

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.174/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166546-15
Impugnação: 40.010128262-43 (Aut.), 40.010128278-01 (Coob.)
Impugnante: Studio Fotográfico Almir Pastore Ltda
CNPJ: 54.314927/0001-25
Goldesign Comércio de Jóias Ltda Epp (Coob.)
IE: 062174011.00-20
Proc. S. Passivo: Luís Marcelo Galvão de Albuquerque Carvalho (Aut.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – SOLIDARIEDADE. Restou comprovado que os atos e omissões da Autuada concorreram na ocorrência do fato gerador do imposto. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6763/75.

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA DE OPERAÇÃO. Constatado o transporte de mercadorias (jóias) desacobertas de documentação fiscal hábil, em decorrência da desclassificação da nota fiscal apresentada no momento da ação fiscal, por não corresponder à real operação praticada. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, restando comprovado nos autos que a mercadoria pertencia de fato e de direito à empresa emitente da nota fiscal e que estava em retorno de consignação acobertada com nota fiscal emitida antes da ação fiscal, cancelam-se as exigências de ICMS e multa de revalidação, devendo, ainda, adequar a multa isolada aplicada ao § 3º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, para reduzir a multa isolada a 20% (vinte por cento) do seu valor. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, em 13/08/10, de transporte de mercadorias (jóias) desacobertas de documentação fiscal hábil, tendo em vista a desclassificação, pelo Fisco, da Nota Fiscal Eletrônica/DANFE nº 271, com datas de emissão e saída em 24/06/10, emitida pela empresa Goldesign Comércio de Jóias Ltda, estabelecida em Belo Horizonte/MG, apresentada no momento da ação fiscal, por não corresponder à real operação praticada.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnações às fls. 41/52 e 200/209, acompanhadas, respectivamente, dos documentos de fls. 53/199 e 210/247, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 251/257.

Primeiramente, defendem as Impugnantes que a empresa Studio Fotográfico Almir Pastore Ltda não é parte legítima a figurar no polo passivo da obrigação tributária, pois, não tem atividade de compra e venda de jóias, não é contribuinte do ICMS, dedicando, apenas, à prestação de serviços de fotografia a seus clientes.

Informa, a Autuada, que foi contratada para realizar ensaios fotográficos de um conjunto de jóias de propriedade da empresa Goldesign Comércio de Jóias Ltda, as quais recebeu, via SEDEX, acobertadas pela Nota Fiscal Eletrônica/DANFE nº 271, de 24/06/10.

Esclarece que, terminado o serviço, providenciou a devolução das jóias, de São Paulo para Belo Horizonte, quando ocorreu um erro material de sua funcionária que juntou, erroneamente à remessa, a Nota Fiscal nº 271 (emitida pela Goldesign) ao invés da Nota Fiscal nº 000279, de 06/07/10.

Finalizando, tece outros comentários, diz que não houve má fé, que o erro cometido não trouxe prejuízos financeiros ao Estado de Minas Gerais e, ao final, pede o cancelamento da multa isolada com base no art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75.

O Fisco refuta as alegações das Impugnantes dizendo ser incontroverso que as mercadorias foram encontradas sem documentação fiscal regular.

Quanto à inclusão da empresa Studio Fotográfico Almir Pastore Ltda, no polo passiva, diz que a mesma participou ativamente da operação que conduziu ao flagrante fiscal na medida em que recebeu as mercadorias e confessa que as devolveu.

Portanto, do ponto de vista da sujeição passiva, tem-se que a eleição está correta, pois, como dito, a Impugnante/Atuada participou ativamente da operação flagrada pelo Fisco.

Requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Defendem as Impugnantes que o feito fiscal é nulo por cerceamento ao seu direito de defesa, no entanto, não expressam o elemento motivador deste alegado cerceamento.

Assim, considerando que a defesa alega cerceamento, mas não fundamenta tal pleito, tem-se que a colocação é inclusive inepta, pois, falta-lhe causa de pedir e a fundamentação respectiva, até porque, não há nas peças que integram o feito fiscal qualquer elemento que tenha dificultado as Impugnantes na compreensão da imputação *sub examine*.

Isto posto, rejeita-se a prefacial arguida.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre a constatação de transporte de mercadorias (jóias) desacobertas de documentos fiscais, tendo em vista a desclassificação, pelo Fisco, da Nota Fiscal Eletrônica/DANFE nº 271, apresentada na autuação, por referir-se a outra operação.

Merece reforma parcial o presente feito fiscal "*data venia*", pois, a despeito de toda a documentação apresentada que tecnicamente respalda o libelo acusatório, tem-se, de outro lado, que a verdade real dos fatos, satisfatoriamente demonstrada nos autos, sobrepõe a verdade formal.

Assim, a despeito da Nota fiscal Eletrônica/DANFE nº 271 (fls. 05) registrar que a operação ali representada era de "remessa por consignação p/ fora...", ou seja, uma operação absolutamente afeta ao ICMS, vê-se, de outro lado, questões fáticas que rechaçam a incidência do tributo, senão veja-se.

Em primeiro lugar, não é fato controvertido nos autos que as mercadorias autuadas eram de fato destinadas a um prestador de serviços, notadamente a empresa Studio Almir Pastore Ltda, cuja atividade fundamental é "produção de fotografias" (vide SINTEGRA de fls. 58), ou seja, o destinatário não é contribuinte do ICMS.

Em segundo lugar, vê-se ainda que a quantidade de mercadorias autuadas não é nem mesmo expressiva ao ponto de serem consideradas como mercadorias destinadas a uma operação mercantil ou mesmo um mostruário.

Em terceiro lugar, tem-se, também, que é incontroverso que as mercadorias voltaram a quem as remeteu, notadamente a empresa "Goldesign Comércio de Jóias Ltda", portanto, não se vê no caso vertente, a despeito do documento fiscal apresentado, uma operação de "incidência" do ICMS.

O que de fato se apresenta nos autos é que as mercadorias foram remetidas para que a destinatária, empresa de fotografias, efetivamente "fotografasse as mercadorias" para que a proprietária das mesmas usasse estas fotos como demonstração e divulgação do produto.

"*Data venia*", é esta a verdade real dos fatos que, como informado no início, sobrepõe à verdade formal aqui representada pela expressão "remessa em consignação para fora".

Houve sim, um erro material da empresa Studio Almir Pastore Ltda, ao devolver as mercadorias utilizando a mesma nota fiscal que as recebeu (DANFE nº 271).

Por esta razão, mostra-se patente que não se aplica ao caso vertente a cobrança de ICMS e multa de revalidação considerando que a operação flagrada pelo Fisco não é tributável, sendo, no entanto, correta a exigência da penalidade inculpada no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, pois, como dito, o documento fiscal apresentado não é instrumento válido a tal mister, o que configura e demonstra o desacobramento fiscal. Contudo, deve-se adequa-la ao disposto no § 3º do citado artigo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, uma vez que ficou constatado que a Autuada não é reincidente conforme informação de fls. 270 e que a infração não resultou em falta de pagamento de imposto, é cabível a aplicação do permissivo legal, conforme disposto no § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, para reduzir a multa isolada remanescente a 20% (vinte por cento) do seu valor.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o ICMS e a multa de revalidação e adequar a multa isolada aplicada ao § 3º do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Alberto Ursini Nascimento e Ricardo Wagner Lucas Cardoso (Relator), que o julgavam parcialmente procedente, para adequar a alíquota à operação interestadual e, também, para adequar a multa isolada aplicada ao § 3º do art. 55 da Lei nº 6.763/75. Em seguida, por maioria de votos, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, para reduzir a multa isolada a 20% (vinte por cento) do seu valor. Vencido o Conselheiro Ricardo Wagner Lucas Cardoso (Relator), que não acionava o permissivo legal. Designado relator o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Revisor). 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 dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 21 de janeiro de 2011.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator/Designado

ACR/EJ

—

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.174/11/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000166546-15	
Impugnação:	40.010128262-43 (Aut.), 40.010128278-01 (Coob.)	
Impugnante:	Studio Fotográfico Almir Pastore Ltda CNPJ: 54.314927/0001-25 Goldesign Comércio de Jóias Ltda Epp (Coob.) IE: 062174011.00-20	
Proc. S. Passivo:	Luís Marcelo Galvão de Albuquerque Carvalho (Aut.)	
Origem:	DFT/Belo Horizonte	

Voto proferido pelo Conselheiro Ricardo Wagner Lucas Cardoso, 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.

Trata-se de discordância quanto à caracterização da operação realizada por "Studio Almir Pastore Ltda", localizado em São Paulo, de remessa de jóias de seu estabelecimento com destino, segundo informações dos Impugnantes, a Goldesign Comércio de Jóias Ltda, situado em Belo Horizonte.

Da análise dos autos, extraem-se alguns fatos incontroversos, quais sejam:

a) não havia documento fiscal hábil para acobertar a remessa de São Paulo a Belo Horizonte;

b) o Fisco encontrou junto às mercadorias o DANFE, de fls. 5/6, relativo à NF-e nº 271 emitida em 24/6/2010, que retratava uma operação de "remessa em consignação para fora do Estado" de jóias de Goldesign Comércio de Jóias Ltda para o Studio Almir Pastore Ltda, sem destaque do imposto;

c) conforme fls. 8/9, nos volumes da encomenda constavam como remetente e destinatário nomes de pessoas físicas, consignado, inclusive, como local de destino da mercadoria, um endereço residencial em Belo Horizonte, nos seguintes termos:

Remetente: "Almir Pastore" - mesmo endereço de Stúdio Almir Pastore Ltda.

Destinatário: "Gildete Soares" - endereço residencial do sócio administrador da Goldesign Comércio de Jóias Ltda, consoante fls. 12 e 17.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d) Fisco arbitrou os valores das mercadorias com base no DANFE encontrado na encomenda, cuja descrição das mercadorias coincidia com aquelas encontradas desacobertadas.

Inicialmente, cabe observar que o simples fato de na encomenda constarem como remetente e destinatário nomes de pessoas físicas e a entrega em endereço residencial abala sobremaneira a presunção de boa fé dos envolvidos, pois tal expediente faz pressupor não se tratar de operação envolvendo o trânsito de mercadoria entre estabelecimentos, o que importaria severo prejuízo ao controle fiscal.

Porém, no caso em tela, a Fiscalização, não satisfeita com tal informação, analisou o volume e verificou o real teor de seu conteúdo e a ausência da documentação fiscal hábil.

A Impugnante "Studio Almir Pastore Ltda" apresenta posteriormente à ação fiscal, às fls. 62, uma nota fiscal que, segundo ela, teria sido emitida para acobertar o retorno da mercadoria ao estabelecimento da Goldesign Comércio de Jóias Ltda, mas que por erro da funcionária foi trocada, no momento da devolução dos produtos, pelo DANFE relativo à NF-e nº 271. Ressalte-se que não há qualquer elemento nos autos que indique a pré-existência da nota fiscal ao momento da ação fiscal.

A apresentação intempestiva da nota fiscal de fls. 62 indica que o remetente estabelecido no Estado de São Paulo reconhece a necessidade de sua emissão para fins de acobertamento da operação. Tal situação é de suma importância para efeito de caracterizá-lo como contribuinte ou não do ICMS, pelas razões que se seguem.

Tomando-se os CFOP dos documentos fiscais juntados aos autos (DANFE relativo à NF-e 271 de fls. 5/6 e nota fiscal nº 279 de fls. 62), os estabelecimentos neles consignados retratavam uma operação de remessa em consignação mercantil, o que caracteriza uma operação de circulação de mercadoria envolvendo contribuintes do ICMS. Saliente-se que, nessa hipótese, ambas as notas fiscais deveriam destacar o imposto, consoante Cláusulas primeira e quarta do Ajuste SINIEF nº 02/93, regulamentado em Minas Gerais pelos arts. 254 e 255 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, o que não ocorreu.

Se levarmos apenas em consideração a alegação dos autuados, em sede de Impugnação, de que, contrariamente ao consignado na NF-e 271 (fls. 5/6), se tratava de uma remessa para fins de ensaio fotográfico com posterior retorno das mesmas mercadorias, temos que a legislação tributária a ser observada é a da hipótese de remessa para fins de demonstração, prevista no Ajuste SINIEF nº 08/08, e regulamentado na legislação mineira nos arts. 453 e 457 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, nos seguintes termos:

Ajuste SINIEF nº 08/08

Cláusula segunda. Considera-se demonstração a operação pela qual o contribuinte remete mercadorias a terceiros, em quantidade necessária para se conhecer o produto, desde que retornem ao estabelecimento de origem em 60 dias.

Conforme o Ajuste SINIEF (inciso III da Cláusula quarta c/c parágrafo único da Cláusula sétima) e a legislação mineira (inciso III do § 1º do art. 453 c/c art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

457 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02), na remessa interestadual para fins de demonstração, o contribuinte deve emitir o documento fiscal com destaque do imposto, sendo a sua devolução acobertada pela mesma nota fiscal de remessa, desde que o destinatário não seja contribuinte do imposto, ou, caso o seja, por nota fiscal emitida por este último com destaque do imposto.

Ora, relevando os CFOP consignados nos documentos fiscais, e acolhida a argumentação dos Impugnantes de que a remessa era para fins de demonstração, com o intuito de prestação de serviço de fotografia, ao apresentar a nota fiscal nº 279 (fls. 62) com a pretensão de demonstrar que houve a emissão do documento fiscal para o acobertamento da devolução das jóias, o emitente estabelecido em São Paulo se coloca na condição de contribuinte do ICMS, não obstante a declaração em contrário em sede de Impugnação, mas sem qualquer elemento material que a corrobore.

Como exposto, a emissão de documento fiscal pelo destinatário para acobertar devolução interestadual de mercadoria remetida para fins de demonstração somente é prevista na hipótese de o mesmo ser contribuinte do ICMS, o que somada à inadmissão, no ordenamento jurídico pátrio, da alegação de desconhecimento da legislação, impõe a sua caracterização como tal, ainda que tenha por atividade principal a produção de fotografias.

Nesses termos, a exigência do imposto encontra respaldo no inciso III do § 1º do art. 453 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, pois em ambos os documentos fiscais não havia destaque do imposto, o que era devido a este Estado no momento da remessa das mercadorias para demonstração.

No entanto, o Fisco exigiu a alíquota de 18% (dezoito por cento), caso em que o imposto a ser exigido é o referente à aplicação da alíquota interestadual entre contribuintes, qual seja, de 12% (doze por cento), tendo em vista o conhecimento pelo Fisco da origem da mercadoria, o que determina a adequação da multa isolada prevista no inciso II do *caput* ao disposto no § 3º, ambos do art. 55 da Lei nº 6.763/75, motivo pelo qual julgo parcialmente procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 21 de janeiro de 2011.

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Conselheiro