

Acórdão: 4.949/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000397696-56
Recurso de Revisão: 40.060144307-24
Recorrente: SIMAR-Siderúrgica Maravilhas Ltda
IE: 397250006.00-50
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Henrique Machado Rodrigues de Azevedo/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, nos exercícios de 2013 e 2014, decorrentes da constatação de manutenção nas contas do Passivo (Adiantamento de Clientes, Contas a Pagar Credores Diversos e Capital Social) de saldos que não tiveram a origem comprovada, presunção autorizada pelo disposto no art. 49, § 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 194, § 3º, do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” (20%), ambos da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.517/17/3ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para excluir das exigências fiscais o saldo da conta 2.1.1.10.0003 - Contas a Pagar Credores Diversos – Motors Comércio de Veículos e Peças, em 31/12/13, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 357/385.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.359/12/3ª, 20.840/12/1ª, 20.666/12/3ª, 20.847/12/1ª, 20.100/13/2ª, 4.015/13/CE, 22.148/16/3ª, 20.177/13/2ª e 20.033/13/2ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 388/401, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, se ao mérito chegar o exame do presente recurso, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações de estilo.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nºs 20.359/12/3ª, 20.840/12/1ª, 20.666/12/3ª, 20.847/12/1ª, 20.100/13/2ª, 4.015/13/CE, 22.148/16/3ª, 20.177/13/2ª e 20.033/13/2ª.

Cumpre ressaltar, *a priori*, que a decisão proferida no Acórdão nº 20.359/12/3ª foi publicada no Diário Oficial em 24/03/12, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, proferida no Acórdão nº 22.517/17/3ª, disponibilizada no Diário Eletrônico da SEF/MG em 19/07/17, sendo considerada publicada no primeiro dia útil seguinte, ou seja, em 20/07/17.

Nesse sentido, resta prejudicada a análise quanto a possível divergência jurisprudencial, com fulcro na previsão contida no inciso I do art. 165 do RPTA, *in verbis*:

Art. 165. Relativamente ao Recurso de Revisão interposto com fundamento no art. 163, II, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto;

(Grifou-se)

Por sua vez, as decisões proferidas nos Acórdãos n^{os} 20.840/12/1^a, 20.666/12/3^a e 20.847/12/1^a, publicadas respectivamente em 07/09/12, 10/11/12 e 28/07/12, encontram-se aptas a serem analisadas quanto aos pressupostos de admissibilidade, em relação ao aspecto temporal.

Salienta-se que a decisão proferida no Acórdão n^o 20.100/13/2^a foi submetida à apreciação, em sede recursal, pela Câmara Especial deste Órgão Julgador, porém não sofrendo qualquer alteração, conforme decisão proferida no Acórdão n^o 4.132/13/CE (“*não conhecimento do Recurso*”), estando, portanto, apta a ser analisada quanto aos pressupostos de cabimento do presente Recurso de Revisão.

As decisões proferidas nos Acórdãos n^{os} 20.840/12/1^a, 20.666/12/3^a, 20.847/12/1^a, 22.148/16/3^a, 20.177/13/2^a, 4.015/13/CE e 20.033/13/2^a são definitivas na esfera administrativa.

Passa-se, pois, à análise quanto aos pressupostos de cabimento do Recurso.

No que se refere às decisões proferidas nos Acórdãos n^{os} 20.840/12/1^a, 20.666/12/3^a, 20.847/12/1^a, 20.100/13/2^a e 4.015/13/CE, a Recorrente sustenta divergência, em relação à decisão recorrida, no aspecto de aplicação de alíquota média para a exigência de ICMS sobre as saídas desacobertadas de documentos fiscais decorrentes da caracterização da ocorrência de passivo fictício.

Entende que, na eventualidade de ser considerada procedente a acusação fiscal de passivo fictício, deve ser levada em consideração a aplicação da alíquota média na presunção de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Nesse sentido, entende que todas essas decisões caracterizam divergência, nesse aspecto, em relação à decisão recorrida.

Para efeito de análise, necessário trazer os fundamentos das decisões relativamente à matéria:

Decisão recorrida: Acórdão n^o 22.517/17/3^a

A Impugnante alega ainda que o crédito tributário apurado não está em conformidade com as alíquotas praticadas por ela, visto que a mesma comercializa mercadorias sujeitas a outras alíquotas, isentas não tributadas e sujeita à substituição tributária. Apesar disso, a Fiscalização adotou a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Entretanto, a alíquota adotada pelo Fisco está correta e fundamentada na legislação tributária. O art. 195, § 2^o, inciso V, alínea “b” do RICMS/02 prevê para as situações onde é impossível identificar a natureza das operações desacobertadas apuradas (se internas, interestaduais ou de exportação), que seja aplicada a alíquota interna vigente.

A norma ínsita no art. 12, § 71, inciso I da Lei nº 6.763/75, introduzido na Lei nº 6.763/75 pela Lei nº 20.540, de 14 de dezembro de 2012, assim dispõe:

Art. 12 (...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

Depreende-se da leitura do art. 12, § 71 da Lei nº 6.763/75, que a alíquota de 18% (dezoito por cento) se aplica aos lançamentos nos quais o valor das operações ou das prestações é arbitrado pela autoridade fiscal (art. 51 da Lei nº 6.763/75) ou amparado nas presunções legais de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, conforme autorização prevista na Lei nº 6.763/75 (art. 49, § 2º), que é o caso da irregularidade consubstanciada nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais apuradas nos presentes autos.

Como a Impugnante não especificou as operações realizadas, apenas se deteve em afirmar que 20% (vinte por cento) do seu faturamento seria composto por exportações, correta a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento), nos termos do dispositivo acima transcrito.

(Grifou-se)

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 20.840/12/1ª

Quanto à aplicação da alíquota, foi apurada a média mensal, com base nas informações constantes das Declarações de Apuração e Informação do ICMS – DAPI.

A adoção dessa metodologia se mostrou mais benéfica ao Contribuinte, tendo em vista que a legislação prevê para tais situações, as quais é impossível identificar a natureza das operações desacobertadas (se internas, interestaduais ou de exportação), que será aplicada a alíquota interna vigente, em consonância com o art.

195, § 2º, inciso V, alínea “b” do RICMS/02 – Parte Geral, que prescreve:

Art. – 195

(...)

§ 2º Relativamente a cada período, observadas as normas de apuração do imposto, serão discriminados na verificação fiscal o débito e o valor a ser abatido sob a forma de crédito, decorrentes das operações ou das prestações realizadas ou utilizadas pelo contribuinte, observando-se que:

(...)

IV - o débito encontrado no exercício será objeto de demonstração à parte, onde será desdobrado em valores por período de apuração, devendo ser exigido por meio de AI, com aplicação das penalidades cabíveis e demais acréscimos legais;

V - na hipótese do inciso anterior, havendo impossibilidade:

a) de se determinar o período em que as respectivas operações ou prestações tenham ocorrido, as mesmas serão consideradas como ocorridas no último mês do exercício;

b) de se caracterizar a sua natureza (internas, interestaduais ou de exportação), será aplicada a alíquota vigente para as operações ou as prestações internas sobre a base de cálculo respectiva; (grifou-se)

A alíquota aplicável às saídas realizadas pela Autuada é a prevista no art. 42 do RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

a) 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviço de comunicação, observado o disposto no §19 deste artigo, e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

d) 7% (sete por cento), nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

Uma vez que a técnica idônea adotada pela Fiscalização não permite determinar cada mercadoria que foi comercializada sem a devida emissão das notas fiscais, nada mais razoável que utilizar as alíquotas declaradas pelo próprio contribuinte por meio das Declarações de Apuração e Informação do Imposto – DAPIs.

Ao fazer o cálculo da alíquota média, a Fiscalização obedeceu estritamente ao disposto no art. 42 do RICMS/02, uma vez que ao utilizar o imposto debitado e valor contábil das DAPIs para determinação das alíquotas aplicáveis, a Fiscalização nada mais faz do que promover uma média matemática entre as alíquotas efetivamente praticadas pelo contribuinte, constantes no art. 42 do RICMS/02 e, excluir todos os percentuais de vendas relativos à substituição tributária, isenção e não incidência. Uma vez que a alíquota foi determinada por meio de uma divisão entre o imposto devido e declarado pelo contribuinte e o valor contábil da operação (ambos das DAPIs), resta comprovado que o procedimento fiscal é idôneo e respaldado pela legislação tributária vigente. Sendo assim, não há que se falar em analogia.

(Grifou-se)

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 20.666/12/3^a

Considerando o ramo de atividade da Autuada, o Fisco buscou as alíquotas aplicáveis previstas no art. 42 da Parte Geral do RICMS/02 de conformidade com a documentação de saídas disponibilizada. Como não houve movimentação econômica declarada pela Empresa no exercício de 2007, a alíquota média utilizada se fundamentou nos dados constantes das notas fiscais de saída do exercício de 2008 (Anexo 9 - fls. 421/443), mediante a proporção entre o ICMS debitado e o valor contábil, expurgadas as operações sem tributação e sujeitas à substituição tributária.

Nota-se que esse procedimento de elaboração do multiplicador médio foi corretamente empregado pelo Fisco e demonstrado com a elaboração da planilha “Demonstrativo do Cálculo da Alíquota Média conforme Notas Fiscais de Saídas de 2008”, apresentada no Anexo 5, às fls. 58/62 dos autos.

Observa-se, com a metodologia empregada, a busca pela justiça na tributação das operações omitidas para o Fisco, considerando-se as diversas situações tributárias apresentadas nas notas fiscais emitidas pela empresa, quando assim o fez.

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita a Contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades conforme previsto no citado art. 42, Parte Geral do RICMS/02, tornando-se mais viável e justo, para o caso sob enfoque, a utilização do multiplicador médio.

(Grifou-se)

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 20.100/13/2ª

No tocante às argumentações sobre o cálculo do imposto, a Impugnante reclama, sem razão, da adoção dos percentuais apurados mediante análise de sua escrita fiscal.

Sendo evidente que os controles internos não identificam os produtos comercializados, não é possível apurar a alíquota para cada venda realizada, razão pela qual o Fisco adota, corretamente, os percentuais apurados na escrita fiscal, para as saídas tributadas pelas diversas alíquotas e o montante lançado a título de substituição tributária.

Registre-se que sobre a parcela apurada como venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, não há exigência de ICMS, cobrando-se apenas a multa isolada.

Exigir que o Fisco identifique a correta alíquota na operação, em se tratando de apreensão de documentos extrafiscais, é sustentar-se na própria torpeza, de modo a inibir o lançamento tributário.

Cumprir destacar que apenas no exercício de 2008 o Fisco adotou os percentuais de carga tributária idênticos em todo o período, em decorrência do arbitramento realizado em face da ausência de indicação das alíquotas nos cupons fiscais. Nesse caso, o Fisco apurou a média por carga tributária realizada nos meses subsequentes (janeiro de 2009 a outubro de 2011).

De modo diverso, no período de janeiro de 2009 a outubro de 2011, o Fisco apurou em cada mês os percentuais de mercadorias comercializadas sob as

diversas alíquotas, inclusive aquelas do regime de substituição tributária.

No caso dos autos, a maior parte da diferença de faturamento apurada pelo Fisco não está sendo tributada neste lançamento, porquanto recai sobre as parcelas de vendas com mercadorias tributadas pelo regime de substituição tributária apenas a exigência de multa isolada.

No exercício de 2008, por exemplo, o percentual apurado como saídas de mercadorias sob o regime de substituição tributária equivale a 47,81% (quarenta e sete vírgula oitenta e um por cento).

Assim, o procedimento fiscal, ao contrário do que afirma a Impugnante, é tecnicamente idôneo, a teor do disposto no art. 53, incisos III e VI da Parte Geral do RICMS/02, bem como se respalda no art. 148 do Código Tributário Nacional - CTN, *in verbis*:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Dessa forma, o critério utilizado pelo Fisco para apuração da alíquota atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, a sistemática de alíquota média destacada nas decisões trazidas pela Defesa está presente dos autos, com a decomposição das parcelas tributadas e não tributadas.

(Grifou-se)

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 20.847/12/1ª

No que tange ao aspecto quantitativo, verifica-se que as alíquotas próprias das operações com os produtos comercializados pela Impugnante (fermentos, farinhas, amidos, féculas e outros produtos para padarias) seriam de 18% (dezoito por cento), 12% (doze por cento) ou de 7% (sete por cento). Assim, correto afigura-se o critério utilizado pelo Fisco na aplicação da alíquota média sobre a base de cálculo apurada, sendo que, nas operações realizadas em 2007, apurou-se a alíquota média de 8,32% (oito inteiros e trinta e

dois décimos por cento) e nas saídas de 2008, a de 7,61% (sete inteiros e sessenta e um décimos por cento).

(Grifou-se)

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 4.015/13/CE

No que tange à solicitação da Recorrente para que seja aplicado o percentual de 8% (oito por cento) como alíquota para cálculo do ICMS exigido, a questão merece uma melhor análise.

Verifica-se no Anexo XII (Demonstrativo do Cálculo da Alíquota de Saída - fls. 166/205) que a Fiscalização buscou aplicar as normas que determinam a redução da base de cálculo para as mercadorias constantes nos documentos fiscais que serviram de base para a autuação.

Oportuno destacar, também, conforme consta nas observações do mencionado demonstrativo, que a metodologia adotada pela Fiscalização em considerar a alíquota de saída igual à alíquota destacada nas notas fiscais de entrada refere-se apenas às operações oriundas de aquisições internas (vide observação às fls. 197).

Lado outro, a Recorrente aponta no Recurso em análise, a título de exemplo, os documentos fiscais relacionados às fls. 262/263, sustentando que a maioria das mercadorias comercializadas, apesar de serem adquiridas com a alíquota de 12% (doze por cento) e de 18% (dezoito por cento), são tributadas na saída pela alíquota de 7% (sete por cento).

Vale observar que dentre os documentos fiscais que serviram de base para a autuação, há notas fiscais referentes a mercadorias sujeitas à ST (por exemplo a NF nº 41663), para as quais somente exigiu-se a multa isolada. Há também documentos fiscais que sequer foram apresentados pela Recorrente (NFs nºs 365022, 4273, 13956, 21290 e 2857, etc.), o que impossibilita o conhecimento da mercadoria e a determinação da alíquota associada.

Todavia, não se pode afirmar que a alíquota destacada nas notas fiscais de entrada, referentes às aquisições internas, seja a mesma alíquota incidente nas saídas das mercadorias do estabelecimento autuado, como entendeu a Fiscalização, ainda mais, levando-se em conta que a Recorrente exerce a atividade econômica classificada no CNAE-F 4712-1/00, o qual

corresponde a “comércio varejista de mercadorias em geral com predominância de produtos alimentícios”.

Assim, deve-se adotar como alíquota, no cálculo do imposto, a carga tributária média (mensal) de saída conforme a escrita fiscal do Contribuinte.

(Grifou-se)

Observa-se que, nos lançamentos referentes às decisões proferidas nos Acórdãos nºs 20.840/12/1^a, 20.847/12/1^a, 20.666/12/3^a e 20.100/13/2^a, a própria Fiscalização aplicou uma forma de alíquota ou carga tributária média para efeito da exigência do imposto nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Nesse sentido, ainda que possa haver algum pronunciamento ou comentário da Câmara de Julgamento relativamente à sistemática adotada, de certo que não houve qualquer tomada de decisão referente à matéria, tendo em vista que a Câmara de Julgamento não tem competência para emendar o lançamento, ou, em outras palavras, não tem competência para lançar.

Dentro desse raciocínio, não se verifica divergência entre as decisões acima listadas e a decisão recorrida, quanto à aplicação da legislação tributária.

Em relação à decisão proferida no Acórdão nº 4.015/13/CE, importante registrar que o lançamento referente a essa decisão foi formalizado em fevereiro de 2012, sendo que a formalização do lançamento relativo à decisão recorrida ocorreu em dezembro de 2015.

Cumprе ressaltar que foi acrescido na Lei nº 6.763/75, pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 31, ambos da Lei nº 20.540, de 14/12/12, o § 71 do art. 12, com **efeitos a partir de 15/12/12**, com a seguinte redação:

Lei nº 6.763/75

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 71. Na hipótese do § 2º do art. 49 e do art. 51, a alíquota será de 18% (dezoito por cento), salvo se o contribuinte:

I - especificar e comprovar, de forma inequívoca, quais as operações e prestações realizadas, caso em que será aplicada a alíquota correspondente;

II - nos últimos doze meses, tiver realizado, preponderantemente, operações tributadas com alíquota superior a 18% (dezoito por cento), caso em que será aplicada a alíquota preponderante.

Diante do exposto e considerando a previsão contida no parágrafo único do art. 144 do CTN (“*aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto,*

neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros”), o lançamento relativo à decisão recorrida deveria, necessariamente, respeitar, como respeitou, a previsão contida na “norma nova” relativa à aplicação de alíquota nas saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, relacionadas às presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais, como no caso em tela de passivo fictício.

Por outro lado, no caso da decisão apontada como paradigma, quando da formalização do lançamento não se encontrava vigente a respectiva norma nova.

Dessa forma, a decisão recorrida confirmou o lançamento nesse aspecto, considerando o entendimento disposto na lei nova, tendo em vista que o Sujeito Passivo “*não especificou as operações realizadas*”.

Por sua vez, a decisão apontada como paradigma afirma que “*... a Recorrente aponta no Recurso em análise, a título de exemplo, os documentos fiscais relacionados às fls. 262/263, sustentando que a maioria das mercadorias comercializadas, apesar de serem adquiridas com a alíquota de 12% (doze por cento) e de 18% (dezoito por cento), são tributadas na saída pela alíquota de 7% (sete por cento) ...*”.

E conclui: “*Assim, deve-se adotar como alíquota, no cálculo do imposto, a carga tributária média (mensal) de saída conforme a escrita fiscal do Contribuinte*”.

Verifica-se, pois, que as decisões divergiram tendo em vista a diferença dos lançamentos.

Nesse sentido, também em relação a essa decisão apontada como paradigma não se verifica divergência, em relação à decisão recorrida, quanto à aplicação da legislação tributária.

Na sequência, a Recorrente aponta outras decisões em que sustenta que a própria Fiscalização levou em consideração, para o cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias desacobertadas, decorrentes da presunção fiscal de passivo fictício, a aplicação de alíquota média.

São elas: Acórdãos nºs 22.148/16/3^a e 20.177/13/2^a.

Porém, como já acima fundamentado, ainda que possa haver algum pronunciamento da Câmara de Julgamento relativamente à sistemática adotada, não há qualquer tomada de decisão referente à matéria, para efeito de caracterização de divergência, entre essas decisões e a recorrida, quanto à aplicação da legislação tributária, tendo em vista que a Câmara de Julgamento não tem competência para lançar.

Por fim, a Recorrente aponta como decisão paradigma a proferida no Acórdão nº 20.033/13/2^a.

Sustenta que na decisão recorrida não foi aplicada, como nessa decisão apontada como paradigma, a limitação da multa isolada nos termos do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, ou seja, a multa não pode ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação.

Dentro desse entendimento, afirma que na decisão recorrida, para efeito de exigência da multa isolada, deveria ter sido aplicado o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da operação e não 20% (vinte por cento), conforme aplicado.

Transcreve, para fundamentar seu entendimento de divergência entre as decisões, a ementa e os fundamentos, referentes à matéria, da decisão apontada como paradigma:

Decisão apontada como paradigma: Acórdão nº 20.033/13/2ª

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - PASSIVO FICTÍCIO. Constatada a manutenção no Passivo, na conta “Empréstimos e Financiamentos a Pagar”, de obrigações cuja origem não restou demonstrada, revelando-se inexistentes, induzindo à presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme art. 194, § 3º do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a multa isolada deve ser adequada ao percentual de 15% (quinze por cento), com fundamento no § 2º do mesmo dispositivo legal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime. (Grifado pela Recorrente)

(...)

No tocante à Multa Isolada aplicada pelo Fisco, com fulcro na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exige-se o percentual de 20% (vinte por cento) aplicado sobre a base de cálculo apurada.

Ocorre, no entanto, que ao apurar o valor do ICMS, o Fisco adotou a carga tributária média e a base de cálculo média para saídas tributadas apuradas no exercício de 2009, sendo essa última equivalente a 11,163351% (onze vírgula dezesseis, trinta e três, cinquenta e um por cento) das saídas desacobertas.

Com isso a base de cálculo apurada para o ICMS equivale a R\$ 302.212,49 (trezentos e dois mil, duzentos e doze reais e quarenta e nove centavos) e o ICMS a R\$ 51.950,32 (cinquenta e um mil, novecentos e cinquenta reais e trinta e dois centavos) ($R\$ 2.707.184,00 \times 11,163351\% \times 17,19\% = R\$ 51.950,32$).

Em decorrência de tal ajuste, aplica-se ao caso o redutor previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, devendo a multa isolada ser adequada ao dispositivo, que assim dispõe:

§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Nesse caso, a multa isolada deve ser ajustada ao percentual de 15% (quinze por cento).

Observando os fundamentos dessa decisão, verifica-se que ela determina, para efeito de exigência da Multa Isolada, prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, a aplicação do percentual de 15% (quinze por cento), com fulcro no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

A decisão reconhece que as operações tributadas compõem aproximadamente 11% (onze por cento) do montante total, sendo, sobre essa parte, exigido o imposto à alíquota de 17,19%, no montante de R\$ 51.950,32.

Não obstante, a decisão determina que se aplique, para efeito de exigência da multa isolada, o percentual de 15% (quinze por cento) sobre **todo** o valor da operação, como “valor mínimo”, totalizando o montante de R\$ 406.077,60, sendo que o valor máximo de 2,5 vezes o valor do imposto importaria no montante da multa de R\$ 129.875,80.

Verifica-se que é uma decisão que determina aplicação da multa no valor mínimo (15%), porém valor esse que ultrapassa o limite máximo da multa de 2,5 vezes o valor do imposto.

Por outro lado, na situação da decisão recorrida não há qualquer abordagem em relação à aplicação do citado § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, tendo em vista que a alíquota do imposto exigida é de 18% (dezoito por cento) e não há saídas relacionadas a operações não tributadas.

A decisão recorrida aborda a alegação levantada pela ora Recorrente de que as operações de saída de ferro gusa estariam alcançadas pela substituição tributária, não devendo haver, por conseguinte, destaque do imposto nessas operações de saída.

Contudo, a decisão fundamenta que em se tratando de presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e não sendo possível identificar a mercadoria e o destinatário, não se aplica a substituição tributária regressiva (ICMS de responsabilidade do destinatário).

Dessa forma, considerando que os lançamentos diferem em suas essências, não se verifica divergência entre as decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Portanto, diante de todo o acima exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves, Eduardo de Souza Assis, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 26 de outubro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Sauro Henrique de Almeida
Relator

R