECADENCIAL. OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ART. 150, § 4º. DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTS. 173, I E 150, § 4º. DO CTN. PRECEDENTES DOS STJ. RESP. 973.733/SC, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 18.09.2009, SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RES. 8/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O PAGAMENTO A MENOR FEITO SEM OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS É DESINFLUENTE PARA A FIXAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL, EM VISTA DE QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, FIRMADA INCLUSIVE EM RECURSO REPETITIVO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(RESP. 973.733/SC), DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA DO PRAZO DECADENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUTO SUJEITO À HOMOLOGAÇÃO A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, SENDO DESPICIENDO QUESTIONAR O MOTIVO PELO QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO (AGRG NO ARESP. 187.108/MG, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 18.09.2012). (...). (AGRG NO ARESP 164.508/SC, REL. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 13/11/2012, DJE 23/11/2012)

Dessa forma, considerando que a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN às hipóteses de recolhimento a menor de tributo sujeito ao lançamento por homologação foi pacificado pelo STJ sob o rito do art. 543-C do CPC, e correspondendo o processo administrativo a procedimento de acertamento do crédito tributário, decaiu o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir o crédito tributário com relação ao período anterior a 29/01/10.

Sala das Sessões, 12 de agosto de 2015.

Bernardo Motta Moreira
Conselheiro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.794/15/3 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000261082-14	
Impugnação:	40.010137758-04	
Impugnante:	Phelps Dodge International Brasil Ltda. IE: 518718532.00-08	
Proc. S. Passivo:	José Rafael Morelli Feiteiro/Outro(s)	
Origem:	DF/Poços de Caldas	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 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 e reside unicamente na questão preliminar não atingindo o mérito, motivo pelo qual este não será abordado.

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa sobre a imputação fiscal de saída de mercadoria sem a devida emissão de nota fiscal, pelo que exige-se o imposto devido (ICMS e ICMS/ST) e as Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, alínea “a”.

A autuação decorreu da análise pelo Fisco da denúncia espontânea apresentada pela ora Impugnante em 21 de novembro de 2013 (fls. 15/18) motivada pelos fatos narrados “*Por meio de auditoria em sua contabilidade, a Requerente constatou que se aproveitou indevidamente de créditos nos períodos entre janeiro de 2008 e julho de 2013 e, em consequência, apurou erroneamente a base de cálculo para apuração do tributo em questão. Tal apuração errônea resultou em valor inferior ao realmente devido aos cofres públicos.*” (fl. 06).

Considerando que as informações na denúncia espontânea não eram suficientes para possibilitar sua aferição, nos termos do art. 211 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, a Fiscalização, em 17 de março de 2014 (praticamente 04 meses depois de formalizada a autodenúncia), intimou a Impugnante a apresentar todos os documentos e critérios por ela adotados na elaboração da denúncia espontânea (fl. 31). A resposta a essa intimação somente foi apresentada em 12 de maio de 2014 (fls. 32/46).

A Fiscalização ao analisar as informações e documentação apresentadas, chegou a conclusão que ainda eram necessários mais elementos para efetuar a

averiguação estabelecida no citado art. 211 e procedeu a nova intimação, entregue em 16 de junho de 2014, (fl. 24). O Fisco determinou, então, a apresentação de informações mais específicas. A resposta somente ocorreu em 05 de agosto de 2014 (fls. 25/30).

Em 21 de outubro de 2014, a Fiscalização entregou Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fl. 06), bem como intimação (fl. 20) que determinava a comprovação documental do estorno de crédito realizado nos termos do art. 71, inciso V do RICMS/02.

Em resposta (fls. 21/23), a ora Impugnante informou que em nenhum momento da denúncia espontânea buscou o enquadramento no inciso V do art. 71 do RICMS ou qualquer outro dispositivo além do art. 138 do Código Tributário Nacional.

A partir da análise da denúncia espontânea a Fiscalização, considerando que as respostas às referidas intimações não corroboraram as alegações e os procedimentos adotados, deu início à ação fiscal culminando com a lavratura do Auto de Infração em exame.

A Impugnante argui nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de que o Fisco não cumpriu os procedimentos prévios, previstos na legislação para lavratura da autuação (arts. 69 e 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08), pautando-se em meros indícios de irregularidade, valendo-se apenas de presunções, sem analisar os documentos fiscais e contábeis apresentados no curso da fiscalização.

Ressalta, também, que o art. 74 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA destaca as únicas hipóteses em que o procedimento prévio de fiscalização seria dispensável, sendo que nenhuma delas se enquadra à situação dos autos.

Contudo, os arts. 69 e 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA foram cumpridos pela Fiscalização, uma vez que o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF foi lavrado e entregue à Impugnante em 21 de outubro de 2014, data anterior à lavratura do Auto de Infração (fl. 06).

Nota-se, também, que a lavratura do Auto de Infração foi precedida por diversas intimações, inclusive pelo próprio Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 20).

Também não se trata de acolher a alegação de que o Fisco lavrou o Auto de Infração embasado em meros indícios.

O problema aqui reside no fato de que o Fisco se valeu da denúncia espontânea feita pela Contribuinte para proceder à autuação.

Portanto, na verdade, a denúncia espontânea que se tratava de aproveitamento indevido de créditos, se prestou à apuração de saídas desacobertadas.

Se é certo que o fato de a denúncia ter sido protocolada, não pressupõe que a mesma esteja correta, também é certo que a legislação determina ao Fisco que proceda a análise do objeto da denúncia espontânea. É esse o ordenamento contido no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 221 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, a saber:

Art. 211. Recebida a denúncia espontânea, o Fisco realizará:

I - a conferência do valor recolhido pelo sujeito passivo, ou que tenha sido objeto de pedido de parcelamento, lavrando Auto de Infração relativo à diferença, se for o caso, e aplicando as multas exigíveis na ação fiscal;

II - a apuração do débito, quando o montante depender desse procedimento.

Veja-se que a norma regulamentar trata da análise da denúncia espontânea e de seu objeto. Portanto, quando se refere a lavratura de Auto de Infração, este diz respeito também às possíveis diferenças em relação ao objeto da denúncia espontânea.

Portanto, a situação aqui tratada não é o fato de ter o Fisco se valido de presunções como quer a Impugnante. A questão é que a partir da denúncia espontânea pela qual a ora Impugnante procurava regularizar sua situação em relação aos créditos por ela apropriados em desacordo com a legislação, a Fiscalização não poderia partir para apurações de saídas desacobertas.

Destaca-se que, no caso, se a ora Impugnante não tivesse apresentado a denúncia espontânea, muito provavelmente, nunca teria ocorrido o presente lançamento.

Assim, verifica-se que o Fisco, de fato, analisou todos os documentos apresentados pela Impugnante, a questão posta e que leva à nulidade do presente lançamento não é se foram analisados os documentos ou se o presente feito fiscal se valeu de presunções, mas se a Fiscalização poderia analisar os documentos apresentados para subsidiar a denúncia espontânea com vistas à apuração de saídas desacobertas.

Diante do exposto, verifico a existência de um vício formal no lançamento, mas vencida a preliminar, sendo a decisão da Câmara pela propriedade do lançamento da forma como constituído, cumpre analisar o mérito das exigências e, pelos elementos constantes dos autos, acompanho a decisão majoritária.

Sala das Sessões, 12 de agosto de 2015.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira

CC/MIG