

Acórdão: 16.468/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114291-94
Impugnante: Malharia Eduardo Limitada
Proc. S. Passivo: Valdir Rodrigues/Outros
PTA/AI: 01.000147280-18
Inscr. Estadual: 223.033488.0093
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – Constatada a saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal. Infração apurada mediante confronto de documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada com as notas fiscais emitidas e escrituradas no LRS. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI (art. 55, II, da Lei 6.763/75).

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – Constatado que a Autuada apropriou-se indevidamente de créditos pela emissão de notas fiscais de entrada referentes a “devolução de mostruário”. Legítimo o estorno efetuado, uma vez não comprovado o efetivo retorno das mercadorias.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTA FISCAL – Constatado cancelamento de notas fiscais em desacordo com o artigo 147 do RICMS/2002. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e MR. Exigência da MI prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6.763/75 mantida parcialmente, tendo em vista a não comprovação, com relação a algumas operações, de que as mercadorias foram entregues sem documento fiscal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS - Comprovado que a Autuada deixou de entregar ou entregou, em desacordo com a legislação tributária, arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais. Correta a aplicação da MI prevista no art. 54, XXXIV, da Lei 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as exigências de ICMS, MR e MI (art. 54, inciso XXXIV, art. 55, II (40 %) e art. 55, II, “a” (20%), da Lei 6.763/75) em razão das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1- saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da empresa (período de 03/2003 a 05/2003);
- 2- remessas e retornos de mercadorias não caracterizados como “demonstração” (período de 01/2002 a 02/2004);
- 3- cancelamentos irregulares de notas fiscais (período de 01/2003 a 09/2003);
- 4- não entrega ou entrega em desacordo com a legislação tributária de arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1938/1951, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1964/1975.

Conforme documentos de fls. 1978/1980, o Fisco alterou o valor do saldo credor remanescente, apurado na Planilha 05, tendo em vista a constatação de erro na apuração anterior (fls. 102/103).

O contribuinte foi devidamente cientificado da alteração procedida (fls. 1981), não sendo necessária a abertura de vistas, já que não houve reformulação do crédito tributário.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1982/1995, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

DAS PRELIMINARES

De início, cumpre salientar que não há que se falar em cerceamento de defesa relativamente à infração apontada no item 2 do Auto de Infração – descaracterização de “remessas e retornos de mercadorias em demonstração”, vez que o Fisco, no Relatório do Auto de Infração (fls. 12), não só descreveu detalhadamente os fatos e procedimentos adotados, como também demonstrou o motivo da cobrança levada a efeito, qual seja, a falta de comprovação do retorno da mercadoria.

O mesmo entendimento se aplica ao item 3 do Auto de Infração - cancelamentos irregulares de notas fiscais. Note-se que os motivos que levaram o Fisco a desconsiderar o cancelamento estão elencados às fls. 13 e 76, bastando uma simples análise das Notas Fiscais para que se tenha uma clara compreensão dos fatos.

Quanto à alegação da Impugnante de que não lhe foi possível obter cópia de todos os documentos apreendidos (fls. 1.949), é de se ressaltar o fato relatado pelo Fisco de que o procurador da empresa, a fim de evitar a reprodução desnecessária de diversos documentos, acordou em requerer, após vistas aos autos, as cópias que entendesse indispensáveis ao seu trabalho, tendo, assim, procedido (fls. 1933 e 1973). Ademais, como se vê às fls. 1930 e 1931, foram deferidas as solicitações de cópia de documentos apresentadas pela Autuada. Assim, também em relação a esse aspecto, não se acolhe a alegação de cerceamento de defesa.

DO MÉRITO

1- Saídas desacobertadas de documentos fiscais

As saídas desacobertadas de documentos fiscais foram apuradas mediante confronto dos documentos e registros fiscais da Autuada com os relatórios de saídas de fls. 105/144, regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada, junto ao momento das filiais (Loja Rua Pernambuco e Loja Divishop), conforme TAD de fls. 23/26.

O procedimento do Fisco está respaldado pelos artigos 191 e 201, II, ambos do RICMS/2002:

“Art. 191 - As pessoas sujeitas à fiscalização exhibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, papéis e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.”

“Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios eletrônicos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária.”

(...)”

A Impugnante argumenta que os documentos apreendidos são “simples anotações da empresa”. Todavia, analisando os referidos documentos verifica-se que eles refletem, na verdade, efetivas operações de transferências de mercadorias, pois, além de terem sido apreendidos junto ao movimento diário das filiais, foram conferidos e visados pelo funcionário da loja, como se vê às fls. 116, 117, 118, 120, 123, 124, etc..

Também não procede a alegação da Impugnante de que as mercadorias teriam sido encaminhadas às filiais em diversas etapas, ou seja, “relacionadas em diversas notas fiscais”. É que, conforme demonstrado às fls. 145/147, no período de janeiro a maio de 2003, a Autuada emitiu apenas duas notas fiscais de transferência de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias - notas fiscais 015640 e 015641, de 16/01/03. Vale dizer, no período a que se referem as operações em questão (março a maio de 2003), não há sequer uma única nota fiscal de transferência emitida pela Autuada.

Vê-se, pois, que é inquestionável a consideração de que os documentos extrafiscais em apreço correspondem a “controles paralelos de saídas da matriz para as filiais”.

Assim sendo, tem aplicação, ao caso, o disposto no art. 110 da CLTA/MG:

“Art. 110 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto de provas, será esta irregularidade considerada como provada.” *(grifo nosso)*

Como se vê, não há que se falar em “cobrança de imposto sem a prova do fato gerador”. A autuação encontra-se amparada em prova documental e não em mera presunção, estando plenamente caracterizada a acusação de saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, não se aplicando, absolutamente, o art. 112, II, do CTN.

O levantamento fiscal encontra-se demonstrado às fls. 33/35. Tendo em vista que a maioria dos relatórios apreendidos não informava o valor das saídas, mas somente a quantidade, o Fisco arbitrou o valor das operações em apreço, utilizando o preço médio, por item, das saídas acobertadas por documento fiscal, referentes ao mesmo período.

O procedimento fiscal, ao contrário do que argumenta a Impugnante, encontra respaldo no art. 148 do CTN c/c art. 51, inciso III, da Lei 6.763/75:

“Art. 148 - Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direito, 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.”

“Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

(...)"

De se ressaltar que a Impugnante não trouxe aos autos quaisquer documentos que pudessem contestar os valores arbitrados pelo Fisco, sendo, pois, legítimo o arbitramento efetuado, em face do disposto no art. 54, § 2º, do RICMS/2002.

Quanto à alegação da Impugnante de que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte não configura fato gerador do ICMS, não lhe assiste razão, tendo em vista o disposto no artigo 12, da Lei Complementar nº 87/96:

"Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, **ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;**" (g. n.)

Portanto, as operações em apreço estão sujeitas à incidência do ICMS, nos termos do dispositivo transcrito. Vale observar que, conforme assinalou o Fisco, a Súmula 166 do STJ é anterior à referida lei complementar.

Quanto à perícia solicitada, a Impugnante deixou de formular os quesitos, ficando, assim, prejudicado o exame do pedido, nos termos do art. 98, III, da CLTA/MG. De mais a mais, os elementos dos autos propiciam perfeita análise e esclarecimento da matéria.

Conclui-se, pois, que o levantamento fiscal foi elaborado de acordo com a legislação pertinente e encontra-se amparado em provas consistentes, sendo legítimas as exigências de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, II, da Lei 6.763/75.

2- Remessas e retornos de mercadorias não caracterizados como "demonstração"

Consta da acusação fiscal que a Autuada, no período de 01/2002 a 02/2004, emitiu e registrou grande quantidade de notas fiscais relativas a operações tidas como remessas e retornos de mercadorias em demonstração, que, no entanto, não se configuram como tal.

O procedimento adotado pelo Fisco consistiu em recalcular o imposto devido pelas saídas das mercadorias, conforme Planilha 02 (fls. 36/53), considerando a redução da base de cálculo prevista para as operações internas, conforme art. 12, § 20, I, da Lei 6.763/75 e, quanto à aplicação da alíquota, o destino informado na nota fiscal. Note-se que esse procedimento resultou na apuração de valor de "débito a excluir", já que, segundo o Fisco, todas as saídas foram tributadas pelo contribuinte a 18%.

Além disso, o Fisco apurou os valores de "crédito a estornar", conforme Planilha 02-A (fls. 54/73), tendo em vista a descaracterização das operações ditas "retorno de demonstração".

Os valores apurados nas planilhas referidas foram levados à recomposição da conta gráfica, conforme demonstrativo de fls. 102/103.

As notas fiscais de saída e entrada foram juntadas, por amostragem, às fls. 148/1560.

Compulsando os autos, vê-se que, de fato, a Autuada deu saída a grande quantidade de mercadoria, informando tratar-se de “mostruário”, sem, entretanto, comprovar o efetivo retorno dessa mercadoria.

Relativamente às saídas para destinatários diversos (contribuintes e não-contribuintes do imposto), observa-se que, mesmo tendo sido intimada, conforme documento de fls. 100, a Autuada não apresentou notas fiscais de retorno emitidas pelos destinatários ou notas fiscais avulsas. As notas fiscais de entrada referentes ao suposto “retorno” da mercadoria foram todas emitidas pela própria Autuada e, sem dúvida, não se prestaram ao acobertamento do trânsito.

Nas notas fiscais de saída em que a própria Autuada figura como destinatária, o imposto foi destacado à alíquota de 18%, ao passo que o tratamento tributário dispensado às operações internas de remessa de mercadoria para fins de demonstração é a suspensão do imposto, nos termos do item 7 do Anexo III do RICMS (1996 e 2002). Por outro lado, não consta dessas notas fiscais carimbo da fiscalização de fronteira, condição necessária para a comprovação do retorno das mercadorias, no caso de operações interestaduais.

Diante desses elementos, conclui-se que não há que se falar, no caso, em “demonstração”, sendo legítimo o procedimento do Fisco em estornar os valores de créditos relacionados na Planilha 02-A (fls. 54/73), uma vez não comprovado o efetivo retorno das mercadorias.

Importante esclarecer que o Fisco não desconsiderou as operações de saída, mas tão somente a natureza dessas, tratando-as como saídas normais de mercadorias, conforme Planilha 02 (fls. 36/53). De se observar que o aludido procedimento beneficiou a Autuada, uma vez apurado valor de “débito a excluir”.

Ressalte-se que, ao contrário do alegado, não foi exigida multa isolada em relação à infração em comento.

3- Cancelamentos irregulares de notas fiscais

Constatou-se que a Autuada, no exercício de 2003, promoveu diversos cancelamentos irregulares de notas fiscais.

A planilha de fls. 74/76 relaciona as notas fiscais canceladas irregularmente. Os débitos apurados pelo Fisco foram lançados na recomposição da conta gráfica, conforme demonstrativos de fls. 102/103.

O cancelamento de notas fiscais está previsto no RICMS/2002, podendo ser efetuado desde que sejam observadas as exigências do art. 147, que prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 147 - O documento fiscal poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido a saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou ao formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

(...)”

Analisando os documentos em questão (fls. 1.563/1.929), verifica-se que todos os cancelamentos efetuados pela Autuada se deram de forma incorreta, sem o cumprimento das exigências regulamentares. Pode-se observar, em muitos documentos, sinais claros de utilização: notas fiscais com assinatura de recebimento ou sem o respectivo canhoto, outras contendo marcas de dobras, anotações diversas em seu corpo e/ou no verso e até mesmo nota fiscal com carimbo de posto de fiscalização (ex. fls. 1688). Além disso, em muitos casos, o jogo de 5 (cinco) vias não está completo ou não consta da nota fiscal a informação de que estaria cancelada, sendo que quase todas as notas fiscais não contêm declaração do motivo que teria determinado o cancelamento.

Importante ressaltar que, ao contrário do que alega a Impugnante, os referidos documentos contêm todas as informações necessárias à caracterização da operação, inclusive a data de saída da mercadoria.

Ressalte-se, ainda, que a observância do dispositivo legal citado não deve ser considerada como uma mera obrigação formal, pois consiste em instrumento eficaz para o controle das operações de saída por parte do Fisco.

Assim, restando caracterizada a prática da infração apontada pelo Fisco, corretas são as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, uma vez ocorrido o fato gerador do imposto, nos termos do artigo 2º, inciso VI, do RICMS/2002.

Também legítima é a exigência da MI prevista no art. 55, II, “a”, da Lei 6.763/75, pela entrega das mercadorias aos destinatários desacompanhadas de documento fiscal, excetuando-se, entretanto, as notas fiscais de fls. 1567/1626, 1632/1639, 1694/1697, 1712/1715, 1717/1721, 1725/1726, 1743/1748 e 1790/1791, cujas primeiras vias não foram apresentadas ao Fisco. Portanto, com relação a essas notas fiscais há que se excluir a multa exigida.

Quanto à perícia solicitada, mais uma vez não foram indicados os quesitos, restando prejudicado o exame do pedido, nos termos do art. 98, III, da CLTA/MG.

4- Intimações não cumpridas

Conforme demonstrado na Planilha 04 (fls. 77/78), o contribuinte deixou de entregar ou entregou em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, exigidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mediante intimações de fls. 86/87 e 97, sendo correta a aplicação da MI prevista no art. 54, XXXIV, da Lei 6.763/75.

Ressalte-se que é descabida a alegação da Impugnante de “cobrança reiterada da mesma penalidade, pelo cometimento da mesma irregularidade”, uma vez que para efeitos tributários, os estabelecimentos de um mesmo titular, contribuinte, são considerados autônomos, exceto em relação à garantia do crédito tributário, conforme art. 11, § 3º, incisos II e IV da LC 87/96.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, “a” da Lei 6763/75, em relação às notas fiscais de fls. 1567/1626, 1632/1639, 1694/1697, 1712/1715, 1717/1721, 1725/1726, 1743/1748, 1790/1791. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Valdir Rodrigues e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 19/08/05.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Revisor**

**Cláudia Campos Lopes Lara
Relatora**