

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.161/13/CE Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174452-20
Recurso de Revisão: 40.060134732-33
Recorrente: 1ª Câmara de Julgamento
Recorrida: Votorantim Metais Zinco S.A.
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR - FALTA DE DESCRIÇÃO CLARA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Nos termos do inciso IV do art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, o Auto de Infração deve conter a descrição clara e precisa da motivação do lançamento, bem como de suas circunstâncias. Havendo divergência entre o embasamento fático sob o qual foi erigida a ação fiscal e a realidade dos fatos discutidos nos autos, não há como considerar válido o Auto de Infração sob o ponto de vista formal. Declarado nulo o lançamento. Mantida a decisão da Câmara a quo. Recurso de Revisão conhecido e não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação tem como origem a imputação fiscal de que a Contribuinte/Recorrida realizou operações de venda com utilização indevida do instituto do diferimento previsto no art. 8º, Parte Geral c/c item 26 do Anexo II, ambos do RICMS/02, em razão do produto comercializado “Óxido de Zinco 75%”, após processado pelo destinatário PIGMINAS-Pigmentos Minas Gerais Ltda – IE 411.726105-00.30 e 647.726105.01-79, ter tomado destinações variadas em relação àquelas especificadas em regulamento.

Exige-se o ICMS devido na operação e a corresponde Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 21.257/13/1ª, pelo voto de qualidade, declarou nulo o lançamento.

Conforme art. 163, § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a 1ª Câmara de Julgamento interpõe de ofício o Recurso de Revisão.

Em sessão realizada em 27/06/13, presidida pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, em preliminar, a unanimidade conheceu o Recurso de Revisão. Também em preliminar, nos termos da Portaria nº 04/01, deferiu-se o pedido de vista do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

processo formulado pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 11/10/13.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Relator), José Luiz Drumond (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Luciana Mundim de Mattos Paixão que negavam provimento ao Recurso de Revisão. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Bruno Sartori de Carvalho Barbosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se aquela decisão, com as adequações pertinentes, conforme a seguir.

Conforme relato, trata o presente feito de imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista que a Recorrida promoveu venda de mercadoria, com utilização indevida do instituto do diferimento.

Insta salientar a redação do relatório do Auto de Infração:

“Constatou-se mediante Verificação Fiscal Analítica na escrita do contribuinte que o mesmo realizou operações de venda com utilização indevida do Diferimento previsto no Art. 8-P. Geral c/c Item 26 do Anexo II – RICMS/MG aprovado pelo Dec. 43.080/02 em razão do produto comercializado “Óxido de Zinco 75%” após processado pelo destinatário “PIGMINAS-Pigmentos Minas Gerais Ltda – IE 411.726105-00.30 e 647.726105.01-79, tomaram destinações variadas em relação àquelas especificadas em Regulamento para justificarem o diferimento, ficando assim comprovada a descaracterização do benefício fiscal invocado, o que torna as operações representadas pelas notas fiscais constantes do Anexo 1 deste Auto de Infração normalmente tributadas. Esta autuação está espelhada na decisão proferida pelo CC/MG mediante o Acórdão 3391/08/CE relativo ao Auto de Infração n.02.000213519-09, parametrizado para o mesmo emitente, mesmo destinatário de igual CNAE-F (2449-1/99-Metalurgia de outros metais não-ferrosos e suas ligas não especificadas), para o mesmo produto e referente às operações de vendas desta feita para o período 06/2007 a 12/2011”.

Para melhor entendimento, transcreve-se as disposições do item 26 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/02, em comento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO DIFERIMENTO

(a que se refere o art. 8º deste Regulamento)

ITEM	HIPOTHESES/CONDIÇÕES
26.1	Para o efeito do disposto neste item, é condição que a mercadoria: a) esteja registrada nos órgãos competentes do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e o número do registro seja indicado no documento fiscal, quando exigido; b) tenham rótulo ou etiqueta de identificação; c) tenha sido acobertada com documento fiscal no qual conste a expressão: "Mercadoria de produção mineira - ICMS diferido - Item 26 da Parte 1 do Anexo II do RICMS".

26.2 Tratando-se de produto de produção e para consumo próprios, inclusive em sistema de produção integrada, mediante contrato formalmente celebrado, fica dispensado o atendimento das condições previstas nas alíneas "a" e "b" do subitem anterior.

Da redação do Auto de Infração, verifica-se que, não obstante o Fisco ter mencionado utilização indevida do diferimento por parte da Votornatim, o foco de sua atenção diz respeito às saídas da empresa Pigminas, destinatária das mercadorias.

Por conseguinte, foi esse o cerne da contenda dos autos, conforme passa-se a discorrer.

Na peça impugnatória, a Recorrida/Autuada defende a nulidade do lançamento manifestando-se, com grifos no original, *in verbis*:

1. Ocorre que **a fiscalização se limitou a afirmar que a adquirente do óxido de zinco havia dado ao produto destinação diversa daquelas que autorizam o diferimento, mas não fez qualquer prova de sua alegação.** (fl. 148);

2. Com efeito, **para que fosse comprovada a alegada destinação incorreta do produto, era imprescindível que a fiscalização realizasse diligência no estabelecimento da adquirente e verificasse *in loco* como o produto é empregado, o que não foi feito.** (fl. 148);

3. Assim, por vício de motivação, consistente na ausência de comprovação dos pressupostos fáticos que embasaram o lançamento, o Auto de Infração em tela afigura-se manifestamente nulo, devendo ser cancelado por este E. Conselho de Contribuintes (fl. 150).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante ao mérito, argumenta que a Pigminas tem autorização do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) para produzir óxido de zinco a ser utilizado como fertilizante mineral simples e como aditivo nutricional. Ou seja, o óxido de zinco saído do estabelecimento da Impugnante é de fato empregado pela Pigminas como fertilizante e como suplemento para ração animal, e não se exige, para fins de diferimento, que a operação se dê diretamente para quem empregará o produto no setor agropecuário.

Ao final, destaca que “*como se não bastasse, de forma a afastar qualquer dúvida acerca da utilização dada ao óxido de zinco pela PIGMINAS, colaciona-se aos autos declaração da empresa, atestando o emprego do óxido de zinco nos setores agrícola e da pecuária, nos termos da previsão dos itens 25 e 26 do Anexo II do RICMS.*”

Por sua vez, em manifestação fiscal, o Fisco sustenta o feito sob os seguintes argumentos, *in verbis*:

Ao contrário do que alega o digno representante da autuada, a adquirente PIGMINAS-PIGMENTOS MINAS GERAIS LTDA praticou a compra do produto Oxido de Zinco 75% que após seu beneficiamento obteve outros subprodutos vendendo-os a diversos destinatários também com atividades variadas porém, conforme constatamos através das notas fiscais por ela emitidas, não se verificou sequer em todo período abrangido pela fiscalização, uma unidade sequer de ração animal nos termos definidos na legislação para justificar o tratamento fiscal do diferimento. (fl. 219)(grifou-se);

Consta do Cadastro de Contribuintes de M. Gerais junto ao Banco de Dados desta Secretaria de Estado de Fazenda a atividade **preponderante** CNAE 24.49-1 – METALURGIA DOS METAIS NÃO-FERROSOS E SUAS LIGAS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE e como atividade **específica** 24.49-1/99 – METALURGIA DE OUTROS METAIS NÃO-FERROSOS E SUAS LIGAS NÃO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE, portanto a atividade de venda de rações nem sequer consta de seu cadastro. (fl. 220);

Ficou constatado também Notas Fiscais vinculadas às saídas dos produtos comercializados à partir da industrialização do Oxido de Zinco 75% (diversos outros produtos como por exemplo Óxido de Zinco 20%, Sulfato de Zinco 35%, óxido de Zinco 80% etc. destinados a adquirentes cujas atividades são diversas em relação à agricultura ou pecuária. (fl. 220).

Pelo exposto, tem-se que o Fisco menciona descaracterização do diferimento considerando o fato de que as saídas da Pigminas não são destinadas para uso na pecuária, aquicultura, cunicultura ou ranicultura, conforme mandamento legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, sob o ponto de vista da análise das operações promovidas pela Pigminas, em sendo objeto do lançamento as notas fiscais da empresa remetente, Votorantim, a questão remete à discussão, não de descaracterização de diferimento, como mencionado, mas de encerramento do diferimento, nos termos do inciso I do art. 12 da Parte Geral do RICMS/02:

Art. 12. Encerra-se o diferimento quando:

I - a operação com a mercadoria recebida com o imposto diferido, ou com outra dela resultante, promovida pelo adquirente ou destinatário daquela, não estiver alcançada pelo diferimento, for isenta ou não for tributada;

Destaca-se que, se assim o fosse, o recolhimento do imposto diferido caberia ao contribuinte que promovesse a operação que encerrasse a fase do diferimento:

Art. 13. O recolhimento do imposto diferido será feito pelo contribuinte que promover a operação ou a prestação que encerrar a fase do diferimento, ainda que não tributadas.

Entretanto, não é a empresa Pigminas a empresa autuada.

Conclui-se, portanto, sob esse aspecto, existir, no lançamento, inconsistência fática entre o que foi efetivamente discutido nos autos (operações de saída da Pigminas) e o que foi autuado (operações de saída da Votorantim).

Não fosse o bastante, outra questão, ainda mais grave, ocasiona vício no lançamento.

Conforme relatório do Auto de Infração acima transcrito, esta autuação está espelhada na decisão proferida pelo CC/MG, mediante o Acórdão nº 3.391/08/CE relativo ao Auto de Infração nº 02.000213519-09.

Ocorre, entretanto, que a inteligência da decisão constante do acórdão mencionado tem por escopo:

- 1- as operações de saída da Votorantim e não, as operações de saída da Pigminas;
- 2- a descaracterização do diferimento, na medida em que as condições dos itens 25 e 26 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/02 não foram cumpridas;
- 3- as condições não cumpridas referem-se exatamente ao fato de que as mercadorias não se destinavam “para uso na pecuária, aquicultura, cunicultura ou ranicultura”, já que eram comercializados como insumo de produtos industrializados.

Aliceça a conclusão retro o seguinte excerto do Acórdão nº 3.391/08/CE:

COMO BEM AFIRMA A IMPUGNANTE , O ÓXIDO DE ZINCO É INSUMO PARA A FABRICAÇÃO DE RAÇÃO BALANCEADA E FERTILIZANTE.

TODAVIA, A HIPÓTESE E AS CONDIÇÕES PARA QUE A OPERAÇÃO ESTEJA AMPARADA PELO DIFERIMENTO NÃO É A CONDIÇÃO DE INSUMO PARA PRODUÇÃO DE RAÇÃO BALANCEADA OU FERTILIZANTE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NESSE SENTIDO, O QUE SE VERIFICA DOS AUTOS, COM SEGURANÇA, É QUE A CONDIÇÃO DOS ITENS 25 E 26, DO ANEXO II DO RICMS/02 NÃO FORAM CUMPRIDAS.(GRIFOU-SE).

Saliente-se a importância de que o lançamento faça obediência aos ditames do art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – (RPTA), o que não corre *in casu*, conforme depende-se da transcrição a seguir:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

(...)

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

(...).(grifou-se).

Posto isso, conclui-se que o lançamento padece de um vício que macula a legitimidade do lançamento, pois o fato sob o qual foi erigida a ação fiscal, não está condizente com a realidade dos fatos discutidos nos autos, uma vez ser incompatível a materialidade da infração com o que foi narrado na exordial. Ou seja, não há subsunção do fato concreto à hipótese de encerramento do diferimento.

Por conseguinte, é nulo o Auto de Infração, nos termos da inteligência do disposto no art. 89, acima transcrito, c/c o art. 92 do RPTA, que prescreve que não será nulo quando houver elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração, que não é o caso:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida. (Grifou-se)

Ressalte-se, finalmente, que a nulidade do lançamento não traz *prima facie* prejuízos à Fazenda Pública Estadual, porque o Fisco pode sanar os vícios, renovar a ação fiscal e constituir o crédito tributário mediante novo lançamento, observado os limites legais impostos.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 18/10/13. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, à unanimidade, em negar-lhe provimento. Assistiram ao julgamento, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cavalcanti e, pela Recorrida, o Dr. Alex Bruno Souza Vieira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Ivana Maria de Almeida, Antônio César Ribeiro e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 25 de outubro de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Sauro Henrique de Almeida
Relator**

ml