

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.661/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000174125-42
Impugnação: 40.010132290-95
Impugnante: Açoforte - Comércio de Materiais de Construção Ltda
IE: 261385764.00-00
Proc. S. Passivo: Roberta Palma Maia/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado, mediante confronto entre as informações constantes de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, com as notas fiscais emitidas no mesmo período, que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas 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/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 28/03/12 a 09/04/12, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, apreendidos no estabelecimento autuado, com a sua escrita fiscal.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II, § 2º e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) pela reincidência prevista no art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por sua procuradora regularmente constituída, impugnação às fls. 19/24, acompanhada dos documentos de fls. 25/34, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls. 39/43.

DECISÃO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de 28/03/12 a 09/04/12, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado, com a sua escrita fiscal.

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão de documentos extrafiscais denominados de “Relação de Pedidos Entregues”, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD de nº 004139 de 29/05/12 (fls. 05).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização procedeu ao confronto dos documentos extrafiscais apreendidos (pedidos) com os documentos fiscais emitidos pela Contribuinte, conforme planilhas anexas às fls. 06/10. Diante da constatação de saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, promoveu-se o lançamento em questão.

O procedimento efetuado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, inciso I da Parte Geral do RICMS/02:

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;

(...)

A Impugnante alega que adquiriu as mercadorias com documento fiscal e o ICMS/ST devidamente pago, portanto, a exigência do ICMS e a multa de revalidação não são devidas.

Essa alegação, por si só, não garante o recolhimento pelo substituto tributário do imposto devido ao Estado das mercadorias relacionadas nos documentos extrafiscais apreendidos.

Os produtos comercializados pela Impugnante não possuem nenhuma identificação que os individualizem, como por exemplo, número de série, para que se comprove o recolhimento do ICMS/ST incidente sobre estes produtos. Seria necessário, no mínimo, a apresentação das notas fiscais de sua aquisição contendo informações sobre o recolhimento dos impostos.

A Defesa cita alguns acórdãos para fundamentar a inexigibilidade do imposto por ser a mercadoria autuada sujeita à substituição tributária. Porém, cita o Acórdão nº 19.124/11/2ª do CC/MG referente a saída de mercadorias sujeitas ao ICMS/ST desacobertadas de documentação fiscal, a decisão foi pela cobrança do imposto e da multa de revalidação, o Acórdão nº 18.821/08/3º exclui as exigências do imposto e da multa de revalidação em razão da falta de descrição das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e, os Acórdãos nºs 18.399/09/2ª e 18.292/09/2º restou comprovado que as mercadorias foram adquiridas com notas fiscais e o imposto devidamente recolhido, por isso se excluiu as exigências do imposto e da multa de revalidação.

Enfim, esses documentos não respaldam a pretensão da Impugnante.

Não tendo a Autuada apresentado qualquer documentação fiscal ou comprovante de recolhimento do imposto devido, corretas as exigências do ICMS/ST e multa de revalidação em dobro, tendo em vista que não houve a comprovação da entrada das mercadorias com notas fiscais e recolhimento do imposto.

A Impugnante alega que, a simples juntada das telas do SICAF pelo Fisco referente aos PTAs nºs 01.000164028-29, 04.002212016-21 e 01.000166248-48, não é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

suficiente para caracterização do agravamento da multa isolada capitulada no § 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, pois atestam, no máximo, a aplicação da penalidade.

Veja-se a definição de reincidência ditada pelo § 6º do art. 53 da Lei nº 6.763/75:

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

Em todos os PTAs mencionados, constam a penalidade capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, ou seja, restou caracterizado que trata-se da 2ª reincidência, pois as penalidades são idênticas àquela da infração anterior praticada pela mesma pessoa nos últimos 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da exigência e da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa.

E, acrescenta que os PTAs nºs 01.000164028-29 e 01.000166248-48 foram parcelados em 15/01/10 e 31/10/11, respectivamente, e o PTA nº 04.00221201621 foi quitado por meio do DAF (documento de arrecadação fiscal) em 07/07/11. Portanto, a cobrança da multa isolada, por reincidência em 100% (cem por cento), está sendo cobrada dentro da legalidade.

Segundo a Autuada, o Fisco deveria ter observado a limitação da multa isolada referente ao inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, capitulada nos parágrafos do mesmo artigo, tendo em vista que não há imposto a ser exigido na operação. Como foi recorrido, anteriormente, ficou bem caracterizada a exigência do imposto, uma vez que não há comprovação da entrada de mercadoria com documento fiscal e recolhimento do imposto sobre substituição tributária, portanto, não há que se falar em redução da multa isolada.

No caso dos autos, o levantamento decorre da apreensão de documentos extrafiscais, apenas confrontados com as informações fiscais, sendo o caso de aplicação da multa isolada de 40% (quarenta por cento).

Desta forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de alterar o crédito tributário.

Portanto, caracterizada à infração á legislação tributária, corretas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de procuração apresentada da tribuna. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excluía a exigência da multa de revalidação em dobro. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Delcismar Maia Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor) e Eduardo de Souza Assis.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Orias Batista Freitas
Relator

EJ/cl

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.661/12/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000174125-42	
Impugnação:	40.010132290-95	
Impugnante:	Açoforte - Comércio de Materiais de Construção Ltda.	
	IE: 261385764.00-00	
Proc. S. Passivo:	Roberta Palma Maia	
Origem:	DF/Divinópolis	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, 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 e cinge-se à aplicação da multa de revalidação.

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais hábeis. O Fisco chegou a tal imputação fiscal a partir do confronto dos documentos fiscais emitidos com a documentação extrafiscal apreendida.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º e 55, inciso II.

A questão relativa ao mérito propriamente dito não será abordada neste voto visto não haver divergência em relação à decisão majoritária.

Desta forma, o objeto da divergência reside apenas na exigência na multa de revalidação.

Para melhor visualização da matéria cabe verificar o dispositivo no qual se funda a exigência, a saber:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

.....
II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

.....
§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

.....

Para aplicação das penalidades no campo do Direito Tributário devem ser verificadas as mesmas regras do Direito Penal, principalmente, a chamada “Tipicidade Cerrada.”

Em relação ao princípio da tipicidade, Maria Rita Ferragut, em seu livro *Presunções no Direito Tributário*, 2ª edição (Quartier Latin), assim se expressou:

A tipicidade é um desdobramento do princípio da legalidade, e estabelece que o veículo introdutor de normas contenha a integral descrição do fato jurídico – que se e quando ocorrer, dará ensejo ao nascimento da relação jurídica tributária – bem como que preveja todos os critérios pertinentes à instalação da relação jurídica.

.....

O tipo *tributário* é, segundo nosso entendimento, determinado, fechado. A limitação é precisa, e correspondente a um tipo específico, veiculado por enunciado jurídico que descreva de forma completa todos os critérios necessários à identificação do fato jurídico relevante, o que, em outras palavras, significa que apenas deverão ser considerados para fins de tributação aqueles fatos resultantes da relação de identidade entre os enunciados denotativo e conotativo.

Analisando especificamente a questão das penalidades, o Dr. Juary C. Silva, em sua obra *“Elementos de Direito Penal Tributário”*, (1998), assim se manifesta:

Não basta, porém, a prática da ação centrada no núcleo verbal para que se caracterize a figura típica. Há que atender, ademais, aos outros elementos do tipo, sejam objetivos, sejam subjetivos, necessariamente descritos na fatispécie legal.

.....

Assim, se reunidos todos os elementos do tipo (ou figura típica, comumente designada como fatispécie na linguagem jurídica italiana), diz-se que a ação é *típica*, isto é, conforme o tipo, adequada ao tipo. Fala-se também, nessa hipótese, que o agente realizou o tipo.

Logicamente, a prova da realização cabal do tipo incumbe à acusação, correlatamente ao que se passa no processo civil, pois é indubitável que o ônus da prova recai em quem alega, e o processo penal gira em torno da acusação deduzida em juízo, que precisa enunciar o fato em todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP).

A infração tributária pode consistir na violação das normas jurídicas que disciplinam o tributo, seu fato gerador, suas alíquotas ou base de cálculo, bem como no descumprimento dos deveres administrativos tendentes ao recolhimento do tributo.

Assim, o contribuinte pode, ao invés de violar uma norma prevista no ordenamento jurídico tributário, descumprir a obrigação de recolher pontualmente aos cofres públicos o tributo devido. Nesta última hipótese, a penalidade pecuniária utilizada é designada multa de mora.

A interpretação das normas jurídicas é imprescindível, tendo em vista a linguagem e os comandos editados pelo legislador para se chegar puramente ao que determina a vontade norma. A interpretação transcende o invólucro das próprias palavras para chegar ao conteúdo intrínseco da norma.

Tendo em vista estas premissas pode-se concluir que a penalidade denominada “Multa de Revalidação”, especificamente no caso da sua cobrança em dobro, reverte-se de duas características, quais sejam:

- punir a conduta de falta de pagamento espontâneo do tributo, ainda que a destempo, mas antes da ação fiscal;

e

- punir, mais severamente, o contribuinte que não retém ou não paga e/ou recolhe o imposto retido em decorrência de substituição tributária.

No segundo caso, a norma considera a conduta mais grave e impõe a cobrança da multa em dobro. Esta foi a penalidade acionada nos presentes autos.

Importa registrar que o caso central dos autos refere-se a uma presunção admitida por lei. A partir de documentos extrafiscais o Fisco está exigindo o imposto devido e a conseqüente penalização pelo descumprimento da obrigação acessória de emissão do documento fiscal próprio e correspondente à operação realizada.

Os dados constantes dos documentos extrafiscais apreendidos efetivamente comprovam a presunção de que as saídas não foram devidamente acobertadas pela Impugnante principalmente pelo fato do Fisco ter realizado o confronto com os documentos emitidos pela Impugnante. Esta motivação levou à manutenção das exigências de ICMS e, também, da multa isolada por falta de emissão do documento fiscal.

Contudo, a decisão unânime da Câmara de Julgamento, concluiu não ser possível ter a certeza de que as mercadorias que saíram desacobertadas tinham sido anteriormente tributadas por substituição tributária tendo em vista a impossibilidade de identificação das mercadorias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se a documentação que serviu de base para a autuação não permite a certeza de que as mercadorias saídas desacobertadas entraram com regular acobertamento fiscal e tributadas por substituição tributária, também não permite a conclusão de que estas mesmas mercadorias seriam aquelas sujeitas ao regime de recolhimento por substituição tributária.

Assim, como a relação apreendida pelo Fisco não fala quais são as mercadorias que saíram desacobertadas, não é possível saber se se tratam de mercadorias sujeitas à substituição tributária ou não.

Desta forma, não é possível excluir o ICMS considerando que este já foi recolhido por substituição tributária, como pleiteia a Impugnante, mas também não é possível exigir a multa de revalidação em dobro, pois não há provas nos autos de que as mercadorias que saíram desacobertadas estão sujeitas ao regime de recolhimento do imposto por substituição tributária.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir a exigência da multa de revalidação em dobro.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira