

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.977/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000165403-69
Impugnação: 40.010127592-52
Impugnante: José Alberto Pinheiro ME
IE: 342117799.00-45
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Constatou-se, mediante confronto entre documentos extrafiscais, regularmente apreendidos, e documentos fiscais emitidos, que o Autuado promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, ambos da Lei nº 6.763/75.

BASE DE CÁLCULO - CALÇAMENTO - Constatou-se a emissão de documentos fiscais com consignação de valores diferentes nas respectivas vias. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/08 a 31/12/08, em virtude das seguintes irregularidades:

1 – saídas desacobertadas de documentação fiscal das mercadorias “CM30” e “Emulsão asfáltica”, constatadas em confronto entre relatórios de vendas apreendidos por meio do Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 021305 e documentos fiscais emitidos, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da mesma lei;

2 - emissão de documentos fiscais com consignação de valores diferentes nas respectivas vias, “calçamento complexo”, apurado mediante o confronto entre as vias do documento fiscal, pelo que se exige ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX, da mesma lei.

Consta dos autos que a ação fiscal foi provocada por expediente oriundo da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, quando buscando atendê-lo os agentes do Fisco, ao depararem com documentos que indicavam fraude fiscal, formalizaram apreensão destes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dentre os documentos apreendidos pelo Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 021305, fls. 16 dos autos, encontravam-se dois Relatórios de Vendas (fls. 17 e 18), um expressando as vendas da mercadoria “CM30” e o outro, vendas de “Emulsão Asfáltica”, ambos se reportando ao exercício de 2008.

O Fisco, ao confrontar as vias de notas fiscais apreendidas com as vias fixas dos blocos, constatou que não apresentavam com os mesmos apontamentos, indicando produtos, valores e destinatários diferentes, sendo que por vezes estas divergências se davam concomitantemente.

O Fisco valeu-se do uso de programa aplicativo de uso da SEF/MG e informações prestadas por outros contribuintes em relação a aquisições efetuadas junto ao Autuado, para intimá-los à apresentação das primeiras vias das notas fiscais, quando constatou que também se encontravam “calçadas”.

É relevante relatar que estas operações foram objeto de outra peça fiscal, PTA nº 01.000161996.32, que quando submetida à apreciação do Conselho de Contribuintes - MG foi declarada nula em virtude de vício formal. Na própria decisão, fls. 504/509, o Conselho de Contribuintes reconhece o direito do Fisco de renovar a ação fiscal que se materializa por meio do presente Auto de Infração.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração – AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 05/06); Relatório Fiscal (fls. 07/09); Anexo ao AI contendo planilhas auxiliares demonstrando a venda de “CM30” e “Emulsão Asfáltica”, o calçamento e o crédito tributário (fls. 10/13); Anexo I – cópia do TAD nº 021305, dos Relatórios de Vendas e da Nota Fiscal nº.002441 (fls. 16/19); Anexo II – cópia de intimação e vias das Notas Fiscais nºs 002319 e 002415 (fls. 21/26); Anexo III – cópia de vias das notas fiscais emitidas no exercício de 2008 (fls. 28/490); Anexo IV – cópia de parte do PTA nº. 01.000161966.32 e do Acórdão nº. 19.435/10/3ª (fls. 492/509) e Anexo V – cópia de folhas do livro Registro de Inventário (fls. 511/512).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 514/524, onde alega, resumidamente, que:

- é tributado pelo Simples Nacional;
- não consta dos autos que os valores apontados pelo Fisco foram pagos por seus clientes;
- o Fisco não efetuou a compensação com os tributos efetivamente recolhidos;
- como o Fisco não analisou documentos contábeis e financeiros, não pode fazer assertivas indicando calçamento de documentos fiscais;
- as alíquotas de ICMS aplicadas no lançamento são exorbitantes diante do regime de recolhimento em que se situa;
- a multa isolada aplicada é inconstitucional;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a maioria das operações ocorreu há mais de cinco anos, tendo como consequência que o respectivo Crédito Tributário a elas relativo encontra-se prescrito, ressaltando que o fenômeno da prescrição implica na liquidez do “quantum” exequiando;

- diante do registro da 2ª via da nota fiscal no livro próprio, o Fisco deveria valer-se do princípio “*in dubio pro contribuinte*”, pois inexistente prova de autoria da infração;

- a interpretação da lei tributária por analogia não pode gerar exigência de tributo não previsto em lei e, assim, o Auto de Infração deve ser anulado;

- havendo a hipótese de calçamento, a tributação deveria se dar pela diferença existente entre os valores constantes das vias do documento fiscal e que o Fisco assim não o fez;

- para se comprovar o calçamento é imprescindível comprovar que o adquirente da mercadoria pagou o valor constante da 1ª via da nota fiscal, sendo que o AI não apresenta estes comprovantes;

- o Fisco não aplicou corretamente o estorno de crédito;

- o Fisco deveria comprovar também a autoria da adulteração de via de nota fiscal;

- uma vez as mercadorias saídas do estabelecimento, as notas fiscais podem ser adulteradas no trajeto e, assim, estas não devem ser consideradas como prova de subfaturamento, mas tratadas como indício;

- a legislação tributária não oferece o estribo para que o Fisco se valha da presunção de subfaturamento e autue as divergências entre notas fiscais e pedidos.

Ao final, solicita que seja anulada a autuação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 528/532, refuta os argumentos da defesa pedindo que o lançamento seja julgado procedente.

DECISÃO

Versa o presente contencioso, como relatado, sobre falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS, em virtude de (1) saídas desacobertas de documentação fiscal das mercadorias “CM30” e “Emulsão asfáltica”, constatadas em confronto entre relatórios de vendas apreendidos por meio do Termo de Apreensão e Depósito – TAD e documentos fiscais emitidos e de (2) emissão de documentos fiscais com consignação de valores diferentes nas respectivas vias, “calçamento complexo”, apurado mediante o confronto entre as vias do mesmo documento fiscal.

De início o Impugnante alega que a maioria das operações ocorreu há mais de cinco anos, tendo como consequência que o respectivo crédito tributário a elas relativo encontra-se prescrito. Como, no presente caso, não há que se falar em prescrição, entende-se que quis falar da decadência do direito do Fisco efetuar o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lançamento. Há um equívoco na alegação porque as exigências do presente Auto de Infração são relativas ao exercício de 2008.

Contudo, esclareceu o Fisco que as operações autuadas no presente Auto de Infração já foram objeto de outra peça fiscal, PTA nº 01.000161996-32, que quando submetida à apreciação do Conselho de Contribuintes - MG foi declarada nula em virtude de vício formal, decisão consubstanciada pelo acórdão nº 19435/10/3ª, fls. 504/509.

Como se pode observar, naquele processo declarado nulo, o Fisco aponta corretamente a constatação de nota fiscal calçada, mas exigiu o imposto não recolhido como saída desacobertada, o que este Conselho de Contribuintes entendeu como inadequado, esclarecendo, inclusive, que o Fisco, a qualquer tempo, poderia renovar a ação fiscal, o que exatamente no Auto de Infração ora em julgamento.

Clara e bem explicada também se deu a renovação da ação fiscal, desde a lavratura do AIAF, de fls. 02, que no campo observações expôs as seguintes notas:

“1- EMITIDO PARA FINS DE RENOVAÇÃO DA AÇÃO FISCAL NOS TERMOS DOS ACÓRDÃOS Nº 19.436/10/3ª E 19.435/10/3ª, PROFERIDOS PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES/MG.

2- A RENOVAÇÃO DA AÇÃO FISCAL RELATIVA AO EXERCÍCIO DE 2.004 SE DÁ POR FORÇA DO INCISO II DO ART. 173 DO CTN (LEI FEDERAL 5.172 DE 25 DE OUTUBRO DE 1.966)”

O dispositivo legal que ofereceu o suporte para a renovação da ação fiscal, art. 173, inc. II do Código Tributário Nacional - CTN, foi citado na fase que antecede a lavratura do AI, fazendo com que as afirmações no sentido da decadência do crédito tributário não encontrem guarida na legislação em vigor.

Assim, como a decisão proferida pelo Conselho de Contribuintes por meio do acórdão nº 19435/10/3ª, foi pela da nulidade do Auto de Infração em virtude de equívoco na acusação fiscal, portanto, por vício formal, o art. 173 do CTN, abaixo transcrito, vem estribar a renovação da ação fiscal.

CTN -Lei Complementar Federal 5.172/66

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Desse modo, no presente caso, não há porque se falar em decadência do direito do Fisco lançar o ICMS, mesmo porque as exigências se referem ao exercício de 2008, perfeitamente dentro do prazo que o Fisco tem o direito de efetuar o lançamento.

Quanto ao mérito, propriamente dito, o Fisco apreendeu, pelo Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 021305, fls. 16 dos autos, dois Relatórios de Vendas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do Autuado (fls. 17 e 18), um expressando as vendas da mercadoria “CM30” e outro que apontando as vendas de “Emulsão Asfáltica”, ambos se reportando ao exercício de 2008.

O Fisco elaborou Anexo ao AI contendo planilhas auxiliares que demonstram as saídas desacobertas de documentos fiscais (fls. 10/13).

Pelas cópias das notas fiscais emitidas pelo Autuado no exercício de 2008 (fls. 28/490), verifica-se que não efetuou nenhuma saída das mercadorias “CM30” e “Emulsão Asfáltica”, mas que elas constavam de seu inventário em 31/12/07, como se pode ver na cópia do livro Registro de Inventário de fls. 512. Nada trouxe o Autuado aos autos e nada alegou que pudesse contradizer os relatórios de vendas apreendidos pelo Fisco.

O procedimento do Fisco é considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inc. I da Parte Geral do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

Desse modo, correta as exigências fiscais relativas às saídas desacobertas das mercadorias “CM30” e “Emulsão Asfáltica”, de ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II da mesma lei, abaixo transcrita:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

Quanto à segunda irregularidade, o Fisco, ao realizar o confronto de vias de notas fiscais apreendidas com as vias fixas aos blocos, constatou que não se apresentavam com os mesmos apontamentos, indicando produtos, valores e destinatários diferentes, sendo que, por vezes, estas divergências se davam concomitantemente.

O Fisco valeu-se do uso de programa aplicativo de uso da SEF/MG e informações prestadas por outros contribuintes em relação a aquisições efetuadas junto ao Autuado, com apresentação das primeiras vias das notas fiscais, quando constatou que também se encontravam “calçadas”.

O Fisco elaborou Anexo ao AI com planilhas que demonstram o calçamento, fls. 11/12. Cópia do TAD nº 021305 que apreendeu os documentos é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

anexado às fls. 16, bem como da intimação ao cliente do Autuado para a apresentação da primeira via das notas fiscais, fls. 21/22 e cópias das primeiras e segundas vias das notas fiscais calçadas, fls. 23/26.

O exame dos autos expõe quão transparente foi a ação fiscal. A intimação, o encaminhamento dos documentos por parte do contribuinte mineiro intimado, as notas fiscais apreendidas, o próprio expediente de conferência oriundo do Mato Grosso do Sul, enfim, elementos em demasia para expor a intenção dolosa de não recolher o imposto que ora se exige.

Desse modo, devido às irrefutáveis provas apresentadas pelo Fisco, verificam-se corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX da mesma lei, abaixo transcrita:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

IX - por emitir documento fiscal consignando valores diferentes nas respectivas vias - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

O Impugnante alega que é optante do Simples Nacional, que não consta dos autos que os valores apontados pelo Fisco foram pagos por seus clientes e o Fisco não efetuou a compensação com os tributos efetivamente recolhidos.

O fato de encontrar-se enquadrado no regime Simples Nacional não altera a composição do lançamento e não existe imposto a compensar, pois o Fisco está a exigir somente operações não contabilizadas e a parcela não oferecida a qualquer tributação por parte do Autuado.

Ademais, o instrumento jurídico que instituiu esta modalidade de recolhimento, Lei Complementar Federal nº 123/06, esclarece de forma transparente sobre a incidência do ICMS nas operações que compõem a peça fiscal, como se pode ver na transcrição abaixo:

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

Art.13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1 O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 20 de outubro de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator