

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.141/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171149-75
Impugnação: 40.010131475-79
Impugnante: Dofaro Representação e Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda
IE: 001655626.00-96
Proc. S. Passivo: Eduardo Heleno Valadares Abreu
Origem: DFT/Belo Horizonte

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. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, item III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de setembro de 2010 a maio de 2011, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado, com a escrituração fiscal da Autuada.

Exige-se ICMS e ICMS/ST, multa de revalidação simples e em dobro e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador, Impugnação às fls. 310/312.

À fl. 334 reabre-se o prazo de 30 (trinta) dias à Autuada para vistas de documentação inerente ao lançamento.

A Defesa adita sua impugnação às fls. 342/344, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 348/352.

A 3ª Câmara de Julgamento determina a diligência de fl. 358, resultando em encaminhamento, à Autuada, de documentos e livros fiscais, e reabertura de novo prazo de 30 (trinta) dias, conforme Ofício DFT/BH nº 028/12.

Com a ausência de manifestação da Impugnante, a Fiscalização reitera seus argumentos e o pedido de procedência do lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em nova sessão de julgamento, a 1ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência para que a Fiscalização encaminhe ao patrono da Impugnante, cópia do Ofício DFT/BH nº 028/12, com a reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para ele.

Por conseguinte, a Autuada adita a impugnação (fls. 370/372), com juntada de documentos de fls. 373/386.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 388/394, pedindo pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Autuada inicia sua defesa requerendo a nulidade do Auto de Infração, apoiada nos princípios da ampla defesa e do contraditório contidos no art. 5º, incisos LV e XXXIV da CF/88.

Afirma ser o feito fiscal insubsistente em seu teor, posto que não foi devolvida a documentação solicitada pelo Fisco no Termo de Intimação de 05/05/11, data essa em que houve a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 004609. Acrescenta que o AAD consigna lacônicos dizeres: “saco plástico contendo diversos pedidos de venda. Mercadorias que foram entregues sem documento fiscal”, sem especificar seu conteúdo.

Verifica-se que à fl. 334 a Fiscalização reabriu o prazo de 30 (trinta) dias à Autuada, nos termos do art. 120, § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, para vistas de documentação inerente ao lançamento, colocando-a à disposição para cópia na Repartição Fazendária.

Não obstante, com a finalidade de dirimir a controvérsia ainda existente a respeito, a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG determinou a diligência de fl. 358.

Em atendimento, encaminhou-se, à Autuada, mediante Ofício DFT/BH nº 028/2012, os Anexos 1 a 9 do Auto de Infração, bem como procedeu-se à devolução dos documentos e livros fiscais solicitados à Contribuinte no Termo de Intimação de 05/05/11, com reabertura de prazo de 30 (trinta) dias.

Verificando-se novamente defeitos formais no lançamento, a 1ª Câmara de Julgamento, decide converter o julgamento em diligência para que a Fiscalização encaminhe ao patrono da Impugnante, cópia do Ofício DFT/BH nº 028/2012, reabrindo também a ele o prazo de 30 (trinta) dias.

Do acima exposto, constata-se que realmente os procedimentos fiscais iniciais não possibilitavam ao Contribuinte o exercício de seus direitos de ampla defesa e do contraditório.

Não obstante, com as várias diligências proferidas pelas câmaras de julgamento nos autos, os defeitos processuais foram sanados, com informações tais que ensejaram a total compreensão do lançamento.

Alicerça essa assertiva o fato de que o patrono da Impugnante, em sua última manifestação nos autos, apresentou análise detalhada de parte das exigências em contraposição às notas fiscais emitidas pela Contribuinte.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração, nem mesmo se vislumbra, no caso, cerceamento de defesa, razão pela qual rejeita-se a preliminar arguida.

Do Mérito

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais com a escrituração fiscal da Autuada.

A ação fiscal iniciou-se com a apreensão de pedidos de vendas, conforme Auto de Apreensão e Depósito – AAD(s) de nº 004609, de 05/05/11, cuja cópia encontra-se às fls. 02 dos autos.

Com as informações consignadas nos documentos extrafiscais, a Fiscalização apurou para cada mês o montante de saídas reais, deduzindo-se às saídas regularmente acobertadas por documentação fiscal.

Portanto, o arbitramento da base de cálculo do ICMS e as multas foi obtido por intermédio dos documentos extrafiscais apreendidos no AAD nº 004609 e apensados nos Anexos 1 a 9 do Auto de Infração.

Por conseguinte, a apuração fiscal foi efetuada, obedecendo as alíquotas previstas para as mercadorias de 18% (dezoito por cento) e 25 % (vinte e cinco por cento), diferenciando-se as hipóteses de tributação sujeitas ao ICMS gravado com substituição tributária, hipótese em que a Multa de Revalidação foi aplicada ao percentual de 100% (cem por cento), nos termos do art. 56, inciso II e § 2º, item III, da Lei nº 6763/75.

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;

Oportuno enfrentar os argumentos de Defesa de que, para cada documento extrafiscal encontrado, houve a regular emissão de nota fiscal e de que a grande maioria das mercadorias (bebidas) é gravada por substituição tributária, hipótese em que as recebe com a tributação definitiva, não cabendo mais a cobrança do imposto.

Cabe destacar que no momento da apreensão dos documentos extrafiscais, a Fiscalização procedeu a verificação de quais pedidos foi emitida a nota fiscal correspondente, e quais pedidos se referem a produtos vendidos e entregues sem documento fiscal, fato que foi confirmado tanto pela funcionária como pela contadora.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, quando foi lavrado o AAD nº 004609, os pedidos já haviam sido objeto de confronto com os respectivos documentos fiscais, e excluídos do levantamento efetuado pela Fiscalização.

Também, quanto ao pagamento anterior por substituição tributária, por se tratar de venda de mercadorias fungíveis não há como realizar uma verificação junto às suas notas fiscais de entrada, uma vez ser impossível fazer uma relação entre elas. Havendo aquisição de mercadorias adquiridas com nota fiscal e nas quais houve destaque do ICMS/ST, não se justificaria posterior venda das mesmas sem a emissão de documentos fiscais, uma vez que o ICMS devido já teria sido pago quando de sua aquisição.

Certo é que cabe à Defesa o ônus de trazer aos autos elementos que sustentam sua tese.

O patrono da Impugnante apresentou análise de 6 (seis) Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFE em contraposição ao levantamento fiscal, informando que primeiramente há a realização de uma pré-venda e posteriormente é emitida a correspondente nota fiscal.

A Fiscalização em sua análise salienta de plano a ausência de qualquer comentário pela Autuada sobre os outros 275 (duzentos e setenta e cinco) pedidos apreendidos, o que enfatiza o entendimento de que é procedimento corriqueiro da Empresa a ausência da emissão de notas fiscais nas suas vendas.

Também, quanto aos poucos elementos trazidos pela Impugnante, razão não lhe assiste, conforme exposição a seguir, trazida da manifestação fiscal:

DANFE nº 088 de 20/12/10 (fl. 373); Três pedidos (fls. 374/375):

Dos pedidos anexados pelo Fisco (fls. 51/52), onde existe um datado de 15/12/10 (fl. 52) com assinatura de recebimento por João Bruno C. Amaral, onde se lê: “falta emitir Nota e boleto”, outro datado de 15/12/10 onde se lê: “Boleto Ok – vencimento 31/12/10” que são divergentes dos produtos e valores unitários do pedido datado de 17/12/10 onde se lê: “Boleto e Nota OK – venc. 31/12” (fl. 51). Poder-se-ia acreditar que ocorreram duas vendas no dia 15/12 e outra no dia 17/12, onde inclusive consta emitir nota fiscal, sendo que nas demais somente a informação “boleto OK”. Ocorre que, no Anexo 4 do Auto de Infração (fl 24), constata-se que a Fiscalização somente considerou um dos pedidos para formar a base de cálculo devida. Reitera-se que as mercadorias não são perfeitamente identificáveis, por se tratarem de bebidas quentes;

DANFE nº 089 de 20/12/10 (fl. 376); Pedido (fl. 377):

Pela verificação dos pedidos anexados pela Fiscalização (fl. 50), existe um pedido datado de 17/12/10 com a indicação de “emitir nota e boleto”, “boleto pago”, que permite inferir ser referente ao DANFE nº 089 de 20/12/10. Há o segundo pedido na mesma folha, em que a data não está legível em virtude de ter o documento sido furado para anexação ao processo, mas que inicia-se pelo algarismo 0 (zero), nos dizeres do pedido as mercadorias seriam para um evento no dia 10/12/10. Verifica-se que os preços dos produtos divergem de um pedido para outro, e fica a indagação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

como um pedido de “pré-venda” de 17/12/10 atenderia a um evento realizado no dia 10/12/10. Assim, imperioso concluir que se tratou de duas vendas. Conforme Anexo 4, fl. 24, foi autuada apenas 1 (uma) operação;

DANFE nº 102, de 04/01/11 (fl. 378); Pedido (fl. 379):

Embora os pedidos sejam na mesma data, eles divergem quanto aos valores unitários, podendo verificar-se que existe uma assinatura num dos pedidos, que é igual a existente no canhoto do DANFE. Verifica-se ainda a informação de “boleto pago” (fl. 162). Considerando que não haveria motivo de o destinatário apor seu recebimento em dois documentos, DANFE e pedido, sendo que em um deles os valores para se chegar ao total são divergentes, conclui-se que foram efetuadas duas vendas. Conforme Anexo 5, fls. 76/77, foi autuada apenas 1 (uma) operação;

DANFE nº 112 de 08/02/11 (fl. 380); Pedido (fl. 381):

Embora os pedidos sejam da mesma data, estes divergem quanto aos valores unitários, bem como na sua formatação (conjunto de informações), no qual verifica-se que existe uma assinatura num dos pedidos que é igual a do canhoto do DANFE, com a informação de “pg boleto” (fl. 204). Trata-se das mesmas questões do item anterior, não há motivo para o destinatário apor seu recebimento em dois documentos com composições distintas (DANFE e pedido). Novamente não há dúvida de que foram efetuadas duas vendas (meia nota, prática usual no setor). Conforme Anexo 6, fl. 164, foi autuada apenas 1 (uma) operação;

DANFE nº 130 de 05/04/11 (fl. 382); Pedido (fl. 383):

O caso em tela demonstra e confirma o “modus-operandi” da Autuada. Na impugnação aduz-se que é realizada uma pré-venda para posteriormente emissão de nota fiscal. Pela análise do pedido, constante tanto à fl. 383 (juntado pela Defesa), como à fl. 287 (do AI), a data é 07/04/11, percebe-se a incoerência, já que o DANFE nº 130 foi emitido em 05/04/11, não podendo, assim, existir pedido posterior a emissão da nota fiscal. Por sua vez, pela verificação da fl. 286 do AI, não juntado pela Impugnante, observa-se a existência de um pedido datado de 05/04/11, mesma data do DANFE, a assinatura de recebimento é igual a do canhoto do DANFE e a informação de “boleto pago”, porém, no pedido do dia 07/04/11, dois dias após a emissão da nota fiscal não há nenhuma anotação. Verifica-se ainda a divergência na composição de valores entre os dois pedidos cujas datas são diferentes. Não resta a menor dúvida, por todas as informações documentadas, que se tratou de duas vendas, sendo uma desacobertada de documentos fiscais. Conforme Anexo 8, fl. 260, foi autuada apenas 1 (uma) operação;

DANFE nº 136 de 08/04/11 (fl. 384); Pedidos (fls. 385/386):

Pela simples análise dos pedidos, vê-se que um com data de 06/04/11, onde constam a informação de “boleto ok” e uma assinatura totalmente divergente da que fez o recebimento das mercadorias no canhoto do DANFE de 08/04/11. Por sua vez, o segundo pedido, datado de 07/04/11, refere-se às mesmas mercadorias do pedido do dia anterior, porém com informações e valores divergentes, configurando que se tratou de duas vendas, uma delas sem documentos fiscais, a que foi objeto de autuação. Conforme Anexo 8 (fl. 260).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, como a Impugnante não trouxe aos autos argumento ou elemento que pudesse acarretar a nulidade do lançamento ou a sua modificação, corretas as exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor) Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 02 de abril de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

T