

Acórdão: 15.326/03/2.<sup>a</sup>  
Agravado Retido: 40.030002511-37  
Impugnação: 40.010055544-20  
Impugnante/Ag: Comersete Ltda.  
PTA/AI: 02.000125234-33  
Proc. S. Passivo: José Eustáquio Passarini de Resende/Outro(s)  
Inscrição Estadual: 672.555210.0019  
Origem: AF/Sete Lagoas  
Rito: Ordinário

**EMENTA**

**RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA.** A perícia requerida mostra-se desnecessária para o deslinde da acusação remanescente. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

**MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LQFD.** Mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, por espécie de mercadoria (farinha de trigo), apuraram-se saídas desacobertas de documento fiscal, no período de 01/01/95 a 16/08/96. Legítima a cobrança do ICMS incidente sobre a operação própria, acrescido da MR e da MI prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, valores estes reconhecidos pelo Sujeito Passivo e quitados com os benefícios da Lei 13.243 de 23/06/99, conforme DAE anexo aos autos. Contudo, as exigências fiscais remanescentes, compostas de ICMS e MR, calculadas sobre o valor agregado de 200% (duzentos por cento), não encontram amparo na legislação vigente, vez que tal percentual, previsto no art. 780, I, do RICMS/91, é aplicável somente às operações promovidas por Padarias, o que não é o caso da Impugnante, justificando, assim, o cancelamento das exigências fiscais remanescentes.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

Versa a presente autuação sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- 1) Saída desacoberta de documento fiscal, apurada mediante LQFD, com exigência de ICMS, MR e MI sobre as operações próprias (já reconhecidas pelo Sujeito Passivo) e ICMS/MR sobre margem de agregação;
- 2) Saída de mercadoria com valor inferior ao custo (exigências fiscais quitadas);
- 3) Extravio de notas fiscais de entrada (exigência fiscal quitada).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 207/225, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 557/559.

**DO RECURSO DE AGRAVO**

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 560.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 564/566).

Informa ter quitado uma parcela substancial do crédito tributário, com os benefícios da Lei 13.243, de 23/06/99, remanescendo tão-somente a parcela relacionada com as exigências de ICMS e MR incidentes sobre o valor agregado de 200%, calculado sobre as saídas desacobertadas, percentual este aplicado às padarias.

Sustenta que tal exigência é desprovida de qualquer fundamento fático ou jurídico, tendo em vista que a Agravante não é Padaria, nem vende farinha de trigo exclusivamente para este tipo de estabelecimento, o que pode ser provado mediante perícia, a fim de aniquilar a absurda cobrança de ICMS/MR sobre o valor agregado.

Diz que, em sendo mantida a decisão da Auditoria Fiscal, estar-se-á reconhecendo a natureza das atividades da Agravante como sendo atacadista de mercadorias em geral, tal como provas já juntadas aos autos.

Ressalta que até mesmo em casos de constatação de entrega de mercadoria a destinatário diverso, tal percentual de agregação fora recusado por este Órgão Julgador, conforme decisão apontada no Acórdão 8.361/89/3ª.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

Analisando o feito fiscal, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 606/612, opina pela procedência parcial do Lançamento, sugerindo a exclusão das parcelas decorrentes da aplicação da margem de agregação de 200 %, sobre as saídas de farinha de trigo desacobertadas de documentação fiscal.

**Da Diligência:**

A Supervisão da DACCT/SCT, determina a realização da Diligência de fl. 613, para que o Fisco se manifestasse sobre os documentos juntados aos autos, informando o momento da juntada e, se fosse o caso, abrindo vista à Autuada.

À fl. 614, o Fisco argumenta que os documentos citados deveriam ter integrado o presente PTA, quando da sua formação. Neste sentido, sugere que os referidos documentos continuem a ser parte integrante do PTA, na condição de apensos.

Na oportunidade, entendendo como decisão da Câmara o parecer da Auditoria Fiscal de fls. 606/612, o Fisco afirma concordar com o cancelamento das exigências fiscais remanescentes.

Por fim, a Auditoria Fiscal, pronunciando-se sobre a Diligência, ratifica seu posicionamento anterior, opinando mais uma vez pela procedência parcial do Lançamento.

**DECISÃO**

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, transcreve-se abaixo o seu inteiro teor, como fundamentação da presente Decisão:

**PRELIMINAR**

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos, cumpre destacar que o pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos ali propostos (fls. 219/225) fazem referência às diversas acusações constantes do AI, inclusive àquelas já reconhecidas pelo Sujeito Passivo (fls. 567/569), quitadas com os benefícios da Lei 13.243/99, conforme DAE de fls. 576.

Por outro lado, a discussão sobre a legitimidade do saldo remanescente, composto de ICMS e MR decorrente da aplicação de margem de agregação de 200%, envolve questão de direito e não de fato, circunstância esta em que as respostas aos quesitos formulados, especialmente os de n.º 22 a 33, mostram-se desnecessárias para o deslinde do litígio.

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

**MÉRITO:**

Inicialmente, impõe-se destacar que uma parcela substancial do crédito tributário, composta de ICMS, MR e MI incidentes sobre as saídas desacobertadas (valor da operação própria), ICMS e MR sobre saídas abaixo de custo e MI sobre extravio de notas fiscais de entradas, já foi objeto de liquidação, pelo Sujeito Passivo, com os benefícios da Lei 13.243 de 23/06/99, conforme notícia os autos às fls. 567/576, remanescendo tão-somente a parcela de ICMS/MR incidente sobre a margem de agregação de 200% (duzentos por cento), aplicada sobre as saídas desacobertadas, apuradas no LQFD, alicerçada, segundo a Autoridade Lançadora, no art. 780, I, do RICMS/91 e art. 124 do CTN.

Afigura-se, pois, dispensável a análise do crédito tributário, no que diz respeito às parcelas já quitadas pelo Sujeito Passivo, tendo em vista que, em relação a elas, já se encerrara o contencioso administrativo fiscal, consoante previsão do art. 89, V, da CLTA/MG.

**Do Crédito Tributário Remanescente**

Mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LQFD), relacionado com a movimentação de farinha de trigo, no período de 01/01/95 a 16/08/96, constatou-se que o Contribuinte efetuou saídas do referido produto desacobertadas de documento fiscal.

O crédito tributário originário de tal acusação fora assim calculado:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) sobre o valor das operações próprias, apontados no Resumo do LQFD, exigiu-se o ICMS (com base de cálculo reduzida de 61,1111%), MR e MI (40%), cujas parcelas foram **quitadas** pela Impugnante;

b) sobre o valor das saídas desacobertadas agregou-se o percentual de 200% (duzentos por cento), com amparo, segundo o Fisco, no art. 780, I, do RICMS/91, sobre o qual fora exigido ICMS e MR, cujos valores não foram reconhecidos pelo Sujeito Passivo e representam o **saldo remanescente** deste PTA.

Argumenta o Fisco que a maioria das vendas da Autuada eram destinadas a Padarias e que, por isso, o Contribuinte seria "*responsável substituto pelo valor agregado e seus acréscimos legais, conforme art. 124 do CTN*" (fl. 559).

Observa-se, contudo, que a margem de agregação de 200% (duzentos por cento), aplicada pelo Fisco, prevista no art. 780, I do RICMS/91, vigente ao tempo dos fatos, constitui percentual aplicável à operações promovidas por **padarias**:

### SEÇÃO XXVIII

#### Das Operações Promovidas por Padaria

Art. 780 - O ICMS devido pela saída de mercadoria de produção nacional, promovida por padaria será calculado com base nos valores de entradas, acrescidos dos percentuais de agregação especificados a seguir, e admitido o crédito fiscal correspondente ao imposto pago nas respectivas operações anteriores:

I - 200% (duzentos por cento), no caso de farinha de trigo, fécula, fubá, massas preparadas, polvilho e outras farinhas, adquiridos para industrialização, inclusive fabricação de pão-do-dia; (destacamos)

Ao que se vê do dispositivo em destaque, as operações promovidas por **padarias** estavam sujeitas a modalidade especial de tributação a ser utilizada no cálculo do ICMS devido nas saídas de mercadorias promovidas, exclusivamente, por este tipo de estabelecimento.

Importa acrescer que tal regime sequer era obrigatório, mas adotado por opção do contribuinte, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, consoante disposição inserida no § 5º do já mencionado dispositivo.

Contudo, de acordo com a documentação acostada aos autos, verifica-se que o Contribuinte não exerce atividades próprias de padaria, mas de comércio atacadista de mercadorias em geral, tal como consta do objeto social (fls. 147), atividade representada pelo CAE n.º 44.1.1.00-5.

Ainda assim, a Autoridade Lançadora está a atribuir à Autuada a responsabilidade prevista às Padarias, ao argumento de que as saídas desacobertadas teriam sido, em sua maioria, destinadas a estabelecimentos dessa natureza.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Necessário enfatizar que a responsabilidade por obrigação principal a pessoas que não se revestem da condição de contribuinte depende de previsão legal, conforme determina o art. 121, II, do CTN.

Todavia, **não há** na legislação tributária vigente, qualquer dispositivo legal que contemple a situação dos autos como sendo hipótese em que o alienante ou remetente, revendedor atacadista de farinha de trigo, seja o substituto pelo recolhimento do imposto devido pelo adquirente ou destinatário, a chamada "substituição tributária para frente", de forma a dar sustentabilidade ao entendimento do Fisco.

Ademais, ainda que houvesse tal previsão em lei, da análise da documentação dos autos, não se pode afirmar, com certeza absoluta, que todas as saídas desacobertas foram destinadas a Padarias.

Desse modo, a exigência fiscal remanescente, composta de ICMS e MR incidente sobre o valor agregado de 200% (duzentos por cento), percentual este aplicável, opcionalmente, às padarias, incidente sobre as saídas desacobertas, promovidas por estabelecimento atacadista, mostra-se destituída de amparo legal, devendo, pois, ser cancelada.

Assinale-se, ainda, que o entendimento desta Auditoria é corroborado pelo posicionamento da DOT/DLT/SRE, em resposta à Consulta Fiscal Direta n.º 389 de 07/03/94, anexa às fls. 605.

Por derradeiro, faz-se necessário observar que o DCMM relativo ao saldo remanescente (fl. 604), além de conter exigências ilegais, apresenta divergência no tocante ao **valor original** do ICMS e MR, sendo que o correto seria:"

	<b>Data Vencimento</b>	<b>Valor original do AI = (A)</b>	<b>Valor reconhecido = (B)</b>	<b>Valor Original Remanescente = (C)=(A) - B</b>
ICMS	01.01.96	64.036,19	21.333,09 + 36,91	<b>42.666,19</b>
MR	01.01.96			<b>21.333,10</b>
ICMS	17.08.96	40.048,86	13.349,62	<b>26.699,24</b>
MR	17.08.96			<b>13.349,62</b>

Diante do exposto, ACORDA a 2.ª 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 excluir do Crédito Tributário as parcelas referentes à margem de agregação de 200 %, devendo ser considerado o DAE de fl. 580. Pela Impugnante,

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

sustentou oralmente, o Dr. José Eustáquio Passarini de Rezende e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Úrsula Lopes Gonçalves Aguiar e Aparecida Gontijo Sampaio.

**Sala das Sessões, 27/02/03.**

**Francisco Maurício Barbosa Simões**  
**Presidente/Revisor**

**José Eymard Costa**  
**Relator**

*RLM*

**CC/MIG**