

Acórdão: 18.220/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010120169-93
Impugnante: Casado Vieira Comércio e Distribuição Ltda
Proc. S. Passivo: David Gonçalves de Andrade Silva/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154774-34
Inscr. Estadual: 277725383.00-00
Origem: DF/ Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRA-FISCAL. Constatada a saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais (relatórios de vendas e pedidos) apreendidos no estabelecimento do Contribuinte, com os registros do livro Registro de Saídas. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do artigo 194, I, da Parte Geral, do RICMS/02. Exigências de ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para decotar da base de cálculo adotada pelo Fisco a parcela não tributada, obtida pela proporcionalidade entre o valor contábil e a base de cálculo apurada pela Autuada em sua escrita fiscal, e ainda, em relação ao resultado da parcela não tributada obtido, aplicar o percentual de multa isolada de 15% (quinze por cento), nos termos do §2º do artigo 55 da Lei 6763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período compreendido entre janeiro/2005 a novembro/2006, apuradas mediante confronto dos valores das saídas de mercadorias constantes da escrita fiscal da Autuada com aqueles apontados em documentos extrafiscais apreendidos em seu estabelecimento. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 101 a 136, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 310 a 319.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 322 a 326, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

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

DA PRELIMINAR

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, em virtude da inexistência do Termo de Início da Ação Fiscal (TIAF), bem como pela ausência de motivação no Termo de Apreensão e Depósito (TAD) e, ainda, pela ilicitude das provas (obtidas por meio de ato normativo ilegal e inconstitucional), além da inobservância do devido processo legal.

Entretanto, razão não lhe assiste, conforme será demonstrado.

Consta às fls. 08 dos autos o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) lavrado pelo Fisco em 20/11/2006, referido documento substituiu o TIAF a partir de 06/09/2006 (Decreto nº 44.380 de 05/09/2006).

Quanto à ausência de motivação do TAD nº 031.681 (fls.09), insta destacar que se encontra consignado neste documento o motivo pelo qual houve a sua emissão, ou seja, “Conferência Fiscal” dos documentos extrafiscais apreendidos.

Segundo dispõe o art. 51, inciso II da CLTA/MG (Decreto nº 23.780/84) no Auto de Apreensão e Depósito (AAD), documento que substituiu o TAD, será descrito, sumariamente e com clareza, a mercadoria e respectivo valor, o objeto ou o documento, inclusive arquivo magnético, apreendido.

Vale esclarecer que, embora o TAD tenha sido substituído pelo Auto de Apreensão e Depósito (AAD), também a partir de 06/09/2006, o art. 3º do Decreto n.º 44.380/2006 permitiu a utilização dos documentos TIAF, TAD, Termo de Retenção de Mercadorias (TRM) e Termo de Revelia constantes do estoque da Secretaria de Estado de Fazenda até a confecção de novos modelos.

Outrossim, não há de se falar, no caso em apreço, em provas obtidas por meio de ato normativo ilegal e inconstitucional, haja vista a emissão regular pelo Fisco do TAD (fls. 03), quando da apreensão pacífica dos documentos extrafiscais, **no próprio estabelecimento da Autuada**, não carecendo, nesta situação, de autorização judicial.

A garantia do devido processo legal compreende dois aspectos essenciais: o “*direito de ser ouvido*” e o “*direito de oferecer e produzir provas*”. Depreende-se dos elementos constantes dos autos que citados aspectos foram observados no vertente caso, não prosperando, portanto, os questionamentos da Impugnante acerca da inobservância do devido processo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Oportuno destacar que os fundamentos de defesa apresentados (segundo enfatiza a Impugnante), alicerçam-se na **Lei nº 9.784/99** a qual estabelece normas básicas sobre o **processo administrativo no âmbito da administração direta e indireta**, em razão das disposições contidas no art. 24 da CF/88, bem como pelas lacunas criadas na CLTA/MG.

No entanto, é preciso observar que a competência da União para legislar concorrentemente sobre Direito Tributário (através de Lei Complementar), disciplinada no citado artigo da Constituição, somente se materializa por meio da produção de “*normas gerais*”, **as quais não podem suprimir, estancar ou substituir o exercício da competência legislativa própria de Estados e Municípios**. Alerta-se que as normas gerais jamais substituem o exercício da competência legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios em matéria financeira e tributária, de tal sorte que, havendo omissão do legislador ordinário estadual ou municipal, não poderá a União, mesmo editando lei complementar, regular o tributo de alheia competência, para valer no território daquela pessoa que renunciou à faculdade de legislar atribuída na Carta Magna. Verifica-se, pois, do exposto que indevidamente sustenta-se a Impugnante na citada lei.

Assim sendo, rejeita-se a prefacial argüida.

Do Mérito

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75, em face da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período compreendido entre janeiro/2005 a novembro/2006, apuradas mediante confronto entre os valores de saídas constantes da escrita fiscal da Autuada e aqueles apontados nos documentos extrafiscais (“Relatórios de Vendas por Dia” e “Pedidos”) apreendidos no estabelecimento da Autuada através do TAD nº 031.681 de 20/11/2006 (fls. 09).

Na apuração mensal das “Saídas não Declaradas” (constantes do Demonstrativo do Crédito Tributário - fls. 07), o Fisco considerou os valores lançados na escrita fiscal da Autuada.

Os relatórios apreendidos (fls. 10/32) demonstram os valores diários e mensais das vendas realizadas, além de informarem o montante de **vendas mensais por vendedor**, bem como as **condições e forma de pagamento** das mercadorias negociadas.

Contrariamente ao alegado na peça de defesa, a metodologia utilizada pelo Fisco para apuração das operações realizadas pela Autuada, alicerça-se nas disposições contidas no art. 194, inciso I, Parte Geral do RICMS/02.

Não restam dúvidas nos autos que os documentos extrafiscais apreendidos são de autoria da própria Impugnante, tal fato é comprovado não só pelo local onde os mesmos foram apreendidos, bem como pela coincidência dos nomes dos vendedores listados nos “**relatórios de vendas**” e nos “**pedidos**”. Veja-se os seguintes exemplos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1) vendedor “**Leandro**” (relatório de fls. 16 e pedidos de fls. 36, 39 e 63);
- 2) vendedor “**Davi**” (relatório de fls. 32 e pedidos de fls. 42, 65, 74, 91, 97, 98 e 99);
- 3) vendedor “**Rogério**” (relatório de fls. 32 e pedidos de fls. 52, 77, 80 e 90);
- 4) vendedor “**Celso**” (relatório de fls. 31 e pedidos de fls. 45, 46, 49, 68, 73 e 75).

Ademais, as espécies de mercadorias vendidas através dos pedidos de fls. 33/99 (vinho, balas, doces, pastilhas, guardanapos, conhaque, achocolatado, etc.) são próprias do ramo de atividade desenvolvida pela Autuada, conforme se percebe do exame da Quarta Alteração Contratual (fls. 140/143).

Vale ressaltar, por oportuno, que os documentos extrafiscais foram apreendidos no estabelecimento da Autuada, à vista do sócio da empresa, Sr. Jorge Nassif Siman, que assina o Termo de Apreensão e Depósito (campo 67 do verso do documento de fls. 09).

A Impugnante pleiteia o abatimento dos créditos de ICMS havidos nas entradas das mercadorias autuadas, entretanto, não relaciona quais os documentos fiscais cujos créditos não foram apropriados. Neste caso, se algum documento fiscal deixou de ser escriturado em época oportuna, cabe à Impugnante o exercício de seu direito na forma da legislação tributária vigente.

Quanto à apuração do ICMS, o trabalho fiscal merece reparo, uma vez que o Fisco considerou tributável o montante das vendas constantes dos relatórios de fls. 10/32. Entretanto, em todos os períodos da autuação (janeiro/2005 a novembro/2006) o valor da base de cálculo do ICMS lançado na escrita da Autuada foi menor que o valor de saída (doc. de fls. 07). Tal fato deixa evidenciado que sistematicamente ocorrem saídas de mercadorias do estabelecimento da Autuada com redução de base de cálculo e/ou gravadas por ST. Nos próprios pedidos anexados aos autos encontram-se relacionadas mercadorias sujeitas ao regime de ST (tais como: vinhos, preservativos, aparelhos de barbear, dentre outras).

Assim sendo, deve-se decotar da base de cálculo adotada pelo Fisco a parcela não tributada, obtida pela proporcionalidade entre o valor contábil e a base de cálculo apurada pela Autuada em sua escrita fiscal. A título de exemplo, no mês de janeiro/2005, a parcela não tributável (a ser excluída) corresponde a 8,68% das “**Saídas não Declaradas**” neste período (doc. de fls. 07), uma vez que a importância das **saídas escrituradas** foi de R\$ 86.155,84 e a base de cálculo somou R\$ 78.675,12.

Deve-se ainda, em relação ao resultado obtido para a parcela não tributada, aplicar o percentual de multa isolada de 15% (quinze por cento), nos termos do §2º do artigo 55 da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, sobre a parcela tributada será calculado o ICMS, MR e MI de 40% (quarenta por cento), enquanto sobre o montante não tributado incidirá MI de 15% (quinze por cento).

Alerta-se que no vertente caso não se pode aplicar o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei 6763/75, em face das disposições contidas no § 5º, item 3, do art. 53 da citada lei, haja vista que a infração praticada resultou em falta de pagamento do ICMS.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para decotar da base de cálculo adotada pelo Fisco a parcela não tributada, obtida pela proporcionalidade entre o valor contábil e a base de cálculo apurada pela Autuada em sua escrita fiscal, e ainda, em relação ao resultado da parcela não tributada obtido, aplicar o percentual de multa isolada de 15% (quinze por cento), nos termos do §2º do artigo 55 da Lei 6763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator) e Wagner Dias Rabelo, que o julgavam improcedente. Designado relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. David Gonçalves de Andrade Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros supracitados, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 08/05/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator designado

RNL/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 18.220/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010120169-93
Impugnante: Casado Vieira Comércio e Distribuição Ltda
Proc. S. Passivo: David Gonçalves de Andrade Silva/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154774-34
Inscr. Estadual: 277725383.00-00
Origem: DF/ Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, 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.

Versa o presente feito sobre a constatação de saídas de mercadorias sem documentação fiscal, fato este apurado no confronto entre os relatórios intitulados de “vendas por dia – sintético” somados aos “pedidos” com as notas fiscais emitidas. A diferença constatada neste confronto, enxergou o Fisco, como saídas desacobertas.

Exige-se ICMS, MR e MI.

Preliminarmente, rejeito as prefaciais argüidas posto que a ausência de TIAF e etc, lançadas na defesa não trazem gravame ou mesmo qualquer dificultador à defesa, até porque, por força de norma superveniente, referidos documentos foram substituídos por outros já pontuados em nossa legislação.

No mérito, melhor sorte não assiste ao trabalho fiscal, pois um dos elementos fundamentais a este trabalho consiste naqueles relatórios constantes de fls. 10/32 dos autos.

Ora, referidos documentos não são da titularidade da Autuada, pois consignam como titular o ente assim denominado de “Disminas” que não tem qualquer vinculação com a Autuada “Casado Vieira Comércio e Distribuição Ltda”. Ademais, referidos documentos de fls. 10/32 sequer individualizam as mercadorias ou negócios ali sugeridos.

Portanto, não se afiguram os noticiados documentos como elementos capazes à consagração do trabalho fiscal.

Tanto o Fisco como a Auditoria Fiscal festejam o fato de que estes relatórios teriam sido encontrados no próprio estabelecimento autuado acrescentando a coincidência de nomes entre os vendedores apostos ali e nos pedidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Data venia”, o Contribuinte autuado nega propriedade destes relatórios e não há nada nos autos atestando que tais documentos lhe pertencem.

Ademais, argumentado também quando dos debates que a assinatura aposta no TAD de fls. “09” convalida a propriedade e que os documentos em análise tenham mesmo sido encontrados na empresa autuada.

“Premissa venia”, não vejo desta forma, pois, em primeiro lugar, o Contribuinte nega isso. Em segundo lugar porque os documentos de fls. 10/32 versam sobre outra titularidade que não da empresa autuada. Em terceiro e último lugar, porque o TAD não possui campo para “ressalvas”. Portanto, não comungo desta interpretação acerca do TAD, ou melhor, que a assinatura no TAD convalida a tese do Fisco.

No que diz respeito à coincidência de nomes entre “Vendedores”, tenho que, em sentido contrário, que não há nos autos sequer a comprovação de que os sugeridos nomes sejam mesmo de empregados da Impugnante. Portanto, é argumento que não socorre o Fisco no presente caso.

Diante de todo o exposto, apenas os pedidos poderiam ser objeto de análise e confronto com a escrita regular da Autuada e não os relatórios de fls. 10/32 dos autos.

Assim, repito que o trabalho é renovável caso procedido o confronto apenas em relação aos “pedidos”, sendo que por questões operacionais, impestinente é decotar aqui os registros lançados nos mencionados documentos de fls. 10/32.

Diante do exposto, rejeito as prefaciais e julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 08/05/07.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**

ACR/EJ