

Acórdão: 16.568/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.01011150-09
Impugnante: Drogacy Ltda
Proc. S. Passivo: Carlos Alberto Nery
PTA/AI: 01.000142763-11
Inscr. Estadual: 625.939984.0069
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA CAIXA/SALDO CREDOR – Constatado saldos credores na conta caixa, caracterizando saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme previsto no §3º, do artigo 194 do RICMS/96. Exigência fiscal mantida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EXTRAVIO DE DOCUMENTO FISCAL - Evidenciado o extravio de notas fiscais. Correta a exigência da MI prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal mantida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL – Evidenciada a falta de registro de documentos fiscais, entretanto, exclui-se a respectiva multa isolada por ser a infração conexa com as mesmas operações sobre as quais aplicou-se a penalidade relativa ao extravio de notas fiscais. Exigência fiscal excluída.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de apresentação de notas fiscais de fornecedores variados, notas estas que também não foram registradas no Livro Caixa e no Livro Registro de Entradas, e sobre a existência, na conta caixa, de saldos credores e diferenças de saldo a tributar, caracterizando saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Às fls. 246/247 a Autuada requer a autuação do PTA nos termos do art. 131 da Lei 6763/75 e fotocópia do mesmo.

A AF/2º Nível/São João Del Rei pronuncia-se às fls. 254 informando que uma cópia completa do PTA já foi entregue à Sra. Alzaléia Sara Zanetti Reis, contadora da empresa e que a autuação do PTA nos termos do art. 131 da Lei 6763/75 é um ato imperativo, que visa manter o império da justiça.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com o lançamento, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 258 a 264.

Preliminarmente, propugna pela anulação da Ação Fiscalizadora que originou o PTA em sua totalidade, pelo fato da mesma ter contornos de devassa fiscal combinada com abuso de autoridade.

Afirma que a ação fiscalizadora reteve a documentação por 270 dias o que configura abuso e absurdo, e que por várias vezes a contadora da Impugnante esteve na Agência Fazendária protestando verbalmente e veementemente pela devolução dos documentos.

Menciona que a ação fiscalizadora foi feita em represália de acontecimento em data anterior ao Termo de Início da Ação Fiscal envolvendo o sócio-gerente da impugnante e fiscal exacerbado da Agência Fazendária de sua localidade.

Informa que as preliminares argüidas fundamentam-se no art. 5º, VI da Constituição Federal, no art. 196 e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, na Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal e nos comentários do professor Cretella Júnior ao inciso VI do art. 5º da Constituição Federal.

No mérito, a Impugnante solicita o confronto das folhas 11 a 23 dos autos com o Anexo 2 de sua impugnação que, apresentado no mesmo formato, foi acrescido de duas colunas, a primeira quando se apresenta o motivo com números, a segunda enumerando folhas do PTA, onde se confirma ou se contrapõe os valores apresentados pelo fisco.

Pede ainda o confronto das fls. 07 a 10 dos autos com o Anexo 4, no mesmo formato, com base nos valores consolidados no Anexo 3 e o confronto da fls. 02 dos autos com o Anexo 5, no mesmo formato, e com base nos valores consolidados no Anexo 4.

Requer a produção de perícia informando que seus quesitos são os subitens 1 a 6 da letra “a” de sua impugnação e indica Assistente Técnico.

Protesta por oitiva da contadora a fim de provar a forma vexatória com que foram retirados os livros e documentos da empresa.

Solicita que, havendo reformulação do crédito tributário, seja beneficiada com o que preceitua o §1º do art. 100 da CLTA/MG e, não lhe sendo suportável, conceda-se o parcelamento em 60 meses.

Solicita ainda que, fundamentado no argumento de letra “d” da impugnação, seja beneficiada com o que preceitua o § 4º do inciso III da Lei 6763/75.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

A taxa de expediente é recolhida a menor conforme DAE de fls. 310, tendo sido complementada com o DAE de fls. 311.

O Fisco, em manifestação de fls. 314 a 323, refuta as alegações da defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa que toda a ação fiscal foi realizada em conformidade com o disposto no art. 51 da CLTA/MG, não tendo havido abuso de autoridade e tampouco apreensão de documentos de forma genérica e indiscriminada uma vez que tal apreensão foi levada a efeito através da utilização do instrumento legal previsto para tal fim, mediante a lavratura do TIAF (fls. 06 dos autos), onde os documentos requisitados e o período aos quais se referiam foram claramente discriminados.

Cita o art. 52 da CLTA/MG para refutar a alegação da Autuada de que houve retenção indevida da documentação solicitada destacando que toda a ação fiscal foi realizada em conformidade com a legislação tributária vigente.

Ressalta que tendo se quedado inerte o sujeito passivo, optando por não exercer seu direito de realizar uma denúncia espontânea após esgotado o prazo previsto no art. 52 da CLTA/MG, foi então lavrado o presente AI, tudo em conformidade com o que preceitua o parágrafo único do referido artigo, ou seja, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal, devendo ser rechaçada, portanto, a alegação de abuso e absurdo.

Informa que não houve represália por parte do fisco que apenas solicitou a exibição e a entrega de livros e documentos fiscais que a Autuada, como qualquer pessoa enquadrada na condição de contribuinte, teria a obrigação de entregar.

Destaca que a Autuada sem apresentar qualquer tipo de prova material que corrobore sua alegação de que “é muito comum a mercadoria ser faturada em nome de empresa que não seja a destinatária e a fatura paga em dinheiro”, acusa seus fornecedores de entregarem suas mercadorias a destinatários diversos, como se isto fosse um procedimento comum, pretendendo, assim, transformar a exceção em regra.

Argumenta que o fisco apresentou na elaboração da peça fiscal, provas materiais inequívocas de que a Autuada realmente adquiriu as mercadorias, de que as notas fiscais referentes a estas aquisições não foram levadas a registro e, finalmente, de que foram extraviadas.

Informa que, a partir da confrontação das operações informadas pelos fornecedores da Autuada com as operações escrituradas pela mesma em seu Registro de Entradas, chegou-se à relação de notas fiscais não registradas.

Salienta que, a fim de caracterizar o extravio das notas fiscais, a Autuada foi devidamente intimada a apresentar as primeiras vias destes documentos e esta, em resposta, declarou desconhecer todas estas notas fiscais.

Evidencia que o contribuinte, além de não apresentar prova alguma do que alega e de se valer exclusivamente de uma justificativa genérica e infundada ainda prestou uma declaração falsa (fls. 55), ao afirmar inicialmente que desconhecia todas as notas fiscais relacionadas nas folhas 11 a 23 dos autos, para, posteriormente (fls. 262), admitir que algumas destas notas fiscais foram extraviadas e comprovadamente recebidas pela empresa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contesta a alegação da Autuada de que o fisco cobrou por algumas notas fiscais em duplicidade informando que basta uma simples conferência nos quadros relacionados nas folhas 11 a 23 dos autos para verificar que tal alegação não corresponde à verdade.

Acrescenta que a melhoria ou não da qualidade do gerenciamento contábil e fiscal da empresa, após a morte de seu anterior contador, sequer foi objeto deste trabalho e em nada interfere na elaboração da peça fiscal.

Sustenta o indeferimento da perícia por não terem sido apresentados os quesitos e por ser meramente protelatória.

Requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Da Perícia:

O pedido de prova pericial requerido ao final da peça impugnatória não merece ser deferido, porquanto as respostas aos quesitos apresentados encontram-se nos autos ou foram dadas pelo próprio Impugnante.

Ademais, no presente caso, a perícia se faz desnecessária, vez que ela é supérflua por outras provas produzidas nos autos sob exame, capazes de dirimir as dúvidas existentes.

Assim, considerando que os autos já trazem informações suficientes de modo a possibilitar a aplicação ao caso concreto do correto tratamento legal à luz da legislação estadual, desnecessária a produção de prova pericial.

Da nulidade do Auto de Infração:

A Autuada propõe a nulidade da ação fiscal em virtude da mesma, segundo seu entendimento, ter contornos visíveis de devassa fiscal combinada com abuso de poder, tendo havido retenção indevida da documentação solicitada e por ter sido feita em represália de acontecimento em data anterior ao TIAF envolvendo o seu sócio-gerente e um fiscal da Administração Fazendária de São João Del Rei.

É vã a sua tentativa de ver o auto de infração anular-se por tais argumentações. Primeiramente, não há que se falar em devassa fiscal combinada com abuso de poder já que toda a ação do fisco pautou-se em comportamentos padrões da fiscalização, a começar pela requisição da documentação através do Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 06).

A retenção da documentação da Impugnante por 270 dias em nada a prejudicou, uma vez que, segundo o artigo 52 da CLTA/MG, foi-lhe devolvido, após

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

transcorrido o prazo inicial de 90 dias, o direito de realizar uma denúncia espontânea acerca da matéria objeto de fiscalização, entretanto, em não o fazendo, foi lavrado o presente AI, em conformidade com o que preceitua o parágrafo único do artigo 52 da CLTA/MG, ou seja, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Não há nos autos qualquer indício de que tenha havido represália por parte do fisco a acontecimentos anteriores envolvendo a Autuada e um fiscal da Administração Fazendária de São João Del Rei. O fisco apenas e tão-somente solicitou a exibição e a entrega de livros e documentos fiscais que a Autuada, como qualquer pessoa enquadrada na condição de contribuinte, tem a obrigação de entregar.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se a três ilícitos atribuídos à Impugnante. O primeiro diz respeito a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, e sem o recolhimento do ICMS devido, em razão da constatação de saldos credores na conta Caixa da Autuada, apurados mediante recomposição em razão da não escrituração/contabilização de diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias.

Depreende-se que o levantamento se origina da constatação de diversas aquisições de mercadorias por parte da Impugnante, conforme relação de fls. 11 a 23, sem que tais aquisições tivessem sido escrituradas nos livros fiscais próprios.

O fisco anexa, entre as fls. 61 e 142 diversos documentos comprobatórios de que a Autuada realmente adquiriu, recebeu e pagou pelas mercadorias constantes das notas fiscais que compõem a relação de fls. 11 a 23.

Entre tais documentos tem-se:

Declarações das empresas fornecedoras de que as notas fiscais de sua emissão, com destino à empresa Autuada, referem-se a efetivas operações;

Cópias das respectivas notas fiscais (2ª ou 4ª vias);

Cópias dos canhotos das notas fiscais contendo a assinatura de recebimento das mercadorias pela autuada;

Cópia de duplicatas emitidas pelos fornecedores, tendo como “sacado” a empresa autuada;

Manifesto de entrega com assinatura de recebimento das mercadorias e carimbo da empresa autuada.

A Relação de Notas Fiscais sem Registro (fls. 11 a 23) somente foi elaborada pelo fisco após o mesmo ter a posse dos supra citados documentos e, para caracterizar o extravio destas notas fiscais a Autuada foi devidamente intimada a apresentá-las (fls. 54) ocasião em que declarou desconhecer todos estes documentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O levantamento efetuado pelo Fisco encontra-se, pois, discriminado na relação de fls. 11 a 23 que refere-se às notas fiscais de diversos fornecedores da Autuada não registradas no LRE e cujos pagamentos das respectivas duplicatas e títulos bancários, efetuados no período de fevereiro/99 a fevereiro/02, também não foram contabilizados na conta Caixa.

Tal relação compõe-se do número das notas fiscais de aquisição, seus emitentes e data de emissão além das datas dos vencimentos das faturas, números das mesmas e respectivos valores que, tendo sido pagos e não contabilizados (vide Diário de fls. 143 a 244) foram levados pelo Fisco a crédito na conta Caixa.

Deve-se ressaltar que o contribuinte declarou (fls. 58) não ter encontrado o seu Livro Diário nº 1 o que, dada a sua obrigação de exibi-lo, prevista na legislação mineira, somente faz prova contra o mesmo, consoante o art. 112 da CLTA/MG.

Às fls. 272 a 294, a Impugnante reproduz a citada relação (anexo 2 de sua impugnação), acrescentando-lhe, entretanto, duas colunas: uma com o código do motivo pelo qual não há comprovação de pagamento no livro diário ou falta de registro no livro registro de entradas e outra coluna com as páginas do PTA onde se encontra a cópia da respectiva nota fiscal.

A legenda decodificando a numeração dos motivos encontra-se às fls. 262 dos autos sendo importante salientar que nenhuma operação foi justificativa pelo contribuinte com os números 2 e 4.

A Autuada admite ter extraviado algumas notas fiscais depois de tê-las recebido. Tratam-se das notas fiscais que, na sua relação de fls. 272 a 294, receberam o código de motivo nº 5.

Sobre tais notas fica clara a precisão do feito fiscal, face a ausência de controvérsia.

Os demais códigos de motivos utilizados pela Autuada (nºs 1, 3 e 6) têm a mesma justificativa, ou seja, para as notas fiscais que receberam da Autuada esses números na sua relação, a justificativa para a ausência de comprovação de pagamento no livro diário ou falta de registro no livro registro de entradas é a de que *é muito comum mercadoria ser faturada em nome de empresa que não seja a destinatária e a fatura paga em dinheiro*.

Evidentemente não se pode dar crédito a tal justificativa.

Os anexos 3, 4 e 5 apresentados pela Autuada em sua impugnação (fls. 295 a 303) não merecem crédito pois derivam do anexo 2 que nada comprova a favor da Autuada.

Os anexos 6 e 7 da impugnação (fls. 304 a 308) que tratam, respectivamente, da comprovação do falecimento do antigo contador da empresa e da comprovação da melhoria na gerência contábil-fiscal da impugnante, não têm o condão de alterar o feito fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, após a recomposição da conta Caixa (fls. 34 a 37) dos quatro exercícios fiscalizados (1999 a 2002), foram apurados saldos credores, circunstância que ocorrendo em conta tipicamente devedora, autoriza a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, conforme disciplina o art. 194, inciso III, §3º, do RICMS/96 (Parte Geral), *in verbis*:

"Art. 194 - Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

III - levantamento quantitativo-financeiro;

(...)

§ 3º - O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertas de documento fiscal."

A Impugnante não trazendo aos autos qualquer elemento que pudesse contraditar o levantamento procedido pelo Fisco, ou seja, não comprovando que os pagamentos efetuados aos fornecedores já haviam sido lançados a crédito na conta Caixa ou que as operações, de fato, não se realizaram, assim como, não comprovando a origem do saldo de R\$ 27.274,31 no mês de setembro/99 (para o que foi intimada em 28/04/2003 – fls. 52) também legitima o trabalho fiscal, consoante preceitua o art. 110 da CLTA/MG.

Ressalta-se que, em virtude da Impugnante comercializar mercadorias com alíquotas diferenciadas, inclusive mercadorias que sofriam a incidência da substituição tributária, o fisco efetuou uma memória de cálculo para apuração dos percentuais mensais tributados pela Autuada, de forma a ratear as saídas desacobertas proporcionalmente às reais tributações praticadas pelo contribuinte.

Esta memória de cálculo encontra-se presente nos autos às fls. 24 a 33, podendo perceber-se na mesma que não se agregou ao crédito tributário qualquer valor a título de ICMS sobre as saídas desacobertas consideradas isentas ou relativas a mercadorias cuja sistemática de tributação fosse a de substituição tributária, tendo sido exigido sobre tais operações apenas a multa isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei 6763/75.

Assim, as exigências de ICMS, MR (50%) e MI de 20%, capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75, devem ser mantidas.

A segunda ilegalidade diz respeito ao extravio de Notas Fiscais de entrada, sendo infligida à Impugnante a penalidade prevista no inciso XII, do mesmo art. 55 da

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei 6763/75 e a terceira imputação fiscal refere-se à falta de registro, nos livros Registro de Entradas e Caixa, dessas mesmas notas fiscais, para o que o fisco cobrou da Autuada a multa isolada prevista no inciso I do já citado artigo 55 da Lei 6763/75.

Tais notas fiscais de entrada estão discriminadas às fls. 11 a 23 e referem-se a aquisições de mercadorias junto a diversos fornecedores nos exercícios de 1999 a 2002.

O art. 96, inciso II, alínea “a” do RICMS/96 determina que é obrigação do contribuinte arquivar, por ordem cronológica de escrituração, os documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias, mantendo-os pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, quando os documentos não se relacionarem com exigência formalizada.

Em atendimento a diversas intimações, as empresas emitentes das notas fiscais confirmaram as vendas efetuadas para a Autuada mediante as notas fiscais em questão.

A Autuada, por sua vez, não atendeu à intimação de fls. 54, na qual o Fisco solicitou a apresentação das primeiras vias das notas fiscais em comento e onde informou possuir cópias das vias fixas destes documentos, que foram conseguidas por intermédio de diligências fiscais.

No dia 16/04/2003, declarou, conforme documento acostado a fls. 55, que desconhece as notas fiscais constantes da citada relação elaborada pelo Fisco.

Posteriormente, entretanto, em sua impugnação datada de 03/10/2003, admite que algumas notas fiscais foram extraviadas depois de comprovadamente recebidas pela empresa e afirma não saber o destino das mesmas e o motivo porque não foram lançadas (item 5 da impugnação – fls. 262).

Os documentos anexados às fls. 61 a 142 comprovam que as notas fiscais da relação de fls. 11 a 23 refletem reais operações mercantis e que a Autuada recebeu as mercadorias nelas constantes e logicamente as respectivas notas fiscais já que participou das mesmas na condição de adquirente dos produtos.

As suas alegações para não apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais não a eximem da responsabilidade pela infração cometida, isto é, extravio das primeiras vias das notas fiscais relativas à aquisição de mercadorias.

Portanto, correta a Multa Isolada aplicada prevista no art. 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, conforme consta do Auto de Infração, fls. 02.

A terceira imputação fiscal, falta de registro de documentos fiscais nos livros próprios, no caso em apreço, guarda correlação direta com o extravio dos mesmos documentos.

É fato que só se pode extraviar aquilo que um dia se possuiu. Regra geral, o extravio de documentos fiscais de aquisição de mercadorias é comprovado mediante a não apresentação das primeiras vias dos documentos fiscais que encontram-se

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

registrados no Livro Registro de Entradas, ou seja, um dia este documento esteve na posse do contribuinte, tanto é que procedeu ao seu registro.

Assim, pode o fisco encontrar, com um determinado contribuinte, documentos que não foram escriturados e registros de documentos cuja posse o contribuinte não tem.

No entanto, no caso dos autos, as mesmas notas fiscais que serviram de base para a autuação por extravio de documentos fiscais estão sendo utilizadas para se infligir ao contribuinte autuado a penalidade por falta de registro de documentos fiscais.

Porém, a falta de registro de documentos fiscais foi decorrente do extravio dos mesmos documentos, de sorte que são infrações conexas com as mesmas operações que lhes deram origem.

Segundo o art. 211 do RICMS/96, apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deu origem.

Em assim sendo, deve-se excluir do feito, em cada exercício fiscalizado, a exigência relativa à falta de registro de documentos fiscais, que corresponde a 5% sobre os valores totais das notas fiscais relacionadas às fls. 11 a 23.

Permanecerá, no entanto, a exigência relativa ao extravio de documentos fiscais que é de 40% sobre os totais das referidas notas fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, I, da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Windson Luiz da Silva (Revisor).

Sala das Sessões, 12/05/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator