

Acórdão: 18.171/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010116434-39
Impugnante: Fean Indústria e Comércio de Laticínios Ltda
Proc. S. Passivo: Vicente Afonso Gomes Jr./Outro(s)
PTA/AI: 01.000150795-28
Inscr. Estadual: 184.974428.00-37
Origem: DF/ Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL – Constatou-se que a Autuada recolheu ICMS a menor, decorrente de saída desacobertada apurada mediante comparação de valores constantes em controles paralelos de vendas com os valores declarados ao Fisco. Exigência de ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, II da Lei 6763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL FALSA – Constatou-se que a Autuada emitiu documentos fiscais considerados falsos. Exigência de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, XXXI da Lei 6.763/75. Adequação da penalidade ao percentual de 40% (quarenta por cento) previsto no artigo 55, X da mesma lei, vigente à época da emissão dos documentos fiscais.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – Constatou-se que a Autuada deixou de registrar notas fiscais de saída no livro Registro de Saídas. Exigência de ICMS, MR e Multa Isolada prevista no artigo 55, I da Lei 6.763/75. Adequação da penalidade exigida ao percentual de 5% (cinco por cento), vigente à época de parte dos fatos geradores.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versou, inicialmente, sobre exigência de ICMS em função de a Autuada ter promovido saída desacobertada de mercadoria, apurada mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento do contribuinte, com os valores declarados ao Fisco. Exige-se também ICMS pelo fato de a Autuada não ter levado a registro no livro Registro de Saídas, notas fiscais de saída emitidas. Para ambos os casos, além do imposto, exige-se multa de revalidação. Cobra-se a Multa Isolada capitulada no inciso II, do art. 55 da Lei 6.763/75 para a saída desacobertada e a penalidade isolada prevista no inciso I, do mesmo artigo pela falta de registro.

A exigência de ICMS pela utilização de documentos extrafiscais deu-se pela apreensão de diversos documentos no estabelecimento da Autuada, mediante lavratura de Termos de Apreensão e Depósito (TAD) n^{os} 2474/2475, fls. 08 e 09 do PTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Encontram-se anexas ao PTA os diversos documentos considerados extrafiscais bem como cópias das notas fiscais não levadas a registro.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, qualificada Impugnação às fls. 192/209, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 233/239.

Na peça de defesa, a Impugnante traz, em caráter preliminar, a lembrança da necessária obediência aos princípios informadores da Administração Tributária, citando Maria Silvia Z. de Pietro, Hugo de Brito Machado e Celso Antônio B. de Melo.

Comenta a necessária vinculação do lançamento aos princípios da legalidade, bem como a observância da competência para o exercício da ação fiscal.

Lembra da vinculação da atividade administrativa do lançamento e cita diversos dispositivos da Lei 13.515/00 - Código de Defesa do Contribuinte Mineiro -, arts. 2º, I; 4º, VI, XIV e XVI, além dos arts. 20, 21 e 22, para reforçar a submissão dos agentes fiscais aos princípios da administração pública ao impor a exigência tributária. Cita, também, a CLTA/MG, art. 45, § 1º. Aproveita para alegar irregularidade da ação fiscal pela ausência de apresentação da Ordem de Serviço, exigência do art. 4º, VI da Lei 13.515/00.

Em face dessas considerações preliminares, clama pela insubsistência do Auto de Infração.

No mérito, desqualifica a menção a duplicatas, feita pelo Fiscal autuante, bem como alega ausência de provas concretas das supostas vendas, alegando cobrança em duplicidade de determinadas “duplicatas” repetidas e protesta contra a utilização pelos percentuais das multas isoladas aplicadas pelo Fisco.

O Fisco, na manifestação fiscal, refuta as alegações da defesa, entendendo não ter havido qualquer ofensa aos princípios norteadores da ação fiscal, sustentando que a ação fiscal teve início por força da apreensão, no Posto Fiscal de Além Paraíba, de notas fiscais “falsas” que teriam sido emitidas pela própria Autuada e cita os arts. 190 e 193 do RICMS/02.

Alega que a ação fiscal de apreensão de documentos ocorreu no escritório da Autuada em Governador Valadares e que a circunscrição da Delegacia Fiscal desta cidade abrange o município de Conselheiro Pena. Sustenta a irrelevância de o documento apreendido não ser duplicata mercantil para os fins da exigência fiscal em apreço.

O Fisco, no momento da elaboração da manifestação fiscal, ao deparar-se com novos documentos relativos à exigência fiscal, recebidos de diligência feita pelo Fisco paulista, promove reformulação do crédito tributário, considerando como “falsas” algumas notas fiscais encontradas em estabelecimento de cliente da Autuada, situado no Estado de São Paulo, pelo que passa a aplicar a penalidade prevista no art. 55, XXXI da Lei 6.763/75 vigente à época da ocorrência do fato gerador, por ser mais benéfica. Ao mesmo tempo, faz alteração da exigência fiscal para adequação às alterações promovidas nos §§ 2º e 3º, art. 55 da Lei 6.763/75, pela Lei 15.956/05,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concedendo prazo para nova manifestação ou pagamento, nos termos do art. 100, § 1º da CLTA/MG.

A Impugnante comparece novamente aos autos para reiterar as alegações da primeira impugnação, protestando quanto à reformulação do crédito tributário, considerada indevida.

Em nova manifestação, o Fisco reforça a autuação e sustenta que as notas fiscais “falsas” encontradas em estabelecimento de contribuinte cliente da Autuada em São Paulo, apenas confirma a validade dos negócios jurídicos relativos aos documentos paralelos encontrados no estabelecimento da Autuada.

DECISÃO

Cuida o caso em tela de exigência de ICMS por saída desacobertada apurada mediante confronto de documentos paralelos encontrados em estabelecimento de contribuinte com valores declarados ao Fisco, bem como por falta de registro de notas fiscais de saída no livro próprio e utilização de notas fiscais falsas.

Das Preliminares:

Ainda que qualificada a peça de defesa e as alegações das impropriedades jurídicas, os argumentos jurídicos utilizados não podem prosperar.

Não se vislumbra na atuação do Fisco o descumprimento dos princípios da impessoalidade e legalidade argüidos. O trabalho fiscal foi objetivo e absolutamente impessoal, decorrente de fatos graves apurados no trânsito de mercadorias.

Agiu o Fisco, também, sob o estreito manto da legalidade, com fulcro nos artigos do Regulamento citados na Manifestação Fiscal, na própria Lei 6.763/75, arts. 49, § 3º, 50, I a III e 204 e no CTN, arts. 195 e 196.

No que toca à incompetência, equivocou-se a Impugnante. Diz a Lei 6.763/75 caber aos agentes fiscais o poder-dever de promover o lançamento fiscal, com exclusividade, como acentua o art. 201, § 1º. A questão da territorialidade da atuação ou da circunscrição é tratada nas normas infralegais, mediante decretos e/ou resoluções, não restando dúvidas de que os agentes fiscais exercem sua função na Delegacia Fiscal de Governador Valadares, abrangendo a circunscrição de Conselheiro Pena. A Lei 13.515/00 – Código de Defesa do Contribuinte -, no art. 4º, VI, não toca na questão da circunscrição, até porque é questão “interna-corporis” da administração tributária deste Estado. O Fiscal exerce sua competência em todo território mineiro, principalmente em se tratando de flagrante desrespeito à legislação tributária.

Igualmente equivocada a menção aos arts. 20, 21 e 22 do Código de Defesa do Contribuinte mineiro para os fins alegados. Não houve qualquer lesão aos dispositivos citados pela Defesa. Nem se diga, também, sobre o entendimento quanto ao disposto no art. 45, § 1º da Lei 6.763/75, cujo alcance é possibilitar ao Fisco a utilização subsidiária das normas materiais relativas a tributos federais. O Decreto 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Tributário Federal não se aplica a Minas Gerais. Neste Estado, há lei e regulamento próprios (Lei 13.470/00 e a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa (CLTA), introduzida pelo Decreto 23.780/84), aplicando-se-lhes, subsidiariamente, o Código de Processo Civil e Código de Processo Penal, no que couber.

Novamente, o ilustre defensor engana-se ao citar o art. 45, § 1º da CLTA/MG. O exato alcance desse texto é retirar de um servidor fazendário, não fiscal, a competência do exercício do lançamento, exclusividade do Auditor Fiscal da Fazenda.

Quanto à consideração da ação irregular dos agentes fiscais por falta de apresentação de ordem de serviço, admite-se o conflito de normas de mesma estatura jurídica (Lei 6.763/75 x Lei 13.615/00), não sendo verdade o dever de informar verbalmente sobre os motivos da ação fiscal, já que o art. 4º, VI ou VII da Lei 13.515/00, não dispõe dessa forma. Não se olvide, no entanto, que no próprio TIAF encontra-se o nº. da Ordem de Serviço e que a lavratura do TAD dispensa o TIAF, nos termos do art. 54, § 2º da CLTA/MG.

Para efeito de resolução do conflito de normas de mesma estatura jurídica, utilizam-se os critérios da especialidade e/ou cronológico para resolver a situação. Neste sentido, a Lei 13.515/00 é norma mais recente e prevalente. No entanto, a Lei 6.763/75 é norma especial, também prevalente, havendo conflito nos próprios critérios.

Para esses casos, a análise da situação deve ser específica, utilizando-se os princípios da harmonização e da relatividade, ferramentas usuais para interpretar conflitos em matéria de colisão de princípios constitucionais. Para a solução desse conflito, adota-se o juízo da ponderação, de forma a não sacrificar totalmente um princípio (harmonizar), mas atendendo a uma “balança” de relativização, analisada caso a caso.

Nesse sentido, o próprio Supremo já decidiu que nenhum direito é absoluto, inclusive os direitos fundamentais, encontrando limites em outros direitos também consagrados no texto constitucional. Segundo decisão do Pretório Excelso, os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro estado de Direito (STF – RTJ 173/807-808, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

Assim, face à realidade fática do caso concreto, deve prevalecer o objetivo fundamental do Estado, de buscar a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I, CR/88), para o qual o tributo é essencial. Ademais, a ausência de Ordem de Serviço, não foi total, pois informada no próprio TIAF. Ademais, a ação fiscal encontra-se também amparada por norma de estatura superior, no caso, o CTN.

E mais, verifica-se pelo pequeno lapso temporal decorrido entre a lavratura do TAD e do AI, a celeridade do processo tributário, caracterizando uma quase-flagrância, merecedora de ação rápida, sob pena frustrar os objetivos do Fisco.

Descabida, também, a pretensão de alegar-se invasão de domicílio. É sabido, também, a posição do Supremo sobre o alargamento do entendimento do que

seja “casa”, incluindo ação fiscal em estabelecimento não aberto ao público, desde que haja resistência, certamente com supedâneo no art. 155, § 4º, III do Código Penal. No entanto, pelas informações constantes nos autos, não houve resistência do contribuinte autuado, que franqueou a entrada aos agentes fiscais.

Dessa forma, conhece-se e parabeniza-se o nobre patrono da Impugnante pela bela peça preambular de defesa, mas rejeita-se as preliminares suscitadas.

No Mérito

Assiste razão à Impugnante quanto à não caracterização dos documentos como duplicatas. De fato, os documentos anexados não se caracterizam como esse importante título de crédito, nos termos da lei própria, não havendo assinatura e nem aceite. Porém, constituem-se inegavelmente em documentos paralelos indicadores das operações comerciais praticadas pela Impugnante. Corroboram e fortalecem este entendimento as “notas fiscais falsas” encontradas em estabelecimento de cliente da Autuada situado em São Paulo, para cujo destinatário - Assai Com. Imp. Ltda - há diversas “duplicatas” emitidas pela autuada.

As declarações dos supostos adquirentes também não se revestem da necessária credibilidade porque são partes interessadas e clientes da autuada. Provas da efetiva venda (pagamentos, extratos bancários, cheques) certamente dariam mais robustez ao trabalho fiscal, mas não se tornam imprescindíveis face às demais circunstâncias do caso em discussão.

A alegação da impossibilidade de vendas sem documento fiscal e passagem por algum posto fiscal, encontra-se superada, em função da prática de “extravio” adotada pela Impugnante e constatada pelo Fisco e das notas fiscais encontradas em São Paulo. Ora, se a mercadoria lá chegou, por algum lugar transitou sem nota fiscal legítima.

Sobre as duplicatas tidas como irregulares engana-se a Impugnante, pois estão excluídas da exigência. Da mesma forma, inaceitável a alegação de cobrança em duplicidade de duplicatas. É muito forte e patente a caracterização de vendas parceladas.

Reforce-se a possibilidade da prova indiciária, nos exatos termos do art. 239 do CPP (“*considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo em relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”).

Apegando-se ainda ao direito penal, no dispositivo que dispõe sobre a utilização das circunstâncias judiciais para aplicação da pena (art. 59, CP), pode-se dizer que o conjunto das circunstâncias são totalmente desfavoráveis à Impugnante, não sendo correto analisar-se cada elemento de prova isoladamente.

Também sobre o pedido de redução das multas, equivocou-se mais uma vez a Impugnante. Tanto no art. 55, II, os documentos utilizados não são os da escrita regular do contribuinte, como no art. 55, I, “b”, não houve o regular recolhimento do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Adequadas, também, a reformulação do feito fiscal, com inclusão da pena pelo injusto tributário de emissão de nota fiscal falsa, abertura de prazo e adequação da multa isolada ao disposto no art. 55, § 2º da lei 6.763/75. No entanto, na reformulação do crédito tributário, o Fisco errou na aplicação da multa isolada relativa ao mês de fevereiro de 2003, por falta de escrituração, como também errou ao exigir a multa isolada pela emissão de notas falsas relativamente aos meses de abril e junho de 2005, conforme se verifica na planilha demonstrativa à fl. 269 dos autos. É que, quanto ao mês de fevereiro de 2003, época da ocorrência do fato gerador, a penalidade isolada previa o percentual de 5% sobre valor da operação, nos termos do art. 55, I da Lei 6.763/75. E nos meses de abril e junho de 2005, a penalidade a ser aplicada era de 40% do valor da operação, conforme previa o art. 55, X, da mesma lei retrocitada. E nos termos do art. 144 do CTN e da teoria da pena, fundada no princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, CR/88), aplica-se ao caso a penalidade vigente à época de ocorrência dos fatos.

Por fim, adequada, também, a eleição do Coobrigado e sua colocação no pólo passivo, tendo em vista sua nomeação para procurador da Impugnante e com amplos poderes, conforme procuração à fl.219 dos autos, colocando-o na condição de sujeito passivo solidário, nos termos do disposto no art. 21, XII e § 2º, da Lei 6.763/75 c/c art. 135 do CTN.

Relativamente ao direito subjetivo à apreciação do permissivo legal previsto no § 3º, art. 53 da Lei 6.763/75, ainda que não aventado pela Impugnante, vê-se impossibilidade de seu manejo em relação às penalidades isoladas aplicadas nesse PTA, por força de expressa vedação contida no § 5º, 3, do mesmo artigo retrocitado.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª 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 de acordo com os cálculos de fls. 278/280, para adequar a aplicação da multa isolada relativa às irregularidades praticadas nos meses de fevereiro de 2003, abril e junho de 2005 à lei vigente à época de ocorrência dos fatos geradores (5% do valor da operação em fev/03 e 40% em abril e junho/05). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 04/04/07.

Antônio César Ribeiro
Presidente/Revisor

Livio Wanderley de Oliveira
Relator