

Acórdão: 17.963/06/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117254-43
Impugnante: Open-5 Ltda
Proc. S. Passivo: Renato Santos Septímio/Outro
PTA/AI: 01.000151634-21
Inscr. Estadual: 062.956994.00-33
Origem: DF/BH-3

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada, mediante levantamento quantitativo, a ocorrência de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ensejando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista na alínea “a”, do inciso II, art. 55, da Lei 6763/75. Exclusão do ICMS, e respectiva Multa de Revalidação, em razão das operações não configurarem fato gerador do ICMS. Infração, em parte, caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Evidenciada nos autos a falta de registro, no livro Registro de Entradas, de notas fiscais de entrada apreendidas pelo Fisco, referentes ao período compreendido entre novembro de 2000 e abril de 2001, resultando na exigência prevista no inciso I, do art. 55, da Lei 6763/75. Exclusão de nota fiscal, tendo em vista previsão constante do art. 168, Anexo V c/c art. 165, Parte Geral, ambos do RICMS/96. Infração, em parte, caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos. Acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para cancelar a Multa Isolada, prevista no inciso I, art. 55, da citada lei. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação, no período de 01/01/2000 a 31/12/2001, mediante levantamento quantitativo, de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ensejando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, da Lei 6763/75, bem como a falta de registro de documentos fiscais, resultando na exigência da penalidade prevista no art. 55, I, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 194/227, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 305/311.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 2ª Câmara de Julgamento, em Sessão de 12 de maio de 2006, deliberou por solicitação de informações junto ao Fisco e junto à Autuada (fls. 328).

A Autuada se manifesta às fls. 333/337, juntando documentos às fls. 338/354.

O Fisco se manifesta às fls. 357/358, juntando documentos às fls. 359/360.

Intimada, a Autuada novamente se manifesta às fls. 364/366 e junta documento às fls. 370/389.

Por fim, o Fisco se manifesta às fls. 392/396.

Em razão de impedimento de Conselheiro, o processo foi encaminhado para a 3ª Câmara de Julgamento (fls. 399).

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre a constatação, no período de 01/01/2000 a 31/12/2001, mediante levantamento quantitativo, de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, ensejando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, prevista no inciso II, art. 55, da Lei 6763/75, bem como a falta de registro de documentos fiscais, resultando na exigência da penalidade prevista no art. 55, I, da Lei 6763/75.

DAS PRELIMINARES

Quanto à ilegalidade da apreensão das notas fiscais

A Autuada afirma, em sede preliminar, que é abusiva e ilegal a apreensão das notas fiscais por meio de TAD (Termo de Apreensão de Depósito) por quase 5 (cinco) anos, vez que a apreensão deu-se em 20/04/2001 e o início da ação fiscal, com a lavratura do respectivo TIAF (Termo de Início de Ação Fiscal) de fls. 03, deu-se em 27/10/2005.

Inferre, além disso, que o prazo de apreensão não pode ser indefinido e nem ultrapassar aquele necessário para a análise dos documentos, pelo que solicita aplicar, por analogia, o prazo de validade do TIAF, para o qual a legislação estabelece a validade de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por igual prazo, conforme expresso nos arts. 51 e 52 da CLTA/MG (Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais).

Ocorre que por deliberação do Fisco, considerou-se que a devolução das notas fiscais apreendidas seria inconveniente para a comprovação da infração, conforme disposto no parágrafo único do art. 46 da Lei nº 6.763, de 1975 (redação original vigente à época da apreensão), entendimento que justifica a apreensão superior ao prazo de 8 (oito) dias previsto no § 2º do art. 42 do mesmo diploma legal (com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

redação vigente à época da apreensão dada pela Lei nº 8.511, de 28 de dezembro de 1983) e que reveste de legalidade o procedimento fiscal adotado.

Este último dispositivo acima citado ainda permitia o fornecimento, mediante solicitação da Autuada, de cópia dos documentos apreendidos, ficando descaracterizado, dessa forma, qualquer prejuízo à Autuada supostamente advindo da apreensão das notas fiscais de entrada.

A arguição de decadência por força da intimação via edital se confunde com o mérito e, portanto, será tratada como tal.

Rejeitam-se, dessa forma, as prefaciais argüidas.

DO MÉRITO

Entende a Autuada que o crédito tributário em debate já foi atingido pela decadência em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/01/2001, por força do inciso I do art. 173 do CTN, por considerar válida apenas a intimação por via postal com AR datado de 03/01/2006.

Fazendo um histórico dos fatos, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em 07/12/05, tendo sido a Autuada intimada por edital em 23/12/05 e cientificada por A.R. (aviso de recebimento da EBCT) em 03/01/06.

A Autuada clama pela nulidade da intimação da lavratura do presente AI através de edital publicado no órgão oficial do Estado em 23/12/2005, tendo em vista o não cumprimento dos pressupostos do artigo 59 da CLTA/MG, abaixo transcrito:

Art. 59 - O sujeito passivo será intimado ou comunicado da lavratura do AI ou da NL:

I - pessoalmente, mediante entrega de uma via do documento, contra recibo na 1ª via do mesmo pelo sujeito passivo, seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais;

II - por via postal, mediante Aviso de Recebimento (AR), com identificação do documento enviado;

III - por edital publicado no órgão oficial do Estado, quando o sujeito passivo se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível, quando não for possível a intimação ou comunicação nas formas previstas nos incisos anteriores, ou ainda, na hipótese de devolução destas pelo correio.

Razão assiste à Autuada. Pela redação do inciso III acima transcrito, verifica-se que a intimação por edital só caberia se o sujeito passivo se encontrasse em local ignorado, incerto ou inacessível, quando não fosse possível a intimação ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação pessoalmente ou por via postal, ou ainda, na hipótese de devolução destas pelos Correios.

Percebe-se que tais pressupostos não foram cumpridos, frustrando a intimação via edital, sendo válida, portanto, apenas a intimação via postal, em 03/01/2006.

Nesse sentido, considerando a inteligência do art. 173, inciso I, do CTN, constata-se que decaiu o direito da Fazenda Pública de promover o lançamento em relação ao exercício de 2000.

1. Quanto à saída de mercadorias desacoberta de documento fiscal

Compõem o AI o relatório fiscal de fls. 8/9 contendo o demonstrativo do crédito tributário, o Anexo I de fls. 10, relacionando as notas fiscais emitidas pela empresa Ingenico do Brasil Ltda., não escrituradas no livro Registro de Entradas, e o levantamento quantitativo de fls. 11/12.

Trata-se da constatação de saída da mercadoria “terminal multifunc. com *pinpad* - banjo” (máquinas para emissão eletrônica de comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito) desacoberta de documento fiscal, nos exercícios de 2000 e 2001, apurada mediante levantamento quantitativo conforme quadro demonstrativo de fls. 11/12, tendo sido o crédito tributário demonstrado às fls. 9, infringência pela qual são exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) sobre o ICMS e a Multa Isolada de 20% (vinte por cento) sobre o valor da operação, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 55, da Lei nº 6.763/75.

Verifica-se que o levantamento quantitativo, procedimento adotado pelo Fisco para a apuração do crédito tributário, é considerado tecnicamente idôneo e está previsto no inciso II do art. 194 do Regulamento do ICMS (RICMS/96), aprovado pelo Decreto nº 38.104, de 28 de junho de 1996.

Dessa forma, o levantamento quantitativo é realizado levando-se em consideração os documentos fiscais emitidos e/ou escriturados pelo próprio contribuinte, sendo que na presente autuação o Fisco baseou-se nos estoques iniciais e finais da mercadoria em questão declarados pela Autuada em seu livro Registro de Inventário, nas notas fiscais apreendidas no estabelecimento da Autuada e na verificação da existência de notas fiscais de saída relativas à mesma mercadoria.

Nesse sentido, na elaboração do levantamento quantitativo, o Fisco partiu do estoque inicial do exercício (inexistente), extraído do livro Registro de Inventário, ao qual foram acrescentadas as entradas, obtidas das notas fiscais apreendidas, e subtraídas as saídas ocorridas no período acobertadas por nota fiscal (não encontradas), sendo o resultado obtido comparado com o estoque final do exercício (inexistente), também declarado pela Autuada no livro Registro de Inventário, sendo que todos os valores são referentes à mercadoria citada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma vez que o estoque final real, apurado pelo Fisco a partir das notas fiscais apreendidas, mostrou-se superior ao estoque declarado no livro Registro de Inventário, chega-se à conclusão de que tal diferença representa saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

A Autuada alega que é contratada da empresa Integriz Ltda., que presta serviços de assistência à Redecard S.A. em todo o Brasil, para instalar e prestar assistência técnica das máquinas administradas pela Redecard S.A. nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, alegando, além disso, que as máquinas remetidas à Autuada foram instaladas nos estabelecimentos comerciais indicados pela Redecard S.A.

Inobstante a apresentação do contrato de assistência técnica e o título jurídico sob o qual as máquinas encontravam-se no estabelecimento da Autuada, sua alegação de que as mesmas foram instaladas nos estabelecimentos comerciais indicados pela Redecard S.A. continua incomprovada nos autos, uma vez que ainda consta como sua obrigação tributária a emissão de nota fiscal para acobertar o transporte, a teor do inciso VI do art. 16 da Lei nº 6.763, de 1975, mesmo na hipótese de que na operação não incida o imposto.

Nesse sentido, a Autuada sustenta que a atividade não passa de mera prestação de serviços sem incidência de ICMS, pois as mercadorias saídas do estabelecimento da Autuada foram instaladas em prestação de serviço arrolada no subitem 14.06 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116, de 2003.

Com efeito, observa-se que o inciso VII do art. 7º da Lei nº 6.763, de 1975, evidencia a não-incidência do imposto para o caso de saída de estabelecimento prestador de serviço alcançado por tributação municipal, de mercadoria para utilização ou emprego na prestação de serviço listado em lei complementar.

Nesse sentido, percebe-se que razão assiste à Impugnante no sentido de que as operações de saída das citadas máquinas de seu estabelecimento não estão alcançadas pela incidência do ICMS.

A partir dos contratos juntados aos autos e considerando-se a natureza dos equipamentos (máquinas para emissão eletrônica de comprovante de pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito), constata-se que a operação a que se presta a Autuada não é de venda dos equipamentos, até porque ela não os adquiriu. As notas fiscais, objeto das exigências, tratam de remessa dos equipamentos da remetente Ingenico do Brasil Ltda, por conta e ordem da REDECARD S.A., para instalação em estabelecimentos comerciais.

Nesse sentido, depreende-se que as operações de saída dos equipamentos não estão alcançadas pela incidência do ICMS, motivo pelo qual deve-se excluir tal rubrica das exigências em comento, acompanhada, naturalmente, de seu acessório, *in casu*, a Multa de Revalidação.

Por outro lado, ainda que sem incidência do imposto, as operações deveriam ter sido acobertadas por documento fiscal, justificando a aplicação da Multa Isolada de 20% (vinte por cento) sobre o valor das operações, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

2) Quanto à falta de registro de notas fiscais de entrada no livro Registro de Entradas

Também se exige na presente autuação a Multa Isolada de 5% (cinco por cento), prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75, pela falta de registro no livro Registro de Entradas das notas fiscais de entrada apreendidas pelo Fisco, referentes ao período compreendido entre novembro de 2000 e abril de 2001.

Em trabalho de diligência fiscal, o Fisco procedeu à apreensão, através do TAD de fls. 02, das citadas notas fiscais, tendo sido constatado posteriormente, através de verificação fiscal, que tais notas fiscais não se encontravam devidamente escrituradas no competente livro Registro de Entradas.

Com efeito, verifica-se na cópia do livro Registro de Entradas de fls. 68/136 que não havia qualquer registro das citadas notas fiscais, apesar de estar patente nos autos que a Autuada efetivamente recebeu as mercadorias nelas discriminadas e que as notas fiscais foram apreendidas em seu estabelecimento.

Entretanto, a Autuada alega que o Fisco agiu de má-fé ao exigir a falta de escrituração no livro Registro de Entradas de notas fiscais apreendidas, emitidas em março e abril de 2001, quando o TAD foi lavrado em 20/04/2001.

Assiste razão em parte à Autuada se considerada a nota fiscal nº 000605, emitida em 11/04/2001, nota fiscal com a data mais próxima da apreensão.

Observa-se que no original de fls. 52 há um carimbo, datado de 13/04/2001, que foi apostado pelo Fisco do Posto de Fiscalização existente no itinerário.

Assim, considerando-se que a mercadoria nela constante deu entrada no estabelecimento da Autuada no dia seguinte, em 14/04/2001, o art. 165 do RICMS/96 determina que sua escrituração não pode atrasar-se por mais de 5 (cinco) dias, ressalvada a fixação de prazo especial.

No caso em tela, o artigo 168, do Anexo V, do mesmo RICMS/96, estabelece que a escrituração do livro Registro de Entradas deverá ser encerrada no último dia útil do período de apuração do imposto.

Ora, percebe-se, considerando-se a interpretação concorrente dos dois dispositivos e considerando-se que a apreensão do documento ocorreu em 20/04/01, que o documento fiscal em questão deve ser excluído da exigência de falta de registro, tendo em vista que a Autuada teve seu direito de escrituração cerceado.

Quanto ao alegado caráter confiscatório e inconstitucional das multas aplicadas, assim como a aplicação da taxa selic, ressalta-se que tanto a Multa de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Revalidação quanto as Multas Isoladas exigidas estão de acordo com a situação fiscal apurada pelo Fisco e encontram previsão na Lei nº 6.763, de 1975.

Ademais, verifica-se que não se inclui na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo, a teor do inciso I do art. 88 da CLTA/MG.

De todo o acima exposto, verifica-se que restaram, em parte, caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências fiscais constantes do Auto de Infração em comento.

Considerando-se a faculdade concedida à Câmara, nos termos do art. 53, § 3º, da Lei 6763/75 e cumpridos os pressupostos nele previstos, tem-se por cabível cancelamento da Multa Isolada remanescente, prevista no inciso I, art. 55, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências referentes ao exercício de 2000, excluir o ICMS e Multa de Revalidação remanescentes, bem como a nota fiscal nº 000605 da acusação fiscal de falta de registro de documento fiscal. Vencido, em parte, o Conselheiro Fausto Edimundo Fernandes Pereira, que excluía apenas o ICMS e Multa de Revalidação. Em seguida, à unanimidade, em acionar o permissivo legal, art. 53, §3º, da Lei 6763/75, para cancelar a Multa Isolada, prevista no art. 55, I, da citada Lei. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Renato Santos Septímio e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além do signatário e do vencido, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 18/12/06.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator

Acórdão: 17.963/06/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117254-43
Impugnante: Open-5 Ltda
Proc. S. Passivo: Renato Santos Septímio/Outro
PTA/AI: 01.000151634-21
Inscr. Estadual: 062.956994.00-33
Origem: DF/BH-3

Voto proferido pelo Conselheiro Fausto Edimundo Fernandes Pereira, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A exclusão das exigências referentes ao exercício de 2000, de deveu ao entendimento dos demais conselheiros de que sobre tais exigências teria ocorrido a decadência.

No entanto, a intimação válida do Auto de Infração se deu em 23/12/2005, por meio do Edital constante de fls. 192, antes do prazo final sob o qual incidiria a decadência, sendo este 31/12/2005, nos termos do art. 173 do CTN.

Daí decorre o voto para exclusão apenas do ICMS e Multa de Revalidação, devendo incidir a exigência da MI, também sobre o exercício de 2.000.

Sala das Sessões, 18/12/06.

Fausto Edimundo Fernandes Pereira
Conselheiro