

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.938/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000214948-07
Impugnação: 40.010126712-07, 40.010126495-20 (Coob.)
Impugnante: Geopav - Engenharia de Infra-Estrutura Ltda
IE: 363179590.00-68
Brasif SA Exportação Importação (Coob.)
IE: 062270714.00-49
Proc. S. Passivo: Janir Adir Moreira/Outro(s)/Sacha Calmon Navarro
Coelho/Outro(s)(Coob.)
Origem: P.F/Aroldo Guimarães - Sete Lagoas

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Imputação fiscal de divergência entre a operação descrita no documento fiscal apresentado no momento da interceptação e a efetivamente realizada não restou comprovada. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação, prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada, capitulada no inciso II do art. 55, todos da Lei n.º 6.763/75. Contudo, não restou comprovada a acusação fiscal, uma vez que os documentos apresentados nos autos demonstram tratar-se de uma operação com um bem, e não mercadoria, portanto, não tributada pelo ICMS. Lançamento improcedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

Consta do relatório do Auto de Infração de fl. 02 a seguinte imputação fiscal:

“Durante fiscalização realizada no Posto Fiscal Aroldo Guimarães em 01 de dezembro de 2009 foi feita a verificação do caminhão placa GPD 1521 MG, que transporta uma retroescavadeira. Foi apresentada a esta fiscalização como documento acobertador da mercadoria a NF Mod. 1 000117 emitida em 30/11/09 por GEOPAV Eng. de Infra-Estrutura Ltda, IE 3631795900068, em cujo campo natureza da operação constava a expressão retorno de bem do ativo, e no campo informações complementares a expressão - retorno de bem do ativo imobilizado que estava em uso fora do estabelecimento. Esta fiscalização verificando que a mercadoria tinha características de bem sem uso solicitou ao proprietário a nota fiscal de aquisição da mercadoria. O motorista após contato telefônico com a empresa apresentou o DANFE 22029 de 24/11/09 que estava no caminhão c/ Nat. Oper. - remessa p/ demonstração de máquinas. Foi solicitado então a empresa que apresentasse a NF que comprovasse a compra do bem e nos foi informado que a mesma ainda não havia sido emitida tratando-se de mercadoria sem uso, após algum tempo compareceu no Posto o Sr.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Roosevelt Monteiro, um dos sócios da GEOPAV. Este apresentou o DANFE 22920, emitido por BRASIF S/A Exportação e Importação, IE 0622707140049 em 01/12/2009, que comprova a aquisição da máquina. Ficou constatado que o bem foi adquirido sem a emissão da nota fiscal de venda, que tinha data de emissão posterior a NF número 000117 que tinha natureza de retorno de bem do ativo e após o início da Ação Fiscal.”

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II.

Da Impugnação da Coobrigada

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente e por procurador regulamente constituído, Impugnação às fls. 25/30, resumidamente, aos seguintes fundamentos:

- ao declinar os dispositivos legais que fundamentam o lançamento não há menção a nenhum dispositivo que verse sobre responsabilidade tributária, ocasionando a nulidade do lançamento;

- entabulou negociação de venda da máquina objeto da autuação com a GEOPAV e, como praxe de mercado, a adquirente solicitou sua remessa para demonstração a fim de conhecer o produto;

- a máquina foi remetida para demonstração pela Nota Fiscal n.º 22029 emitida em 24 de novembro de 2009, nos termos da legislação, com suspensão do imposto;

- a GEOPAV resolveu então pela aquisição da máquina e emitiu, nos termos do art. 453 do Anexo IX do RICMS, nota fiscal de retorno simbólico da demonstração;

- como dia 27 de novembro de 2009 era uma sexta-feira, a nota fiscal foi processada em 30 de novembro de 2009 e, no dia seguinte, foi emitida a nota fiscal de venda;

- todas as operações realizadas foram devidamente retratadas pela documentação fiscal exigida pela legislação, tendo sido destacado e pago o ICMS;

- se alguma irregularidade foi cometida, resumiu-se ao transporte acobertado pela Nota Fiscal 117, realizado por conta e ordem da GEOPAV, a quem cabia apenas conhecer o produto fazendo dele o uso adequado à operação de demonstração;

- após entrega da mercadoria no estabelecimento indicado na nota fiscal de remessa para demonstração, não houve mais nenhuma interferência da BRASIF;

- sendo estranha à situação que ensejou a autuação, está totalmente desvinculada do fato que originou a obrigação tributária exigida, motivo pelo qual não pode ser responsabilizada nos termos do art. 128 do Código Tributário Nacional;

- suas condutas são atípicas quando comparadas com a infração definida no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Ao final, após citar jurisprudência, pede seja julgado improcedente o lançamento quanto à sua eleição como Coobrigada, excluindo-a do polo passivo quer pela nulidade, quer pela sua total desvinculação para com o fato.

Da Impugnação da Autuada

Também inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 66/83, aos fundamentos que se seguem em síntese:

- o objeto do transporte foi uma Máquina Retroescavadeira, perfeitamente identificável por marca, modelo, número de chassi, número de motor, etc;

- é empresa que se dedica a atividade de prestação de serviços de construção civil, não se enquadrando como contribuinte do ICMS, sendo que em relação ao transporte de máquinas, equipamentos, ferramentas e materiais de seu estabelecimento para os respectivos canteiros de obras, e entre os mesmos, enquadra-se na condição especial prevista no Regulamento do ICMS, como operações amparadas por "não incidência" de ICMS, sendo livre os respectivos trânsitos;

- tendo recebido a máquina com a finalidade de demonstração, a mesma foi encaminhada a uma de suas obras em Belo Horizonte onde foi testada e, depois, transportada para a sua sede na cidade de João Pinheiro/MG, tendo a operação sido acobertada pela Nota Fiscal de Entrada nº 000117;

- no item informações complementares constou: "Retorno de bem do ativo imobilizado que estava em uso fora do estabelecimento"., datada de 30/11/09;

- no trânsito do veículo transportador pelo Posto Fiscal Aroldo Guimarães, em Sete Lagoas - MG, mediante apresentação espontânea do documento fiscal, a Fiscalização não concordou com os fatos narrados e com o acobertamento fiscal e em consequência emitiu o Auto de Infração;

- o motorista do veículo transportador apresentou à Fiscalização a nota fiscal de entrada emitida para acobertamento do trânsito da máquina, assim como a DANFE comprobatória de que houvera recebido tal máquina em demonstração e com a suspensão do ICMS conforme previsto no RICMS;

- em decorrência dos entendimentos comerciais havidos entre a Impugnante e a fornecedora da máquina, e tendo como lastro os testes realizados na obra, a compra definitiva da mesma se deu em 01 de dezembro de 2009, e ainda visando melhor esclarecer e atender plenamente a solicitação da digna Fiscalização, apresentou a nota fiscal de compra da referida máquina;

- a coincidência de datas entre a emissão da nota fiscal de venda e a data do transporte da mercadoria se deu exatamente em função da demonstração, sendo tal fato irrelevante em relação a pseudo infração descrita pela Fiscalização;

- as remessas de mercadoria para demonstração quando amparadas pela suspensão do ICMS, tem cobrança condicionada a ocorrência de evento futuro e, no caso, e indiscutível que havia recebido a máquina em demonstração;

- cita do item 7 do Anexo III do RICMS vigente, para concluir que, tendo recebido a máquina para demonstração em 24 de novembro de 2009 até o dia 24 de janeiro de 2010, a suspensão do imposto estava correta;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no caso não se materializou nenhuma hipótese de ocorrência de fato gerador do ICMS, e assim, é absolutamente improcedente a exigência;
- também não procede a cobrança de multa isolada eis que o equipamento encontrava-se acobertado por nota fiscal regularmente emitida e está comprovada, inequivocamente, a propriedade e/ou a posse legal do referido equipamento;
- cita a Resolução n.º 3.111/00;
- o enquadramento legal constante do Auto de Infração não condiz com a sua conclusão;
- ocorreria verdadeira subversão da ordem jurídica se a empresa de construção civil que viesse a receber máquinas ou equipamentos em demonstração e não pudesse movimentar com tais máquinas de obra para obra, ou, obra para sede;
- chama a atenção para a parte final do inciso I do art. 89 do RICMS/02;
- cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Ao final, requer a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 97/109, citando a legislação que entende pertinente ao lançamento, sustentando que a Resolução n.º 3.111/00 não é aplicável ao caso e pedindo a manutenção do lançamento.

Da Instrução Processual

Às fls. 110/111 é juntado aos autos outro Auto de Infração com mesmos dados do anterior, à exceção da inclusão no campo “Infringências/Penalidades” de alguns dispositivos.

Conforme documentos de fls. 116/119 é aberta vista aos Impugnantes dos documentos juntados.

A Coobrigada volta a se manifestar às fls. 124/129 reafirmando os argumentos já apresentados e arguindo a nulidade do lançamento pelos seguintes fundamentos:

- o novo Auto de Infração trata-se de documento antedatado;
- o lançamento é ato administrativo que tem a indicação dos dispositivos legais como formalidade vinculada à substância do ato até mesmo para possibilitar a defesa;
- o vício de formalidade inerente à substância do ato acarreta sua nulidade insanável;
- sendo nulo o novo Auto de Infração, persiste a nulidade do originário;
- caso assim não se entenda, o mínimo que se deve admitir é que houve alteração do lançamento e, nesse caso, o contribuinte deveria ser intimado para apresentar nova impugnação nos termos do art. 120, § 1º do RPTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco também volta a se manifestar às fls. 134/139, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos seguintes fundamentos:

- a legislação prevê que ajustes podem ser feitos no Auto de Infração sem que este perca sua substância, tendo sido exatamente o que ocorreu;
- não houve acréscimo de fundamentação, pois a mesma estava implícita;
- a Coobrigada tomou ciência do lançamento e o contestou desde o primeiro momento;
- o erro material foi sanado simplesmente com a digitação dos artigos em questão, sendo permitida a manifestação através de vista ao processo;
- os dispositivos citados, ao contrário do que afirma a Impugnante, dizem respeito à sua conduta, pois a compra e venda pressupõe a emissão de nota fiscal;
- cita e transcreve os dispositivos relacionados à coobrigação;
- a Impugnante tendo encaminhado a mercadoria para demonstração e, posteriormente, recebido a nota fiscal de retorno simbólico, deveria ter emitido a nota fiscal de venda correspondente no mesmo dia;
- a ação fiscal se dirigiu a uma situação de fato, qual seja, a compra sem emissão de documentação fiscal, envolvendo no caso a Geopav como compradora e a Brasif como vendedora;
- cita o art. 149 do RICMS/02.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento, mantendo-se a coobrigação.

DECISÃO

Da Preliminar

Na peça de defesa apresentada, preliminarmente, é discutida a reformulação da Auto de Infração afirmando que esta não é apenas fática, mas, também, da matéria de direito, já que em um primeiro momento não contavam os dispositivos legais atinentes à responsabilidade da Coobrigada, conforme Auto de Infração de fls. 02/03, e, no Auto de Infração de fls. 110/111, foram inseridos tais dispositivos. Deste modo, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

O chamado “Processo Tributário Administrativo” constitui-se em verdade em um procedimento tendente a apuração de irregularidades que ensejaram o descumprimento das obrigações principais e/ou acessórias. Desta forma, observados os prazos de prescrição e decadência, é permitido ao Fisco a devida apuração dos fatos e a formalização das exigências que porventura existam.

Portanto, a reformulação de um Auto de Infração é possível no curso do procedimento administrativo, desde que atenda a todos os requisitos dos atos administrativos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesta linha, verifica-se que as infringências e penalidades encontram-se relacionadas com a devida clareza no Auto de Infração de fls. 110/111.

Acrescente-se que esta conclusão é permitida por estar-se aqui adotando o posicionamento de que o processo tributário administrativo trata-se verdadeiramente de um procedimento tendente a apurar os valores devidos ao Estado podendo ser adequado em seu desenrolar, respeitando, como já dito, os prazos de prescrição e decadência.

Este mesmo entendimento é compartilhado pelos diversos doutrinadores pátrios, dentre os quais cite-se:

“Em verdade, quando Administração e administrado discutem sobre o índice de procedência legal do lançamento efetuado, o que de fato acontece é a instalação de um procedimento administrativo, que pretende ser contraditório, propiciando à Fazenda Pública o controle de legalidade de seus próprios atos.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.)

“O procedimento administrativo de lançamento tem duas fases: a oficiosa e a contenciosa. Concluída a primeira fase, com a determinação do valor do crédito tributário, é feita a notificação ao sujeito passivo. E a partir daí somente pode ser modificado em virtude de: (a) impugnação do sujeito passivo; (b) recurso de ofício; (c) iniciativa da própria autoridade administrativa, nos casos previstos em lei (CTN, art. 145). Enquanto comporta alterações na própria esfera administrativa, o lançamento não é definitivo, não está juridicamente concluído, está em processo de elaboração.” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 170-171. (grifos não constam do original)

Neste diapasão, inexistente nulidade no presente procedimento do Fisco.

Atente-se que, em verdade, houve sim acréscimo de fundamentação legal ao Auto de Infração, já que não se pode admitir a tese do Fisco de que tal fundamentação estava implícita no primeiro Auto de Infração. O que ocorre é a possibilidade de se proceder da forma como fez o Fisco.

Note-se que a Coobrigada teve a possibilidade de se defender afastando qualquer vício de procedimento por parte do Fisco e que, de fato, não trouxeram qualquer prejuízo à parte.

Por todo o exposto, são incabíveis as prefaciais arguidas, não devendo, portanto, ser acatada a arguição de nulidade da peça formalizadora do lançamento.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para o deslinde da questão é fundamental reportar-se ao inteiro teor do relatório do Auto de Infração. Senão veja-se:

“Durante fiscalização realizada no Posto Fiscal Aroldo Guimarães em 01 de dezembro de 2009 foi feita a verificação do caminhão placa GPD 1521 MG, que transporta uma retroescavadeira. Foi apresentada a esta fiscalização como documento acobertador da mercadoria a NF Mod. 1 000117 emitida em 30/11/09 por GEOPAV Eng. de Infra-Estrutura Ltda, IE 3631795900068, em cujo campo natureza da operação constava a expressão retorno de bem do ativo, e no campo informações complementares a expressão - retorno de bem do ativo imobilizado que estava em uso fora do estabelecimento. Esta fiscalização verificando que a mercadoria tinha características de bem sem uso solicitou ao proprietário a nota fiscal de aquisição da mercadoria. O motorista após contato telefônico com a empresa apresentou o DANFE 22029 de 24/11/09 que estava no caminhão c/ Nat. Oper. - remessa p/ demonstração de máquinas. Foi solicitado então a empresa que apresentasse a NF que comprovasse a compra do bem e nos foi informado que a mesma ainda não havia sido emitida tratando-se de mercadoria sem uso, após algum tempo compareceu no Posto o Sr. Roosevelt Monteiro, um dos sócios da GEOPAV. Este apresentou o DANFE 22920, emitido por BRASIF S/A Exportação e Importação, IE 0622707140049 em 01/12/2009, que comprova a aquisição da máquina. Ficou constatado que o bem foi adquirido sem a emissão da nota fiscal de venda, que tinha data de emissão posterior a NF número 000117 que tinha natureza de retorno de bem do ativo e após o início da Ação Fiscal.”

Verificando-se o próprio relatório do Auto de Infração acima transcrito é possível visualizar-se que a operação interceptada pelo Fisco não estava sujeita à tributação pelo ICMS, pois se tratava a máquina de um bem de propriedade da Impugnante/Autuada.

As próprias Impugnantes descrevem os fatos acontecidos explicando que entabularam negociação de venda da máquina objeto da autuação e, como praxe de mercado, a adquirente solicitou sua remessa para demonstração a fim de conhecer o produto.

É fato inegável, até mesmo em face da documentação fiscal existente nos autos, que a máquina foi remetida para demonstração pela Nota Fiscal n.º 22029 (fl. 14) emitida em 24 de novembro de 2009 pela Coobrigada, nos termos das disposições contidas no Regulamento do ICMS, com suspensão do imposto.

A Impugnante/Autuada resolveu então pela aquisição da máquina e emitiu, nos termos do art. 453 do Anexo IX do RICMS, nota fiscal de retorno simbólico da demonstração.

Todas as operações realizadas foram devidamente retratadas pela documentação fiscal exigida pela legislação, tendo sido destacado e pago o ICMS relativo à venda da máquina.

Veja-se ainda que o objeto do transporte foi uma Máquina Retroescavadeira, Pá Carregadeira, Marca Case, Modelo 580M 4x2, Pintura Castanho, Equipada com Cabine Fechada e Ar Condicionado, Diesel e Demais Componentes, Padrão de Fábrica, Motor 36143294, Chassis N9H15398, NCM 8429.59.00. Estes dados demonstram que

a máquina objeto do lançamento é perfeitamente identificável por marca, modelo, número de chassis, número de motor.

Acresça-se ainda que a Impugnante/Autuada é empresa que se dedica a atividade de prestação de serviços de construção civil, não se enquadrando como contribuinte do ICMS, sendo que em relação ao transporte de máquinas, equipamentos, ferramentas e materiais de seu estabelecimento para os respectivos canteiros de obras, e entre os mesmos, enquadra-se na condição especial prevista no Regulamento do ICMS, como operações amparadas por "Não Incidência" de ICMS, sendo livre os respectivos trânsitos.

Saliente-se ainda que qualquer que fosse a data de aquisição da referida máquina, o seu efeito jurídico, inclusive em relação a incidência tributária retroagria, como retroagiu ao mês de novembro de 2009, ou seja, a data da nota fiscal de remessa para demonstração, sendo portanto irrelevante se a aquisição se deu no dia 1º de dezembro de 2009.

Ademais, as remessas de mercadoria para demonstração quando amparadas pela suspensão do ICMS, tem cobrança condicionada a ocorrência de evento futuro.

No caso, é indiscutível que a ora Impugnante havia recebido a máquina em demonstração para posteriormente compor seu ativo imobilizado. Não sendo contribuinte do ICMS a empresa prestadora de serviços na área de construção civil, mas necessitando na prática normal de sua atividade de transferir máquinas e equipamentos de uma para outra obra ou destas para a sua sede e vice-versa, as normas estaduais reconheceram esta situação.

Neste diapasão, importante citar que a transmissão da propriedade do bem não se dá com a emissão da nota fiscal, mas sim com a tradição da coisa, ou seja, pela entrega da coisa ao adquirente.

Não há dúvidas nos autos que tal entrega foi feita à Impugnante/Autuada, pois, pelo relatório do Auto de Infração pode-se perceber que era ela quem estava usando a máquina tendo até mesmo emitido um documento fiscal para acobertar a operação que realizava. Foi este o documento entregue ao Fisco e que gerou toda a celeuma e a autuação.

Ressalte-se que é proprietário, nos dizeres do célebre civilista Orlando Gomes aquele que *“tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouvier.”*

Verificando-se a operação que estava sendo realizada, observando-se para esta verificação os próprios dizeres do Auto de Infração, é possível concluir que a Impugnante/Autuada se caracterizava como proprietária da máquina.

Observe-se ainda que a nota fiscal de venda do equipamento foi emitida no próprio dia da autuação, mas, como não há informação de horário da ação fiscal, não é possível admitir a afirmação de que tal nota fiscal tenha sido emitida após seu início.

Mesmo os documentos juntados pelo Fisco às fls. 112/116 não se prestam a assegurar tal afirmação. Ademais, neste ponto é importante citar que, para se acatar tais documentos como capazes de demonstrar o horário de início da ação fiscal, seria,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

realmente, necessário abrir-se às Impugnantes pelo prazo de impugnação, qual seja, 30 (trinta) dias, o que não foi feito.

Ademais, a informação constante da fl. 112 é sobre o horário da “autorização” da nota fiscal, não significando dizer que o contribuinte não tenha tentado emitir tal nota mais cedo e possa ter tido algum impedimento.

Contudo, não é esta a imputação fiscal originária que diz respeito a transporte desacobertado.

Considerando-se a nota fiscal de venda, mais claro ainda de que a máquina já não mais tinha característica de mercadoria, mas sim de um bem. Desta forma, como o ICMS não tem como fato gerador a circulação de bens, mas de mercadorias, não é possível manter-se a exigência do imposto com base na imputação fiscal constante do presente Auto de Infração.

Ademais, pela análise das normas estaduais verifica-se que o próprio Estado de Minas Gerais reconhece esta situação ao editar a Resolução SEF n.º 3.111/00 que trata da ação fiscal relacionada com a movimentação de bens ou mercadorias em transferência nos casos que especifica. O art. 1º desta Resolução n.º 3.111/00 é claro ao estabelecer que não será objeto de exigência fiscal a movimentação física de máquina ou equipamento de emprego na construção civil, em remoção para outro local de trabalho ou para reparo, desde que possa ser comprovada a sua propriedade.

Frise-se, pela importância, que a imputação fiscal é de desclassificação do documento fiscal apresentado no momento da ação fiscal.

Pelos documentos que vieram aos autos e tendo em vista a última manifestação do Fisco, percebe-se que se está procurando alterar a imputação fiscal de transporte desacobertado, para venda da mercadoria sem o devido acobertamento fiscal.

Com a devida licença, esta alteração não é possível. Destaque-se que a operação de venda da mercadoria, não é a operação interceptada pelo Fisco.

Contudo, mesmo considerando-se que a autuação fosse pela venda desacobertada, o Fisco não poderia ter chegado a tal conclusão pela nota fiscal que lhe foi apresentada no momento da autuação. Também neste caso, fosse esta realmente a imputação fiscal, a configuração do polo passivo não estaria correta. Se a hipótese fosse de venda desacobertada não seria a vendedora a Coobrigada, mas sim a responsável principal. Portanto, no momento da autuação, o que se queria era realmente a imputação de transporte desacobertado. A forma como foi composto o polo passivo da obrigação demonstra esta intenção.

Assim, se a intenção da autuação fosse realmente a apuração do acobertamento fiscal da operação de venda da máquina encontrada em trânsito, o relatório do Auto de Infração deveria ser outro e bastante distinto.

Veja-se que não foi a operação de venda da máquina interceptada pelo Fisco. A operação interceptada era de remessa da máquina entre a sede e a obra da Impugnante/Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além do mais a afirmação constante do Auto de Infração de que a data da nota fiscal de venda é posterior à data de emissão da nota fiscal objeto da autuação não é suficiente para desclassificar a nota fiscal apresentada no momento da ação fiscal. Não há qualquer elemento na nota fiscal apresentada no momento da autuação capaz de desclassificá-la como correta para acobertar o trânsito da máquina.

Ressalte-se não haver por parte do Fisco qualquer questionamento quanto a falhas nos dados constantes da nota fiscal de fls. 18/19 lhe apresentada, precipuamente, quanto a incorreção do trajeto, da caracterização da mercadoria ou mesmo do emitente e/ou destinatário, ou mesmo quanto a transportador. Presume-se que todos estes dados estão corretos.

Por fim, cumpre destacar, apenas para argumentar, que, mesmo nos casos em que uma empresa não possua a propriedade do bem, caso vá promover seu transporte, deverá providenciar a emissão de documento fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Roberto Nogueira Lima (Revisor) e René de Oliveira Souza Júnior, que o julgavam procedente, devendo por ocasião da liquidação do crédito tributário, deduzir a parcela do ICMS destacado na NF nº 22920. Pela Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Fabrícia Lage Fazito Rezende. Conforme art. 163, § 2º do RPTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros acima citados, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2010.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	18.938/10/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	02.000214948-07	
Impugnação:	40.010126712-07, 40.010126495-20 (Coob.)	
Impugnante:	Geopav - Engenharia de Infra-Estrutura Ltda IE: 363179590.00-68 Brasif SA Exportação Importação (Coob.) IE: 062270714.00-49	
Proc. S. Passivo:	Janir Adir Moreira/Outro(s)/Sacha Calmon Navarro Coelho/Outro(s)(Coob.)	
Origem:	P.F/Aroldo Guimarães - Sete Lagoas	

Voto proferido pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, 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.

A autuação versa sobre a apuração de transporte de mercadoria comercializada sem a correta emissão de documentação hábil. Tal fato foi apurado com base na fiscalização de trânsito de mercadorias no Posto Fiscal Aroldo Guimarães, em Sete Lagoas/MG.

Com efeito, o Relatório do Auto de Infração assim expõe:

DURANTE FISCALIZACAO REALIZADA NO POSTO FISCAL AROLDO GUIMARAES EM 01 DE DEZEMBRO DE 2009 FOI FEITA A VERIFICACAO DO CAMINHAO PLACA GPD 1521/MG, QUE TRANSPORTAVA UMA RETROESCAVADEIRA. FOI APRESENTADA A ESTA FISCALIZACAO COMO DOCUMENTO ACOBERTADOR DA MERCADORIA A NF MOD.1 000117 EMITIDA EM 30/11/09 POR GEOPAV ENG. DE INFRA-ESTRUTURA LTDA, IE 3631795900068, EM CUJO CAMPO NATUREZA DA OPERACAO CONSTAVA A EXPRESSAO RETORNO DE BEM DO ATIVO, E NO CAMPO INFORMACOES COMPLEMENTARES A EXPRESSAO - RETORNO DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO QUE ESTAVA EM USO FORA DO ESTABELECIMENTO. ESTA FISCALIZACAO VERIFICANDO QUE A MERCADORIA TINHA CARACTERISTICAS DE BEM SEM USO SOLICITOU AO PROPRIETARIO A NOTA FISCAL DE AQUISICAO DA MERCADORIA. O MOTORISTA APOS CONTATO TELEFONICO COM A EMPRESA APRESENTOU O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DANFE 22029 DE 24/11/09 QUE ESTAVA NO CAMINHAO C/ NAT.OPER.- REMESSA P/ DEMONSTRACAO DE MAQUINAS. FOI SOLICITADO ENTAO A EMPRESA QUE APRESENTASSE A NF QUE COMPROVASSE A COMPRA DO BEM E NOS FOI INFORMADO QUE A MESMA AINDA NAO HAVIA SIDO EMITIDA TRATANDO-SE DE MERCADORIA SEM USO. APOS ALGUM TEMPO COMPARECEU NO POSTO O SR ROOSEVELT MONTEIRO, UM DOS SOCIOS DA GEOPAV. ESTE APRESENTOU O DANFE 22920, EMITIDO POR BRASIF SA EXPORTACAO E IMPORTACAO, IE 0622707140049 EM 01/12/2009, QUE COMPROVA A AQUISICAO DA MAQUINA. FICOU CONSTATADO QUE O BEM FOI ADQUIRIDO SEM A EMISSAO DA NOTA FISCAL DE VENDA, QUE TINHA DATA DE EMISSAO POSTERIOR A NF NUMERO 000117 QUE TINHA NATUREZA DE RETORNO DE BEM DO ATIVO E APOS O INICIO DA ACAO FISCAL. SAO EXIGIDOS ICMS E MULTAS COMO A SEGUIR ESPECIFICADO:(grifo não consta do original).

Pelo que se observa do Relatório Fiscal, na ocasião fora apresentada para acobertar a operação de transporte de uma retroescavadeira (pá carregadeira, marca CASE, modelo 580m), a Nota Fiscal de Entrada nº 000117, emitida por Geopav-Engenharia de Infra-Estrutura Ltda, em 30/11/09, com indicação de se tratar de bem do ativo imobilizado que estava em uso fora do estabelecimento.

Pelo fato da máquina ter aparência de nova, o Fisco solicitou da empresa envolvida a apresentação da nota fiscal de compra.

O motorista, após contato com o responsável pela empresa Geopav, apresentou o DANFE nº 22029, emitido por BRASIF S/A Importação Exportação em 24/11/09, cuja natureza da operação se tratava de remessa para demonstração. Foi realizado contato com a empresa Geopav que informou que a nota fiscal de compra do equipamento ainda não havia sido emitida.

O DANFE nº 22920, correspondente à venda da máquina, emitido por BRASIF S/A Importação Exportação no dia 01/12/09, após o início da ação fiscal, foi apresentado pelo representante da empresa Geopav à Fiscalização.

A Nota Fiscal de Entrada nº 000117, foi desconsiderada pela Fiscalização por não representar a real natureza da operação, em relação ao acobertamento do negócio jurídico, após ter sido configurada a venda do equipamento.

A empresa BRASIF S/A Importação Exportação foi lançada no Auto de Infração em tela, em coobrigação, por ter sido caracterizada a venda do equipamento sem a devida emissão da nota fiscal.

A empresa Geopav-Engenharia de Infra-Estrutura Ltda e a Coobrigada BRASIF S/A Importação Exportação foram notificadas a pagar o ICMS, a multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, II da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

À empresa BRASIF S/A Importação Exportação foi imputada, também, a majoração da multa isolada em face de comprovação de reincidência, sendo a referida majoração lançada no PTA nº 02.000214957-14.

Inicialmente, a impugnante Geopav-Engenharia de Infra-Estrutura Ltda afirma que se dedica à prestação de serviços de construção civil, não se enquadrando como contribuinte de ICMS, sendo o trânsito dos equipamentos movimentados por ela livre do respectivo imposto.

Ocorre, no entanto, que a exigência decorre não da movimentação simples do equipamento, mas sim da comercialização do produto sem a correta emissão do documento fiscal.

Neste sentido, a responsabilidade da adquirente encontra-se prevista nos incisos VII e XII do art. 21 da Lei nº 6.763/75, a saber:

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacompanhada de documento fiscal;

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

A argumentação da Geopav direciona os fatos ocorridos para a interpretação de que houve uma real aquisição do equipamento, sendo na visão desta, irrelevante a exigência prevista na legislação, no tocante à emissão correta dos documentos e o pagamento do imposto no momento devido.

A remessa para demonstração do equipamento ocorreu e o mesmo, segundo depoimento da própria Impugnante foi testado em Belo Horizonte, e após o teste, encaminhado para a sede da empresa em João Pinheiro/MG.

Neste ponto observa-se que já ocorrera um descompasso da forma como a empresa encaminhou e testou o equipamento, visto que não há documentos relativos ao encaminhamento para o canteiro de obras localizado, segundo empresa, em Belo Horizonte.

Assim, verifica-se que a empresa, efetuando os testes necessários, procedeu os ajustes para a conclusão da aquisição da máquina, já considerando-a incorporada ao seu ativo permanente, antes da remessa para João Pinheiro/MG.

Se assim não fosse, não poderia a Geopav ter remetido o equipamento para João Pinheiro, já que ele não seria de sua propriedade.

Tal fato pode ser claramente verificado ao se conferir minuciosamente os dados constantes da Nota Fiscal de Entrada nº 000117, onde se observa as expressões: “Retorno de Bem do Ativo” no campo Natureza da Operação e “Retorno de bem do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ativo imobilizado que estava em uso fora do estabelecimento” no campo Informações Complementares.

Todas as informações acima são confirmadas quando se verifica o documento trazido a este PTA pela Coobrigada BRASIF (fl. 57), que se refere à Nota Fiscal nº 000113, emitida pela Geopav, no dia 27/11/09.

Mencionado documento tem por natureza de operação a “Devolução de Demonstração”. Considerando esta informação pode-se destacar que a mercadoria deveria estar acobertada por um documento válido, visto que não foi feita sua real devolução ao remetente.

Neste caso seria obrigatória a emissão da nota fiscal de venda no mesmo dia da nota fiscal de devolução de demonstração, para se garantir o acobertamento da situação legal do bem.

Saliente-se que a apresentação do DANFE nº 22029, cuja natureza de operação era “remessa para demonstração” ocorreu após a solicitação pela Fiscalização de documento comprobatório da compra do equipamento.

Cabe destacar, também, que algumas horas após o início da ação fiscal, o representante da empresa Geopav encaminhou ao Posto Fiscal o DANFE nº 22920, em que se formalizava o negócio jurídico realizado entre as partes.

Percebe-se que o documento foi emitido no mesmo dia e após o início da ação fiscal. Esta afirmação não é questionada pela Impugnante, inclusive podendo ser confirmada quando se verifica momento de autorização da Nota Fiscal Eletrônica (Data/Hora de Autorização: 01/12/09 17: 13: 56), enquanto a ação fiscal já havia se iniciada muito tempo antes.

Para confirmar sem sombra de dúvidas a informação de que o DANFE nº 22920 foi emitido após o início da ação fiscal, o Fisco carrou aos autos cópia da conta telefônica do Posto Fiscal do mês de dezembro de 2009, sendo que, na página 03 da referida conta, consta dois telefonemas que foram realizados do Posto para a Impugnante no dia 01/12/09.

Neste contexto, foram realizadas duas ligações para a Geopav em João Pinheiro, ligações feitas para o telefone (38) 3561-4400, visualizável na NF nº 000117, sendo a primeira às 15 horas e 27 minutos e a segunda às 16 horas e 29 minutos, enquanto o DANFE foi emitido somente a partir de 17 horas e 13 minutos, que é a hora da autorização constante da nota fiscal eletrônica.

Assim, não resta dúvida de que sua emissão se deu após o início da ação fiscal com o intuito de regularizar a situação.

Por outro lado, a Impugnante afirma que teria um prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar ou não a compra da máquina. Tal afirmação, no entanto, não é absoluta, tendo em vista o que dispõe a legislação que rege a espécie.

Com efeito, assim dispõe o RICMS/02:

CAPÍTULO V

Da Suspensão

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 18. Ocorre a suspensão no caso em que a incidência do imposto fica condicionada a evento futuro.

§ 3º - Na documentação fiscal relativa à operação com suspensão, será consignada a expressão: "Operação com suspensão da incidência do ICMS nos termos do item (indicar o número do item) do Anexo III do RICMS.

Art. 19 - A incidência do imposto fica suspensa nas hipóteses previstas no Anexo III ou e nas operações internas autorizadas mediante regime especial concedido pelo Diretor da Superintendência de Tributação (SUTRI).

ANEXO III

DA SUSPENSÃO

(a que se refere o artigo 19 deste Regulamento)

7 - Saída de mercadoria, remetida para fins de demonstração, no Estado, observado o disposto nas notas "1" a "4" ao final deste Anexo e no Capítulo LXI da Parte 1 do Anexo IX.

NOTAS:

1 - nas hipóteses dos itens 2, 4, 7 e 8, o retorno deverá ocorrer dentro de 60 (sessenta) dias, contados da respectiva remessa, prazo este que poderá ser prorrogado, a critério da autoridade fazendária a que o remetente estiver circunscrito.

.....

3 - *Ocorrendo a transmissão de propriedade de mercadoria nos casos dos itens 1, 2, 4, 7 e 8, antes de expirado o prazo para seu retorno e sem que ela tenha retornado ao estabelecimento de origem:*

a - o estabelecimento transmitente deverá emitir nota fiscal em nome do destinatário, com destaque do imposto, mencionando o número, série, data e valor do documento fiscal emitido por ocasião da saída originária, e a observação de que a emissão se destina a regularizar a transmissão da propriedade;" (grifo nosso)

Por sua vez, o Código Tributário Nacional – CTN, estabelece:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - Tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; (grifo nosso)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Resolução nº 3111/00, citada pela Geopav, não tem aplicação ao caso concreto, por tratar de movimentação de bens usados, movimentados pelas construtoras e outros estabelecimentos, enquanto o caso dos autos cuida de mercadoria nova.

Restou, portanto, confirmada e caracterizada a transmissão de propriedade do equipamento, configurando a realização do fato gerador da obrigação tributária.

No tocante aos questionamentos sobre princípios constitucionais não cabe a esta Casa analisar, por força óbice contido no art. 110 do RPTA/MG.

Quanto à emissão do DANFE nº 22920, emitido e apresentado após o início da ação fiscal, este não tem o efeito de regularização da operação, uma vez que emitido após o início da ação fiscal.

A coobrigação da BRASIF encontra-se perfeitamente demonstrada nos autos, com fundamentos nos dispositivos a seguir transcritos:

Lei Estadual 6.763/75:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

Da Responsabilidade Tributária

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;

Lei complementar 87/1996:

Art. 5º. A Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

CTN:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

RICMS/2002:

Art. 56. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais, inclusive multa por infração para a qual tenham concorrido por ação ou omissão:

(...)

XI - qualquer pessoa, quando seus atos ou omissões concorrerem para o não-recolhimento do tributo devido por contribuinte ou por responsável.

Relativamente à indicação de novos dispositivos vinculando os sujeitos passivos, não se trata de novo Auto de Infração, mas de reemissão do lançamento, em hipótese admitida pela legislação mineira, conforme previsão contida no § 1º do art. 120 do RPTA/MG que assim prescreve:

Art. 120. Recebida e atuada a impugnação com os documentos que a instruem, a repartição fazendária competente providenciará, conforme o caso:

I - a manifestação fiscal, no prazo de 15 (quinze) dias, e encaminhará o PTA ao Conselho de Contribuintes;

II - a reformulação do crédito tributário.

§ 1º Caso o lançamento seja reformulado e resulte em aumento do valor do crédito tributário, inclusão de nova fundamentação legal ou material ou alteração da sujeição passiva, será aberto ao sujeito passivo o prazo de trinta dias para impugnação, aditamento da impugnação ou pagamento do crédito tributário com os mesmos percentuais de redução de multas aplicáveis nos 30 (trinta) dias após o recebimento do Auto de Infração.

Finalmente, considerando a emissão extemporânea do DANFE relativo à transmissão de propriedade do equipamento, mas em razão do destaque do imposto, por medida de economia processual, deve o valor do ICMS ser deduzido do montante do crédito tributário apurado no momento de eventual liquidação pelos sujeitos passivos.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Conselheiro