

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.445/07/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010120865-25
Impugnante: Carol Comércio Atacadista e Representações Ozame Ltda.
Proc. S. Passivo: Marcos Roberto Dias/Outros(s)
PTA/AI: 01.000155035-83
Inscr. Estadual: 062667006.00-67
Origem: DF/BH-2

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – CALÇAMENTO. Constatada a emissão de documentos fiscais consignando mercadorias e valores diferentes nas respectivas vias, redundando em recolhimento a menor do ICMS. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. IX, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA - CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTA FISCAL. Constatado o cancelamento irregular de notas fiscais, sem observância do art. 147 do RICMS/02, evidenciando saída de mercadoria sem documento fiscal. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatadas saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – TINTA/OUTROS – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatadas saídas de mercadorias, sujeitas à substituição tributária, sem emissão de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais. Exigências de ICMS/Substituição Tributária, multa de revalidação em dobro nos termos do art. 56, inc. II, § 2º, inc. III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Dos Fatos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS decorrente das seguintes irregularidades ocorridas no período de 01/01/03 a 31/05/04:

1 - emissão de documentos fiscais consignando mercadorias e valores divergentes, entre as vias que serviram para acobertar as saídas das mercadorias e as que serviram aos registros fiscais e arquivamento, pelo que se exigiu ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. IX, da Lei nº 6.763/75;

2 - cancelamento irregular de notas fiscais, contrariando o disposto no art. 147 do RICMS/02, ficando caracterizado que as mercadorias a que se referem foram entregues, pelo que se exigiu ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, alínea "a", da Lei nº 6.763/75:

3 - saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais, apreendidos por meio do TAD nº 009028, emitido em 27/05/04, pelo que se exigiu ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75;

4 - saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal sujeitas à substituição tributária, apuradas através de documentos extrafiscais, apreendidos por meio do TAD nº 009028, emitido em 27/05/04, pelo que se exigiu ICMS/Substituição Tributária e multa de revalidação em dobro nos termos do art. 56, inc. II, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fls. 02/04); Termo de Apreensão e Depósito – TAD nº 009028 (fl. 03); Auto de Infração - AI (fls. 06/08); Relatório Fiscal (fls. 12/13); Telas do SICAF – Consulta Conta Corrente Fiscal, exercícios 2003 e 2004 (fls. 14/15); cópia do livro Registro de Saídas (fls. 16/40); Anexo I – Relação e cópia das notas fiscais calçadas em 2003 (fls.46/326) e em 2004 (fls. 626/800); Anexo II – Relação e cópias das notas fiscais canceladas irregularmente em 2003 (fls. 328/361) e em 2004 (fls. 802/828); Anexo III – Demonstrativo de saídas desacobertas de documento fiscal com relação de documentos extrafiscais, em 2003 (fls. 364/463) e em 2004 (fls. 830/962); Anexo III-A - Demonstrativo de apuração de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal sujeitas a ST com relação de documentos extrafiscais, em 2003 (fls. 465/521) e em 2004 (964/1.025); cópia das notas fiscais emitidas em 2003 (fls. 523/622); Anexo IV – consolidação dos anexos de 2003 (fl. 624) e de 2004 (fl. 1.027); Anexo V - Demonstrativo do Crédito Tributário (fl. 1.029); Documentos extrafiscais apreendidos (fls. 1.031/13.894).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 13.899/13.904, onde alega, em apertada síntese, que:

- consoante se infere dos termos do art. 174 do CTN, a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos e, desta forma, encontram-se fulminados pela prescrição quinquenal todo e qualquer crédito tributário que tenha sido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consubstanciado pelo seu fato gerador em data anterior aos últimos cinco anos do dia da notificação do presente PTA;

- não agiu em contrariedade com os termos da lei, mas, ao contrário, adotou o procedimento exigido pela norma que disciplina a matéria do ICMS tanto neste Estado como em âmbito nacional, nos termos da Constituição;

- a Constituição da República de 1988, ao tratar sobre o tributo intitulado ICMS, consignou como um de seus princípios basilares e inafastáveis o da não-cumulatividade;

- não há provas nos autos capazes de corroborar as alegações do Fisco de que tenha deixado de recolher tributo em função de venda de mercadorias sem a devida emissão de documento fiscal;

- são extremamente frágeis os elementos formadores de convicção do Fisco, uma vez que baseou suas conclusões única e exclusivamente em orçamentos que eram repassados para os prováveis clientes;

- é certo que muitos orçamentos são convertidos em vendas, ocasião em que é emitida a regular nota fiscal, mas diversos outros não resultam em efetivação do negócio, não ocorrendo, assim, o fato gerador do ICMS;

- no caso dos orçamentos que compõem o presente PTA, não houve sua conversão em efetiva venda e por essa razão não foram emitidas as respectivas notas fiscais;

- os intitulados “documentos extrafiscais” não são meio de prova quanto à existência de efetiva venda de mercadorias e verifica-se que não há outras provas neste feito, não se podendo falar em constituição de tributo via presunção do Fisco;

- é certo que somente procedeu ao cancelamento de notas fiscais em ocasiões permitidas legalmente, sendo assim, evidente que todos os cancelamentos levados a efeito somente ocorreram em função das mercadorias não terem sido vendidas e entregues aos clientes;

- o fato de o documento fiscal apresentar carimbo do Posto fiscal e anotações quanto à transportadora somente comprovam que a mercadoria realmente saiu do estabelecimento e trafegou, contudo, não foi recebida pelo cliente e o negócio jurídico não foi efetivado;

- as mercadorias não foram entregues ao cliente, retornando para o seu estoque, razão pela qual o documento fiscal era cancelado, sob pena de se recolher tributo sem a existência de fato gerador a constituí-lo.

Por fim, nega veementemente que tenha adotado práticas visando fraudar o Fisco, seja para eliminar a constituição de tributo, seja para reduzir os valores a serem recolhidos aos cofres públicos e requer:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a) seja declarada a prescrição nos termos retro expostos, cancelando assim, o Auto de Infração ora impugnado;
- b) a nulidade do Auto de Infração, vez que padece de vício de natureza constitucional;
- c) seja julgado improcedente o lançamento.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 13.918/13.929, refutando as alegações da Impugnante, argumenta, resumidamente, que:

- a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva e, desta forma, não há como falar em prescrição do crédito tributário uma vez que os fatos geradores objeto do presente PTA são do período de janeiro/2003 a maio/2004, e a intimação comunicando o lançamento à Autuada se deu em 16/05/2007;

- não foi ferido o princípio constitucional da não-cumulatividade; não houve qualquer tipo de estorno de créditos; as irregularidades demonstradas pelo Fisco ocorreram nas saídas de mercadorias com documentos fiscais emitidos consignando valores e mercadorias divergentes entre as respectivas vias; cancelamentos irregulares de documentos fiscais e saídas sem emissão de documento fiscal, não trazendo a Autuada nenhum comprovante, através de documentos, de que não ocorreram as irregularidades citadas;

- a Autuada emitiu documentos fiscais consignando valores e mercadorias divergentes entre as vias que serviram para acobertar as saídas de mercadorias e as que serviram aos registros fiscais e arquivamento, conforme comprovam cópias de primeiras vias/ vias fixas, integradas ao processo, resultando em diferença de faturamento;

- a irregularidade apontada é de calçamento, decorrente do confronto das vias do documento fiscal (1ª via e via fixa), consignando valores diferentes entre a 1ª via destinada ao adquirente da mercadoria e a via fixa, constante do talonário de notas fiscais, conforme os documentos anexados às fls. 46/326 e 626/800;

- a Autuada promoveu o cancelamento irregular das notas fiscais relacionadas no Anexo II (fls. 328/361 e 802/828), contrariando o que disciplina o art. 147 do RICMS/02;

- os cancelamentos demonstrados no Anexo II, conforme documentos anexos ao processo (fls. 328/361 e 802/828), foram de forma irregular: notas fiscais com canhotos assinados, com carimbo em posto de fiscalização mineiro, carimbo de transportadora, falta de indicação do motivo do cancelamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Autuada promoveu saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal, demonstradas no Anexo III, apuradas através de documentos extrafiscais, apreendidos por meio do TAD nº. 009028, emitido em 27/05/2004;

- não houve presunção do Fisco, mas conclusão após análise da documentação apreendida;

- o procedimento fiscal adotado pelo Fisco para a análise dos documentos da Autuada é considerado tecnicamente idôneo, conforme o disposto no artigo 194, inciso I, do RICMS/02;

- a apreensão dos documentos extrafiscais de deu no estabelecimento comercial da Autuada, com a lavratura do Termo de Apreensão de fl. 05, nº. 009028 de 27/05/04, documento recebido pelo sócio Francisco Ozame Faria Ribeiro, tudo conforme o previsto no § 1º do artigo 42 c/c inciso III do artigo 50, ambos da Lei 6763/75;

- constam nos documentos extrafiscais apreendidos, todas ou algumas das seguintes informações: a confirmação do recebimento através de “Pg.”, a forma de pagamento, carimbo do recebimento da mercadoria, carimbo da mercadoria entregue e, no caso de vendas com pagamento parcelado, o número das duplicatas, valor, data de vencimento e número da boleta bancária, dentre outras;

- no confronto das tabelas (fls. 364/463 e 830/962) com os documentos extrafiscais (fls. 1.031/13.894), facilmente se detecta que os orçamentos são os documentos intitulados “Pedidos nº..... C” (são os orçamentos), que resultam em pedidos do mesmo número “Pedidos nº..... B” (mercadoria vendida sem documento fiscal) e em algumas operações em mais um “Pedido nº..... A” (onde emite-se a nota fiscal de parte da venda realizada) citando o número da nota fiscal;

- apenas exemplificando, ver fls. 1.049/1.050/1.051/1.052/1.053 (pedido nº. 91115 - 1/2) com “PG” na fls. 1.053; nas fls. 1.052/1.051 (Pedido 91115 – 1- C) que contém a discriminação da mercadoria, item que não tem (NT = 12,00 reais) e quadro com informações do autuado: da data do romaneio, da conferência e da separação na fl. 1.051; na fl. 1.050 do PTA - Pedido nº. 911 151A – (cita nº nf 007656, fls. 524 do PTA, valor R\$ 336,50); e na fl. 1.049 (pedido 91115 – 2 – B, valor R\$ 575,88) vendas das mercadorias discriminadas, sem emissão de documento fiscal, onde cita condições de pagamento: 30 dias, cobrança – cheque pré, dupl. nº 7656-1 – valor R\$ 912, 38 (isto é igual a 924,38 - 12,00 ITEM NT), demonstrados no Anexo III, fls. 364 do PTA;

- os documentos extrafiscais acostados aos autos trazem consigo a materialidade necessária da infração cometida pela Autuada;

- os dados e elementos extraídos da documentação extrafiscal dão conta da fraude cometida pela Impugnante, além de permitirem traçar a sua exata extensão;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os quadros e relatórios anexos aos autos mostram a descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação fiscal e as circunstâncias em que foram praticados.

Solicita seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Cuida a presente autuação sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS decorrente das seguintes irregularidades ocorridas no período de 01/01/03 a 31/05/04:

- 1 - emissão de documentos fiscais consignando mercadorias e valores divergentes entre as vias que serviram para acobertar as saídas das mercadorias e as que serviram aos registros fiscais e arquivamento;
- 2 - cancelamento irregular de notas fiscais;
- 3 - saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais;
- 4 - saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal sujeitas à substituição tributária, apuradas através de documentos extrafiscais.

Da Preliminar

A Autuada argúi a nulidade do AI alegando que, consoante se infere dos termos do art. 174 do CTN, a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos e, desta forma, encontram-se fulminados pela prescrição quinquenal todo e qualquer crédito tributário que tenha sido consubstanciado pelo seu fato gerador em data anterior aos últimos cinco anos do dia da notificação do presente AI.

Não procede a alegação, devendo ser rejeitada a argüição de nulidade do AI, pois segundo o art. 174 do CTN “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva” e, desta forma, não há como falar em prescrição do crédito tributário uma vez que os fatos geradores objeto da presente Autuação são do período de janeiro/2003 a maio/2004 e a intimação comunicando o lançamento à Autuada se deu em 16/05/2007.

Do mérito

1 – Emissão de documentos fiscais consignando mercadorias e valores divergentes entre as vias que serviram para acobertar as saídas das mercadorias e as que serviram aos registros fiscais e arquivamento.

A Autuada emitiu documentos fiscais consignando valores e mercadorias divergentes entre as vias que serviram para acobertar as saídas de mercadorias e as que serviram aos registros fiscais e arquivamento, conforme comprovam cópias de primeiras vias/ vias fixas, anexadas aos autos às fls. 46/326 e 626/800, resultando em

diferença de faturamento não oferecida à tributação. A irregularidade apontada é chamada de “calçamento de nota fiscal”, decorrente do confronto das vias do documento fiscal (1ª via e via fixa), consignando valores diferentes entre a 1ª via destinada ao adquirente da mercadoria e a via fixa, constante do talonário de notas fiscais.

Nada trouxe a Autuada aos autos que pudesse elidir a acusação fiscal, estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. IX, da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrita:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

IX - por emitir documento fiscal consignando valores diferentes nas respectivas vias - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;”

2 - Cancelamento irregular de notas fiscais.

A Autuada promoveu o cancelamento irregular de notas fiscais, ficando caracterizado que as mercadorias a que se referem foram entregues, contrariando o que disciplina o art. 147 do RICMS/02, *in verbis*:

“Art.147 - O documento fiscal só poderá ser cancelado antes de sua escrituração no livro próprio e no caso em que não tenha ocorrido à saída da mercadoria ou não se tenha iniciado a prestação do serviço, desde que integradas ao bloco ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que determinou o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.”

Os cancelamentos de notas fiscais de forma irregular estão demonstrados no Anexo II, conforme documentos anexos aos autos às fls. 328/361 e 802/828, tendo sido constatado pelo Fisco a ocorrência de notas fiscais com canhotos assinados, com carimbo de posto de fiscalização mineiro, com carimbo de transportadora e com falta de indicação do motivo do cancelamento. Nada trouxe a Autuada aos autos que pudesse elidir a acusação fiscal, estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, II alínea “a”, da Lei nº 6.763/75.

3 - Saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais.

A Autuada promoveu saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal, demonstradas no Anexo III (fls. 364/463 e 830/962), apuradas através de documentos extrafiscais. Conforme já relatado, a apreensão dos documentos extrafiscais se deu no seu estabelecimento comercial, com a lavratura do Termo de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Apreensão e Depósito – TAD nº. 009028 de 27/05/04 (fl. 05), documento recebido pelo sócio Francisco Ozame Faria Ribeiro, conforme o previsto no § 1º do artigo 42 c/c inciso III do artigo 50, ambos da Lei nº 6.763/75.

O relato do Fisco em sua manifestação de fls. 13.918/13.929 é minucioso, de onde se extrai:

“Constam nos documentos extrafiscais apreendidos, todas ou algumas das seguintes informações a confirmação do recebimento através de “Pg.”, a forma de pagamento, carimbo do recebimento da mercadoria, carimbo da mercadoria entregue e, no caso de vendas com pagamento parcelado, o número das duplicatas, valor, data vencimento e número da boleta bancária, dentre outras.

No confronto das tabelas (fls. 364/463 e 830/962) com os documentos extrafiscais (fls. 1.031/13.894), facilmente se detecta que os orçamentos são os documentos intitulados “Pedidos nº..... C” (são os orçamentos), que resultam em pedidos do mesmo número “Pedidos nº..... B” (mercadoria vendida sem documento fiscal) e em algumas operações em mais um “Pedido nº..... A” (onde emite-se a nota fiscal de parte da venda realizada) citando o número da nota fiscal. Apenas exemplificando, ver fls. 1.049/1.050/1.051/1.052/1.053 (pedido nº. 91115 - 1/2) com “PG” na fls. 1.053; nas fls. 1.052/1.051 (Pedido 91115 – 1- C) que contém a discriminação da mercadoria, item que não tem (NT = 12,00 reais) e quadro com informações do autuado: da data do romaneio, da conferência e da separação na fl. 1.051; na fl. 1.050 do PTA - Pedido nº. 911 151A – (cita nº nf 007656, fls. 524 do PTA, valor R\$ 336,50); e na fl. 1.049 (pedido 91115 – 2 – B, valor R\$ 575,88) vendas das mercadorias discriminadas, sem emissão de documento fiscal; onde cita condições de pagamento: 30 dias, cobrança – cheque pré, dupl. nº 7656-1 – valor R\$ 912, 38 (isto é igual a 924,38 - 12,00 ITEM NT), demonstrados no Anexo III, fls. 364 do PTA.”

Os documentos extrafiscais acostados aos autos às fls. 1.030/13.894 trazem consigo a materialidade necessária da infração cometida pela Autuada. Os quadros e relatórios anexos aos autos mostram a descrição clara e precisa dos fatos que motivaram a autuação fiscal e as circunstâncias em que foram praticados.

O procedimento fiscal adotado pelo Fisco para a análise dos documentos da Autuada é considerado tecnicamente idôneo, conforme o disposto no artigo 194, inciso I do RICMS/02, *in verbis*:

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

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;”

Nada trouxe a Autuada aos autos que pudesse elidir a acusação fiscal, estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrita:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:"

4 - Saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal sujeitas à substituição tributária, apuradas através de documentos extrafiscais.

A Autuada promoveu saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal, demonstrados no Anexo III (fls. 364/463 e 830/962), apurados através de documentos extrafiscais, infração descrita no item 3, acima. Ocorreram, dentre as saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme demonstrado no Anexo III-A (fls. 465/521 e 964/1.025).

O ICMS/ST normalmente é exigido quando se constata a entrada de mercadorias sujeitas a substituição tributária desacobertada de documentação fiscal. Contudo, no presente caso, nada trouxe a Autuada, diante da acusação fiscal de saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária desacobertadas de documento fiscal, que pudesse comprovar que tais mercadorias foram adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária.

Constatadas saídas de mercadoria sem emissão de documento fiscal e não comprovado que as ditas mercadorias foram adquiridas com ICMS/ST pago, correta a exigência de ICMS/Substituição Tributária e multa de revalidação em dobro nos termos do art. 56, inc. II, § 2º, inc. III, da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrito e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da mesma Lei.

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 07/11/07.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator