

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 3.258/07/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060120750-13
Recorrente: Casado Vieira Comércio e Distribuição Ltda.
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: David Gonçalves de Andrade Silva/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154774-34
Inscrição Estadual: 277.725383.00-00
Origem: DF/ Governador Valadares

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. 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 6.763/75. Acolhimento parcial das razões da Recorrente 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 6.763/75. Decisão recorrida mantida. Recurso de revisão conhecido e não provido. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período compreendido entre janeiro de 2005 a novembro de 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 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.220/07/1ª, pelo voto de qualidade, julgou 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,

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 6.763/75.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpõe, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 337/355, requerendo que lhe seja dado provimento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 358/359, opina pelo não provimento do Recurso de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no art. 137 da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984 – CLTA/MG., posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Os fundamentos expostos na decisão recorrida foram os mesmos utilizados pela Câmara Especial para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações e/ou adequações.

DA PRELIMINAR

Argüi a Recorrente 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, 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 nº 44.380/2006 permitiu a utilização dos documentos TIAF, TAD, Termo de Retenção de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Recorrente acerca da inobservância do devido processo legal.

Oportuno destacar que os fundamentos de defesa apresentados (segundo enfatiza a Recorrente), 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 Recorrente 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 6.763/75, em face da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período compreendido entre janeiro de 2005 a novembro de 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).

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Recorrente, 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 exemplos transcritos a seguir:

- 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).

Não obstante, deve ser ressaltado que a empresa autuada, de acordo com as informações prestadas pelo Fisco à fl. 316, é conhecida na região de Governador Valadares pelo nome de fantasia “**DISMINAS**”, nome este utilizado por seus funcionários quando do atendimento de ligações telefônicas.

Assim, a afirmação da Recorrente de que os documentos apreendidos não teriam “*nenhum signo de semelhança com o contribuinte autuado*” não se mostra verossímil, uma vez que contraditada pelo fato acima narrado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Recorrente 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 Recorrente 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 de 2005 a novembro de 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 Substituição Tributária (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 de 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 (oitenta e seis mil, cento e cinquenta e cinco reais, oitenta e quatro centavos) e a base de cálculo somou R\$ 78.675,12 (setenta e oito mil, seiscentos e setenta e cinco reais, doze centavos).

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 6.763/75.

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).

No vertente caso não se pode aplicar o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º da Lei 6.763/75, 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 Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Antônio César Ribeiro e Luiz Fernando Castro Trópia, que lhe davam provimento nos termos do voto vencido de fls. 334/335. Designado relator o Conselheiro Edvaldo Ferreira (Revisor). Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. David Gonçalves de Andrade Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos. Participaram do julgamento, além dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

signatários e dos conselheiros vencidos, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 17/08/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edvaldo Ferreira
Relator Designado

