CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.420/21/CE Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.000991204-86

Recurso de Revisão: 40.060151664-60, 40.060151666-13 (Coob.), 40.060151670-32 (Coob.), 40.060151671-13 (Coob.), 40.060151667-96 (Coob.), 40.060151672-96 (Coob.), 40.060151668-77 (Coob.), 40.060151669-58 (Coob.)

Recorrente: Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos
IE: 058997909.01-63
Leandro José dos Santos Gomes (Coob.)
CPF: 103.256.188-28
Luis Diaz Rubio Amate (Coob.)
CPF: 235.729.098-64
Luis Miguel da Purificação Teixeira (Coob.)
CPF: 236.358.778-24
Márcio Codeco Coelho (Coob.)
CPF: 868.628.807-30
Maria Eduarda Mascarenhas Kertesz (Coob.)
CPF: 146.986.968-36
Roberto Ferrarini (Coob.)
CPF: 130.426.318-50
Sérgio Ricardo dos Santos Pompilio (Coob.)
CPF: 106.297.248-14

Recorrido: Fazenda Pública Estadual

Proc. S. Passivo: Renata Correia Cubas/Outro(s)

Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

**RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.
Recursos de Revisão não conhecidos à unanimidade.**

RELATÓRIO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre entrada, saída e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (Leqfid), no exercício de 2014, mercadorias essas relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, em relação às quais a Autuada é responsável, na condição de substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS pelas saídas subsequentes destinadas a contribuintes estabelecidos no estado.

Exige-se o ICMS, ICMS/ST e respectivas Multas de Revalidação, capituladas no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, observado o limite previsto no § 2º do mesmo art. 55, todos da Lei nº 6.763/75. Em relação às entradas e ao estoque desacoberto de documentação fiscal foi exigida apenas a Multa Isolada.

Versa, ainda, a autuação, sobre a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal decorrente da falta de escrituração de notas fiscais de entradas, apurada por meio de cruzamento de dados de arquivos eletrônicos (Sped Fiscal) e notas fiscais emitidas pelos remetentes, circunstância esta que autoriza a presunção da ocorrência de saídas desacobertas das respectivas mercadorias, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, ICMS/ST, respectivas multas de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II e § 2º, da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo da obrigação tributária os diretores da empresa autuada com fulcro no art. art. 135, inciso III do CTN e 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.603/20/3ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização às fls. 1239/1255 e 1731/1751, conforme parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos Para Saúde Ltda, sustentou oralmente a Dra. Andressa Furtado de Castro Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Maria Teresa Lima Lana Esteves.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 3.019/3.061.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes Acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 21.604/17/2ª, 23.386/19/3ª, 22.072/19/2ª, 22.450/17/1ª, 22.374/17/3ª, 22.970/18/3ª, 23.493/20/1ª, 21.866/18/2ª (*decisão mantida pela Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão nº 5.127/18/CE*) e 22.445/17/3ª (cópia às fls. 3.069/3.213).

Também inconformados os Coobrigados interpõem, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, os seguintes Recursos de Revisão:

- fls. 3.214/3.230 – Coobrigado Leandro José dos Santos Gomes, indicando os Acórdãos nºs 22.133/16/1ª, 22.130/16/3ª, 22.771/17/1ª e 22.916/18/1ª, como divergentes (cópia às fls. 3.238/3.288);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- fls. 3.290/3.306 – Coobrigado Márcio Codeco Coelho, indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.314/3.356);

- fls. 3.358/3.374 – Coobrigado Roberto Ferrarini, indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.382/3.424);

- fls. 3.425/3.441 – Coobrigado Sérgio Ricardo dos Santos Pompilio, indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.449/3.491);

- fls. 3.492/3.508 – Coobrigado Luís Diaz Rubio Amate, indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.516/3.558);

- fls. 3.559/3.575 – Coobrigado Luis Miguel da Purificação Teixeira, indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.583/3.625);

- fls. 3.627/3.643 – Coobrigada Maria Eduarda Mascarenhas Kertesz indicando os Acórdãos n^{os} 22.133/16/1^a, 22.130/16/3^a e 22.771/17/1^a, como divergentes (cópia às fls. 3.651/3.693).

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento dos Recursos de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 3.696/3.748, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto n^o 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Do Recurso da Autuada

A Autuada afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes Acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 21.604/17/2ª, 23.386/19/3ª, 22.072/19/2ª, 22.450/17/1ª, 22.374/17/3ª, 22.970/18/3ª, 23.493/20/1ª, 21.866/18/2ª (*decisão mantida pela Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão nº 5.127/18/CE*) e 22.445/17/3ª (cópia às fls. 3.069/3.213).

Ressalta-se que as decisões indicadas como paradigmas pela Recorrente/Autuada, encontram-se aptas para serem analisadas quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foram publicadas há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Eletrônico em 22/12/20), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

Feita esta ressalva, passa-se à análise dos acórdãos citados como paradigmas quanto à divergência requerida para ensejar o conhecimento do recurso.

Acórdãos indicados como paradigmas de nºs 21.604/17/2ª e 23.386/19/3ª

No tocante às decisões paradigmas retro, a Recorrente/Autuada traz os seguintes cotejos dos excertos deles com a decisão recorrida para dizer que referidas decisões divergem da decisão recorrida quanto à apreciação da arguição de nulidade do lançamento:

ACÓRDÃOS PARADIGMAS DE Nº 21.604/17/2ª E 23.386/19/3ª

(...) EM OBEDIÊNCIA ÀS DIRETRIZES TRAÇADAS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, O REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – RPTA, APROVADO PELO DECRETO Nº 44.747/08, ASSIM PRESCREVE EM SEUS ARTS. 69, 70 E 74, IN VERBIS:

(...)

ART. 70. O AUTO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL SERÁ UTILIZADO PARA SOLICITAR DO SUJEITO PASSIVO A APRESENTAÇÃO DE LIVROS, DOCUMENTOS, DADOS ELETRÔNICOS E DEMAIS ELEMENTOS RELACIONADOS COM A AÇÃO FISCAL, COM INDICAÇÃO DO PERÍODO E DO OBJETO DA FISCALIZAÇÃO A SER EFETUADA.

(...)

(...) TÊM POR OBJETIVO PRECÍPUO QUE OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ESPECIALMENTE OS AQUI ORA ANALISADOS, SE PAUTEM POR RESPEITO A PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO OS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA MORALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DA NÃO SURPRESA E DA TRANSPARÊNCIA.

(...)

ESSE PROCEDIMENTO, DA FORMA COMO PERPETRADO, CONTRARIA OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS RETROTRANSCRITOS, QUE, DE FORMA CLARA E OBJETIVA, ESTABELECEM A LAVRATURA DO AIAF COMO PRECEDENTE A QUALQUER PROCEDIMENTO FISCAL, TENDO POR FINALIDADE A CIENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DA AÇÃO FISCAL QUE SERÁ INICIADA, BEM COMO, REQUISITAR OS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS AO DESENVOLVIMENTO DOS TRABALHOS.

(...)

O PROCEDIMENTO ADOTADO PELA FISCALIZAÇÃO, SUPRIMINDO A FASE INICIAL, IMPEDE QUE O CONTRIBUINTE EXERÇA O DIREITO DE PROVIDENCIAR RESPOSTAS E PROVAS ÀS REQUISIÇÕES E QUESTIONAMENTOS “APRESENTADOS” MEDIANTE AIAF, IMPORTANDO EM SUPRESSÃO DE FASE DE PROCEDIMENTO NECESSARIAMENTE A SER OBSERVADA EM FACE DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS JÁ TRANSCRITAS.

EM SE CUMPRINDO O PROCEDIMENTO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO E CONCEDIDO, EFETIVAMENTE, PRAZO PARA O CONTRIBUINTE APRESENTAR SUAS ALEGAÇÕES, APÓS RECEBIMENTO DO AIAF, PODERIA ELE, EM TESE, INCLUSIVE, COMPROVAR O SEU CORRETO PROCEDIMENTO E OBSTAR A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. (GRIFOU-SE).

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

ALEGA A AUTUADA QUE A FISCALIZAÇÃO NÃO RESPEITOU O PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO MINEIRA, VISTO QUE, NO PERÍODO QUE ANTECEDEU A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, RECEBEU O AIAF Nº 10.000025131-26 SEM QUE A AUTORIDADE FISCAL TIVESSE CONFRONTADO A IMPUGNANTE ACERCA DAS INFORMAÇÕES APONTADAS COMO DIVERGENTES QUANDO DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DIÁRIO, ALÉM DE NÃO TER OPORTUNIZADO A DENÚNCIA ESPONTÂNEA À IMPUGNANTE, CONFORME DETERMINA O ART. 70, § 4º DO RPTA/MG. E O MESMO TERIA SE DADO QUANDO DA INCLUSÃO DA NOVA OCORRÊNCIA, COM FULCRO NO ART. 51, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75.

ENTRETANTO, A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO ATENDE A TODOS OS REQUISITOS LEGAIS, PREVISTOS NO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS – RPTA, APROVADO PELO DECRETO Nº 44.747/08:

(...)

PORTANTO, TODOS OS REQUISITOS REGULAMENTARES RELATIVOS À REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS FISCAIS AUXILIARES, BEM COMO EM RELAÇÃO À DOCUMENTAÇÃO DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL, QUE RESULTOU NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, FORAM REALIZADOS ESTRITAMENTE DENTRO DOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REQUISITOS LEGAIS, NÃO HAVENDO QUALQUER VÍCIO QUE INCORRA EM NULIDADE DO LANÇAMENTO. (GRIFOU-SE).

Alega a Recorrente/Autuada que o acórdão recorrido afastou a alegação da Defesa no sentido de que não foi respeitado o procedimento previsto no art. 70 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, uma vez que a Autoridade Fiscal permaneceu silente durante todo o período do AIAF, sem solicitar sequer um documento ou esclarecimento, entendendo que haviam sido cumpridos todos os requisitos regularmente relativos à realização dos procedimentos fiscais auxiliares e à documentação do início da ação fiscal.

Assevera que nos acórdãos paradigmas retro restou consignado que deve ser obedecida a diretriz imposta pelo art. 70 do RPTA, o qual dispõe que o AIAF será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, devendo se pautar no respeito aos princípios fundamentais, como os da legalidade, do devido processo legal, da segurança jurídica, da moralidade, do contraditório, da ampla defesa, da não surpresa e da transparência.

Argui que ainda restou consignado nas decisões paradigmas que a finalidade do AIAF consiste em não só em cientificar o contribuinte da ação fiscal, mas também requisitar os documentos necessários, bem como considerou que, se tivesse concedido prazo para o contribuinte apresentar suas alegações após o recebimento do AIAF, poderia, em tese, ter comprovado o seu correto procedimento e obstado a lavratura do Auto de Infração.

Diz que no presente caso não foi observado o comando do art. 70 do RPTA, devendo ser reformada a decisão recorrida para se aplicar o entendimento exarado nos acórdãos paradigmas retro, no sentido de que devem ser obedecidas as diretrizes do citado artigo, o qual tem como finalidade a requisição de documentos necessários relacionados à ação fiscal.

Argumenta que no presente caso, diferente das decisões paradigmas, constata-se que a Fiscalização não obedeceu ao procedimento legalmente estabelecido para o momento que antecede a autuação, restando prejudicado o contraditório e a ampla defesa, uma vez que a Autuada, ao receber a intimação do AIAF, esperava uma oportunidade para apresentar documentos e sanar possíveis dúvidas da Fiscalização acerca das suas operações mas, ao invés disso, foi surpreendida com a lavratura do presente Auto de Infração.

Conforme relatado, a ora Recorrente sustenta divergência em relação à decisão recorrida, tendo em vista que nessas decisões declarou-se a nulidade dos respectivos lançamentos, diferentemente da decisão recorrida.

Analisando as decisões apontadas como paradigmas, bem como o arcabouço probatório presente naqueles autos, verifica-se a existência de vícios insanáveis que acarretaram a nulidade dos lançamentos:

ACÓRDÃO: 21.604/17/2ª

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR - ITCD - FALTA DE RECOLHIMENTO/RECOLHIMENTO A MENOR - INTIMAÇÃO IRREGULAR DO AIAF. NOS TERMOS DOS ART. 70 E ART. 89 DO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS - RPTA, APROVADO PELO DECRETO Nº 44.747/08, DEVE-SE LAVRAR O AIAF, DE FORMA REGULAMENTAR, PARA DAR INÍCIO À AÇÃO FISCAL, E O AUTO DE INFRAÇÃO DEVE CONTER TODAS AS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS DE FORMA CLARA E PRECISA PARA SEU ENTENDIMENTO. HAVENDO VÍCIOS NOS DOCUMENTOS: AIAF E AUTO DE INFRAÇÃO, NÃO HÁ COMO CONSIDERAR VÁLIDO O LANÇAMENTO SOB O PONTO DE VISTA FORMAL.

DECLARADO NULO O LANÇAMENTO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

ACÓRDÃO: 23.386/19/3ª

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR - FALTA DE INTIMAÇÃO/INTIMAÇÃO IRREGULAR. NOS TERMOS DOS ARTS. 196 DO CTN E 10 A 12, 69, 70 E 74 DO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS - RPTA, ESTABELECIDO PELO DECRETO Nº 44.747/08, O SUJEITO PASSIVO DEVE SER REGULARMENTE INTIMADO DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL E DOS RESPECTIVOS ATOS PROCESSUAIS. NA AUSÊNCIA DESSE PROCEDIMENTO OU IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO, NÃO HÁ COMO CONSIDERAR VÁLIDO O LANÇAMENTO. DECLARADO NULO O LANÇAMENTO. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

No caso concreto da decisão recorrida, a 3ª Câmara de Julgamento entendeu que as questões arguidas pela Recorrente não levavam à nulidade do lançamento, pois a lavratura do Auto de Infração atendeu a todos os requisitos legais, previstos no RPTA, especialmente o disposto nos arts. 69, inciso I, e 70, os quais disciplinam a formalização do início da ação fiscal. Destaca-se os seguintes excertos da decisão recorrida:

(...)

EM 22/03/18 FOI LAVRADO O AUTO DE INÍCIO DE AÇÃO FISCAL (AIAF) Nº 10.000025131-26 (FLS. 13), DANDO CIÊNCIA AO CONTRIBUINTE DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL, INFORMANDO O PERÍODO FISCALIZADO E O OBJETO DA AUDITORIA FISCAL. EM 20/06/18 FOI EMITIDO O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO PARA EXIGÊNCIA DO ICMS E DO ICMS/ST DECORRENTE DA CONSTATAÇÃO DE QUE A AUTUADA PROMOVEU ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, PORTANTO, DENTRO DO PRAZO PREVISTO NO § 3º DO ART. 70 DO RPTA SUPRATRANSCRITO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PORTANTO, NÃO HOUVE QUALQUER DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO NO TOCANTE AO PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO PARA O LANÇAMENTO.

PORTANTO, NÃO HOUVE QUALQUER DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO NO TOCANTE AO PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO PARA O LANÇAMENTO.

NO TOCANTE AO PROCEDIMENTO “EXPLORATÓRIO”, PREVISTO NO ART. 66 DO RPTA, ADOTADO PELO FISCO, NO PERÍODO ANTECEDENTE À LAVRATURA DO AIAF, ESCLARECEU O FISCO QUE DESDE O RECEBIMENTO DO TERMO DE CIENTIFICAÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL AUXILIAR EXPLORATÓRIO, OCORRIDO EM 09/06/17, ATÉ A EMISSÃO DO AIAF, EM 22/03/18, TRANSCORRERAM-SE APROXIMADAMENTE 09 (NOVE) MESES, TENDO A IMPUGNANTE SE QUEDADO INERTE NO TOCANTE AO INSTITUTO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA A ELA OPORTUNIZADA, CONFORME PREVISTO NOS ARTS. 66 A 68 DO RPTA:

(...)

INFORMA O FISCO QUE NO PERÍODO QUE ANTECEDEU A LAVRATURA DO AIAF FORAM REALIZADOS DIVERSOS CONTATOS COM OS RESPONSÁVEIS FISCAIS DA IMPUGNANTE, BEM COMO REUNIÃO PRESENCIAL REALIZADA NO DIA 26/02/18 PARA TRATAR DA IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS SOBRE IRREGULARIDADES TRIBUTÁRIAS, OCASIÃO EM QUE O CONTRIBUINTE FOI CIENTIFICADO DA POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE TA – TERMO DE AUTODENÚNCIA, PASSÍVEL INCLUSIVE DE ENQUADRAMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO PLANO DE REGULARIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – REGULARIZE, VIGENTE À ÉPOCA.

PORTANTO, TODOS OS REQUISITOS REGULAMENTARES RELATIVOS À REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS FISCAIS AUXILIARES, BEM COMO EM RELAÇÃO À DOCUMENTAÇÃO DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL, QUE RESULTOU NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO, FORAM REALIZADOS ESTRITAMENTE DENTRO DOS REQUISITOS LEGAIS, NÃO HAVENDO QUALQUER VÍCIO QUE INCORRA EM NULIDADE DO LANÇAMENTO.

No caso das decisões paradigmas retro, a Câmara destacou irregularidades na lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF, que levaram à nulidade de tais peças fiscais. A matéria tratada naquele caso é diferente da matéria tratada nos presentes autos. Ademais, não se evidenciam as mesmas falhas na lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF. Portanto, não há similitude entre as decisões para configurar divergência jurisprudencial.

Verifica-se, pois, pelos fundamentos das decisões, que não há divergência entre a decisão recorrida e os acórdãos apontados como paradigmas, quanto à aplicação da legislação tributária, tendo em vista que as análises e conclusões levaram em consideração o caso concreto e as instruções probatórias de cada lançamento.

Portanto, não se constata divergência quanto à aplicação da legislação tributária entre as decisões recorrida e as indicadas como paradigma.

Acórdão paradigma de nº 22.072/19/2ª:

Assevera a Recorrente em relação à impossibilidade de inovação do lançamento e mudança do critério jurídico da autuação, vislumbra-se que o r. acórdão recorrido não aplicou da melhor forma o direito atinente à matéria, devendo ser integralmente reformado, nos termos de outras decisões proferidas por este Conselho de Contribuintes.

Diz que demonstrou que a Fiscalização inovou o objeto da presente autuação, modificando o seu critério jurídico, pois decidiu iniciar um novo procedimento fiscal auxiliar, totalmente novo, baseado no cruzamento de dados de notas fiscais de saídas emitidas por terceiro de notas fiscais de entrada registradas no SPED da Recorrente após formalizado o Auto de Infração, o que deveria ter sido realizado em momento anterior ao início da ação fiscal.

Fala que nesse “novo levantamento”, a Fiscalização apurou que 5.514 notas fiscais de entrada que a Recorrente supostamente não teria escriturado no seu SPED e a intimou para que prestasse novos esclarecimentos e preenchesse tabela contendo informações sobre as referidas notas ou a retificação do SPED.

Explica que, em resposta, a Recorrente alegou a falta de embasamento legal da referida intimação, bem como a impossibilidade de inovação de critério jurídico da autuação. Apesar disso, a Fiscalização procedeu à primeira retificação do Auto de Infração para incluir uma nova ocorrência (código da ocorrência 01.019.009 – falta de escrituração de notas fiscais emitidas por terceiros) advinda da suposta conduta infracional diversa da previamente consubstanciada na presente autuação (ocorrência original - 01.019.008 – saída sem estoque apurada por meio de leqfid).

Assegura que a realização de nova fiscalização com o cruzamento de dados que não foi objeto de prévio procedimento fiscal, bem como a inclusão do resultado desse novo levantamento com a criação de uma nova ocorrência para elucidar a suposta infração em Auto de Infração já formalizado não pode ser aceita por este C. Conselho de Contribuintes, pois configura clara inovação da autuação e modificação de seu critério jurídico, em linha com precedentes exarados por este próprio órgão.

Relata que a decisão recorrida afastou a referida alegação por entender que todo o procedimento fiscal está previsto na legislação tributária, uma vez que o Fisco, após recebida a impugnação, constatou a existência de documentos não registrados pela Recorrente em seu Sped Fiscal, de modo que não se verifica qualquer irregularidade na reformulação do lançamento. Diante disso, concluiu que não há que se falar em mudança de critério jurídico ou violação ao princípio da segurança jurídica no presente caso.

Conclui que a decisão recorrida contraria a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, tendo em vista que foi dada aplicação divergente em acórdão proferido por este órgão julgador. Para fins de comprovação do preenchimento dos requisitos de conhecimento deste recurso, informa que fez o seguinte cotejo das decisões recorrida e paradigma:

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

APÓS A REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO PARA INCLUSÃO DA OCORRÊNCIA FISCAL 01.019.009 – SAÍDA DESACOBERTADA/ OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO INFORMADA PELO REMETENTE OU PELO TRANSPORTADOR, NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE – A IMPUGNANTE ALEGA QUE “NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INCLUSÃO DE NOVAS NOTAS FISCAIS, QUE SEQUER FORAM OBJETO DE FISCALIZAÇÃO PRÉVIA” E, AINDA, POR MEIO DE ARGUMENTO DA PRÓPRIA IMPUGNANTE, O QUE NÃO TERIA AMPARO NOS ARTS. 145 E 149 DO CTN, QUE PREVÊ A ALTERAÇÃO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DO LANÇAMENTO.

NO SEU ENTENDIMENTO NÃO TERIA OCORRIDO NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 149 DO CTN PARA QUE HOUVESSE REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO, VISTO QUE NÃO OCORREU QUALQUER FALSIDADE, ERRO, AÇÃO OU OMISSÃO SUPOSTAMENTE COMETIDA PELA IMPUGNANTE (INCISOS IV E VI), BEM COMO NÃO CARACTERIZA COMO FATOS NOVOS AS NOTAS FISCAIS INCLUÍDAS NA AUTUAÇÃO (INCISO VIII), UMA VEZ QUE A AUTORIDADE FISCAL TINHA PLENO CONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE BANCO DE DADOS DE NOTAS FISCAIS DE TERCEIROS, ATIVAS NO PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, BEM COMO TINHA ACESSO A TODOS OS DADOS E DOCUMENTOS FISCAIS DA IMPUGNANTE.

ENTENDE QUE A PRETENSÃO DE ALTERAR O AUTO DE INFRAÇÃO, APÓS SUA LAVRATURA E FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NÃO PODE SER LEVADA A EFEITO, POIS FERE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DEVENDO, PORTANTO, SER INTEGRALMENTE CANCELADO, EM VIRTUDE DA CLARA ILIQUIDEZ E INCERTEZA.

ENTRETANTO, NÃO LHE CABE RAZÃO.

(...)

TUDO O PROCEDIMENTO FISCAL ESTÁ DEVIDAMENTE PREVISTO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, UMA VEZ QUE O FISCO, DEPOIS DE RECEBIDA A IMPUGNAÇÃO, CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA IMPUGNANTE, EM SEU SPED FISCAL, DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO CONTRIBUINTE, TENDO ACATADO PARTE DAS ALEGAÇÕES DA CONTRIBUINTE, REFORMULOU O LANÇAMENTO E ABRIU PRAZO PARA O SUJEITO PASSIVO, CONFORME PREVISTO NO § 1º DO ART. 120 DO RPTA.

(...)

PORTANTO, NÃO SE VERIFICA QUALQUER ILEGALIDADE NA REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO, SEQUER EM VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, NO CASO EM EXAME.

ASSIM SENDO, NÃO HÁ ÓBICE À RERRATIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO EFETUADA PELA FISCALIZAÇÃO, ATÉ PORQUE É SEU DEVER TOMAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À ADEQUAÇÃO DO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LANÇAMENTO À NORMA LEGAL, POR SER A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA E OBRIGATÓRIA, COMO PRESCREVE O ART. 142 DO CTN. (GRIFOS ACRESCIDOS PELA RECORRENTE).

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.072/19/2ª:

(...)

ACRESCENTA QUE O CANCELAMENTO SE JUSTIFICA EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE EMENDAR A AUTUAÇÃO FISCAL, ALEGA TAMBÉM CERCEAMENTO DE DEFESA OCASIONADO PELA CONDUTA DO AGENTE QUE PREJUDICOU O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA PELA PARTE AUTUADA, QUANDO NÃO HÁ REFERÊNCIA EXATA AOS ATOS QUE ENSEJARAM A APLICAÇÃO DA SANÇÃO; O QUE TORNARIA O ATO NULO.

(...)

DO EXPOSTO, INQUESTIONÁVEL QUE O LANÇAMENTO FISCAL ORIGINAL: ESTORNO DE CRÉDITO POR INOBSERVÂNCIA DO CRÉDITO PRESUMIDO, DIVERGE COMPLETAMENTE DO LANÇAMENTO RETIFICADO: ESTORNO DE CRÉDITO POR INOBSERVÂNCIA DO LIMITE DE CRÉDITO PERMITIDO ATRELADO ÀS OPERAÇÕES TRIBUTADAS. POR CONSEQUENTE, IMPERIOSO CONCLUIR QUE OCORREU ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO DO LANÇAMENTO.

PARA MELHOR ENTENDIMENTO, IMPORTANTE TRAZER O CONCEITO DE CRITÉRIO JURÍDICO.

(...)

TAMBÉM, NESSE SENTIDO, TRANSCREVE-SE OS ENSINAMENTOS DO ILUSTRE TRIBUTARISTA HUGO DE BRITO MACHADO A RESPEITO DA MATÉRIA (CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 28ª EDIÇÃO, 2006, MALHEIROS, PÁG. 203):

(...)

TAMBÉM HÁ MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO, QUANDO A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, TENDO ADOTADO UMA ENTRE VÁRIAS ALTERNATIVAS EXPRESSAMENTE ADMITIDAS PELA LEI NA FEITURA DO LANÇAMENTO, DEPOIS PRETENDE ALTERAR ESSE LANÇAMENTO, MEDIANTE A ESCOLHA DE OUTRA DAS ALTERNATIVAS ADMITIDAS E QUE ENSEJA A DETERMINAÇÃO DE UM CRITÉRIO TRIBUTÁRIO DE VALOR DIVERSO, GERALMENTE MAIS ELEVADO.

(...) (GRIFOU-SE).

Argumenta que, ao analisar a ocorrência da mudança de critério jurídico da autuação no caso constante do acórdão paradigma, este Conselho de Contribuintes considerou que a divergência entre o lançamento original e retificado configura alteração do critério jurídico da autuação, preocupando-se em trazer o conceito exposto na doutrina de Hugo de Brito Machado, o qual foi, inclusive, elucidado pela Recorrente em suas peças de defensorias.

No entanto, em que pesem os argumentos da Recorrente, verifica-se que inexistente a alegada divergência jurisprudencial.

Com efeito, analisando-se o acórdão indicado como paradigma, verifica-se que a D. 2ª Câmara de Julgamento defendeu a tese de alteração de critério jurídico na autuação por ela analisada, em função, em síntese, dos aspectos a seguir descritos, alguns deles já narrados acima.

O Sujeito Passivo explorava a atividade de prestação de serviços rodoviário de cargas, encontrando-se submetido, de acordo com a acusação fiscal (original), ao crédito presumido estabelecido no art. 75, inciso XXIX, alínea “a” do RICMS/02 (20% do valor dos débitos, vedados quaisquer outros créditos do imposto), por força do Decreto nº 44.253/06, com vigência a partir de 01/04/06.

No entanto, o contribuinte havia escriturado indevidamente créditos oriundos de aquisições diversas, incluindo peças, combustível, serviços de comunicação, bens do ativo imobilizado, dentre outros créditos.

O dispositivo legal supramencionado (art. 75, inciso XXIX, alínea “a” do RICMS/02) constou expressamente no Auto de Infração, para fundamentar a glosa dos créditos indevidamente apropriados.

Diante disso, foi mencionado na decisão paradigmática que era *“inquestionável que a autuação relativa ao item 1 se deu em face de a Contribuinte não ter se utilizado do crédito presumido, entendido pela Fiscalização como a tributação correta para a empresa”*.

Porém, após promover retificação do crédito tributário, “a apuração do novo crédito apropriado indevidamente, base das exigências fiscais, buscou identificar o percentual permitido de crédito (atrelado às operações da empresa tributadas pelo ICMS), em cumprimento ao disposto no art. 66, inciso VIII, do RICMS/02”.

Não obstante, não houve nenhuma alteração nos dispositivos legais tidos por infringidos, ou seja, de acordo com o acórdão paradigmático, houve ratificação dos dispositivos originalmente relacionados no Auto de Infração, apesar de ter sido abandonada a apuração via “crédito presumido”, passando-se a adotar procedimento para a glosa dos créditos de forma similar à utilizada em empresas que apuram o imposto pelo sistema normal de débito e crédito (estorno proporcional às prestações isentas/não tributadas).

Nesse contexto, a D. 2ª Câmara de Julgamento afirmou que era inquestionável que o lançamento fiscal original (estorno de crédito por inobservância do crédito presumido) divergia completamente do lançamento retificado (estorno de crédito por inobservância do limite de crédito permitido atrelado às operações tributadas), sem que tivesse ocorrido a modificação da “Base legal/Infringência”, concluindo, dessa forma, que houve alteração do critério jurídico do lançamento, fato que motivou a declaração da improcedência do lançamento.

É o que se depreende, em síntese, da decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento, *in verbis*:

ACÓRDÃO Nº 22.072/19/2ª

(PARADIGMA)

EMENTA:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO/CARGA - CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - APURAÇÃO POR DÉBITO/CRÉDITO – FALTA DE REGIME ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DE APURAÇÃO DO ICMS PELO SISTEMA DE DÉBITO/CRÉDITO, EM DESACORDO COM O PREVISTO NO ART. 75, INCISO XXIX, ALÍNEA “A”, PARTE GERAL DO RICMS/02, QUE ESTABELECE O CRÉDITO PRESUMIDO. COM A REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO, ADOTANDO O REGIME DE DÉBITO/CRÉDITO E APURANDO O CRÉDITO DE ICMS COM BASE NA PROPORCIONALIDADE DAS OPERAÇÕES TRIBUTADAS, CONCLUI-SE QUE OCORREU VÍCIO MATERIAL DO LANÇAMENTO. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

DECISÃO:

“... NO ENTANTO, OUTRA DISCUSSÃO LEVA A UM MAIOR PREJUÍZO AO LANÇAMENTO, DE CARÁTER ALÉM DO ASPECTO FORMAL, CONFORME PASSA-SE A DEMONSTRAR.

CONFORME RELATADO, A PRIMEIRA IRREGULARIDADE DO LANÇAMENTO CONSTITUI APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO ICMS, REDIGIDO NO AUTO DE INFRAÇÃO, COMO:

- 1) “ESCRITUROU INDEVIDAMENTE CRÉDITOS ORIUNDOS DE AQUISIÇÕES DAS MAIS DIVERSAS, INCLUINDO PEÇAS, COMBUSTÍVEL E OUTROS MATERIAIS DESTINADOS OU NÃO AO USO E CONSUMO EXCLUSIVO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE; CREDITOU-SE DE ICMS RELATIVOS AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ADQUIRIDOS, ATIVO IMOBILIZADO E TAMBÉM DE OUTRAS AQUISIÇÕES, CONFORME SE VERIFICA NAS LINHAS [016], [020], [024], [026], [030] E OUTRAS DA DAPI. PROCEDENDO DE FORMA DOLOSA, COM A INTENÇÃO DE NÃO RECOLHER NENHUM VALOR A TÍTULO DE ICMS INCIDENTE NESSAS OPERAÇÕES, POIS SABEDOR QUE TAL PROCEDIMENTO ESTAVA VEDADA NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DO ICMS;
- 2) APROPRIOU-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS DE ICMS EM CONSEQUÊNCIA DA ESCRITURAÇÃO INDEVIDA DESTACADA NO ITEM ANTERIOR”

O DETALHAMENTO DA AUTUAÇÃO CONSTA NO RELATÓRIO ANEXO AO AUTO DE INFRAÇÃO DA SEGUINTE FORMA:

“8.1) CRÉDITO DE ICMS ESCRITURADOS INDEVIDAMENTE

COMO É CEDIÇO, O DECRETO Nº 44.253, DE 09 DE MARÇO DE 2006 (MG DE 10/03/2006) ALTEROU O REGULAMENTO DO ICMS – RICMS, APROVADO PELO DECRETO Nº 43.080, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2002 NA FORMA DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DOS CONTRIBUINTES PRESTADORES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES, CUJOS EFEITOS FORAM A PARTIR DE 01/04/2006.

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VEJAMOS O QUE DISPÕS O DECRETO 44.253/06:

ART. 1º - O REGULAMENTO DO ICMS (RICMS), APROVADO PELO DECRETO Nº 43.080, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2002, PASSA A VIGORAR COM AS SEGUINTE ALTERAÇÕES:

(...)

ART. 75. (...)

XXIX - AO ESTABELECIMENTO PRESTADOR DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS DE VALOR EQUIVALENTE A 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DO IMPOSTO DEVIDO NA PRESTAÇÃO, OBSERVANDO-SE O SEGUINTE:

A) O CRÉDITO PRESUMIDO SERÁ APLICADO PELO CONTRIBUINTE, EM SUBSTITUIÇÃO AO SISTEMA NORMAL DE DÉBITO E CRÉDITO, VEDADA A UTILIZAÇÃO DE QUAISQUER OUTROS CRÉDITOS;

B) O PRESTADOR DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DISPENSADO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTE DO ICMS OU DA ESCRITURAÇÃO FISCAL APROPRIAR-SE-Á DO CRÉDITO PREVISTO NESTE INCISO NO PRÓPRIO DOCUMENTO DE ARRECADAÇÃO;

“NESSE SENTIDO, APENAS ALTEROU-SE A FORMA DE APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS DE ICMS, OU SEJA, A NOVA SISTEMÁTICA ESTABELECEU QUE SE APURASSE NORMALMENTE O DÉBITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE EM TAIS OPERAÇÕES; O CRÉDITO, POR SUA VEZ, SERIA ENTÃO OBTIDO APLICANDO-SE UM PERCENTUAL DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE REFERIDO DÉBITO. DEVENDO, PORTANTO, O CONTRIBUINTE RECOLHER A DIFERENÇA, E NADA MAIS. OBSERVE QUE O ENQUADRAMENTO DO CONTRIBUINTE PERMANECEU O MESMO, OU SEJA, DÉBITO E CRÉDITO.

DIANTE DE TAIS ALTERAÇÕES, O CONTRIBUINTE QUEDOU-SE INERTE, NÃO CUMPRINDO TAL DISPOSITIVO E CONTINUOU APURANDO O IMPOSTO COMO ANTES, OU SEJA, SISTEMA NORMAL DE DÉBITO E CRÉDITO, ESCRITURANDO OS CRÉDITOS ORIUNDOS DE AQUISIÇÕES DAS MAIS DIVERSAS, INCLUINDO PEÇAS, COMBUSTÍVEL E OUTROS MATERIAIS DESTINADOS OU NÃO AO USO E CONSUMO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE; CREDITOU-SE DE ICMS RELATIVOS AOS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ADQUIRIDOS, ATIVO IMOBILIZADO E TAMBÉM DE OUTRAS AQUISIÇÕES, CONFORME SE VERIFICA NAS LINHAS [016], [020], [024], [026], [030] E OUTROS DA DAPI.

O LEGISLADOR DEU OPÇÃO AO CONTRIBUINTE DE SE VALER DE UM REGIME ESPECIAL PARA CONTINUAR NAS MESMAS CONDIÇÕES ANTERIORES, OU SEJA, APURAÇÃO NORMAL DO ICMS. EMBORA CONSTE EM NOSSO SISTEMA PEDIDO E CONCESSÃO DE REGIME ESPECIAL NO EXERCÍCIO DE 2012, VERIFICOU-SE QUE O MESMO NÃO FOI COLOCADO EM PRÁTICA EM NENHUM MOMENTO PELO CONTRIBUINTE. ASSIM, APESAR DE SUA VIGÊNCIA, O REGIME ESPECIAL FOI TOTALMENTE IGNORADO E NÃO FORAM CUMPRIDAS SUAS EXIGÊNCIAS.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RATIFICANDO A REDAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO, CONSTA DO AUTO DE INFRAÇÃO COMO “BASE LEGAL/INFRINGÊNCIA”, O ART. 75, INCISO XXIX, ALÍNEA “A” DO DECRETO ESTADUAL Nº 43.080, DE 13/12/02 (RICMS/02), FL. 05 DOS AUTOS.

DO EXPOSTO, INQUESTIONÁVEL QUE A AUTUAÇÃO RELATIVA AO ITEM 1 SE DEU EM FACE DE A CONTRIBUINTE NÃO TER SE UTILIZADO DO CRÉDITO PRESUMIDO, ENTENDIDO PELA FISCALIZAÇÃO COMO A TRIBUTAÇÃO CORRETA PARA A EMPRESA.

POSTERIORMENTE, A FISCALIZAÇÃO LAVRA O TERMO DE RERRATIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE FLS. 388, REFORMULANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, ANUNCIANDO QUE:

“A REFORMULAÇÃO DECORREU DO ACATAMENTO PARCIAL DAS ALEGAÇÕES DO CONTRIBUINTE REFERENTES À RETROATIVIDADE BENIGNA DA NORMA TRIBUTÁRIA, POIS, A NOVA LIMITAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 54, VI DA LEI 6763/75, ALTERADA EM 30/06/2017 PELA LEI 22.549, COM EFEITOS A PARTIR DE 01/07/2017, É MAIS FAVORÁVEL À IMPUGNANTE. ALÉM DISSO, FORAM RECONSIDERADOS OS VALORES EXIGIDOS LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO O REGIME ESPECIAL PTA Nº 16.000451554-25 QUE VIGEU ATÉ 30/06/2013, RAZÕES PELAS QUAIS JUSTIFICARAM A REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO” (GRIFOU-SE)

DESTACA-SE O FATO DE QUE, NÃO OBSTANTE A FISCALIZAÇÃO MENCIONAR QUE PASSOU-SE A LEVAR EM CONSIDERAÇÃO O REGIME ESPECIAL A ELE CONCEDIDO, NENHUM DISPOSITIVO DE “BASE LEGAL/INFRINGÊNCIA” FOI TRAZIDO COM O TERMO DE RERRATIFICAÇÃO, O QUE REPRESENTA RATIFICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS ANTERIORMENTE PREVISTOS PARA TANTO.

AO TERMO DE RERRATIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO JUNTA-SE O CD DE FLS. 392, O QUAL CONSTA, DENTRE OUTRAS, A PLANILHA “APURAÇÃO 2012 - REF”, PASTA “CRÉDITOS”:

(...)

CONSIDERANDO A INFORMAÇÃO DA NOTA 02, RELATIVA AO ITEM “CRÉDITOS ENTRADAS”, NECESSÁRIO SE FAZ TAMBÉM TRANSCREVER A PLANILHA “MULTA ISOLADA - ARTIGO 55 - XXVI - REF” NA ABA DENOMINADA “APURAÇÃO RE”:

(...)

DOS QUADROS DA FISCALIZAÇÃO RETROTRANSCRITOS, NOVAMENTE DESTACA-SE INEXISTIR INFORMAÇÃO DE DISPOSITIVO DE “BASE LEGAL/INFRINGÊNCIA”, O QUE REPRESENTA, PORTANTO, RATIFICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS ANTERIORMENTE PREVISTOS. (GRIFOU-SE)

NÃO OBSTANTE, CONSIDERANDO A EXPLICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO ÀS FLS. 388 E A ANÁLISE DE VALORES RELATIVOS A OPERAÇÕES “ISENTAS”, “NÃO TRIBUTADA”, “EXPORTAÇÃO”,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DENTRE OUTROS, DO QUADRO APRESENTADO ANTERIORMENTE, E CONSEQUENTE APURAÇÃO DO “CRÉDITO PERMITIDO” E “CRÉDITO APROP. INDEVIDAMENTE”, CONSTATA-SE/INFERE-SE QUE:

1. ACATA-SE NA REFORMULAÇÃO O REGIME ESPECIAL CONCEDIDO À CONTRIBUINTE; OU SEJA, ABANDONA-SE A APURAÇÃO VIA “CRÉDITO PRESUMIDO” E ADOTA-SE O REGIME DE “DÉBITO/CRÉDITO”; (GRIFOU-SE)

2. A APURAÇÃO DO NOVO CRÉDITO APROPRIADO INDEVIDAMENTE, BASE DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS, BUSCOU IDENTIFICAR O PERCENTUAL PERMITIDO DE CRÉDITO (ATRELADO ÀS OPERAÇÕES DA EMPRESA TRIBUTADAS PELO ICMS), EM CUMPRIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 66, INCISO VIII, DO RICMS/02 QUE PRECEITUAVA (REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO):

(...)

DO EXPOSTO, INQUESTIONÁVEL QUE O LANÇAMENTO FISCAL ORIGINAL: ESTORNO DE CRÉDITO POR INOBSERVÂNCIA DO CRÉDITO PRESUMIDO, DIVERGE COMPLETAMENTE DO LANÇAMENTO RETIFICADO: ESTORNO DE CRÉDITO POR INOBSERVÂNCIA DO LIMITE DE CRÉDITO PERMITIDO ATRELADO ÀS OPERAÇÕES TRIBUTADAS. POR CONSEQUINTE, IMPERIOSO CONCLUIR QUE OCORREU ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO DO LANÇAMENTO.

PARA MELHOR ENTENDIMENTO, IMPORTANTE TRAZER O CONCEITO DE CRITÉRIO JURÍDICO.

(...)

POR CONSEQUINTE, TENDO OCORRIDO ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO DO LANÇAMENTO, VÍCIO MATERIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO, RESTA DECLARAR SUA IMPROCEDÊNCIA.” (GRIFOS ORIGINAIS)

No caso analisado pela decisão recorrida, a Câmara a quo, em sua razão de decidir, foi enfática ao afastar a arguição de alteração de critério jurídico.

Nesse sentido, consta expressamente na decisão recorrida, dentre outras afirmações fáticas e/ou de direito, que a revisão do lançamento estava respaldada no art. 145, inciso I c/c art. 149, incisos II, IV e VIII do CTN e não há óbice à rerratificação do lançamento efetuada pela Fiscalização, até porque é seu dever tomar as medidas necessárias à adequação do lançamento à norma legal, por ser a atividade administrativa vinculada e obrigatória, como prescreve o art. 142 do CTN.

Além disso, depreende-se que restou consignado na decisão recorrida que o presente feito fiscal foi elaborado com estrita observância das disposições estabelecidas na legislação mineira, bem como se percebe que houve inclusão de nova irregularidade no lançamento e não alteração da irregularidade inicial, pontos centrais que distinguem, por completo, o caso por ela analisado e aquele inerente ao acórdão indicado como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

paradigma, no qual, repita-se, houve mudança na acusação fiscal inicial, sem que houvesse a devida capitulação legal que lhe desse respaldo.

É o que se depreende, em apertada síntese, da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

ENTRETANTO, NÃO LHE CABE RAZÃO.

A REVISÃO DO LANÇAMENTO ESTÁ PREVISTA NOS ARTS. 145 E 149 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN, C/C COM AO ART. 120 DO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS - RPTA.
CONFIRA-SE:

CTN

ART. 145. O LANÇAMENTO REGULARMENTE NOTIFICADO AO SUJEITO PASSIVO SÓ PODE SER ALTERADO EM VIRTUDE DE:

I - IMPUGNAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO;

II - RECURSO DE OFÍCIO;

III - INICIATIVA DE OFÍCIO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, NOS CASOS PREVISTOS NO ARTIGO 149.

(...)

ART. 149. O LANÇAMENTO É EFETUADO E REVISTO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NOS SEGUINTE CASOS:

I - QUANDO A LEI ASSIM O DETERMINE;

II - QUANDO A DECLARAÇÃO NÃO SEJA PRESTADA, POR QUEM DE DIREITO, NO PRAZO E NA FORMA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA;

III - QUANDO A PESSOA LEGALMENTE OBRIGADA, EMBORA TENHA PRESTADO DECLARAÇÃO NOS TERMOS DO INCISO ANTERIOR, DEIXE DE ATENDER, NO PRAZO E NA FORMA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, A PEDIDO DE ESCLARECIMENTO FORMULADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, RECUSE-SE A PRESTÁ-LO OU NÃO O PRESTE SATISFATORIAMENTE, A JUÍZO DAQUELA AUTORIDADE;

IV - QUANDO SE COMPROVE FALSIDADE, ERRO OU OMISSÃO QUANTO A QUALQUER ELEMENTO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO SENDO DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA;

V - QUANDO SE COMPROVE OMISSÃO OU INEXATIDÃO, POR PARTE DA PESSOA LEGALMENTE OBRIGADA, NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE A QUE SE REFERE O ARTIGO SEGUINTE;

VI - QUANDO SE COMPROVE AÇÃO OU OMISSÃO DO SUJEITO PASSIVO, OU DE TERCEIRO LEGALMENTE OBRIGADO, QUE DÊ LUGAR À APLICAÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA;

VII - QUANDO SE COMPROVE QUE O SUJEITO PASSIVO, OU TERCEIRO EM BENEFÍCIO DAQUELE, AGIU COM DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO;

VIII - QUANDO DEVA SER APRECIADO FATO NÃO CONHECIDO OU NÃO PROVADO POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO ANTERIOR;

PARÁGRAFO ÚNICO. A REVISÃO DO LANÇAMENTO SÓ PODE SER INICIADA ENQUANTO NÃO EXTINTO O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA.

RPTA

ART. 120. RECEBIDA E AUTUADA A IMPUGNAÇÃO COM OS DOCUMENTOS QUE A INSTRUEM, A REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA COMPETENTE PROVIDENCIARÁ, CONFORME O CASO:

I - A MANIFESTAÇÃO FISCAL, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, E ENCAMINHARÁ O PTA AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES;

II - A REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

§ 1º CASO O LANÇAMENTO SEJA REFORMULADO E RESULTE EM AUMENTO DO VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, INCLUSÃO DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL OU MATERIAL OU ALTERAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA, SERÁ ABERTO AO SUJEITO PASSIVO O PRAZO DE TRINTA DIAS PARA IMPUGNAÇÃO, ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO OU PAGAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM OS MESMOS PERCENTUAIS DE REDUÇÃO DE MULTAS APLICÁVEIS NOS 30 (TRINTA) DIAS APÓS O RECEBIMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

(...) (GRIFOU-SE)

TUDO O PROCEDIMENTO FISCAL ESTÁ DEVIDAMENTE PREVISTO NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, UMA VEZ QUE O FISCO, DEPOIS DE RECEBIDA A IMPUGNAÇÃO, CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA IMPUGNANTE, EM SEU SPED FISCAL, DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO CONTRIBUINTE, TENDO ACATADO PARTE DAS ALEGAÇÕES DA CONTRIBUINTE, REFORMULOU O LANÇAMENTO E ABRIU PRAZO PARA O SUJEITO PASSIVO, CONFORME PREVISTO NO § 1º DO ART. 120 DO RPTA.

(...)

PORTANTO, NÃO SE VERIFICA QUALQUER ILEGALIDADE NA REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO. NÃO HÁ QUER SE FALAR EM MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO, SEQUER EM VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, NO CASO EM EXAME.

ASSIM SENDO, NÃO HÁ ÓBICE À RERRATIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO EFETUADA PELA FISCALIZAÇÃO, ATÉ PORQUE É SEU DEVER TOMAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À ADEQUAÇÃO DO LANÇAMENTO À NORMA LEGAL, POR SER A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA E OBRIGATÓRIA, COMO PRESCREVE O ART. 142 DO CTN.

NÃO É O FATO DE OS IMPUGNANTES DISCORDAREM DA INFRINGÊNCIA QUE LHE É IMPUTADA QUE ACARRETA A NULIDADE DO LANÇAMENTO. CABE A ELES COMPROVAR AS SUAS ALEGAÇÕES.

O PRESENTE LANÇAMENTO TRATA DE EXIGÊNCIA BASEADA EM PROVAS CONCRETAS DO ILÍCITO FISCAL PRATICADO, QUE SERÁ DEMONSTRADO NA ANÁLISE DE MÉRITO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REJEITA-SE, POIS, AS ARGUIÇÕES DE NULIDADES DO LANÇAMENTO.

QUANTO ÀS DEMAIS RAZÕES APRESENTADAS, CONFUNDEM-SE COM O PRÓPRIO MÉRITO E, ASSIM, SERÃO ANALISADAS.

(...)

DO MÉRITO

(...)

ASSIM, FOI LANÇADO NO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO A ACUSAÇÃO FISCAL DE “SAÍDA DESACOBERTADA - OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO INFORMADA PELO REMETENTE OU PELO TRANSPORTADOR, NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE”, COM FULCRO NO ART. 51, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 194, § 5º, INCISO I DO RICMS/02, *IN VERBIS*:

LEI Nº 6763/75

ART. 51. O VALOR DAS OPERAÇÕES OU DAS PRESTAÇÕES PODERÁ SER ARBITRADO PELA AUTORIDADE FISCAL, NA FORMA QUE O REGULAMENTO ESTABELECE E SEM PREJUÍZO DAS PENALIDADES CABÍVEIS, QUANDO:

(...)

PARÁGRAFO ÚNICO. PRESUME-SE:

I - ENTRADA E SAÍDA DO ESTABELECIMENTO A MERCADORIA NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE, CUJA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO TENHA SIDO INFORMADA AO FISCO PELO CONTRIBUINTE REMETENTE OU PELO TRANSPORTADOR;

(...)

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:

(...)

§ 5º PRESUME-SE:

I - ENTRADA E SAÍDA DO ESTABELECIMENTO A MERCADORIA NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE, CUJA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO TENHA SIDO INFORMADA AO FISCO PELO CONTRIBUINTE REMETENTE OU PELO TRANSPORTADOR;

(...) (GRIFOU-SE).

Da leitura dos fundamentos da decisão recorrida e paradigma retro, verifica-se que o acórdão indicado como paradigma, em análise, não caracteriza a alegada divergência jurisprudencial, uma vez que se refere a caso concreto totalmente distinto do analisado pela decisão hostilizada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão paradigma de nº 21.866/18/2ª (não reformado pela Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão nº 5.127/18/CE)

Alega a Recorrente/Autuada que o acórdão recorrido manteve parcialmente as exigências fiscais de ICMS e de ICMS/ST e respectivas multas de revalidação e isolada, não aplicando, da melhor forma, o direito atinente à matéria, diferentemente de outras decisões deste órgão julgador que afastaram a cobrança das exigências em razão do devido recolhimento do imposto nas saídas objeto da presente autuação.

São citados os seguintes excertos das decisões paradigma (Acórdão nº 21.866/16/2ª) e recorrida:

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 21.866/18/2ª

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO TÉCNICAMENTE IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO III, DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, INCISO II, E MULTA ISOLADA, CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. CONTUDO, DEVEM SER EXCLUÍDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO INERENTES À APURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS, UMA VEZ QUE O IMPOSTO FORA INTEGRALMENTE RECOLHIDO NA SAÍDA DOS PRODUTOS.

DECADÊNCIA NÃO RECONHECIDA. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

O FISCO CONSTATOU, AINDA, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO - LEQFID, REALIZADO NO PERÍODO DE JANEIRO A DEZEMBRO DE 2013, COM BASE NAS INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS TRANSMITIDOS PELA AUTUADA.

(...)

MENCIONA-SE QUE OS VALORES DE ESTOQUES (INICIAL E FINAL) DOS PRODUTOS FORAM **EXTRAÍDOS DOS LIVROS REGISTRO DE INVENTÁRIO** DOS EXERCÍCIOS DE 2012 E 2013 INFORMADOS PELA CONTRIBUINTE, CONFORME FLS. 17/27 DOS AUTOS.

(...)

OU SEJA, O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID) REPRESENTA EXATAMENTE TODA A MOVIMENTAÇÃO DAS MERCADORIAS COMERCIALIZADAS E O ESTOQUE EXISTENTE DIARIAMENTE.

LOGO, É POSSÍVEL VERIFICAR, POR EXEMPLO, QUANDO OCORRE A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIA SEM QUE HAJA ESTOQUE SUFICIENTE PARA SUPRIR TAL SAÍDA NAQUELE DIA. NESSE CASO, O APLICATIVO INFORMA QUE HOUEVE “SAÍDA SEM ESTOQUE” (SSE), O QUE PRESSUPÕE A OCORRÊNCIA DE ENTRADA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL.

(...)

NESSE ASPECTO, CUMPRE OBSERVAR QUE, QUANTO À COBRANÇA DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO NOS CASOS EM QUE SE APUROU ENTRADA DE MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, O TRABALHO FISCAL MERECE SOFRER REPAROS.

COMO VISTO, NA APURAÇÃO DE ENTRADAS DESACOBERTADAS PELO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO ORA EM ANÁLISE, TAIS ENTRADAS SURGEM DO EXCESSO DE SAÍDA DA MESMA MERCADORIA, SENDO QUE ESSA SAÍDA OCORREU ACOBERTADA POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL, COM A REGULAR TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO, EM RELAÇÃO À QUAL NÃO HAVIA ESTOQUE DE PRODUTO SUFICIENTE PARA SUPORTÁ-LA.

(...)

SE, AO FINAL DE UM DETERMINADO PERÍODO, O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO APRESENTAR A APURAÇÃO DE ESTOQUE DE MERCADORIAS MENOR DO QUE O DECLARADO PELO CONTRIBUINTE NO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO, PRESSUPÕE-SE A OCORRÊNCIA DE SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL; CASO A DIFERENÇA SEJA MAIOR, CONCLUI-SE PELA EXISTÊNCIA DE ESTOQUE DESACOBERTADO.

(...)

NESTE CASO, A MANUTENÇÃO DO ICMS NAS ENTRADAS EQUIVALE A UMA DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIAS SOBRE UM MESMO FATO, CONSIDERANDO QUE O PRODUTO FORA INTEGRALMENTE TRIBUTADO NA SAÍDA.

DESSA FORMA, DEVEM SER EXCLUÍDOS O ICMS E RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO NAS ENTRADAS DESACOBERTADAS DE MERCADORIAS. (GRIFOU-SE).

DECISÃO RECORRIDA

(...)

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS, SUJEITAS AO RECOLHIMENTO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS MEDIANTE PROCEDIMENTO IDÔNEO, PREVISTO NO INCISO II, DO

ART. 194 DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES DE ICMS, ICMS/ST, RESPECTIVAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO, CAPITULADAS NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” C/C § 2º, TODOS DA LEI Nº 6.763/75, OBSERVANDO-SE QUE EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DE ENTRADA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS EXIGIU-SE APENAS A CITADA MULTA ISOLADA.

(...)

O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID) REPRESENTA EXATAMENTE TODA A MOVIMENTAÇÃO DAS MERCADORIAS COMERCIALIZADAS DIA-A-DIA, DE TAL FORMA QUE QUANDO OCORRER A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL DE SAÍDA DE MERCADORIA SEM QUE HAJA ESTOQUE SUFICIENTE PARA SUPRIR TAL SAÍDA NAQUELE DIA O LEVANTAMENTO INFORMA QUE HOVE “SAÍDA SEM ESTOQUE” (SSE), O QUE PRESSUPÕE A OCORRÊNCIA DE ENTRADA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL.

OU ENTÃO, SE AO FINAL DE UM DETERMINADO PERÍODO O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO APURAR UM ESTOQUE DE MERCADORIA MENOR DO QUE FOI DECLARADO PELO CONTRIBUINTE NO LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO OU APURADO EM LEVANTAMENTO FÍSICO, PRESSUPÕE-SE A OCORRÊNCIA DE ESTOQUE DESACOBERTADO. CASO ESSA DIFERENÇA SEJA MAIOR TEMOS OCORRÊNCIA DE SAÍDA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL, CONSTITUINDO-SE, PORTANTO DE UM LEVANTAMENTO MATEMÁTICO, QUE PROCURA REFLETIR O ESTOQUE EXISTENTE NO ESTABELECIMENTO DIARIAMENTE. (GRIFOU-SE).

Relata a Recorrente/Autuada que o caso atinente ao acórdão paradigma possui o mesmo objeto do caso ora analisado, constatação, mediante levantamento quantitativo, de entrada, saída e manutenção em estoque sem acobertamento fiscal, realizado com base na análise das informações constantes dos arquivos eletrônicos transmitidos, aplicando-se a equação: $\text{Estoque inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas} = \text{Estoque Final}$.

Fala que, para todas as situações diárias em que foi encontrado saldo negativo de estoque, a Fiscalização concluiu pela ocorrência de entradas desacobertas de nota fiscal e, por consequência, presumiu que todas as mercadorias objeto destas entradas teriam saído do estoque da Recorrente sem o correspondente documento fiscal e, portanto, sem o devido recolhimento do imposto, no caso, ICMS e ICMS/ST.

Diz que no caso da decisão paradigma, a autuação decorreu exatamente do mesmo procedimento, de modo que, a Fiscalização, ao constatar saída sem estoque, apurou a entrada de mercadoria sem acobertamento fiscal e, portanto, presumiu que tais mercadorias haviam saído sem a devida emissão de documento fiscal e consequente recolhimento de imposto.

Argui a Recorrente/Autuada que, diversamente da decisão paradigma em que foram excluídas as exigências de ICMS e respectiva multa de revalidação, tendo em vista que somente é possível constatar que houve a suposta entrada desacobertada em virtude da saída com documento fiscal registrado na escrita fiscal e com o imposto recolhido, na decisão recorrida tal exclusão não ocorreu.

Entende, assim, que deveriam ser excluídas as exigências de ICMS, ICMS/ST e respectivas multas de revalidação no caso em exame, como restou decidido na decisão paradigmática.

Verifica-se que na decisão paradigma, à qual se trata de levantamento quantitativo referente a mercadorias com o recolhimento normal do imposto (débito/crédito), em que o ICMS é devido na saída da mercadoria do estabelecimento autuado, houve exclusão da exigência de ICMS e respectiva multa de revalidação tendo em vista que o imposto foi recolhido quando da saída acobertada, à qual serviu de parâmetro para apuração da entrada desacobertada de tais mercadorias. Examine-se os seguintes excertos da decisão paradigma:

(...)

NESSE ASPECTO, CUMPRE OBSERVAR QUE, QUANTO À COBRANÇA DO ICMS E DA MULTA DE REVALIDAÇÃO NOS CASOS EM QUE SE APUROU ENTRADA DE MERCADORIAS COM TRIBUTAÇÃO NORMAL DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, O TRABALHO FISCAL MERECE SOFRER REPAROS.

COMO VISTO, NA APURAÇÃO DE ENTRADAS DESACOBERTADAS PELO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO ORA EM ANÁLISE, TAIS ENTRADAS SURTEM DO EXCESSO DE SAÍDA DA MESMA MERCADORIA, SENDO QUE ESSA SAÍDA OCORREU ACOBERTADA POR DOCUMENTAÇÃO FISCAL, COM A REGULAR TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO, EM RELAÇÃO À QUAL NÃO HAVIA ESTOQUE DE PRODUTO SUFICIENTE PARA SUPORTÁ-LA.

NESSE SENTIDO, AO RECOLHER O IMPOSTO PELO SEU VALOR TOTAL (NO CONJUNTO DAS OPERAÇÕES), SEM CRÉDITO PELA ENTRADA DO PRODUTO, A AUTUADA ACABOU POR REALIZAR AQUILO QUE PRETENDE O FISCO, OU SEJA, RESPONSABILIZAR-SE PELO ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO ANTERIOR (DESACOBERTADA).

NESTE CASO, A MANUTENÇÃO DO ICMS NAS ENTRADAS EQUIVALE A UMA DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIAS SOBRE UM MESMO FATO, CONSIDERANDO QUE O PRODUTO FORA INTEGRALMENTE TRIBUTADO NA SAÍDA.

DESSA FORMA, DEVEM SER EXCLUÍDOS O ICMS E RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO NAS ENTRADAS DESACOBERTADAS DE MERCADORIAS.

Nesse aspecto, pode ser verificada uma convergência das decisões, pois no PTA relativo à decisão objeto do presente recurso sequer a Fiscalização exigiu ICMS e multa de revalidação em relação às entradas e estoque de mercadorias desacobertos de documento fiscal, apuradas por meio do leqfid, em vista que a Autuada deve

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolher o ICMS quando das saídas das mercadorias do estabelecimento autuado na condição de contribuinte substituto tributário:

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS, SUJEITAS AO RECOLHIMENTO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. IRREGULARIDADES APURADAS MEDIANTE PROCEDIMENTO IDÔNEO, PREVISTO NO INCISO II, DO ART. 194 DO RICMS/02. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES DE ICMS, ICMS/ST, RESPECTIVAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO, CAPITULADAS NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” C/C § 2º, TODOS DA LEI Nº 6.763/75, OBSERVANDO-SE QUE EM RELAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DE ENTRADA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS EXIGIU-SE APENAS A CITADA MULTA ISOLADA.

(...)

CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), NO EXERCÍCIO DE 2014, MERCADORIAS ESSAS RELACIONADAS NA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, EM RELAÇÃO ÀS QUAIS A AUTUADA É RESPONSÁVEL, NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA TRIBUTÁRIA, PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS PELAS SAÍDAS SUBSEQUENTES DESTINADAS A CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NO ESTADO.

EXIGE-SE O ICMS, ICMS/ST E RESPECTIVAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO, CAPITULADAS NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A”, OBSERVADO O LIMITE PREVISTO NO § 2º DO MESMO ART. 55, TODOS DA LEI Nº 6.763/75. EM RELAÇÃO ÀS ENTRADAS E AO ESTOQUE DESACOBERTADO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL FOI EXIGIDA APENAS A MULTA ISOLADA. GRIFOU-SE.

(...)

Portanto, não se constata a alegada divergência jurisprudencial como entendeu a Recorrente/Autuada.

Acórdãos paradigmas de nºs 22.450/17/1ª e 22.374/17/3ª:

Entende a Recorrente/Autuada que a decisão recorrida divergiu do entendimento constante das decisões indicadas como paradigmas em exame, uma vez

que não foi reconhecida a escrituração extemporânea das notas fiscais de entrada pela Recorrente, não se aplicando, no leqfid, a real data de entrada das mercadorias.

Sustenta que demonstrou amplamente na impugnação, bem como na resposta ao despacho interlocutório proferido pela 3ª Câmara de Julgamento que: *i) não houve o recebimento de mercadorias sem a emissão da respectiva nota fiscal de entrada; ii) não houve falta de escrituração das movimentações havidas em seu estoque, bem como não houve saldo negativo de mercadorias; iii) nenhuma operação de saída ocorreu sem a emissão de nota fiscal de saída e sem o respectivo imposto (ICMS/OP ou ICMS/ST).*

Assevera que ao comprovar tais alegações, dentre outras razões, a Recorrente alegou a escrituração extemporânea de notas fiscais referente a grande parte das operações de entrada entendidas como desacobertadas de documento fiscal, demonstrado que, na realidade, foi emitido o documento fiscal apto a acobertar tais operações, contudo, o mesmo foi registrado a destempo, motivo pelo qual a Fiscalização apurou divergências ao compor o estoque da Autuada (Entrada física da mercadoria → Saída da mercadoria → Escrituração extemporânea da nota fiscal de entrada).

Argumenta que, neste particular, o acórdão recorrido entendeu pela manutenção do lançamento fiscal, por entender que: *i) a entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte deve ser escriturada no livro de Registro de Entradas, em ordem cronológica das respectivas entradas; e que ii) somente poderia ser aceita escrituração extemporânea realizada de maneira correta, elucidando que, para tanto, o campo data de entrada aposta no campo 11 (DT_E_S) da Escrituração Fiscal Digital – EFD deveria ter sido preenchido com a data da efetiva entrada da mercadoria no estoque da empresa e não com a data do registro da nota fiscal.*

Sustenta, assim, que a decisão recorrida contraria a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, tendo em vista que foi dada aplicação divergente trazendo o seguinte cotejo entre trechos dos Acórdãos paradigmas de nºs 22.450/17/1ª e 22.374/17/3ª e da decisão recorrida:

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.450/17/1ª

(...)

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), A OCORRÊNCIA DE ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DESACOBERTADOS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL (...)

(DEVE-SE, AINDA, (2.3) CONSIDERAR TODAS AS NOTAS FISCAIS (ENTRADA/SAÍDA) APRESENTADAS PELA IMPUGNANTE NESTES AUTOS, QUE SE ENCONTRAM VÁLIDAS NO PORTAL DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA E CORRESPONDEM AO RESPECTIVO ITEM ANALISADO (MESMA DESCRIÇÃO), EMBORA NÃO TENHAM SIDO DEVIDAMENTE ESCRITURADAS PELA AUTUADA; (...)

(2.7) NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DO AGRUP 13 (CÓDIGOS NºS 75496149 E 75496149P), EXERCÍCIO DE 2011, UTILIZAR, PARA ENTRADA NO ESTOQUE DE MERCADORIAS, AS MESMAS DATAS DE EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS NºS 116722 E 116922

(...)

IMPORTANTE RELEMBRAR QUE O PRESENTE TRABALHO REFERE-SE A CONSTATAÇÃO DE ENTRADAS, SAÍDAS E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DESACOBERTADOS DE DOCUMENTOS FISCAIS, RELATIVOS A MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, APURADOS POR MEIO DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO REALIZADO COM BASE EM DADOS DECLARADOS PELA ÍMPUGNANTE DE ESTOQUES INICIAL/FINAL E NOTAS FISCAIS DE ENTRADA E SAÍDA.

DESSA FORMA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ACUSAÇÃO DE ENTRADA DESACOBERTADA NOS CASOS EM QUE A ÍMPUGNANTE COMPROVA A EXISTÊNCIA DE NOTA FISCAL DE ENTRADA VÁLIDA E NÃO CONSIDERADA NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, MESMO QUE NÃO HAJA O DEVIDO REGISTRO EM LIVROS E ARQUIVOS.

DA MESMA FORMA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM SAÍDA DESACOBERTADA, NO MOMENTO EM QUE A DEFESA COMPROVA A EXISTÊNCIA DE NOTA FISCAL DE SAÍDA VÁLIDA E NÃO CONSIDERADA NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, MESMO QUE NÃO TENHA SIDO DEVIDAMENTE REGISTRADA EM LIVROS E ARQUIVOS.

PELO EXPOSTO, TENDO PRESENTE QUE A ACUSAÇÃO FISCAL REFERE-SE A OPERAÇÕES DESACOBERTADAS DE DOCUMENTO FISCAL, ENTENDE-SE QUE, EMBORA NÃO TENHAM SIDO DEVIDAMENTE ESCRITURADAS (FATO ESTE QUE ENSEJA SANÇÃO), DEVE-SE CONSIDERAR NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO TODAS AS NOTAS FISCAIS (ENTRADA/SAÍDA) APRESENTADAS PELA ÍMPUGNANTE NESTES AUTOS, QUE SE ENCONTRAM VÁLIDAS NO PORTAL DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA E CORRESPONDEM AO RESPECTIVO ITEM ANALISADO (MESMA DESCRIÇÃO).

(...)

AFIRMA QUE AS MERCADORIAS ENTRARAM NO ESTOQUE NAS MESMAS DATAS DE EMISSÃO DAS NOTAS (12/08/11 E 15/08/11), SENDO QUE, POR ERRO OPERACIONAL, ESCRITUROU AS ENTRADAS EM 16/08/11.

ÀS FLS. 1.584/1.586 E 7.583/7.585, ANEXA REFERIDAS NOTAS DE ENTRADA E, TAMBÉM, A NOTA FISCAL DE SAÍDA Nº 177, PARA DEMONSTRAR QUE A SAÍDA DESSAS MERCADORIAS OCORREU EM DATA POSTERIOR À ENTRADA NO ESTOQUE, EM 15/08/11, SEMPRE ALEGANDO ERRO OPERACIONAL NAS ESCRITURAÇÕES.

(...)

ANALISANDO OS DOCUMENTOS MENCIONADOS, VERIFICA-SE QUE, DE FATO, AS DATAS CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ENTRADA SÃO 12/08/11 E 15/08/11, E A DATA DA NOTA FISCAL DE SAÍDA É DE 15/08/11.

(...)

PORTANTO, NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DO AGRUP 13 (CÓDIGOS NºS 75496149 E 75496149P), EXERCÍCIO DE 2011, DEVE-SE UTILIZAR, PARA ENTRADA NO ESTOQUE DE MERCADORIAS, AS MESMAS DATAS DE EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS NºS 116722 E 116922.

IMPORTA ASSINALAR, PORTANTO, QUE EXISTEM SITUAÇÕES EM QUE A DEFESA TRAZ AOS AUTOS DOCUMENTOS FISCAIS (NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS VÁLIDAS) QUE COMPROVAM, INEQUIVOCAMENTE, SUAS ALEGAÇÕES, OS QUAIS NÃO PODEM SER DESCONSIDERADOS PARA EFEITOS DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO.

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.374/17/3ª:

(...)

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS – LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. ACUSAÇÃO FISCAL DE FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 16, INCISO VI DA LEI Nº 6.763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. ENTRETANTO, DEVE-SE EXCLUIR AINDA AS NOTAS FISCAIS QUE FORAM ESCRITURADAS EXTEMPORANEAMENTE. (...)

AS REFERIDAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS EM 27/12/12 FORAM ESCRITURADAS NO MÊS DE JANEIRO DE 2012 (FLS. 216, 218 E 219), CONFORME QUADRO ABAIXO:

(...)

PORTANTO, DEVE-SE EXCLUIR AINDA AS NOTAS FISCAIS ACIMA LISTADAS, VISTO QUE FORAM ESCRITURADAS EM PERÍODO POSTERIOR AO PERÍODO DE EMISSÃO. (GRIFOU-SE).

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

ADEMAIS, A ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS DESTINADOS À APURAÇÃO DO IMPOSTO ENCONTRA-SE REGULAMENTADA NO ANEXO V DO RICMS/02, TÍTULO VI, NO ART. 166 E SEQUINTE.

ESTABELECE O REGULAMENTO DO ICMS QUE A ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE DEVE SER ESCRITURADA NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, EM ORDEM CRONOLÓGICA DAS RESPECTIVAS ENTRADAS, ENCERRANDO-SE A ESCRITURAÇÃO NO ÚLTIMO DIA ÚTIL DO PERÍODO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO, CONFORME DISPOSTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NOS ARTS. 166, 167 E 169 DO ANEXO V DO RICMS/02, TRANSCRITOS A SEGUIR:

(...)

DE FATO, A ESCRITURAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS FISCAIS ENCONTRA-SE ALCANÇADA PELA LEGISLAÇÃO, CONFORME SE DEPREENDE DO § 2º DO ART. 67 DO RICMS/02:

(...)

COMO SE VÊ, A INFORMAÇÃO REFERENTE ÀS DATAS DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS, DE PREENCHIMENTO OBRIGATÓRIO, NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL, FAZ REFERÊNCIA TANTO À DATA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL, COMO A DATA DE ENTRADA DESTE, NO ESTABELECIMENTO QUE RECEBE A MERCADORIA (ENFOQUE NO DECLARANTE).

(...)

ORA, A ESCRITURAÇÃO EXTEMPORÂNEA CORRETA NÃO PREJUDICA A APURAÇÃO OBTIDA NO LEQFID, POIS O CAMPO DATA DE ENTRADA UTILIZADA NO LEQFID PARA AS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA É A APOSTA NO CAMPO 11 (DT E S) DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD, O QUAL DEVE SER PREENCHIDO COM A DATA DA EFETIVA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTOQUE DA EMPRESA. (GRIFOU-SE).

Diz que o Acórdão paradigma de nº 22.450/17/1ª trata exatamente do mesmo objeto do presente Auto de Infração, qual seja apuração de entradas, saídas e manutenção em estoque de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, apuradas mediante leqfid. E, ao contrário da decisão recorrida, nesta decisão paradigma acatou-se a alegação do contribuinte no que tange à escrituração indevida de notas fiscais apenas com base na apresentação das notas fiscais de entrada e das de saída que, embora não tenham sido devidamente escrituradas, encontravam-se válidas no portal da nota fiscal eletrônica e correspondiam ao respectivo item analisado.

Argui que também restou acatada, na decisão paradigma retro, a alegação do contribuinte quanto à escrituração à destempo de notas fiscais de entrada, com base na apresentação das notas fiscais de entrada e das de saída com data posterior à de emissão das notas de entrada, elucidando que todas as notas apresentadas estavam eletronicamente válidas, de modo a considerar a data da real de entrada das mercadorias como a data de emissão das notas fiscais de entrada e não a data de seu registro.

Afirma que, desse modo, com base nos mesmos documentos apresentados pela Recorrente, não acatados pela Câmara *a quo*, isto é, as notas fiscais referentes aos agrupamentos elucidados no Auto de Infração, às quais se encontravam válidas no portal de nota fiscal eletrônica e demonstram que *i) as notas fiscais de entrada foram escrituradas extemporaneamente, bem como que ii) as saídas deram-se em data posterior à real entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, este CCMG, conforme decisão paradigma, excluiu do levantamento quantitativo as exigências relativas às notas fiscais apresentadas.*

Em relação ao Acórdão paradigma de nº 22.374/17/3ª, alega que foi determinada a exclusão das notas fiscais escrituradas extemporaneamente do lançamento fiscal, tendo em vista que foram escrituradas em período posterior a sua emissão, assim como ocorreu no presente caso.

Aduz que, no caso em tela, apesar de, no exato momento em que houve a entrada física da mercadoria não ter sido realizado o registro de entrada por meio de escrituração no SPED Fiscal, fato é que as devidas notas fiscais foram emitidas quando da saída dos produtos com destino ao estabelecimento da Recorrente e foram registradas extemporaneamente no SPED Fiscal, além do fato de ter sido evidenciado o integral recolhimento do ICMS/OP e ICMS/ST, quando devido nas operações.

Tece considerações acerca da sua irrisignação sobre os fundamentos constantes da decisão recorrida para o não acatamento das alegações defensórias pertinentes à data de entrada das mercadorias no estabelecimento (utilizadas no leqfid), concluindo que diante das claras divergências apontadas, deve ser parcialmente reformada a decisão recorrida para que se adote a correta aplicação da legislação conforme consignado nos acórdãos paradigmas retro, dando provimento ao Recurso, de modo a serem consideradas as notas fiscais escrituradas extemporaneamente e excluídas da exação fiscal as operações por ela acobertadas, com o consequente cancelamento integral da autuação.

Também aqui não se constata qualquer divergência jurisprudencial.

Observa-se que no aspecto abordado no recurso em relação aos paradigmas indicados acima, tem-se as seguintes situações (em síntese):

- Acórdão indicado como paradigma de nº 22.450/17/1ª: foi determinado pela 1ª Câmara de Julgamento que fossem incluídas, no leqfid, notas fiscais não escrituradas nos livros próprios;

- Acórdão indicado como paradigma de nº 22.450/17/1ª: irregularidade - falta de registro de notas fiscais de aquisição de mercadorias no livro Registro de Entradas, sendo que a 3ª Câmara de Julgamento excluiu a exigência da Multa Isolada referente aos documentos fiscais escriturados extemporaneamente;

- decisão recorrida: não foi acatada a alegação da Defesa para alterar a data constante do SPED relativa à data de entrada das mercadorias com nota fiscal.

Assim, constata-se que o fato das referidas decisões terem trilhado caminhos distintos não significa que houve divergência quanto à aplicação da legislação, pois as decisões confrontadas tiveram entendimentos distintos em função de realidades fáticas também distintas.

Dessa forma, conclui-se que situações fáticas distintas determinam decisões também distintas quanto à aplicação da legislação tributária.

Ademais, com a vênua devida, o inconformismo da Recorrente com os fundamentos constantes da decisão *a quo* não é suficiente para o conhecimento do recurso de revisão nos termos da legislação pertinente.

Acórdãos indicados como paradigmas de nºs 22.450/17/1ª e 22.970/18/3ª:

Sustenta a Recorrente que a decisão recorrida diverge das decisões paradigmas retro por não terem sido acatadas provas consistentes de documentos da mesma natureza dos juntados pela Recorrente (controles internos e planilhas elaborados pela empresa), estes não acatados pela decisão *a quo*.

Ressalta que, para fins de comprovação dos argumentos elucidados em sua impugnação, juntou aos autos robusto conjunto probatório aptos a comprovar que não ocorreram operações e manutenção de estoque desacobertos de documento fiscal. São descritos referidos elementos de prova às fls. 3.050/3.051.

Assevera que apesar da vasta quantidade de documentos apresentada e de todos os esforços envidados pela Recorrente para fins de comprovação de que não ocorreram operações de manutenção de estoque desacobertas de documento fiscal, o acórdão recorrido desconsiderou a totalidade dos documentos apresentados, em virtude de: *i) não considerar como provas consistentes as notas fiscais acostadas apenas com carimbos do posto fiscal e de controle interno da empresa; ii) desconsiderar as planilhas de controle interno elaboradas pela Recorrente para comprovar o acobertamento de todas as operações; iii) e desconsiderar toda a documentação apresentada, em razão de apurar inconsistência em parcela ínfima dos documentos apresentados.*

Assevera que, diversamente da decisão recorrida, as decisões paradigmas consubstanciadas nos acórdãos paradigmas, que, segundo alega, tratam de casos análogos ao presente, foram acatados controles internos e planilhas elaboradas pela empresa, bem como notas fiscais de entrada e de saída em relação às operações entendidas como desacobertas (Acórdão de nº 22.450/17/1ª) e apuração fiscal baseada em controles extrafiscais (Acórdão nº 22.970/18/3ª).

Traz a Recorrente/Autuada o seguinte cotejo entre os acórdãos paradigmas e a decisão recorrida:

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.450/17/1ª

(...)

A IMPUGNANTE, EM SUA PEÇA DE DEFESA, FAZ UMA ANÁLISE EM RELAÇÃO AO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO APURADO PELO FISCO, PARA CADA PRODUTO OBJETO DE AUTUAÇÃO, CONFORME FLS. 1.087/1.166, EVIDENCIANDO AS SITUAÇÕES ESPECÍFICAS DE CADA ITEM DE MOVIMENTAÇÃO DE ESTOQUES, COMO POR EXEMPLO: NOTAS FISCAIS QUE DEVERIAM SER INCLUÍDAS/EXCLUÍDAS DO RELATÓRIO FISCAL, REMANEJAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE UM PARA OUTRO CÓDIGO OU AGRUPAMENTO DE CÓDIGOS, CORREÇÃO DE INFORMAÇÕES EM RELAÇÃO A QUANTIDADE DE ITENS EM ESTOQUE INICIAL E FINAL DE CADA EXERCÍCIO, NOTAS FISCAIS RECEBIDAS EM DUPLICIDADE (EMITIDAS PELO FORNECEDOR E PELA CNH), NOTAS FISCAIS ENDEREÇADAS A OUTRO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA, E OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS NELAS CONSTANTES.

NESSA ANÁLISE, A IMPUGNANTE SE REPORTA A ANEXOS POR ELA ENUMERADOS, CONSTANTES ÀS FLS. 1.241/5.683, QUE SÃO COMPOSTOS POR DOCUMENTOS E PLANILHAS DEMONSTRATIVAS DA MOVIMENTAÇÃO DO ESTOQUE OCORRIDA DE ACORDO COM SUAS ALEGAÇÕES, ELABORADAS NOS MOLDES DO LEVANTAMENTO REALIZADO PELO FISCO.

(...)

ÀS FLS. 1.584/1.586 E 7.583/7.585, ANEXA REFERIDAS NOTAS DE ENTRADA E, TAMBÉM, A NOTA FISCAL DE SAÍDA Nº 177, PARA DEMONSTRAR QUE A SAÍDA DESSAS MERCADORIAS OCORREU EM DATA POSTERIOR À ENTRADA NO ESTOQUE, EM 15/08/11, SEMPRE ALEGANDO ERRO OPERACIONAL NAS ESCRITURAÇÕES.

(...)

IMPORTA ASSINALAR, PORTANTO, QUE EXISTEM SITUAÇÕES EM QUE A DEFESA TRAZ AOS AUTOS DOCUMENTOS FISCAIS (NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS VÁLIDAS) QUE COMPROVAM, INEQUIVOCAMENTE, SUAS ALEGAÇÕES, OS QUAIS NÃO PODEM SER DESCONSIDERADOS PARA EFEITOS DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. (GRIFOU-SE).

ACORDÃO PARADIGMA DE Nº 22.970/18/3ª

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 DESACOBERTADAS DE NOTAS FISCAIS. PROCEDIMENTO CONSIDERADO TECNICAMENTE IDÔNEO, NOS TERMOS DO ART. 194, INCISO I DO RICMS/02. (...) INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

(...)

ASSEVERA QUE NÃO CABE A REDUÇÃO DA MULTA ISOLADA PLEITEADA PELOS IMPUGNANTES, VISTO QUE **A CONSTATAÇÃO DAS IRREGULARIDADES BASEOU-SE** EM DOCUMENTOS FISCAIS (NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS) **E EXTRAFISCAIS (ARQUIVO GERENCIAL EXTRAÍDO DOS COMPUTADORES DA EMPRESA).** (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

DECISÃO RECORRIDA

A IMPUGNANTE NÃO TROUXE AOS AUTOS NENHUMA PROVA CONSISTENTE ACERCA DA DATA DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO AUTUADO, PREVISTA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. AS CÓPIAS DE DANFES ACOSTADAS AOS AUTOS, POR MEIO DO ARQUIVO ELETRÔNICO “NOTAS EXTEMPORÂNEAS 2014 GERAL”, APRESENTAM APENAS CARIMBOS DE POSTOS FISCAIS E CARIMBOS DE CONTROLE INTERNO DA EMPRESA.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIANTE DE TAIS INCONSISTÊNCIAS, NÃO HÁ COMO ACATAR OS DADOS TRAZIDOS NO ARQUIVO “MACRO 2014/NOTAS EXTEMPORÂNEAS”, BEM COMO O ARGUMENTO DE QUE OCORREU A ESCRITURAÇÃO “EXTEMPORÂNEA” DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, PARA EFEITO DE AFASTAMENTO DA ACUSAÇÃO FISCAL.

(...)

NÃO SE PODE ACATAR, EM SUBSTITUIÇÃO AOS DADOS TRANSMITIDOS PELA IMPUGNANTE EM SEU SPED FISCAL, CONFORME ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO, INFORMAÇÕES INCONSISTENTES, RETIRADAS DE SEU SUPOSTO “CONTROLE GERENCIAL”, SOB O ARGUMENTO DE QUE OCORREU A ESCRITURAÇÃO “EXTEMPORÂNEA” DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, PARA EFEITO DE AFASTAMENTO DA ACUSAÇÃO FISCAL. ATÉ PORQUE TAIS DIVERGÊNCIAS DE DATA NÃO PODERIAM TER PASSADO DESPERCEBIDAS PELA CONTRIBUINTE DURANTE MAIS DE QUATRO ANOS E DETECTADAS SOMENTE APÓS A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

(GRIFOU-SE).

Discorre a Recorrente/Autuada que conforme se observa dos acórdãos paradigmas acima colacionados, em situações análogas à presente, foram considerados como provas consistentes documentos da mesma natureza dos juntados pela Defesa nos presentes autos.

Observa-se que a Recorrente entende que haveria a alegada divergência entre as decisões recorrida e paradigma no que se refere à apreciação de provas, pelas Câmaras de Julgamentos.

Entretanto, esse fato, por si só, descaracteriza a alegada divergência das decisões, tendo em vista que cuida da forma de apreciação de provas e não de divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

Observando-se os fundamentos constantes da decisão recorrida, verifica-se que os Julgadores, amparados pelo livre convencimento de cada um sobre o lançamento, com suporte nas alegações das partes, nos fatos e circunstâncias constantes dos autos, decidiram que o lançamento realizado pela Fiscalização encontrava-se parcialmente correto, nos termos das reformulações do crédito tributário.

Observa-se que constou na decisão recorrida expressamente que “a Impugnante não trouxe aos autos nenhuma prova consistente acerca da data de recebimento das mercadorias”.

Diferentemente da decisão paradigma consubstanciada no Acórdão nº 22.450/17/1ª, na qual consta que restou comprovada que a data de entrada da mercadoria constante do leqfid não era a correta, repita-se que no caso da decisão recorrida esta constatação não restou comprovada conforme entendimento unânime dos Conselheiros.

Quanto ao Acórdão indicado como paradigma de nº 22.970/18/3ª, vale dizer que ele se refere a lançamento cuja irregularidade de saída de mercadorias

desacobertada de documento fiscal foi apurada por meio de procedimento fiscal totalmente distinto do caso dos presentes autos (por meio de análise de documentos extrafiscais).

Assim, o fato de a irregularidade daqueles autos ser embasada em documentos extrafiscais e não terem sido, nos presentes autos, acatados, pela Câmara *a quo*, os documentos internos apresentados pela Defesa, não caracteriza divergência jurisprudencial, e sim decisões distintas, em função de circunstâncias formais e casos concretos também distintos.

Do simples confronto das decisões em análise, fica evidenciado que inexistente qualquer divergência jurisprudencial, e sim decisões distintas, em função da situação fática e dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, bem como do livre convencimento dos Conselheiros sobre o conjunto probatório trazido aos autos.

Do simples confronto das decisões em análise, fica evidenciado que inexistente qualquer divergência jurisprudencial, e sim casos concretos, decisão e apuração fiscal (Acórdão paradigma de nº 22.970/18/3ª) distintos, em função da situação fática e dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, bem como do livre convencimento dos Conselheiros sobre o conjunto probatório trazido aos autos no caso do Acórdão paradigma de nº 22.450/17/1ª.

Acórdãos indicados como paradigmas de nºs 23.493/20/1ª e 22.445/17/3ª (decisão mantida pela Câmara Especial conforme Acórdão nº 4.967/17/CE):

No tocante à irregularidade de saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal decorrente da falta de escrituração de notas fiscais de entradas, apurada por meio de cruzamento de dados de arquivos eletrônicos (Sped Fiscal) e notas fiscais emitidas pelos remetentes, a teor do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75, alega a Recorrente/Autuada que demonstrou, por meio da juntada de provas, que havia notas fiscais de devolução de terceiros emitidas equivocadamente.

Assevera que a decisão *a quo* não acatou referida comprovação pautando-se em procedimentos adotados pelos clientes dela para tentar desqualificar a anulação dos efeitos das operações (notas fiscais de devolução), fatos esses que não se relacionam com as condutas adotadas pela Recorrente e pelas quais não pode ser apenada.

Menciona que a decisão *a quo* desconsiderou os argumentos e documentos apresentados, em virtude de: *i – considerar que, nos casos em que o documento foi indevidamente emitido, ele poderia ser cancelado antes de sua escrituração em livro próprio e quando não tiver saído a mercadoria do estabelecimento; ii – apesar de reconhecer que a Recorrente tem razão no que tange à responsabilização dos clientes pelo correto procedimento de cancelamento das notas fiscais, continuar apenando a Recorrente por constatar, novamente, irregularidades nos documentos fiscais emitidos pelos seus clientes; e III – concluir que, constando irregularidades nos referidos documentos, não restou demonstrado que as operações não ocorreram, devendo ser escrituradas pela Recorrente.*

A Recorrente/Autuada traz à colação o seguinte cotejo entre as decisões recorrida e paradigmas:

DECISÃO RECORRIDA

(...)

CABE ESCLARECER QUE A IMPUGNANTE DEIXOU DE ESCRITURAR DIVERSAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS, EM RELAÇÃO ÀS QUAIS ALEGA QUE “AS MERCADORIAS LASTREADAS NAS NOTAS DE DEVOLUÇÃO EQUIVOCADAMENTE EMITIDAS PELOS CLIENTES JAMAIS ENTRARAM NO ESTOQUE DA IMPUGNANTE, BEM COMO SUA EMISSÃO NÃO FOI SEQUER INFORMADA À IMPUGNANTE, MOTIVO PELO QUAL NÃO HAVERIA COMO TAIS NOTAS ESTAREM REGISTRADAS EM SEU SPED FISCAL.”

ENTRETANTO, NOS CASOS EM QUE O DOCUMENTO FOI INDEVIDAMENTE EMITIDO, PREVÊ O ART. 147 DA PARTE GERAL DO RICMS/02 QUE O DOCUMENTO FISCAL PODERÁ SER CANCELADO, ANTES DE SUA ESCRITURAÇÃO EM LIVRO PRÓPRIO E QUANDO NÃO TIVER SAÍDO A MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO. CONFIRA-SE:

(...)

OU SEJA, NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL PARA CANCELAMENTO DE NOTA FISCAL, MEDIANTE A EMISSÃO DE OUTRA NOTA FISCAL. O QUE LEVA A CONCLUIR QUE O QUE HOUE FOI A DEVOLUÇÃO/RETORNO DAS MERCADORIAS AO ESTABELECIMENTO REMETENTE (CLIENTES DA AUTUADA). NESSE CASO, TRATA O ART. 20 DO ANEXO V DO RICMS/02:

(...)

TEM RAZÃO A IMPUGNANTE QUANDO ALEGA QUE A OBRIGAÇÃO DA EMISSÃO DA NOTA FISCAL DE ENTRADA, NO CASO DE RETORNO INTEGRAL MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, SERIA DO ESTABELECIMENTO QUE EMITIU A NOTA FISCAL DE SAÍDA.

POR OUTRO LADO, A ANÁLISE DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS NÃO CORROBORAM A TESE DA IMPUGNANTE DE QUE NÃO HOUE TRÂNSITO DE MERCADORIAS, CONSIDERANDO ALGUNS INDÍCIOS: ANULAÇÃO DA DEVOLUÇÃO OCORRIDA EM DATAS POSTERIORES À DATA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL DE DEVOLUÇÃO, CHEGANDO A SER EMITIDA EM PERÍODO POSTERIOR AO PERÍODO DE APURAÇÃO; INFORMAÇÃO DE QUE HOUE “DECLARAÇÃO DE RECUSA” PELA AUTUADA; FALTA DE INDICAÇÃO NO CAMPO INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES DO Nº DA NF A QUE SE REFERE A SUPOSTA OPERAÇÃO DE ANULAÇÃO.

(...)

COMO SE VÊ, OS DOCUMENTOS APRESENTADOS NÃO ESTÃO DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE TRATAM DO CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS, ALÉM DE NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS PARA RETORNO INTEGRAL DA MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO.

DE FATO, TRATA-SE DE OBRIGAÇÕES DO EMITENTE DO DOCUMENTO FISCAL. ENTRETANTO, NÃO RESTOU

DEMONSTRADO QUE AS MERCADORIAS NÃO CHEGARAM A SAIR DO ESTABELECIMENTO DO REMETENTE, RAZÃO PELA QUAL A OPERAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DEVE SER REGISTRADA NO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO, NO CASO, A AUTUADA. (GRIFOU-SE).

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 23.493/20/1ª

(...)

A SITUAÇÃO DA FORMA COMO ESTÁ DOCUMENTADA – HAJA VISTA NÃO TER OCORRIDO O CANCELAMENTO FORMAL DA NOTA FISCAL - ASSUME OS MESMOS CONTORNOS DAS SITUAÇÕES ONDE SE APURA O RETORNO DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, AFINAL A ALEGAÇÃO DA REQUERENTE É NO SENTIDO DE AS MERCADORIAS SEQUER TEREM SAÍDO DO SEU ESTABELECIMENTO.

NESSA HIPÓTESE, EM QUE A MERCADORIA REMETIDA COM RETENÇÃO/RECOLHIMENTO DO ICMS/ST NÃO CHEGA SEQUER A SER ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, NÃO SE CONFIGURA A TRANSFERÊNCIA JURÍDICA DA POSSE/PROPRIEDADE DA MERCADORIA E TAMPOUCO DO ÔNUS REFERENTE AO TRIBUTO SOBRE ELA INCIDENTE, RETIDO/RECOLHIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELO REMETENTE. ESSA SITUAÇÃO É DENOMINADA PELA LEGISLAÇÃO COMO “DEVOLUÇÃO INTEGRAL” OU “RETORNO INTEGRAL” E ESTÁ REGULAMENTADA PELO ART. 34 DA PARTE 1 DO ANEXO XV C/C ART. 78, AMBOS DO RICMS/02:

(...)

PRIMEIRO, CABE ESCLARECER QUE, DE ACORDO COM O ART. 78 DO RICMS/02, ACIMA TRANSCRITO, O CONTRIBUINTE QUE RECEBER EM RETORNO INTEGRAL MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, PARA RECUPERAR O IMPOSTO ANTERIORMENTE DEBITADO, DEVERÁ: I) EMITIR NOTA FISCAL NA ENTRADA, FAZENDO REFERÊNCIA À NOTA FISCAL QUE ACOBERTOU O TRANSPORTE DA MERCADORIA, DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DA NOTA FISCAL REFERENCIADA; II) ESCRITURAR A NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, NAS COLUNAS “ICMS – VALORES FISCAIS” E “OPERAÇÕES COM CRÉDITO DO IMPOSTO”.

O ACOBERTAMENTO DO RETORNO DA MERCADORIA AO ESTABELECIMENTO REMETENTE SE DARÁ PELA MESMA NOTA FISCAL QUE TENHA ACOBERTADO A SUA SAÍDA, QUE TERÁ SEU PRAZO DE VALIDADE RENOVADO A PARTIR DA DATA DA DECLARAÇÃO DO TRANSPORTADOR E DO DESTINATÁRIO, NOS MOLDES DESCRITOS A SEGUIR, BEM COMO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CORRESPONDENTE SERÁ ACOBERTADA PELO MESMO CTCR QUE TENHA ACOBERTADO A REMESSA, OBSERVADO O DISPOSTO NO ART. 10 DA PARTE 1 DO ANEXO IX DO RICMS/02.

(...)

NÃO SENDO POSSÍVEL O CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES ACIMA, DEVERIA A REQUERENTE TER PROCEDIDO COM O CANCELAMENTO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL, EXIGÊNCIA SEM A QUAL NÃO É POSSÍVEL – FACE AO NÃO CUMPRIMENTO DAS DEMAIS CONDIÇÕES – ASSEGURAR QUE DE FATO A OPERAÇÃO NÃO SE REALIZOU. (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.445/17/3ª

(...)

ENTRETANTO, A QUESTÃO A SER DISCUTIDA É **SE AS OPERAÇÕES DE FATO OCORRERAM** PARA QUE SE POSSA EXIGIR O IMPOSTO INCIDENTE SOBRE ELAS.

(...)

PORTANTO, O QUE SE TEM DOS AUTOS É QUE A FISCALIZAÇÃO NÃO ALCANÇOU COMPROVAR QUE AS OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES DE FATO OCORRERAM, UMA VEZ NÃO TER IDENTIFICADO A ESCRITURAÇÃO DESTAS EM SEUS DESTINATÁRIOS. A FISCALIZAÇÃO TAMBÉM NÃO TROUXE AOS AUTOS QUALQUER OUTRO MEIO DE PROVA, COMO ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DAS RECEITAS OU COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DOS VALORES SUPOSTAMENTE FATURADOS, TENDO SE SUSTENTADO NO FATO DA IMPUGNANTE TER DECLARADO EM SEUS REGISTROS FISCAIS (SPED E DAPI) A OCORRÊNCIA DE TAIS OPERAÇÕES.

(...)

ASSIM SENDO, NÃO HÁ COMO EXIGIR O IMPOSTO SOBRE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

TALVEZ, MEDIANTE OUTRA ACUSAÇÃO FISCAL, FOSSE POSSÍVEL APENAS SE EXIGIR MULTA POR OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA POR ESCRITURAR INCORRETAMENTE OS LIVROS FISCAIS, POIS, NOS PRESENTES AUTOS, NÃO HÁ QUAISQUER ELEMENTOS DE PROVA A LIGAR A CONDUTA DA IMPUGNANTE AO TIPO DESCRITO NA NORMA SANCIONATÓRIA CONSTANTE DO LANÇAMENTO EM ANÁLISE. (GRIFOU-SE).

Sustenta a Recorrente/Autuada que, conforme acórdãos paradigmas retro, em situações análogas a dos presentes autos, restou claro que a infração e consequente apenação por eventual procedimento de cancelamento de nota fiscal realizado equivocadamente deve ser atribuída ao emitente da nota fiscal e não ao seu destinatário, bem como que para se efetivar a constatação de que a operação de fato ocorreu deve ser demonstrada a escrituração dos referidos documentos fiscais pelos seus emitentes, o que não ocorreu no presente caso.

Diz que, especificamente da análise do Acórdão paradigma de nº 23.493/20/1ª, verifica-se com clareza que o entendimento exposto pela 1ª Câmara de Julgamento considera que somente o emitente que adotou procedimento diverso do previsto em lei para seu cancelamento pode ser apenado pela conduta infracional, uma vez que não há qualquer infração cometida pelo destinatário das mercadorias.

Diz que esse entendimento consta no referido acórdão paradigma que dispõe expressamente que no caso de mercadoria que não chega sequer a ser entregue ao destinatário, não se configura a transferência jurídica da posse/propriedade da mercadoria e tampouco do ônus referente ao tributo sobre ela incidente. E, desse modo, no presente caso não deve subsistir o entendimento exarado pelo acórdão recorrido no sentido de que é procedente a cobrança dos impostos referentes à suposta presunção de saída do estabelecimento da Recorrente, bem como das multas exigidas.

Fala que o próprio acórdão recorrido reconhece que tem razão a Recorrente quando alega que a obrigação da emissão da nota fiscal de entrada, no caso de retorno integral da mercadoria não entregue ao destinatário, seria do estabelecimento que emitiu a nota fiscal de saída, logo, dos clientes que emitiram equivocadamente as notas fiscais. Salaria que, por entender que existem irregularidades nos referidos documentos, novamente, de responsabilidade dos emitentes, sustenta que o lançamento é procedente e deve permanecer a cobrança efetuada em nome da Recorrente.

Fala que os acórdãos paradigmas e recorrido explicitam que o art. 78 do RICMS/02 é aplicável aos emitentes das notas fiscais para recuperar o imposto anteriormente debitado, no caso de o estabelecimento receber em retorno integral mercadoria não entregue ao destinatário, logo, não se aplica à Recorrente.

Diz que, conforme acórdão paradigma, em casos em que é emitido o documento fiscal de maneira equivocada, a conclusão demonstrada é de que deve ser realizado o cancelamento do respectivo documento fiscal pelo seu emitente, já no acórdão recorrido, a conclusão é de que o destinatário deve proceder ao registro do documento emitido equivocadamente.

Entende que é clara a divergência de entendimentos entre os acórdãos, uma vez que não pode ser atribuída à Recorrente infração exigindo a cobrança de imposto, multas e juros por equívoco na realização de procedimento fiscal de responsabilidade de terceiros.

No tocante ao Acórdão indicado como paradigma de nº 22.445/17/3ª, diz que, para fins de acatar as alegações do Fisco, de que as operações realmente ocorreram, considera que deveriam ter sido demonstradas as escriturações dos respectivos documentos fiscais pelos seus emitentes. Como a Autoridade Fiscal não demonstrou as referidas escriturações, o acórdão recorrido desconsiderou a infração imputada ao contribuinte.

Argui que, diante disso, assim como no presente caso, a Autoridade Fiscal não comprovou que as operações referentes às notas fiscais de devolução equivocadamente emitidas pelos clientes da Recorrente efetivamente ocorreram e foram escrituradas por estes. Do mesmo modo, a Autoridade Fiscal não avaliou a ocorrência de escrituração das operações de retorno de devolução/cancelamento realizadas pelos clientes da Recorrente para fins de anulação dos efeitos das notas fiscais de devolução equivocadamente emitidas.

Assegura que o referido acórdão paradigma elucida que, nesses casos, não há como exigir o imposto sobre as saídas de mercadorias desacobertadas de documento

fiscal, pois tal infração não subsiste quando em confronto as alegações e provas de que as operações ocorreram.

Diz que o referido acórdão paradigma (Acórdão de nº 22.445/17/3ª) desconsidera a infração imputada ao autuado por considerar que talvez pudesse ter sido atribuída acusação diversa, exigindo apenas a multa por obrigação acessória em virtude da escrituração incorreta dos livros fiscais, uma vez que não há quaisquer elementos de prova a ligar a conduta do autuado ao lançamento.

Traz aos autos outras irresignações quanto aos fundamentos constantes da decisão recorrida no tocante à irregularidade de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, nos termos do disposto no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75, às quais não serão aqui abordadas por fugirem ao escopo da análise de cabimento do recurso.

No entanto, em que pesem os argumentos da Recorrente/Autuada, verifica-se que inexistente a alegada divergência jurisprudencial quando analisados lançamentos com irregularidades, aspectos fáticos e provas distintos, como se observa das imputações fiscais de ambos os lançamentos. Confirma-se as ementas das decisões paradigmas e recorrida:

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA - PRESUNÇÃO. CONSTATADA A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL DECORRENTE DA FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS, APURADA POR MEIO DE CRUZAMENTO DE DADOS DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS (SPED FISCAL) E NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELOS REMETENTES, CIRCUNSTÂNCIA ESTA QUE AUTORIZA A PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DE SAÍDAS DAS RESPECTIVAS MERCADORIAS, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 51, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75. OS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR O LANÇAMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS REMANESCENTES DE ICMS, ICMS/ST, RESPECTIVAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO CAPITULADAS NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III, E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, C/C § 2º, TODOS DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 23.493/20/1ª

EMENTA

RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE ICMS/ST, EM VIRTUDE DA REMESSA DE MERCADORIA A DESTINATÁRIO MINEIRO DETENTOR DE REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO QUE AFASTAVA A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO NA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTADO. PEDIDO FUNDAMENTADO NO ART. 34, § 2º DO ANEXO XV DO RICMS/02. NÃO RECONHECIDO O DIREITO À RESTITUIÇÃO PLEITEADA.

IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.445/17/3ª

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, PROMOVIDA PELA IMPUGNANTE AO EMITIR E UTILIZAR NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS MODELO 55, SEM DESTAQUE DO IMPOSTO, E CONSIDERADAS, PELO FISCO, FALSAS, NOS TERMOS DO ART. 39, § 4º, INCISO I, ALÍNEA "A" DA LEI N.º 6.763/75. ENTRETANTO, OS ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS NÃO FORAM SUFICIENTES PARA COMPROVAR A EFETIVA OCORRÊNCIA DAS OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES. CANCELADAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II E 55, INCISO XXXI.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. (GRIFOU-SE).

Nota-se que a irregularidade do PTA relativo ao acórdão recorrido objeto deste item do recurso versa sobre saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal decorrente da falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas, a teor da presunção legal prevista no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75

Lei nº 6.763/75

Art. 51. O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

(...)

Parágrafo único. Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador; (grifou-se).

Como se verifica, trata-se de presunção legal de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, que admite prova em contrário do Sujeito Passivo. Contudo, a Autuada, ora Recorrente, alegou que parte das notas fiscais remanescentes objeto de autuação referiam-se a notas fiscais emitidas equivocadamente pelos remetentes (clientes seus) a título de devolução de mercadorias, para as quais havia sido emitidas outras notas fiscais pelos clientes dela para anular os efeitos daquelas primeiras notas fiscais emitidas (de “devolução”), portanto, não teria ocorrido entrada

de mercadorias no estabelecimento autuado, sequer deveria ela ter escriturado tais notas fiscais.

Esta alegação não foi acatada pelos Julgadores tendo em vista que a documentação trazida aos autos pela Defesa não foi suficiente para descaracterizar a tese fiscal de que as notas fiscais não registradas no SPED representaram entrada de mercadorias no estabelecimento da Autuada.

Registra-se que constou da decisão recorrida que os documentos apresentados pela Defesa (*documentos fiscais emitidos pelos clientes para cancelamento da operação constante da nota fiscal autuada*) não estão de acordo com as disposições legais que tratam do cancelamento de notas fiscais, além de não cumprirem os requisitos para retorno integral da mercadoria não entregue ao destinatário (art. 78 do RICMS/02).

E, não obstante a decisão recorrida ter reconhecido que se trata de obrigações do emitente do documento fiscal, restou nela consignado que não restou demonstrado que as mercadorias não chegaram a sair do estabelecimento do remetente, razão pela qual a operação de devolução deveria ser registrada no estabelecimento destinatário, no caso, da Autuada. Confira-se os seguintes excertos da decisão recorrida:

(...)

APÓS A REFORMULAÇÃO DO LANÇAMENTO, A IMPUGNANTE ALEGA QUE DAS 2.001 NOTAS FISCAIS QUE RESTARAM COMO SUPOSTAMENTE NÃO REGISTRADAS NO SPED, PARTE RELEVANTE SERIA REFERENTE A NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO QUE FORAM EQUIVOCADAMENTE EMITIDAS PELOS CLIENTES DA IMPUGNANTE, CUJOS EFEITOS FORAM ANULADOS POR MEIO DA EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE RETORNO DE DEVOLUÇÃO, RELATIVOS A 177 (CENTO E SETENTA E SETE) CLIENTES, O QUE NÃO SERIA POSSÍVEL BUSCAR INFORMAÇÕES NO CURTO PRAZO QUE DISPUNHA.

ALEGA QUE NÃO CABE A PRESUNÇÃO DE ENTRADA E A SAÍDA, SEM RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS, DE MERCADORIA NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE, COM FULCRO NOS ARTS. 194, § 5º, INCISO I DO RICMS/02 E 51, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 6.763/75, VISTO QUE FORAM EMITIDAS NOTAS FISCAIS PELOS CLIENTES DA AUTUADA PARA ANULAR OS EFEITOS DA NOTA FISCAL DE DEVOLUÇÃO, EMITIDA INDEVIDAMENTE.

ASSIM A NOTA FISCAL DE ENTRADA INDICADA PELA FISCALIZAÇÃO COMO NÃO ESCRITURADA NÃO LASTREOU DE FATO UMA OPERAÇÃO DE DEVOLUÇÃO, JÁ QUE O PRÓPRIO CLIENTE ANULOU SEUS EFEITOS.

(...)

CABE ESCLARECER QUE A IMPUGNANTE DEIXOU DE ESCRITURAR DIVERSAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS, EM RELAÇÃO ÀS QUAIS ALEGA QUE "AS MERCADORIAS LASTREADAS NAS NOTAS DE DEVOLUÇÃO EQUIVOCADAMENTE EMITIDAS PELOS CLIENTES JAMAIS ENTRARAM NO ESTOQUE DA IMPUGNANTE, BEM COMO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SUA EMISSÃO NÃO FOI SEQUER INFORMADA À IMPUGNANTE, MOTIVO PELO QUAL NÃO HAVERIA COMO TAIS NOTAS ESTAREM REGISTRADAS EM SEU SPED FISCAL.”

(...)

ENTRETANTO, NOS CASOS EM QUE O DOCUMENTO FOI INDEVIDAMENTE EMITIDO, PREVÊ O ART. 147 DA PARTE GERAL DO RICMS/02 QUE O DOCUMENTO FISCAL PODERÁ SER CANCELADO, ANTES DE SUA ESCRITURAÇÃO EM LIVRO PRÓPRIO E QUANDO NÃO TIVER SAÍDO A MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO. CONFIRA-SE:

(...)

OU SEJA, NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL PARA CANCELAMENTO DE NOTA FISCAL, MEDIANTE A EMISSÃO DE OUTRA NOTA FISCAL. O QUE LEVA A CONCLUIR QUE O QUE HOUE FOI A DEVOLUÇÃO/RETORNO DAS MERCADORIAS AO ESTABELECIMENTO REMETENTE (CLIENTES DA AUTUADA). NESSE CASO, TRATA O ART. 20 DO ANEXO V DO RICMS/02:

(...)

TEM RAZÃO A IMPUGNANTE QUANDO ALEGA QUE A OBRIGAÇÃO DA EMISSÃO DA NOTA FISCAL DE ENTRADA, NO CASO DE RETORNO INTEGRAL MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, SERIA DO ESTABELECIMENTO QUE EMITIU A NOTA FISCAL DE SAÍDA.

POR OUTRO LADO, A ANÁLISE DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS NÃO CORROBORAM A TESE DA IMPUGNANTE DE QUE NÃO HOUE TRÂNSITO DE MERCADORIAS, CONSIDERANDO ALGUNS INDÍCIOS: ANULAÇÃO DA DEVOLUÇÃO OCORRIDA EM DATAS POSTERIORES À DATA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL DE DEVOLUÇÃO, CHEGANDO A SER EMITIDA EM PERÍODO POSTERIOR AO PERÍODO DE APURAÇÃO; INFORMAÇÃO DE QUE HOUE “DECLARAÇÃO DE RECUSA” PELA AUTUADA; FALTA DE INDICAÇÃO NO CAMPO INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES DO Nº DA NF A QUE SE REFERE A SUPOSTA OPERAÇÃO DE ANULAÇÃO.

SE HOUE RECUSA PELO DESTINATÁRIO, ENTÃO HOUE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO REMETENTE.

COMO SE VÊ, OS DOCUMENTOS APRESENTADOS NÃO ESTÃO DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES LEGAIS QUE TRATAM DO CANCELAMENTO DE NOTAS FISCAIS, ALÉM DE NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS PARA RETORNO INTEGRAL DA MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO.

DE FATO, TRATA-SE DE OBRIGAÇÕES DO EMITENTE DO DOCUMENTO FISCAL. ENTRETANTO, NÃO RESTOU DEMONSTRADO QUE AS MERCADORIAS NÃO CHEGARAM A SAIR DO ESTABELECIMENTO DO REMETENTE, RAZÃO PELA QUAL A OPERAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DEVE SER REGISTRADA NO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO, NO CASO, A AUTUADA.

TAMBÉM NÃO PROSPERA O ARGUMENTO DE QUE A EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO SEQUER FOI INFORMADA À IMPUGNANTE, MOTIVO PELO QUAL NÃO HAVERIA COMO TAIS NOTAS ESTAREM REGISTRADAS EM SEU SPED FISCAL.

COMO EXPOSTO PELO FISCO, A AUTUADA REGISTROU O EVENTO DE CIÊNCIA DE CADA UMA DAS OPERAÇÕES DESTAS NFES, CONFORME SE COMPROVA NOS "PRINTS" RETIRADOS EM CONSULTA AO SITE < NFE.FAZENDA.GOV.BR>, QUE COLACIONA ÀS FLS. 2532/2534.

OPORTUNO ESCLARECER QUE O EVENTO DE "CIÊNCIA DA EMISSÃO" ENCONTRA-SE REGULAMENTADO NO ART. 11-K DO ANEXO V DO RICMS/02, O QUAL PREVÊ QUE O DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS DEVERÁ MANIFESTAR-SE SOBRE A SUA PARTICIPAÇÃO NA OPERAÇÃO REALIZADA PARA CONFIRMAR O RECEBIMENTO DA MERCADORIA OU DECLARAR QUE A OPERAÇÃO NÃO SE REALIZOU OU QUE DESCONHECE A OPERAÇÃO, PORQUE NÃO A SOLICITOU OU APENAS DAR CIÊNCIA DA OPERAÇÃO.

(...)

O AJUSTE SINIEF Nº 07/05, QUE INSTITUIU A NOTA FISCAL ELETRÔNICA – NF-E, EM SUAS CLÁUSULAS DÉCIMA QUINTA-A E DÉCIMA QUINTA-B, ESTABELECE OS EVENTOS QUE DEVEM SER REGISTRADOS PELO DESTINATÁRIO. CONFIRA-SE:

(...)

ASSIM, O DESTINATÁRIO DECLARA "CIÊNCIA" DA OPERAÇÃO DESCRITA NA NF-E, TENDO POSTERIORMENTE PRAZO PARA **OBRIGATORIAMENTE** REGISTRAR A CONFIRMAÇÃO, DECLARAÇÃO DE OPERAÇÃO NÃO REALIZADA OU DESCONHECIMENTO DA OPERAÇÃO.

VERIFICA-SE PELOS EXTRATOS DAS NOTAS FISCAIS APENSADOS PELO FISCO, ÀS FLS. 2532/2534, QUE A IMPUGNANTE REGISTROU O EVENTO DA CIÊNCIA DAS OPERAÇÕES POUCAS HORAS DEPOIS DE SUA EMISSÃO. ENTRETANTO, NÃO REGISTROU, POSTERIORMENTE, O REGISTRO DO EVENTO "OPERAÇÃO NÃO REALIZADA".

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, NÃO PROSPERA O ARGUMENTO DA IMPUGNANTE DE QUE NÃO REGISTROU AS OPERAÇÕES DE ENTRADA NO SPED, EM RAZÃO DE ESTAS NÃO TERIAM SIDO EFETIVAMENTE REALIZADAS.

ARGUI A DEFESA QUE, TAMBÉM NESSE CASO, O FISCO PRESUMIU QUE TODAS AS SAÍDAS DE MERCADORIAS REALIZADAS PELA IMPUGNANTE SERIAM INTERNAS E ESTARIAM SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SENDO ESTA A SUBSTITUTA EM TODAS ELAS.

ASSEVERA QUE O ART. 194, § 4º DO RICMS, QUE MENCIONA A PRESUNÇÃO LEGAL, SE RESUME À ENTRADA E SAÍDA DE MERCADORIAS SUPOSTAMENTE NÃO DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE, PORÉM, NÃO MENCIONA A POSSIBILIDADE DE A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AUTORIDADE FISCAL ARBITRAR O REGIME JURÍDICO DE TAIS SAÍDAS E ENTRADAS COMO BEM ENTENDER.

NO SEU ENTENDER, A FISCALIZAÇÃO DEVERIA TER ADOTADO COMO PARÂMETRO AS OPERAÇÕES MAIS RECENTES EM SEU LEVANTAMENTO, NÃO PODENDO IGNORAR REGIMES ESPECIAIS, ISENÇÕES, SAÍDAS PARA OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E OS CRÉDITOS REFERENTES À ENTRADA DE MERCADORIAS.

ENTRETANTO, COMO JÁ EXPOSTO, A EXIGÊNCIA FISCAL SE FUNDAMENTA NO § 5º DO ART. 194 QUE DISPÕE QUE SE “*PRESUME ENTRADA E SAÍDA DO ESTABELECIMENTO A MERCADORIA NÃO DECLARADA PELO CONTRIBUINTE, CUJA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO TENHA SIDO INFORMADA AO FISCO PELO CONTRIBUINTE REMETENTE OU PELO TRANSPORTADOR*”.

POR SE TRATAR DE SAÍDA DESACOBERTADA, APLICA-SE O DISPOSTO NO ART. 61 DO RICMS/02, DO QUAL SE DEPREENDE QUE O LOCAL DA OPERAÇÃO, NO CASO DAS SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, PARA EFEITO DA COBRANÇA DO ICMS DEVIDO, É O DO ESTABELECIMENTO ONDE SE ENCONTRE, NO MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR OU ONDE SE ENCONTRE, QUANDO EM SITUAÇÃO IRREGULAR PELA FALTA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SENDO CONSIDERADA INTERNA A OPERAÇÃO QUANDO O CONTRIBUINTE NÃO COMPROVAR A SAÍDA DA MERCADORIA DO TERRITÓRIO MINEIRO.

(...)

ASSIM, COMO AS OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS REFEREM-SE A MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PELAS QUAIS A IMPUGNANTE É RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO NOS TERMOS DO REGIME ESPECIAL RET nº 45.000003926-00, CORRETAMENTE EXIGIU O FISCO O ICMS OPERAÇÃO PRÓPRIA E O ICMS/ST, CONFORME DEMONSTRADO NA PLANILHA “CÁLCULO SAÍDAS DESACOBERTADAS_ADIT_IMPUG” (MÍDIA FLS.1751).

CORRETAS, TAMBÉM, A EXIGÊNCIA DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, § 2º, DA LEI nº 6.763/75. *IN VERBIS*:

(...) (GRIFOS ACRESCIDOS).

Já o Acórdão paradigma de nº 23.493/20/1ª cuida de pedido de restituição de valores pagos a título de ICMS-Substituição Tributária. Segundo alegações da Requerente, o ICMS/ST referente ao documento fiscal mencionado no acórdão “foi pago incorretamente”, pois “a mercadoria” referida na citada nota “não saiu do estabelecimento do remetente”, e “as mercadorias foram faturadas novamente, por meio de outra nota fiscal”.

Referida restituição foi negada sob o fundamento de que a nota fiscal não foi cancelada, sendo que a hipótese assume os mesmos contornos de retorno de mercadorias não entregues ao destinatário e não houve o cumprimento dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

procedimentos previstos no art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, acerca do retorno integral de mercadorias não entregues ao destinatário, não restando comprovado o cancelamento da operação alegada. Confira-se:

EM QUE PESE O ARGUMENTO DA REQUERENTE E AINDA HAVER UMA SINALIZAÇÃO NO SENTIDO DE NÃO TER OCORRIDO A CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA REFERENTE À NOTA FISCAL DE Nº 28.862, O NÃO CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA FORMAL DE COMPROVAÇÃO DO CANCELAMENTO DA NF-E É SITUAÇÃO QUE – POR ORA – IMPEDE O DEFERIMENTO DA RESTITUIÇÃO.

EXPLICA-SE:

A SITUAÇÃO DA FORMA COMO ESTÁ DOCUMENTADA – HAJA VISTA NÃO TER OCORRIDO O CANCELAMENTO FORMAL DA NOTA FISCAL - ASSUME OS MESMOS CONTORNOS DAS SITUAÇÕES ONDE SE APURA O RETORNO DE MERCADORIA NÃO ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, AFINAL A ALEGAÇÃO DA REQUERENTE É NO SENTIDO DE AS MERCADORIAS SEQUER TEREM SAÍDO DO SEU ESTABELECIMENTO.

NESSA HIPÓTESE, EM QUE A MERCADORIA REMETIDA COM RETENÇÃO/RECOLHIMENTO DO ICMS/ST NÃO CHEGA SEQUER A SER ENTREGUE AO DESTINATÁRIO, NÃO SE CONFIGURA A TRANSFERÊNCIA JURÍDICA DA POSSE/PROPRIEDADE DA MERCADORIA E TAMPOUCO DO ÔNUS REFERENTE AO TRIBUTO SOBRE ELA INCIDENTE, RETIDO/RECOLHIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELO REMETENTE. ESSA SITUAÇÃO É DENOMINADA PELA LEGISLAÇÃO COMO “DEVOLUÇÃO INTEGRAL” OU “RETORNO INTEGRAL” E ESTÁ REGULAMENTADA PELO ART. 34 DA PARTE 1 DO ANEXO XV C/C ART. 78, AMBOS DO RICMS/02:

(...)

COMO SE VÊ, A EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO É PROCEDIMENTO SUFICIENTEMENTE ACEITO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA PARA ANULAR OPERAÇÕES MERCANTIS QUE NÃO TENHAM SE REALIZADO POR MOTIVO ALHEIO À VONTADE DO CONTRIBUINTE E, TAMPOUCO, PARA OS CASOS EM QUE A MERCADORIA SEQUER TENHA SAÍDO DE SEU ESTABELECIMENTO. O PROCEDIMENTO PARA ESSES CASOS É O CANCELAMENTO DA NOTA FISCAL.

OBSERVA-SE, PORTANTO, QUE SEM O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA LEGISLAÇÃO MINEIRA – ART. 34 DO ANEXO XV C/C ART. 78 DA PARTE GERAL, TODOS DO RICMS/02 - NÃO HÁ COMO GARANTIR QUE DE FATO A MERCADORIA NÃO FOI ENTREGUE AO DESTINATÁRIO. NESTE CENÁRIO SE TORNA INDISPENSÁVEL A DEMONSTRAÇÃO DO CANCELAMENTO DA OPERAÇÃO, SITUAÇÃO QUE EXIGE A COMPROVAÇÃO DO EFETIVO CANCELAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL CUJO INDÉBITO TRIBUTÁRIO ESTÁ ATRELADO.

(...) (GRIFOU-SE).

Como se observa, não houve qualquer discussão inerente à responsabilidade por penalidades ou não do remetente das mercadorias no tocante à adoção de procedimentos diversos do previsto na legislação para cancelamento de notas fiscais, nas decisões recorrida ou paradigmas, não se podendo falar que houve divergência de interpretação da legislação.

Não há nos fundamentos da decisão recorrida que a Autuada responde pela falta do cumprimento dos procedimentos pelos remetentes das mercadorias, o que restou consignado na decisão *a quo* é que não restou comprovada a alegação da Defesa de não ocorrência das operações constantes nas notas fiscais autuadas.

Já na decisão paradigma retro (Acórdão nº 23.493/20/1ª), reitera-se, foi negada a restituição do ICMS/ST uma vez que a nota fiscal que continha o destaque do imposto não foi cancelada e também não foram cumpridos os requisitos dos procedimentos previstos no art. 78 da Parte Geral do RICMS/02, acerca do retorno integral de mercadorias não entregues ao destinatário.

Do exposto, nota-se que o pedido de restituição foi negado ao remetente das mercadorias, uma vez que não se comprovou o cancelamento da operação de remessa de mercadorias ao estado de Minas Gerais. E, além disso, de forma convergente com a decisão recorrida, restou consignado na decisão paradigma (Acórdão de nº 23.493/20/1ª) que a hipótese assume os mesmos contornos de retorno de mercadorias não entregues ao destinatário sendo exigido o cumprimento dos procedimentos previstos no art. 78 da Parte Geral do RICMS/02.

E o fato de constar na decisão paradigma retro que “na hipótese de mercadoria que não chega a ser entregue ao destinatário, não se configura a transferência jurídica da posse/propriedade da mercadoria e tampouco do ônus referente ao tributo sobre ela incidente”, também não traz qualquer divergência com a decisão recorrida, ao contrário, verifica-se até uma certa convergência, pois na decisão *a quo* a conclusão a que chegaram os Julgadores foi que as mercadorias foram entregues à Autuada, portanto, houve a transferência jurídica da posse das mercadorias, conforme fundamentos retro.

E o Acórdão paradigma de nº 22.445/17/3ª trata da imputação fiscal de prestação de serviços de comunicação desacobertas de documentação fiscal, promovida pela Autuada ao emitir e utilizar notas fiscais eletrônicas modelo 55, sem destaque do imposto, e consideradas, pelo Fisco, falsas, nos termos do art. 39, § 4º, inciso I, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75.

Mediante pesquisa no Portal da NFe (www.nfe.fazenda.gov.br) das chaves de acesso dos documentos lançados na EFD verificou-se, no caso, que as notas fiscais eletrônicas eram inexistentes.

O PTA relativo ao acórdão paradigma retro foi julgado improcedente tendo em vista que “a Fiscalização não alcançou comprovar que as operações/prestações de fato ocorreram, uma vez não ter identificado a escrituração destas em seus destinatários. A Fiscalização também não trouxe aos autos qualquer outro meio de prova, como escrituração contábil das receitas ou comprovação do recebimento dos

valores supostamente faturados, tendo se sustentado no fato da Impugnante ter declarado em seus registros fiscais (Sped e DAPI) a ocorrência de tais operações”.

Salta aos olhos que o Acórdão indicado como paradigma de nº 22.445/17/3ª (objeto da autuação - notas fiscais inexistentes no portal da NFe) cuida de situação absolutamente diversa da decisão recorrida (objeto da autuação – notas fiscais ativas no portal da NF-e).

Verifica-se, pois, pelos fundamentos das decisões, que não há divergência entre a decisão recorrida e os acórdãos apontados como paradigmas, quanto à aplicação da legislação tributária, tendo em vista que as análises e conclusões levaram em consideração o caso concreto e as instruções probatórias de cada lançamento.

Para haver divergência de decisão, em relação à decisão recorrida, quanto à aplicação da legislação tributária, dever-se-ia ocorrer, pelo menos, lançamentos similares para se poder avaliar se as Câmaras decidiram de forma divergente em relação à mesma matéria.

Nesse sentido, como dito e merece ser frisado pela importância, não há divergência entre as decisões paradigmas em relação à decisão recorrida quanto à aplicação da legislação tributária.

Dos Recursos dos Coobrigados (fls. 3.214/3.230; 3.290/3.306; 3.358/3.374; 3.425/3.441; 3.492/3.508; 3.559/3.575; 3.627/3.643).

Os Recorrentes/Coobrigados sustentam que a decisão recorrida diverge das seguintes decisões indicadas como paradigmas: Acórdãos nº 22.133/16/1ª, 22.130/16/3ª, 22.771/17/1ª e 22.916/18/1ª, decisões definitivas na esfera administrativa e aptas a serem analisadas para efeito de cabimento do recurso, uma vez que publicadas há menos de 05 (cinco) anos da disponibilização da decisão recorrida.

Entendem, os ora Recorrentes, que a decisão recorrida contraria jurisprudência deste Conselho de Contribuintes, em relação às decisões indicadas como paradigmas retro, uma vez que estas reconheceram a exclusão dos sócios-diretores do polo passivo da obrigação tributária, em razão de ausência de motivação expressa e comprovação da prática de qualquer ato doloso ou com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

Argumentam que em casos cujo objeto da autuação também se tratava de operações supostamente desacobertadas de documento fiscal, bem como também foi atribuída a responsabilidade a diretores da empresa autuada em virtude da aplicação dos arts. 135 do CTN e 21, §2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, ao contrário do consignado na decisão recorrida, foi reconhecida a exclusão dos Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária, tendo em vista a falta de comprovação da prática de qualquer ato doloso ou com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, não tendo o Fisco trazido elementos formais que justificassem a imputação estabelecida aos solidários.

Dizem que também foi reconhecida a exclusão de sócio da empresa do polo passivo da obrigação tributária, em virtude da falta de motivação expressa para a sua inclusão no momento da lavratura do Auto de Infração, assim como ocorreu no

presente caso, conforme alegam, de modo a ser reconhecida a violação ao contraditório e ampla defesa.

Segue o cotejo entre os excertos das decisões indicadas como paradigmas e recorrida apresentado pelos Recorrentes:

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.133/16/1ª

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – ELEIÇÃO ERRÔNEA. EXCLUSÃO DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, UMA VEZ QUE NÃO RESTOU COMPROVADO QUE O CRÉDITO CORRESPONDENTE À OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECORREU DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO À LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO, NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE ENTRADAS, SAÍDAS E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2013.

(...)

POR FIM, A INCLUSÃO DO SÓCIOS-ADMINISTRADORES NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, COMO COOBRIGADOS PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, BASEOU-SE NA PREVISÃO LEGAL ESTABELECIDADA NO ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. EXAMINE-SE:

(...)

CONTUDO, A FISCALIZAÇÃO NÃO DEMONSTROU E NEM COMPROVOU A PRÁTICA DE QUALQUER ATO DOLOSO OU COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO, PARA INCLUSÃO DOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES DA EMPRESA AUTUADA NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, SENDO QUE O MERO INADIMPLEMENTO NÃO CARACTERIZA INFRAÇÃO LEGAL.

O SIMPLES FATO DE SEREM ADMINISTRADORES NÃO IMPÕE A PRESUNÇÃO FISCAL QUE AGIRAM COM EXCESSO DE PODERES.

PORTANTO, NÃO É O MERO INADIMPLEMENTO DO TRIBUTO QUE PERMITE INCLUIR OS SÓCIOS COMO COOBRIGADOS, MAS A COMPROVAÇÃO DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, SENDO TAL INFRAÇÃO DECORRENTE DOS ATOS/OMISSÕES PELOS QUAIS ELES ERAM RESPONSÁVEIS (...).

NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O LANÇAMENTO PARA EXCLUIR OS COOBRIGADOS DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. (...).

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.130/16/3ª

(...)

CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, (...)

NÃO TENDO O FISCO TRAZIDO ELEMENTOS FORMAIS QUE JUSTIFICASSEM E CARACTERIZASSEM A CONDIÇÃO ATRIBUÍDA NOS AUTOS EM RELAÇÃO À IMPUTAÇÃO ESTENDIDA À PESSOA DO SÓCIO, NÃO RESTA OUTRA MEDIDA SE NÃO EXCLUÍ-LO DA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO.

(...)

DIANTE DO EXPOSTO, ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O LANÇAMENTO, NOS TERMOS DA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EFETUADA PELA FISCALIZAÇÃO ÀS FLS. 315/328, É AINDA, PARA EXCLUIR O COOBRIGADO PAULO CÉSAR RODRIGUES DO POLO PASSIVO DA AUTUAÇÃO TRIBUTÁRIA. (...)

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.771/17/1ª

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – ELEIÇÃO ERRÔNEA. EXCLUSÃO DO SÓCIO DA EMPRESA AUTUADA DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA PARA SUA INCLUSÃO NO MOMENTO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, AFETANDO, PORTANTO, O SEU DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA.

(...)

QUANTO À SUJEIÇÃO PASSIVA, CUMPRE REGISTRAR, QUE EM CUMPRIMENTO À DILIGÊNCIA CONVERTIDA PELA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DE MINAS GERAIS – CC/MG, A FISCALIZAÇÃO JUSTIFICOU A INCLUSÃO DO COOBRIGADO NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA (FLS. 312/313), EM FACE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN) E ART. 21, § 2º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75 E PORTARIA DA SECRETARIA DA RECEITA ESTADUAL (SRE) Nº 148/2015, EXAMINE-SE:

(...)

NÃO OBSTANTE, EM RELAÇÃO AO COOBRIGADO (SÓCIO DA EMPRESA), AINDA QUE SE POSSA PERQUIRIR A CORREIÇÃO DE SUA INCLUSÃO COMO CORRESPONSÁVEL PELO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EPÍGRAFE, A AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO EXPRESSA PARA SUA INCLUSÃO, NO MOMENTO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO, MACULA DE FORMA INDELÉVEL O PROCEDIMENTO FISCAL, AFETANDO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PELO REFERIDO COOBRIGADO NO

LANÇAMENTO EM EXAME, RAZÃO PELA QUAL SE IMPÕE SUA EXCLUSÃO DO FEITO FISCAL.

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 22.916/18/1ª

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. O ART. 135, INCISO III DO CTN ATRIBUI RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA A SÓCIO-GERENTE DE PESSOA JURÍDICA PELOS ATOS PRATICADOS COM INFRAÇÃO DE LEI. TODAVIA, PARA QUE HAJA ESTA RESPONSABILIZAÇÃO, É NECESSÁRIO QUE O SÓCIO SEJA ADMINISTRADOR DE FATO OU DE DIREITO DA SOCIEDADE. NA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA DO SÓCIO, EXCLUEM-SE OS COOBRIGADOS DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. (GRIFOU-SE).

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – ADMINISTRADOR – CORRETA A ELEIÇÃO. OS DIRETORES SÃO RESPONSÁVEIS PELOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS RESULTANTES DE ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO OU ESTATUTO, NOS TERMOS DO ART. 135 DO CTN C/C ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. CORRETA A ELEIÇÃO DOS COOBRIGADOS PARA O POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

(...)

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE ENTRADA, SAÍDA E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, APURADAS MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LEQFID), NO EXERCÍCIO DE 2014, (...)

ASSIM SENDO, NÃO PROSPERA TAMBÉM O ARGUMENTO DOS COOBRIGADOS DE QUE O AUTO DE INFRAÇÃO SERIA NULO PORQUE O FISCO NÃO TERIA ATENDIDO, NO SEU ENTENDER, AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 89 DO RPTA (NOTADAMENTE OS INCISOS IV E V).

COMO JÁ EXPOSTO, O RELATÓRIO FISCAL DEIXOU CLARO A CONDUTA DA AUTUADA QUE LEVOU À CONSTATAÇÃO DAS IRREGULARIDADES QUE ENSEJARAM A PRESENTE AUTUAÇÃO, E MAIS, A RESPONSABILIZAÇÃO DOS COOBRIGADOS, CONFORME PREVISTA NO ART. 135, INCISO III DO CTN.

(...)

A INCLUSÃO DOS COOBRIGADOS DIRETORES, NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DECORRE DO ART. 135, INCISO III

DO CTN C/C O ART. 21, INCISO XII E §2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75, *IN VERBIS*:

(...)

NO CASO DOS AUTOS NÃO FOI O SIMPLES INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE CARACTERIZOU A INFRAÇÃO À LEI, PARA O EFEITO DE EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, E SIM A AÇÃO OU OMISSÃO QUE CAUSOU PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA MINEIRA QUANDO DA ENTRADA, DA SAÍDA E DA MANUTENÇÃO EM ESTOQUES DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, BEM COMO A FALTA DE REGISTRO DOS DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA EMITIDOS E DECLARADOS POR TERCEIROS, QUE ENSEJA A PRESUNÇÃO DE ENTRADA E SAÍDA DE MERCADORIA DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL.

ASSIM, RESPONDEM OS DIRETORES, QUE, EFETIVAMENTE, SÃO AQUELES QUE PARTICIPAM DAS DELIBERAÇÕES E DOS NEGÓCIOS SOCIAIS DA EMPRESA.

INDUVIDOSO, PORTANTO, QUE OS COBRIGADOS TINHAM CONHECIMENTO E PODER DE COMANDO SOBRE TODA E QUALQUER OPERAÇÃO PRATICADA PELA EMPRESA, SENDO CERTO QUE AS MOVIMENTAÇÕES DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL CARACTERIZAM A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO MINEIRO, RESTANDO EVIDENCIADA A INTENÇÃO DOLOSA DE SUPRIMIR OU REDUZIR TRIBUTO, ILÍCITO TÍPICO DE EVASÃO FISCAL, CARACTERIZADO COMO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.137/90, ARTS. 1º E 2º.

NO CASO DOS AUTOS, VÊ-SE QUE HÁ COMPROVAÇÃO DE ATOS PRATICADOS CONTRARIAMENTE À LEI, CONTEMPORÂNEOS AO SURGIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

PORTANTO, NÃO SE APLICA AOS AUTOS A SÚMULA 430, POR NÃO SE TRATAR DE SIMPLES INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, MAS DE PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À LEI.

CORRETA, PORTANTO, A INCLUSÃO DESTES NO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, COM BASE NO INCISO III DO ART. 135 DO CTN C/C O ART. 21, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75. (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

Observa-se que nos casos analisados nos Acórdãos paradigmas, as Câmaras de Julgamento determinaram a exclusão dos sócios-administradores da sujeição passiva, pelo fato de o Fisco não ter comprovado a prática de qualquer ato doloso ou com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, ou o poder de gerência, que pudesse enquadrá-los na responsabilidade tributária prevista no art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75 (equivalente ao art. 135, inciso III do CTN).

De modo diverso, no caso analisado pela Câmara *a quo*, a decisão foi enfática ao afirmar que “No caso dos autos não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda

Pública mineira quando da entrada, da saída e da manutenção em estoques de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, bem como a falta de registro dos documentos fiscais de entrada emitidos e declarados por terceiros, que enseja a presunção de entrada e saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal”.

Constou, ainda, na decisão recorrida que:

(...)

ASSIM, RESPONDEM OS DIRETORES, QUE, EFETIVAMENTE, SÃO AQUELES QUE PARTICIPAM DAS DELIBERAÇÕES E DOS NEGÓCIOS SOCIAIS DA EMPRESA.

INDUVIDOSO, PORTANTO, QUE OS COOBRIGADOS TINHAM CONHECIMENTO E PODER DE COMANDO SOBRE TODA E QUALQUER OPERAÇÃO PRATICADA PELA EMPRESA, SENDO CERTO QUE AS MOVIMENTAÇÕES DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL CARACTERIZAM A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO MINEIRO, RESTANDO EVIDENCIADA A INTENÇÃO DOLOSA DE SUPRIMIR OU REDUZIR TRIBUTO, ILÍCITO TÍPICO DE EVASÃO FISCAL, CARACTERIZADO COMO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, NOS TERMOS DA LEI Nº 8.137/90, ARTS. 1º E 2º.

(...)

Concluíram os Conselheiros que no presente caso há comprovação de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária. Portanto, não se aplica aos autos a Súmula nº 430, por não se tratar de simples inadimplemento da obrigação tributária, mas de prática de atos contrários à lei.

Concluiu-se na decisão recorrida, repita-se, que há comprovação no processo de atos praticados contrariamente à lei, contemporâneos ao surgimento da obrigação tributária, que respaldam a inclusão dos Recorrentes na sujeição passiva do presente lançamento.

Assim, verifica-se que as decisões confrontadas basearam-se na análise das provas de cada processo e das conclusões delas advindas, para aprovar ou não a inclusão de sócios-administradores/diretores no polo passivo da obrigação tributária, fato que, por si só, descaracteriza a alegada divergência das decisões, tendo em vista que cuida da forma de apreciação de provas e não de divergência das decisões quanto à aplicação da legislação tributária.

No caso em tela, o pressuposto para reapreciação do julgamento é a caracterização de divergência entre a decisão recorrida e a paradigma quanto à aplicação da legislação tributária, o que os Recorrentes não lograram êxito em comprovar.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer dos Recursos de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos, sustentou oralmente a Dra. Andressa Furtado de Castro Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis (Revisor), Cindy Andrade Moraes, Carlos Alberto Moreira Alves e Thiago Álvares Feital.

Sala das Sessões, 14 de maio de 2021.

Marcelo Nogueira de Moraes
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente

CS/D