

Acórdão: 17.620/07/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120315-85
Impugnante: Organizações S J Com. de Vestuário e Calçados Ltda.
Proc. S. Passivo: Luiza Marilac Mendes Granja
PTA/AI: 01.000154964-04
Inscr. Estadual: 100121399.00-90
Origem: DF/Posto de Fiscalização

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais apuradas mediante confronto entre documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada e as notas fiscais de saída emitidas. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II da Lei 6.763/75. Infração caracterizada.

MICRO GERAES - ABATIMENTO INDEVIDO. Anulação, pelo Fisco, dos abatimentos procedidos pelo contribuinte em consonância com os artigos 17, § 1º e 31, Anexo X dos RICMS 96 e RICMS/02, respectivamente. Entretanto, como a perda do direito aos abatimentos alcança apenas o recolhimento intempestivo ou a menor do imposto calculado na forma dos regimes Micro Geraes e simples minas, justifica-se o cancelamento das exigências fiscais.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Constatado nos autos que a Autuada deixou de atender intimação, efetuada via TIAF, para a apresentação de documentos fiscais de exibição obrigatória, justificando, assim, a aplicação da Multa Isolada prevista no artigo 54, inciso VII, alínea "a", da Lei 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante a análise de documentos extrafiscais apreendidos pelo TAD nº 031062 e a conferência de livros e documentos fiscais, de que o sujeito passivo supracitado incorreu, no período de 01/02/2002 a 31/12/2005, nas seguintes irregularidades:

1) recolhimento a menor do ICMS devido em decorrência de saídas desacobertas de documento fiscal. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, previstas, respectivamente, nos incisos II dos artigos 56 e 55 da Lei 6.763/75;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) aproveitamento indevido dos benefícios fiscais relativos aos abatimentos concedidos pelos programas Micro Geraes e Simples Minas, face ao recolhimento a menor do ICMS devido, em decorrência da não consideração das saídas desacobertadas de documentação fiscal. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei 6.763/75;

3) falta de atendimento de intimação para apresentação de documentos fiscais de exibição obrigatória. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea 'a' da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 5.930/5.936 com os seguintes argumentos.

- alega que a aplicação da penalidade pode causar precoce encerramento das atividades da empresa e deixa de considerar o disposto no art. 37 da Constituição Federal, vez que a investigação fiscal aplicou incorretamente a legislação tributária;

- aduz que a emissão de “documentos extrafiscais” que são apresentados aos caixas para a conclusão da operação de venda e emissão dos respectivos documentos fiscais é comum dentro de sua atividade de comércio varejista;

- informa que utilizava o direito de emitir documentos diários globais, baseados em controles internos, nos termos do disposto no parágrafo 3º do art. 9º do Anexo X do RICMS/96, que autoriza o estabelecimento varejista de microempresa não obrigado à utilização do Emissor de Cupom Fiscal - ECF a emitir nota fiscal global;

- garante que o conteúdo de todos os documentos extrafiscais foram objeto de inclusão em documentos fiscais emitidos, conforme planilha explicativa acostada aos autos às fls. 5.937/5.945;

- traz à colação julgados deste Conselho de Contribuintes em casos que considera análogos;

- ao final, requer a procedência da Impugnação com o cancelamento do auto de infração e conseqüente manutenção dos abatimentos utilizados pela empresa nos períodos em que se encontrava enquadrada no Micro Geraes e no Simples Minas.

O Fisco se manifesta às fls. 6.275/6.287, refuta cada uma das alegações da Impugnante, assevera que o Auto de Infração foi lavrado com a observância da legislação que rege a matéria e garante que os fatos e documentos trazidos à colação são suficientes para comprovar as exigências. Ao final, requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, versa o presente feito fiscal sobre as exigências de ICMS, multa de revalidação e penalidades isoladas, em face da constatação das irregularidades relacionadas no relatório retro.

Para melhor entendimento da questão, aborda-se as acusações em tópicos distintos.

Do recolhimento a menor em decorrência de saídas desacobertas

Relativamente a esta irregularidade, o Auto de Infração de fls. 09/11 encontra-se instruído com a Planilha de Vendas Desacobertas de Documentação Fiscal – Anexo I (fls. 204/266) -, contendo relação, em ordem cronológica, dos documentos extrafiscais apreendidos pela autoridade fiscal através do Termo de Apreensão e Depósito - TAD – nº 031062 (fls. 002).

Às fls. 288/290 encontra-se o Demonstrativo do Crédito Tributário – Anexo IV, englobando a irregularidade do item 2 do Auto de Infração.

Os documentos extrafiscais apreendidos estão acostados aos autos às fls. 291/5.229, sendo composto de:

1 – comprovante de débito – número identificador, CNPJ da Impugnante, dados de cliente (telefone, documento de identidade, CPF e nome), informações da venda e do financiamento junto à loja (data da venda, valor financiado, valor da prestação, taxas mensal e anual de juros), assinatura do cliente;

2 – planilha de cheques/boletos - relaciona as datas de pagamento dos boletos e seus respectivos valores, tendo o mesmo número do comprovante de débito;

3 – boletos com os dados da parcela do financiamento, nome do cliente, dados da Impugnante, data de vencimento, mora/multa acrescidos, mesmo número das duas partes anteriormente mencionadas.

Não há nos referidos documentos extrafiscais vinculação a número de documento fiscal emitido pela Autuada.

O procedimento do Fisco para a apuração do crédito tributário se deu a partir do confronto entre os mencionados documentos extrafiscais apreendidos e os documentos fiscais regularmente emitidos pela Impugnante.

Deste confronto, constatou-se que a Autuada promoveu saídas de mercadorias sem a necessária emissão do documento fiscal, na forma prevista na legislação que rege a matéria.

Cumprе salientar que constitui obrigação do contribuinte a emissão do respectivo documento fiscal sempre que promover saída de mercadoria em seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento. É o que se depreende das normas insertas nos artigos 16, incisos VI e VII da Lei 6.763/75 c/c o inciso I dos artigos 1º e 12 do Anexo V do RICMS/MG, *in verbis*:

Lei 6.763/75

“Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e **emitir documentos fiscais na forma regulamentar;**

VII - **entregar ao destinatário**, ainda que não solicitado, e exigir do remetente **o documento fiscal correspondente à operação realizada.**

Anexo V do RICMS/MG

Art. 1º - Os estabelecimentos, inclusive o de produtor rural inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, emitirão Nota Fiscal, modelos 1 ou 1-A, vedada sua utilização simultânea, salvo quando adotadas séries distintas nos termos do § 2º do artigo 136 deste Regulamento:

I - sempre que promoverem a saída de mercadorias;

(...)

Art. 12 - **A nota fiscal será emitida:**

I - **antes de iniciada a saída da mercadoria;**

(...).” (destacamos)

Na tentativa de comprovar que não houve saída de mercadoria desacoberta, a Impugnante junta aos autos (fls. 5.937/5.945) planilha onde relaciona uma amostra de 425 (quatrocentos e vinte e cinco) documentos extrafiscais e procura vinculá-los aos documentos fiscais emitidos, apontando itens destes documentos em valores coincidentes com documento extrafiscal de mesma data.

Porém, além da amostra estar longe de representar o universo de 3.382 documentos extrafiscais apreendidos, em vários itens da planilha, o valor do documento extrafiscal não coincide com o valor consignado em itens da nota fiscal supostamente correspondente, em outros, as notas fiscais relacionadas têm data de emissão distinta da data do documento fiscal.

Conforme demonstrado pelo Fisco em tabela elaborada, a partir da planilha trazida pela Impugnante (fls. 6.278/6.285), os comprovantes extrafiscais apreendidos não guardam, indubitavelmente, relação com os documentos fiscais emitidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se, pela importância, que nenhum dos documentos fiscais emitidos possui valor coincidente com algum dos documentos extrafiscais apreendidos.

É importante salientar que a Autuada passou a utilizar Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) a partir de 27/10/2005, conforme ato homologatório nº 00131-7R4. Note-se que nem a partir daí a Impugnante consegue demonstrar coincidência entre os documentos extrafiscais e os cupons fiscais emitidos, o que confirma tratarem-se, os referidos documentos extrafiscais, de saída sem a emissão de documentação fiscal própria.

A alegação da Impugnante de que a emissão de documentos fiscais diários globais tem amparo no § 3º do artigo 9º do Anexo X do RICMS/96, não lhe socorre. Tal autorização alcançava apenas o estabelecimento varejista de 'microempresa' não obrigado à utilização do Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

No entanto, a Impugnante esteve enquadrada com microempresa somente até 30/09/2001. À época da ocorrência dos fatos objeto deste Auto de Infração, a Impugnante encontrava-se enquadrado como EPP (Micro Geraes e Simples Minas), afastando a aplicação do dispositivo legal supramencionado.

Além disso, a autorização para emissão de documento fiscal global somente vigorou até 14/12/2002, tendo sido o dispositivo mencionado revogado pelo art. 9º, inciso II do Anexo X do RICMS/02, *in verbis*:

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2004 - Redação original:

"Art. 9º - A microempresa deverá:

(...)

II - emitir documentos fiscais para acobertar todas as operações ou prestações que realizar, na forma prevista no Anexo V, vedado, em qualquer hipótese, o destaque do ICMS;

(...)."

A Autuada não observou a legislação tributária ao deixar de emitir regularmente o documento fiscal para acobertar a operação que realizava. É clara a legislação tributária ao determinar a emissão de nota fiscal de saída de mercadorias antes do início da operação de saída.

Assim sendo, reputa-se caracterizada a infração, em face do disposto no artigo 110 da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984 – CLTA/MG, *in verbis*:

"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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.”

Assim, flagrante a constatação, pelo Fisco, da ocorrência de operações de venda de mercadoria sem cobertura fiscal e sem o conseqüente pagamento do imposto devido, e considerando que os argumentos da Impugnante não foram suficientes para ilidir a imputação fiscal, corretas se mostram as exigências estampadas neste item do presente feito fiscal.

Da exclusão dos benefícios relativos aos abatimentos concedidos pelo Micro Geraes e Simples Minas

Segundo o Fisco, como o contribuinte deixou de incluir as saídas desacobertas de documentação fiscal, apuradas a partir da irregularidade nº 1, o imposto pago na condição de EPP não se deu na sua integralidade.

Argumenta que, de acordo com a legislação tributária, o direito aos abatimentos concedidos pelos programas Micro Geraes e Simples Minas fica condicionado ao recolhimento integral e tempestivo do ICMS devido no período, nos termos do artigo 17, § 1º do Anexo X do RICMS/96 e do artigo 31 do Anexo X do RICMS/02.

Anexo X do RICMS/96

“Art. 17 – O direito aos abatimentos previstos no artigo 14 deste Anexo fica condicionado ao recolhimento tempestivo do ICMS.

§ 1º – Ocorrendo o pagamento intempestivo ou a menor do imposto, os abatimentos referidos ficam anulados no respectivo período, devendo o imposto ser pago integralmente, com os acréscimos legais.”

Anexo X do RICMS/02

“Art. 31 – Os abatimentos previstos neste Capítulo ficam condicionados ao recolhimento integral e tempestivo do ICMS e do depósito ao FUNDESE, se for o caso.”

Com base nisso, promoveu o cálculo da receita bruta real mensal com a inclusão das saídas realizadas por documento extrafiscal e anulou os abatimentos previamente concedidos, exigindo o ICMS a partir da diferença entre o real apurado e a cópia fiel da Declaração de Apuração e Informação do ICMS (DAPI).

Porém, não procede a afirmação de que a Autuada recolheu imposto a menor pelo sistema Micro Geraes e Simples Minas, porquanto deixou de incluir no cálculo o valor das saídas desacobertas de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É que as saídas desacobertadas de documentação fiscal devem ser tributadas pelo sistema débito e crédito e não pelo sistema Micro Geraes ou simples minas, a teor do art. 34, inciso VIII, alínea “a”, do Anexo X do RICMS/MG, *in verbis*:

“Art. 34 - A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não se aplica a:

(...)

VIII - à operação ou prestação:

a - desacobertada de documento fiscal, inclusive quando apurada com base em controle extrafiscal;

(...).”

Desta forma, sendo tais parcelas exigidas pelo sistema normal de débito e crédito, não se afigura legítima a inclusão destas no cálculo do valor devido pelo sistema Micro Geraes e/ou Simples Minas. É o que se depreende na norma contida no dispositivo retro mencionado.

Assim, não é lícita a imputação de pagamento a menor do valor devido pelo sistema Micro Geraes ou Simples Minas, face à não inclusão de parcela que a legislação prevê não ser alcançada pelos referidos sistemas. Em outras palavras, se determinada operação não é alcançada pelo sistema, nele não deve ser incluída para efeito de cálculo e recolhimento do tributo.

Tendo em vista a ilegitimidade da exigência, impõe-se sua exclusão do crédito tributário.

Da falta de atendimento à intimação para exibição de documentos

A aplicação da sanção prevista no artigo 54, inciso VII, alínea “a” da Lei 6.763/75 decorre da constatação da não apresentação dos documentos fiscais na forma prevista na intimação de fls. 06.

No caso, a obrigatoriedade de apresentação dos documentos pertinentes à escrita fiscal e comercial está prevista no art. 50, inciso II da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

(...)

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

(...).”

O não atendimento à intimação constitui matéria incontroversa nos autos, não tendo se dignado a Impugnante a carrear para os autos nenhum elemento com a finalidade de negar o cometimento da irregularidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por oportuno, cabe ressaltar que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito pode advir do não pagamento do tributo ou do não cumprimento dos deveres instrumentais ou formais, como no caso. Em qualquer das hipóteses, verifica-se a não prestação de uma obrigação imposta por lei.

Como restou provado, a Autuada não cumpriu sua obrigação, apresentando os documentos fiscais exigidos na intimação.

Não tendo sido atendida a intimação referida, como admitido pela Impugnante, correta a aplicação da sanção prevista no artigo 54, inciso VII, alínea "a" da Lei 6.763/75, *in verbis*:

"Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

(...)."

Ressalte-se que, nos termos do artigo 2º da CLTA/MG, "constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, regulamento ou ato administrativo de caráter normativo".

Portanto, não tendo entregado os documentos exigidos na intimação, o Contribuinte incorreu em infração à legislação tributária, pois não observou a norma que disciplina a matéria.

Assim sendo, restou configurada a irregularidade apontada pelo Fisco, qual seja, o não atendimento da intimação de fls. 06, nos termos da legislação vigente.

Saliente-se, por oportuno, que a intenção do agente é irrelevante (art. 136 do CTN) para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo as infrações objetivas, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação, não competindo a esta Câmara de Julgamento declarar inconstitucionalidade ou negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do artigo 88 da CLTA/MG.

As demais alegações da Impugnante não são suficientes para ilidirem as acusações fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/2001, em dar prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 17/07/2007. Pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir o item 2 (dois) do Auto de Infração. Vencidos, em parte, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão (Relator) e Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o julgavam procedente nos termos da manifestação fiscal de fls. 6286. Designado relator o Conselheiro Edvaldo Ferreira. Conforme art. 139, da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício, ressalvado o disposto no § 5º, art. 137, do mesmo diploma legal. Participaram do julgamento além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 08/08/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Edvaldo Ferreira
Relator Designado