

Acórdão: 17.183/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111781-24
Impugnante: Engele Eletrificação e Telefonia Ltda.
PTA/AI: 02.000205864-06
Inscr. Estadual: 521.813500.00-68
Origem: DF/ BH-5

EMENTA

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatado saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais sem destaque e recolhimento do ICMS devido. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Por emitir documento fiscal com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento, enseja a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal mantida.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de mercadorias através das Notas Fiscais nºs 000281, de 16/06/03 e 000283, de 23/06/03, sem destaque do ICMS devido nas operações. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 12 a 13, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 85 a 89.

A 1ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 94, o qual é cumprido pela Autuada (fls.100 a 225). O Fisco se manifesta a respeito (fls. 230 a 233).

DECISÃO

A constatação fiscal versa sobre saída de mercadorias através das Notas Fiscais nºs 000281, de 16/06/03 e 000283, de 23/06/03, sem destaque do ICMS devido nas operações, hipótese em que se exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A defesa apresenta cópia de contratos firmados com a MBR, esclarecendo que a mercadoria se destina a emprego nas obras mencionadas nos referidos contratos.

Alega, também, que a decisão judicial transitada em julgado afastou a incidência do ICMS sobre as atividades da Autuada.

De início, cabe destacar que a decisão judicial mencionada não se amolda ao caso dos autos, uma vez que apresenta ressalvas na sua fundamentação, no que diz respeito ao fornecimento de mercadorias.

O mencionado provimento judicial alinhavou entendimento de que as “empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras”.

A lógica da Impugnação é a de que as mercadorias foram adquiridas para emprego na obra contratada com a MBR. Não juntou, entretanto, qualquer prova de aquisição das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais objeto do feito.

Para comprovar tais aquisições, a Egrégia Câmara de Julgamento exarou despacho interlocutório, determinando à Impugnante que comprovasse tais aquisições (fls. 94).

Como resposta, informou a Autuada que em 31.12.2002 não havia estoque de mercadoria. Como consectário lógico, todas as aquisições teriam sido realizadas no período de 01.01.2003 até a data de emissão dos documentos fiscais (16.06.06 e 23.06.03)

A quase totalidade dos documentos juntados diz respeito às aquisições efetuadas após as datas acima mencionadas. Não foram admitidas, portanto, como comprovação das aquisições.

Daquelas emitidas antes das datas dos documentos objeto da ação fiscal, apenas duas dizem respeito às mercadorias relacionadas nos documentos de n^{os} 000281 e 000283.

A primeira delas, às fls. 212, menciona a aquisição de cabos, que se assemelham àqueles listados na NF 000.281. Não possuem, porém, a mesma identificação. O produto que mais se aproxima da descrição é o “cabo CA 33,6, com aquisição de 1.699 KG. Entretanto, no documento de compra, o produto é identificado como “tulipy”, enquanto a NF de remessa o identifica como “barrow”, para uma quantidade de 450 KG.

O outro documento com ligeira semelhança é o de fls. 195, que descreve a aquisição de 4.963 t de cordoalha para curral 5/16, enquanto a NF 000.283 consigna a remessa de 2.700 t de cordoalha para curral 3/8.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Até mesmo o volume de aquisição mencionada nas duas notas fiscais referenciadas não condizem com aquelas mercadorias lançadas nas notas fiscais objeto do AI. Esta divergência na quantidade de mercadorias ganha relevo com a informação do Fisco de que a Autuada está inscrita, também, com a atividade de comércio de material elétrico, conforme alteração contratual de fls. 79/80.

Assim, não comprovando a Autuada de forma inequívoca a aquisição das mercadorias, não pode a mesma se valer da transferência dos materiais para o canteiro de obras sem a regular tributação pelo ICMS.

Pela falta de destaque do imposto, exigiu-se corretamente, além do ICMS e MR, a penalidade isolada capitulada no art. 54, inciso VI, da Lei nº 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava improcedente, com fulcro no artigo 112 do CTN. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira supracitada, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 15/07/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ

Acórdão: 17.183/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111781-24
Impugnante: Engele Eletrificação e Telefonia Ltda.
PTA/AI: 02.000205864-06
Inscr. Estadual: 521.813500.00-68
Origem: DF/ BH-5

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 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.

Versa o presente feito sobre autuação, em fiscalização de trânsito de mercadorias, sob a acusação de emissão de notas fiscais sem destaque do ICMS.

De fato, no momento da abordagem, foram apresentadas as notas fiscais n. 000281 e 000283, nas quais não constava o destaque do imposto estadual.

** NF n. 000.281 e 000.283 (fls. 05-06) – emitidas pela Autuada (Ponte Nova/MG) – natureza da operação: outras saídas (CFOP 5949) – contém a observação de que a mercadoria será usada no canteiro de obra MBR CCTAM 013/03

Defendeu-se a empresa autuada sob o argumento de que estava enviando produtos para utilização em canteiro de obras da MBR (contrato de prestação de serviços alcançados pelo ISS).

Carreou aos autos as notas fiscais de prestação de serviço série A n.º 003120 a 003122, 003136, 003138, 003139, 003145, 003157, 003165 a 003170 e 003258, por ela emitidas para a empresa Min. Bras. Reunidas S/A – MBR (Nova Lima/MG), entre 14.08.2003 e 01.03.2004 (fls. 102-116), bem como as cópias do LRI e as notas fiscais de aquisição dos materiais então transportados (fls. 117-225).

Embora as quantidades descritas nas referidas notas não sejam exatamente as empregadas na obra da MBR, é possível que o excedente na aquisição se destine ao uso em outras obras. Afinal, os materiais transportados são, exatamente, os utilizados por ela na prestação dos serviços que compõem seu objeto social – consta do cadastro do contribuinte, no Estado de MG, que sua atividade é de *'Construção de estações e redes de distribuição de energia elétrica'* (consulta realizada em 26.07.05 - número: 9376070).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os agentes fazendários afirmam que a Impugnante é revendedora de materiais elétricos e eletrônicos; no entanto, não é o que demonstra a movimentação fiscal deste contribuinte. Esta é mais condizente com um prestador de serviços na área de construção civil, como dito na defesa e no cadastro estadual.

As circunstâncias que possibilitariam o lançamento não foram claramente demonstradas pelo Fisco.

O ônus da prova é regulado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Processo Civil:

Art. 333 – O ônus da prova incumbe:

I – ao Autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Com efeito, como ensinam Tipke e Kruse, também no direito tributário prevalecem as regras do ônus da prova, que impõem o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre – exceptuando-se os casos em que a lei dispuser de forma diferente.

A respeito do tema *ônus da prova*, convém analisarmos importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in *"Da Prova no Processo Administrativo Tributário"*:

"O vocábulo ônus provém do latim (onus) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o ônus de provar (onus probandi) consiste na necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de ônus da prova não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa."

O indício somente serve como prova indireta se a sua ocorrência não permitir senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Se for possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja toda probabilidade de que ele tenha de fato acontecido), não se estará diante de uma prova indireta, mas de uma mera presunção. (Luiz Eduardo Schoueri, in *Processo Administrativo Fiscal*)

No caso em tela, a ocorrência do fato gerador não restou comprovada. Os documentos que instruem o processo conduzem ao entendimento de que a empresa atuada estava remetendo produtos, ao canteiro de obras da MBR, os quais seriam empregados na execução de serviços para os quais foi contratada – hipótese abarcada pelo imposto municipal, não pelo estadual ora exigido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Persistindo dúvidas quanto às circunstâncias materiais do fato, há de se cancelar as exigências fiscais. É o que determina o art. 112 do CTN:

Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos”.

Com isso, prevalece o princípio do direito penal de que, na dúvida, deve-se interpretar em favor do réu.

Não poderia ser de outra maneira. O princípio da estrita legalidade tributária traz consigo o rigor na tipificação. Qualquer incerteza quanto ao perfeito enquadramento do fato à norma compromete a aplicação desta.

A conduta típica é aquela na qual verifica-se plena identidade entre os seus componentes fáticos e aqueles descritos na norma jurídica que comina penalidade à sua prática.

Além da *lex praevia* (princípio da legalidade), é indispensável a *lex certae* (princípio da tipicidade).

A tipicidade, relação entre o tipo e a conduta, é desdobramento do Princípio da legalidade e sua observância é imprescindível à correta imputação de pena.

O Prof. Paulo de Barros Carvalho reduz, com maestria, o tema à sua idéia central, ao estabelecer que o princípio da legalidade pode ser definido em duas dimensões:

"i) no plano legislativo, como a estrita necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo, de modo expresso e inequívoco, os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional; e ii) no plano da facticidade, como exigência da estrita subsunção do evento aos preceitos estabelecidos na regra tributária que o prevê, vinculando-se, obviamente, à adequada correspondência estabelecida entre a obrigação que adveio do fato protocolar e a previsão genérica constante da norma abstrata, conhecida como *regra-matriz de incidência*". (Curso de direito tributário. 9.^a ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1997)

Aníbal Bruno, a seu turno, define tipicidade como a '*conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo penal*'.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta precisa linha, preceitua Maria Rita Ferragut que "*a existência do fato jurídico é pressuposto necessário da própria existência da obrigação*". (*Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001)

Para finalizar, toma-se em empréstimo as palavras de Marco Aurélio Greco

“Em suma, à luz do art. 142 do CTN, em qualquer hipótese a prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do fisco e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária que pressupõe a ocorrência do fato gerador não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

Não cabe ao contribuinte provar a inoocorrência do fato gerador, incumbe, isto sim, ao fisco demonstrar a sua ocorrência”. (*Lançamento*, in *Do Lançamento*, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12, São Paulo: CEEU/Res. Tributária, 1987, p.170-1)

Os fatos e documentos trazidos à julgamento não permitem a manutenção do feito fiscal, razão pela qual julgo-o improcedente.

Sala das Sessões, 15/07/05.

**Juliana Diniz Quirino
Conselheira**