

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.436/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162057-30
Impugnação: 40.010125999-48
Impugnante: Jose Alberto Pinheiro ME
IE: 342117799.00-45
Proc. S. Passivo: Rafael Amparo de Oliveira/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE – ACUSAÇÃO FISCAL INCORRETA. Acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS em virtude de vendas desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante o confronto entre as vias do mesmo documento fiscal. 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. II, adequada a duas vezes e meia o valor do imposto, nos termos do art. 55, § 2º da mesma lei. Comprovado o calçamento de notas fiscais, mas não se pode concluir, em decorrência disso, a venda desacoberta de documentação fiscal.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE – ACUSAÇÃO FISCAL INCORRETA – FALTA DE INDICAÇÃO DA ACUSAÇÃO FISCAL NO RELATÓRIO DO AUTO DE INFRAÇÃO. Imputação fiscal de falta de recolhimento de ICMS/ST em operação de saídas de combustível derivado de petróleo – óleo combustível –, promovidas pelo Autuado, sem a retenção do ICMS/ST, em infringência ao disposto art. 73, inc. II, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II, § 2º, inc. I. A acusação fiscal não consta do relatório do Auto de Infração.

Declarou-se a nulidade do lançamento do crédito tributário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - falta de recolhimento de ICMS, no período de 01/03/04 a 30/06/09, em virtude de vendas desacobertas de documentos fiscais apuradas mediante o confronto entre as vias do mesmo 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. II, da mesma lei (a multa isolada foi adequada a duas vezes e meia o valor do imposto, nos termos do art. 55, § 2º da mesma lei, para as saídas para outros Estados às alíquotas de 7 % (sete por cento) e 12 % (doze por cento));

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 – falta de recolhimento de ICMS/ST, no período de 01/09/05 a 31/01/07, sobre saídas da mercadoria “Óleo Combustível”, em infringência ao disposto art. 73, inc. II, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02, pelo que se exige ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II, § 2º, inc. I.

Relata o Fisco que o Autuado, para o cometimento dessas irregularidades, valeu-se da emissão de notas fiscais fazendo apontamentos divergentes em suas respectivas vias, o chamado “calçamento” de notas fiscais.

A ação fiscal foi provocada por expediente oriundo da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul quando, ao atendê-lo, em diligência no estabelecimento do Contribuinte Maria Valdete dos Santos Pinheiro, inscrição estadual nº 342.848467.0044, o Fisco deparou com documentos do Autuado que indicavam fraude fiscal e formalizou sua apreensão pelo Termo de Apreensão e Depósito nº 021305 (fls. 23 dos autos).

Ao realizar o confronto de vias de notas fiscais apreendidas com as vias fixas aos blocos, constatou o Fisco que não se apresentavam com os mesmos apontamentos, constando produtos, valores e destinatários diferentes, indicando calçamento complexo.

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”.

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. 06/07); Anexo I – Planilhas auxiliares e notas explicativas do calçamento com demonstrativo do crédito tributário (fls. 10/21); Anexo II – Cópias do TAD nº 021305 e expediente de conferência do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 23/25); Anexo III – Intimações e cópias de primeiras vias de notas fiscais recebidas de contribuintes diversos (fls. 27/77); Anexo IV – Cópias de vias de notas fiscais apreendidas (fls. 79/94) e Anexo V – Cópias de segundas vias de notas fiscais (fls. 96/140).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 143/151 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as alíquotas de ICMS aplicadas no lançamento são exorbitantes diante do regime de recolhimento em que se situa;
 - a multa isolada aplicada é totalmente inconstitucional;
 - 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 manifestação de fls. 157/161, refuta as alegações do Autuado, argumentando que:

- a imputação fiscal é de vendas desacobertadas de documentos fiscais apuradas mediante o confronto entre vias de notas fiscais emitidas;
- o fato de o Impugnante encontrar-se enquadrado no regime “Simples Nacional” não altera a composição do lançamento;
- não existe imposto a compensar no presente caso, pois a peça fiscal contempla lançamento referente a operações não contabilizadas;
- o instrumento jurídico que instituiu esta modalidade de recolhimento, Lei Complementar Federal nº 123, esclarece de forma transparente sobre a incidência do ICMS nas operações que compõem a peça fiscal, em seu art. 13, § 1º, inc. XII, alínea “F”, estabelecendo que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o trabalho fiscal descreve que o Autuado valeu-se de calçamento de notas fiscais para efetuar vendas desacobertas de documentação fiscal e que esta ação fraudulenta constitui-se apenas no “*modus operandi*” empregado para omitir receita;

- a imputação fiscal é de “saídas desacobertas de documentação fiscal”, que se deu através do “*calçamento*” e não existem meios de se tributar a diferença existente entre as vias do documento fiscal por que estas se apresentam indicando produtos diferentes;

- O exame dos autos expõe quão transparente foi a ação fiscal: as intimações, o encaminhamento dos documentos por parte dos contribuintes mineiros intimados, as notas fiscais apreendidas, o próprio expediente de conferência oriundo do Mato Grosso do Sul, enfim, elementos em demasia para expor o dolo fiscal;

- alegações no sentido contrário, como “valor de pagamentos”, “análise de documentos contábeis e financeiros”, “tributação por imposto não previsto em Lei, baseado no princípio da analogia” e “autoria da fraude fiscal” revelam a falta de argumentação por parte da defesa;

- a aplicação da multa isolada se deu sob a observação da legislação tributária mineira e o questionamento sob aspecto constitucional deve se dar no fórum apropriado;

- algumas argumentações como “estorno de crédito” e “divergência entre notas fiscais e pedidos” não foram objeto de comentário, haja vista a ausência destas imputações na peça fiscal e uma outra, “adulteração da nota fiscal no trajeto”, por estar totalmente alheia ao contexto;

- as provas são robustas e incontestáveis, ao contrário da impugnação, que se apresenta vaga e desacompanhada de provas.

Pede, ao final, que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Versa o presente contencioso sobre as seguintes irregularidades:

1 - falta de recolhimento de ICMS, no período de 01/03/04 a 30/06/09, em virtude de vendas desacobertas de documentos fiscais apuradas mediante o confronto entre as vias do mesmo documento fiscal;

2 – falta de recolhimento de ICMS/ST, no período de 01/09/05 a 31/01/07, sobre saídas da mercadoria “Óleo Combustível”, em infringência ao disposto art. 73, inc. II, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02.

O Autuado, para o cometimento destas irregularidades, segundo o Fisco, valeu-se da emissão de notas fiscais fazendo apontamentos divergentes em suas respectivas vias, o chamado “calçamento” de notas fiscais.

A ação fiscal foi provocada por expediente oriundo da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul quando, ao atendê-lo, em diligência no estabelecimento do Contribuinte Maria Valdete dos Santos Pinheiro, inscrição estadual

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nº 342.848467.0044, o Fisco deparou com documentos do Autuado que indicavam fraude fiscal e formalizou sua apreensão pelo Termo de Apreensão e Depósito nº 021305 (fls. 23 dos autos).

Ao realizar o confronto de vias de notas fiscais apreendidas com as vias fixas aos blocos, constatou o Fisco que não se apresentavam com os mesmos apontamentos, constando produtos, valores e destinatários diferentes, indicando calçamento complexo.

É incontestável a acusação fiscal de calçamento complexo de notas fiscais. Estão acostados aos autos fotocópias das primeiras vias das notas fiscais objeto da autuação, fls. 47/94, e das respectivas segundas vias, fls. 96/140, onde se pode ver, com clareza, a indicação de destinatários, produtos e valores diferentes.

Contudo, o fato de constar produtos, destinatários e valores diferentes nas vias dos documentos fiscais não autoriza o Fisco a concluir que ocorreram vendas desacobertas de documentação fiscal. O intuito do ilícito que se verifica no presente contencioso é exatamente acobertar a venda de determinado produto com o valor de sua venda e, na via fixa da respectiva nota fiscal, com a intenção dolosa de não oferecer o produto da venda à tributação, consignar valor diferente, sempre menor. Comprovação disso pode ser observada na cópia da Nota Fiscal nº 002798, fls. 94, onde se vê carimbos do Fisco dos Estados de Goiás e Mato Grosso do Sul, atestando a circulação da mercadoria acobertada com aquele documento.

A constatação de que houve consignação de mercadorias diferentes nas diversas vias do mesmo documento fiscal não é suficiente para que se conclua que houve circulação daquelas mercadorias sem documentação fiscal. Quisesse o Autuado utilizar desse ilícito para, por exemplo, acertar estoques adquiridos sem documentação fiscal, teria o Fisco como verificá-lo através de técnicas de fiscalização próprias como o Levantamento Quantitativo.

Desse modo, mesmo constando produtos diferentes nas diversas vias dos documentos fiscais acostados aos autos, o que deve ser exigido pelo Fisco, à vista da comprovação da intenção dolosa de diminuir o valor oferecido à tributação, é o imposto incidente sobre a diferença entre o que consta na primeira via da nota fiscal e o que foi oferecido à tributação, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada, perfeitamente tipificada para a situação descrita, capitulada no art. 55, inc. IX da mesma lei, *in verbis*:

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;

Assim, a acusação fiscal ficou incorreta devendo o Auto de Infração, então, ser anulado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi constatado, também, pelas primeiras vias dos documentos fiscais obtidos junto aos adquirentes das mercadorias, divergentes do que constava nas vias fixas das respectivas notas fiscais, que o Autuado promoveu saídas de óleo combustível, mercadoria sujeita à substituição tributária, sem a retenção do ICMS/ST, em infringência ao previsto no art. 73, inc. II, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02. Correto está o Fisco em exigir o imposto não retido. Contudo, a exigência há que estar estampada no campo “Relatório” do Auto de Infração para que o Autuado tenha perfeita ciência do que está sendo acusado. No caso em tela, a menção desta exigência consta apenas na segunda página das notas explicativas que, embora aparentemente anexadas ao Auto de Infração, só aparece às fls. 21 dos autos, devendo, também por este motivo, ser anulado o Auto de Infração.

Desse modo, a presente autuação fiscal deve ser declarada nula por erro insanável na acusação fiscal.

Esclareça-se, por oportuno, que o Fisco, a qualquer tempo, poderá renovar a ação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em declarar nulo o Auto de Infração. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 17 de março de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator