

Acórdão: 14.514/00/1^a
Impugnação: 40.10046367-08
Agravo Retido: 40.30100421-66
Impugnante/Agravante: Nordberg Industrial Ltda
Advogado: Ricardo Alves Moreira/Outros
PTA: 01.000008466.41
AI: 075239
Inscrição Estadual: 712.206615.0060
Origem: AF/Vespasiano
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravo - Perícia - A pretensão da Agravante já encontra suprida pelas informações e documentos constantes dos autos. Desnecessária portanto, a perícia requerida. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

Obrigação Acessória - Extravio de Documentos Fiscais - Considerando que o documento tido como extraviado - "Ordem de Fabricação"- não é documento fiscal, nos termos do § 1º, do artigo 177, do RICMS/91, a Fiscal autuante, mediante o demonstrativo de fl. 1.393 dos autos, excluiu respectiva parcela do crédito tributário, não havendo, pois, nada a ser cobrado em relação a este item do AI.

Base de Cálculo - Consignação de Valor Diverso do Efetivo - A acusação de emissão de notas fiscais consignando importância diversa do efetivo valor da operação necessita de prova efetiva a cargo da Fiscalização, o que não aconteceu no caso dos autos. Exigência fiscal cancelada.

Isenção - Descaracterização - Remessa de equipamentos fabricados pela Impugnante com destino a adquirentes localizados em Estados da região Nordeste, acobertados por notas fiscais emitidas sem o destaque do imposto, ao abrigo indevido da isenção prevista no artigo 8º, inciso XVII, do RICMS/84. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Mercadoria - Saída Desacobertada - Diversas Irregularidades - Havendo dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, devem ser canceladas as exigências fiscais respectivas.

Suspensão - Descaracterização - Remessa para Demonstração - Retorno não comprovado - Correta a atitude do Fisco em exigir o pagamento do imposto, nos termos do artigo 18, inciso IX, 'a' e 'b', do RICMS/84. Exigências fiscais mantidas.

Alíquota de ICMS - Utilização Indevida - Constatado o uso indevido da alíquota de ICMS, concernente à venda de mercadoria a consumidor final, com destaque do ICMS à alíquota de 8%. Em sendo assim, o Fisco agiu corretamente ao exigir a diferença do imposto de 9% (17% - 8%), conforme previsto no artigo 20, inciso III, alínea "a", do RICMS/84.

Base de Cálculo - Reajuste a menor de preços nas vendas, sob encomenda, de equipamentos em desacordo com os dispositivos legais que disciplinam as operações de "venda para entrega futura. Não tendo ocorrido nenhuma das situações previstas na legislação em que seria possível a exigência de imposto complementar, não há como prevalecer as exigências de ICMS e MR. Exigências fiscais canceladas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração n.º 075239 foi lavrado em 04/03/93 para formalizar o crédito tributário constituído de ICMS, MR e MI(20 e 40%), cobrado em valor equivalente a 4.696.539,41 UFIR por constatar o Fisco mediante Verificação Fiscal Analítica efetuada relativamente ao período de janeiro de 1989 a dezembro de 1991, que a Contribuinte incorreu na prática das seguintes irregularidades:

- 1) - extravio de documentos fiscais (Ordem de Fabricação - OF);
- 2) - emissão de notas fiscais consignando importância diversa do efetivo valor da operação;
- 3) - uso indevido da isenção;
- 4) - saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal;
- 5) - reajuste a menor de preços nas vendas, sob encomenda, de equipamentos;
- 6)-falta de comprovação do retorno de mercadoria remetida para demonstração;
- 7)-uso indevido da alíquota de 12%, concernente à venda de mercadoria destinada a consumidor final;
- 08)- aplicação incorreta dos dispositivos legais que disciplinam as operações de "venda para entrega futura";

O ICMS devido pelas citadas irregularidades encontra-se demonstrado na VFA - Mod. 06.07.11 (Anexo III - fls. 203 a 211 - exercícios de 1989 a 1992). A multa isolada no valor de Cr\$ 4.364.239.251,47 está sendo exigida em decorrência de: saída desacobertada de documentação fiscal; extravio de documentos fiscais e saída de mercadoria com importância diversa do efetivo valor da operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 357 a 443), por intermédio de seu procurador regularmente constituído pedindo, ao final, a sua procedência.

A DRCT/SRF/Metropolitana comparece às fls. 1.404/1.411 no sentido de ratificar a manifestação do Fisco de fls. 1.332 a 1.350 e pede a improcedência da Impugnação.

À fl. 1.393 o Fisco retifica o demonstrativo do crédito tributário, excluindo a penalidade isolada de 40% concernente ao extravio de documentos fiscais (OF). Em seguida foi reaberto o prazo de 30 dias à Impugnante que, entretanto, não se manifesta.

Mediante o despacho de fl. 1.413 a Auditoria Fiscal indefere o pedido de realização da prova pericial requerida, decisão esta que é agravada pela Contribuinte às fls. 1.416 a 1.423 dos autos.

A Auditoria Fiscal determinou, também, a realização das diligências de fls. 1.424, 1.448/1.449, 1.469/1.470 e 1.480, que resultaram nas manifestações do Fisco de fls. 1.428, 1.436 a 1.440 (reformulação do crédito tributário), 1.447, 1.451/1.452, 1.477 e 1.493 a 1.497, bem como por parte da Contribuinte, às fls. 1.432/1.434, 1.445, 1.464/1.466 e 1.487 a 1.491 dos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.499/1.507, opina pela procedência parcial do Lançamento.

A 1ª Câmara de Julgamento deliberou converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco (fls. 1.515/1.518). À Autuada é dada vista dos autos (fls. 1.599).

A Auditoria Fiscal ratifica seu entendimento anterior (fls. 1.524/1.525).

DECISÃO

Antes do exame do mérito da questão, cabe ratificar o despacho denegatório de fl. 1.413, mediante o qual indeferiu-se o pedido de realização de prova pericial, requerida pela Impugnante à fl. 368 dos autos, oportunidade em que a mesma formulou 4 quesitos.

Tal manutenção justifica-se pelo fato de que a referida pretensão da Agravante já encontra suprida pelas informações e documentos constantes dos autos.

Verifica-se pela própria manifestação da Autuada, fl. 1.418, que a mesma deu-se por satisfeita em relação aos esclarecimentos prestados pelo Fisco pertinentes aos quesitos “2 e 3”.

Sobre o quesito “1”, a Fiscal atuante deixa bem claro que a data de reajuste por ela aplicada é o da efetiva “saída” da mercadoria e não a do dia do “pagamento”, como quer a Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Finalmente, quanto ao quesito “4”, observa-se que o Fisco em momento algum afirma que a Contribuinte recebeu importâncias superiores às constantes de seus documentos fiscais. A imputação fiscal encontra-se alicerçada no descumprimento, por parte da Impugnante, de normas da legislação tributária pertinentes à emissão de notas fiscais nas operações de “venda para entrega futura”, matéria que se confunde com o próprio mérito do trabalho fiscal, o qual será analisado a seguir.

Em sendo assim, não deve ser provido o Recurso de Agravo interposto.

Quanto o mérito, a 1ª Irregularidade citada na peça fiscal relaciona-se a extravio de documentos fiscais.

Quando da lavratura do Auto de Infração foi exigido da Impugnante o pagamento da penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75, ou seja, 40% do valor da operação, em virtude da constatação do extravio de suas Ordens de Fabricação (OFs).

Mencionado documento, é de uso interno no estabelecimento da Contribuinte com o objetivo de controlar toda a operação relativa à fabricação de seus equipamentos, desde o pedido até a entrega, e contém informações relativas às cláusulas contratuais, como por exemplo, valor do bem, prazo de entrega, reajuste das parcelas, multa por atraso de pagamento, etc.

Posteriormente, verificando-se que a “Ordem de Fabricação” não é “documento de controle interno exigido pelo Fisco”, conforme previsto no § 1º, do artigo 177, do RICMS/91, a Fiscal autuante, mediante o demonstrativo de fl. 1.393, excluiu aludida parcela do crédito tributário, não havendo, pois, nada a ser cobrado da Contribuinte em relação a este item do AI.

No que se refere ao uso indevido da isenção, o Fisco está a exigir o pagamento do ICMS e respectiva multa de revalidação, concernente as seguintes OFs: E10.007/88, E10.016/89, E10.020/89, E10.021/89, E10.069/89, E10.008/90, E10.012/90, E10.017/90, E10.039/90 e E10.024/90 (fls. 17, 56, 59, 60, 96, 113, 117, 123 e 132 dos autos).

Trata-se da remessa de equipamentos fabricados pela Impugnante com destino a adquirentes localizados nos estados da região Nordeste, acobertados por notas fiscais emitidas sem o destaque do imposto, ao abrigo indevido da isenção prevista no artigo 8º, inciso XVII, do RICMS/84.

Referido dispositivo legal assim estabelece (efeitos a partir de 30/12/89 - Redação dada pelo artigo 1º do Decreto nº 30.818, de 29/12/89):

“Art. 8º - São isentas do imposto as operações relativas a:

XVII - saída de máquina, aparelho e equipamento, de produção nacional, relacionados no Anexo II deste Regulamento, para destinatário localizado nos Estados de Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, observado o disposto no § 8º deste artigo e no artigo 80, sendo que a isenção não se aplica à saída de:

a - máquina e aparelho de uso doméstico;

b - partes e peças que não sejam nominalmente citadas no referido Anexo.”

Do texto legal transcrito, infere-se que a isenção alcança tão-somente os bens discriminados no “Anexo II” do Regulamento.

No caso dos autos, verifica-se que as mercadorias arroladas pelo Fisco possuem classificação fiscal na NBM que não se encontra relacionada no mencionado Anexo II do RICMS/84.

Como a Impugnante não contestou a classificação de seus equipamentos na NBM, a exigência fiscal deve ser mantida, mesmo porque, nos termos do artigo 111, inciso II, do CTN, a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretada literalmente.

O Auto de Infração menciona também a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal.

Analisando-se as peças dos autos infere-se que as exigências de ICMS, MR e MI estão a recair sobre diversas OFs, baseando-se a acusação fiscal em apontamentos efetuados pela própria Impugnante, a qual entretanto sustenta a não ocorrência da irregularidade que lhe é atribuída, alegando dentre outras coisas, cancelamento no todo ou em parte do pedido inicial.

Havendo dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, devem ser canceladas as exigências fiscais respectivas.

A falta de comprovação de retorno de mercadoria remetida para demonstração é outra infração mencionada na peça fiscal.

Trata-se da operação relativa a OF nº E10.033/89 (fl. 68), mediante a qual a Impugnante remeteu, em demonstração, 1 britador de gaiolas à empresa Dagoberto S. de Barcelos e Cia Ltda – RS, através da NF 005077 (fl. 697), tendo a mesma retornado ao remetente e, por conseguinte, o ICMS ali destacado, foi devidamente recuperado. Posteriormente, aludida mercadoria foi novamente remetida em demonstração àquele cliente, mediante a NF 005702 (fl. 698) sem, contudo, a Impugnante ter comprovado o seu retorno, razão pela qual mostra-se correta a atitude do Fisco em exigir o pagamento do imposto, nos termos do artigo 18, inciso IX, ‘a’ e ‘b’, do RICMS/84.

Por sua vez, a imputação de uso indevido da alíquota de 12%, em venda de mercadoria a consumidor final, refere-se a OF E10.037/89 (fl. 71) que destina mercadoria à Prefeitura Municipal de Amambaí, localizada no Município de Campo Grande/MS, mediante a emissão das notas fiscais nºs 005.880 e 005.955 (fls. 707/708)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com destaque do ICMS à alíquota de 8%. Em sendo assim, o Fisco agiu corretamente ao exigir a diferença do imposto de 9% (17% – 8%), conforme previsto no artigo 20, inciso III, alínea “a”, do RICMS/84, eis que, trata-se o adquirente, de consumidor final.

As irregularidades restantes, citadas nos itens 2, 5 e 8 do Anexo de fl. 08, que se referem à emissão de notas fiscais consignando importância diversa do efetivo valor da operação, reajuste a menor de preços nas vendas de equipamentos, e aplicação incorreta dos dispositivos legais que disciplinam as operações de “venda para entrega futura”, são correlatas, ou seja, numa mesma OF podem estar relacionadas várias irregularidades cometidas, conforme quadros de fls. 1.451/1.452 sem, contudo, resultar em cumulação de penalidades.

Verifica-se que o Fisco está a exigir o pagamento do ICMS, MR e MI, em decorrência da não atualização monetária do preço das mercadorias, entre a data da encomenda e o da efetiva saída dos produtos fabricados pela Impugnante, que lida no ramo de indústria de equipamentos pesados, interregno esse que pode variar de 1 mês a 2 anos ou mais.

No caso dos autos buscou o Fisco arbitrar “o preço FOB estabelecimento industrial à vista” que deveria estar consignado nas notas fiscais por ocasião da efetiva saída dos produtos, adotando como parâmetro de arbitramento o próprio indexador constante das OFs ou, no caso de sua inexistência, algum índice oficial ou mesmo o índice mais utilizado pela Contribuinte no período.

O trabalho fiscal envolve o período de janeiro/89 a dezembro/91, motivo pelo qual o mesmo não se encontra embasado no que preceitua o Decreto nº 33.324, de 08/01/92 (que deu nova redação ao § 1º do artigo 831 do RICMS/91), dispositivo este que expressamente determina que, nas operações de venda para entrega futura, o ICMS deve ser atualizado tomando-se por base o período compreendido entre o dia 9 do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal de simples faturamento e o dia da efetiva saída da mercadoria.

Compulsando a legislação vigente à época constata-se que o artigo 495 do RICMS/84, que basicamente possui a mesma redação dos artigos 830 a 832 do RICMS/91, determina que:

“No caso de venda para entrega futura, por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do ICMS, quando devido, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação “Remessa – Entrega Futura”, bem como o número, a série e subsérie, e data e o valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.

§ 1º - Para efeito de cálculo e recolhimento do ICMS relativo à operação, será observado o seguinte:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) o preço FOB estabelecimento industrial à vista, caso o remetente seja industrial;

(...)

§ 2º - Para aplicação do disposto nos itens 2 e 3 do parágrafo anterior, será adotado o preço efetivamente cobrado pelo remetente na operação mais recente.

§ 3º - O disposto no artigo anterior deixa de aplicar-se se no momento da saída da mercadoria tiver havido alteração no valor da operação, em decorrência de reajuste de preço contratado, hipótese em que a nota fiscal será emitida com o novo valor, devendo essa circunstância ser consignada no documento fiscal.

§ 4º - É facultado ao vendedor da mercadoria antecipar o pagamento do ICMS para o momento da emissão da nota fiscal destinada a simples faturamento, hipótese em que o imposto será calculado sobre o valor da operação e lançado nesse documento.

§ 5º - O pagamento antecipado, na forma do parágrafo anterior, não desonera o vendedor de complementação do imposto, caso ocorra o reajuste previsto no § 3º.

§ 6º - A antecipação do pagamento prevista no § 4º, poderá ser proporcional, na hipótese de recebimento antecipado de parcela do valor contratado, caso em que o imposto será calculado sobre o valor constante da nota fiscal relativa ao respectivo recebimento."

Inicialmente, sobre a penalidade isolada de 40% prevista no artigo 55, inciso VII, da Lei nº 6.763/75, há que deixar bem claro que a mesma não se aplica ao caso em foco, vez que o trabalho fiscal não se relaciona a subfaturamento e sim a pagamento a menor do ICMS, face a sua não atualização.

De fato. A Contribuinte não está sendo acusada de receber importâncias superiores às consignadas em suas notas fiscais de remessa, mas sim de ter deixado de atualizar o valor de venda entre a data da encomenda (OF) e a data da entrega do produto, oferecendo assim à tributação valor menor que o devido.

Ademais, a alegação de subfaturamento necessita de prova efetiva a cargo da Fiscalização, o que não aconteceu no caso dos autos.

Por outro lado, no tocante ao ICMS e a MR, conforme se vê da transcrição feita, no período autuado, não havia o que se falar em atualização de valores em operação de venda de produtos para entrega futura, fazendo menção o texto legal a "reajuste de preço", sendo certo que esta situação é bem diversa daquela, uma vez mais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

afeita a re-pactuação de preço em razão de cláusula contratual ou motivo de força maior.

Portanto, no caso em exame, na falta de dispositivo da legislação do imposto que obrigasse a Contribuinte à atualização do valor da mercadoria no período contado entre a data de emissão da nota fiscal de faturamento e da nota fiscal de simples remessa referente a efetiva entrega do produto; não ficando comprovada a prática do subfaturamento; não restando demonstrada a ocorrência de reajuste do preço inicialmente contratado cujo valor não foi levado à tributação; não ocorrendo a venda com valor inferior ao "preço FOB estabelecimento industrial à vista", circunstâncias estas em que seria possível a exigência de imposto complementar, não há como prevalecer, também, as exigências de ICMS e MR.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em negar provimento ao Recurso de Agravo, retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que, observadas as reformulações do crédito tributário já efetuadas e, considerando o disposto no artigo 112, inciso II, do CTN, sejam mantidas as exigências fiscais relativas às irregularidades descritas nos itens 3, 6 e 7 do Anexo de fl. 08, excluindo-se as demais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ricardo Alves Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Roberto de Castro.

Sala das Sessões, 28/09/00.

Windson Luiz da Silva
Presidente/revisor

Edmundo Spencer Martins
Relator

L