

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.550/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000163482-21
Impugnação: 40.010126562-91
Impugnante: Farmácia e Perfumaria Lamarca Ltda-ME
IE: 384284412.00-05
Origem: DF/Ubá

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Constatou-se, mediante confronto de dados extrafiscais, regularmente apreendidos, que o Autuado promoveu saídas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais. Procedimento considerado tecnicamente idôneo nos termos do art. 194, inc. I, da Parte Geral, do RICMS/02. 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. Entretanto deve-se adequar a multa isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75, relativamente às saídas com carga tributária de 12% (doze por cento). Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre dados extrafiscais retirados de “pen drive” contendo registros de saídas dos meses de setembro a dezembro de 2004, apreendido no estabelecimento do Autuado e que estava conectado irregularmente a equipamento emissor de cupom fiscal, e os valores registrados em sua escrita fiscal.

Após intimação, o Autuado apresentou os percentuais das saídas por situação tributária (mercadorias sujeitas a substituição tributária, tributadas às alíquotas de 12%, 18% ou 25%) para os meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004. O Fisco aplicou a média desses percentuais de saídas sobre a base de cálculo apurada para as saídas desacobertas de documento fiscal.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inc. II e a Multa Isolada capitulada art. 55, inc. II da mesma lei.

O processo foi instruído pelo Fisco com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 09); Auto de Infração – AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04); Relatório Fiscal com demonstrativo do crédito tributário (fls. 05/07); cópia do Termo de Apreensão e Depósito – TAD – nº 023460 (fls. 08); Termos de Intimação (às fl. 10 e 14); Termo de intimação para deslacrção de

documentos apreendidos (fls. 10); Auto de Copiagem e Autenticação de Documentos Digitais (fls. 11); Declaração de Integridade da Lacração e Termo de Devolução (fls. 13); Intimação e planilha contendo situação tributária das saídas no período autuado (fls. 14/15); Planilha contendo os dados extraídos do “pen drive” apreendido (fls. 16/42); fotocópia de cupons fiscais emitidos no período autuado (fls. 43/54) e cópia do livro Registro de Saídas (fls. 55/69).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 71/72 alegando resumidamente que:

- o Fisco não atentou para o que prevê o art. 174 do CTN e o art. 206 do Código Civil de 2002, que aliados também aos ensinamentos de Maria Helena Diniz pregam a prescrição da cobrança do crédito tributário em questão;

- a constituição do referido crédito se processou no período de julho a dezembro de 2004 e a notificação foi entregue somente no dia 22/12/09, logo, seria viável a cobrança, apenas, de débitos originários de fatos geradores ocorridos de 23/12/04 a 31/12/04, uma vez que na data de 22/12/09 completaram-se os cinco anos previstos em lei e, portanto, estariam prescritos os períodos anteriores;

- o mês cujo início se deu em 01/07/04, em 01/07/09 já estaria prescrito, uma vez completado os cinco anos.

Requer o cancelamento integral do Auto de Infração.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 77/80, refuta as alegações da defesa, pedindo, ao final, seja o lançamento julgado procedente.

DECISÃO

Cuida o presente contencioso de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre dados extrafiscais retirados de “pen drive” contendo registros de saídas, apreendido no estabelecimento do Autuado e que estava conectado irregularmente a equipamento emissor de cupom fiscal, e os valores registrados em sua escrita fiscal.

Após Intimação, o Autuado apresentou os percentuais das saídas por situação tributária (mercadorias sujeitas a substituição tributária, tributadas às alíquotas de 12%, 18% ou 25%). O Fisco aplicou a média desses percentuais de saídas sobre a base de cálculo apurada para as saídas desacobertadas de documento fiscal.

O Autuado em sua impugnação alega que ocorreu prescrição do crédito tributário, confundindo prescrição com decadência. Prescrição é a perda do direito de a Fazenda exigir via judicial um crédito tributário definitivamente constituído. Decadência é a perda do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário via lançamento. É o caso em tela.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decadência é regida pelo art. 173 do CTN, inc. I, donde o prazo de 5 (cinco) anos se conta a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ainda que questionada corretamente os prazos, em sede de decadência, conforme prega o art. 150, § 4º do CTN, não teria o Estado decaído em seu direito de efetuar o lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 22/12/04.

É pressuposto básico para que se efetive a homologação explícita ou tácita que tenha ocorrido pagamento antecipado do tributo pelo obrigado. Conforme imputação fiscal, a obrigação de pagamento do imposto é do Autuado e o sujeito ativo Minas Gerais. Isso não se deu, por consequência, não há o que homologar, logo, exsurge a possibilidade jurídica da efetivação do lançamento de ofício, para cujo direito prevalece a regra de caducidade posta no art. 173, inc. I, do mesmo Código.

Se os fatos geradores são de 2004, o Fisco teria até 31/12/09 para efetuar o lançamento de ofício, assim considerado o AI regularmente notificado ao Sujeito Passivo.

Observando as fls. 03, confirma-se a intimação pessoal do Autuado em 23/09/09, portanto, antes de expirado o prazo para considerar-se decaído o direito de lançar.

Sobre essa matéria o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

“TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO FINANCEIRO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA. IMPOSSIBILIDADE.

I – Esta Corte adota entendimento de que o prazo para a constituição de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação, na hipótese em que não há pagamento da dívida, é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Precedentes: REsp nº 733.915/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 16/08/2007; EREsp nº 413.265/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 30/10/2006; REsp nº 839.418/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 28/09/2006 e AgRg no Ag nº 717.345/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/09/2006. II – Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 949060-RS, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 12/11/2007)” (Sublinhado).

Como o Sujeito Passivo não efetuou qualquer pagamento, mas, pelo contrário, deixou de recolher corretamente o imposto devido, conclusivamente, não cabe falar em decadência do lançamento de ofício.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao mérito propriamente dito, o Fisco apreendeu um “pen drive” conectado de forma irregular ao equipamento emissor de cupom fiscal do Autuado. A apreensão do equipamento e a copiagem dos dados foram regularmente efetuados pelo Fisco conforme atestam os documentos de fls. 08 e 10/13. Dos dados extraídos do equipamento, ficou constatado que o Autuado promoveu saídas desacobertadas de documento fiscal, posto que ali constavam dados não registrados em sua escrita fiscal. O Fisco corretamente calculou o valor da base de cálculo do imposto pelas situações tributárias médias informadas pelo Autuado (mercadorias sujeitas a substituição tributária, tributadas às alíquotas de 12%, 18% ou 25%).

O procedimento adotado pelo Fisco na elaboração do trabalho é tecnicamente idôneo está previsto no RICMS/02, abaixo transcrito:

RICMS/02

Parte Geral

(...)

Art. 194 - Para apuração das operações ou 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;(grifos nossos)

(...)

Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

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

A prática de saída de mercadoria sem documentação fiscal encontra-se plenamente caracterizada, tendo em vista as informações contidas no equipamento apreendido. Tais informações representam vendas para as quais o Autuado não emitiu documento fiscal.

Nada trouxe o Autuado aos autos que pudesse elidir a acusação fiscal, estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº. 6.763/75, 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 desacobertada 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, como o Fisco constatou saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, tributadas à alíquota de 12 % (doze por cento), necessário se faz a adequação prevista no § 2º do dispositivo acima citado, *in verbis*:

Art. 55 - (omissis)

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a multa isolada ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75, relativamente às saídas com carga tributária de 12% (doze por cento). Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Relator), que excluía, ainda, as exigências anteriores a 22/12/2004. Designado relator o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor). Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 19 de maio de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator/Designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.550/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000163482-21
Impugnação: 40.010126562-91
Impugnante: Farmácia e Perfumaria Lamarca Ltda-ME
IE: 384284412.00-05
Origem: DF/Ubá

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o confronto entre dados extrafiscais retirados de “pen drive” contendo registros de saídas dos meses de setembro a dezembro de 2004, apreendido no estabelecimento do Autuado e que estava conectado irregularmente a equipamento emissor de cupom fiscal, e os valores registrados em sua escrita fiscal.

Após intimação, o Autuado apresentou os percentuais das saídas por situação tributária (mercadorias sujeitas a substituição tributária, tributadas às alíquotas de 12%, 18% ou 25%) para os meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004. O Fisco aplicou a média desses percentuais de saídas sobre a base de cálculo apurada para as saídas desacobertas de documento fiscal.

O início da ação fiscal que culminou na autuação se deu em 02/12/09 e, o lapso temporal do AI (exercício de 2004) escapa àquele que poderia ser validamente cobrado, ou seja, até 31/12/08.

Conforme relatado pelo Fisco e, exposto acima, encontra-se caracterizada a infração, conforme decisão da Câmara, mas tem-se que o Auto de Infração foi recebido pela Autuada, em 22/12/09, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente a parte do exercício de 2004, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

“Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior 22/12/04, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com o recebimento do Auto de Infração em 22/12/09.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências fiscais, anteriores a 22/12/04, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 19/05/10.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

SHA/EJ