

Acórdão: 16.398/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111152-62
Rec. de Agravo: 40.030115197-56
Impugnante/Ag: Droganery Ltda
Proc. S. Passivo: Carlos Alberto Nery
PTA/AI: 01.000142692-26
Inscr. Estadual: 625.817137.0080
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Dispensável a perícia requerida, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados. Recurso não provido. Decisão unânime.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – CONTA CAIXA/SALDO CREDOR. Constatado saldos credores na conta caixa, caracterizando saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, conforme previsto no §3º, do artigo 194 do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

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

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.

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 desacobertadas de documentos fiscais.

Inconformada com o lançamento, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 246 a 252.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 § 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 23 a 46 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.

O Fisco, em manifestação de fls. 315 a 324, refuta as alegações da defesa.

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

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 § 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. 48) ao afirmar inicialmente que desconhecia todas as notas fiscais relacionadas nas folhas 23 a 46 dos autos, para, posteriormente, (fls. 250), admitir que algumas destas notas fiscais foram extraviadas e comprovadamente recebidas pela empresa.

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 23 a 46 dos autos para verificar que tal alegação não corresponde à verdade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 343/344.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 347).

Sustenta que a prova pericial é basilar dentro do contexto da impugnação apresentada e enumera, mais alguns quesitos que também se revestem como desnecessários para o deslinde da questão que se discute nos autos.

A taxa de expediente é recolhida conforme cópia do DAE às fls. 348. Ressalta-se que, apesar de ter sido apresentada cópia do Documento de Arrecadação, a autenticação mecânica relativa ao pagamento é original e a consulta "Pagamentos por Contribuinte" do SICAF, anexa às fls. 350, desfaz qualquer dúvida quanto ao efetivo recolhimento da referida taxa de expediente.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 351/361, opina pela procedência parcial do lançamento para que se exclua a multa isolada aplicada por falta de registro de documentos fiscais.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos são desnecessários para a solução da controvérsia uma vez que os autos contêm todos os documentos necessários para uma perfeita formação de opinião acerca da verdade dos fatos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, inciso I, da CLTA/MG.

Preliminar 2:

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 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 § 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. 23 a 46, sem que tais aquisições tivessem sido escrituradas nos livros fiscais próprios.

O Fisco anexa, entre as fls. 123 e 233 diversos documentos comprobatórios de que a Autuada realmente adquiriu, recebeu e pagou pelas mercadorias constantes das notas fiscais que compõem a relação de fls. 23 a 46.

Entre tais documentos tem-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 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;
- cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas atestando que o destino da carga realmente era o da empresa Autuada, situada em São João Del Rei;
- 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. 23 a 46) 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. 47) ocasião em que declarou desconhecer todos estes documentos.

O levantamento efetuado pelo Fisco encontra-se, pois, discriminado na relação de fls. 23 a 46 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 janeiro/99 a abril/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 Geral de fls. 53 a 118) foram levados pelo Fisco a crédito na conta Caixa.

Às fls. 260 a 295 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. 250 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. 260 a 295, receberam o código de motivo nº 5.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 296 a 304) não merecem crédito pois derivam do anexo 2 que nada comprova a favor da Autuada.

Os anexos 6 e 7 da impugnação (fls. 305 a 309) que tratam, respectivamente, da comprovação do falecimento do antigo contador da empresa, da comprovação da melhoria na gerência contábil-fiscal da impugnante e da comprovação do uso da marca "Drogaria Americana", não têm o condão de alterar o feito fiscal.

Assim, após a recomposição da conta Caixa (fls. 19 a 22) 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 desacompanhadas 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 à manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacompanhadas 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, também legitima o trabalho fiscal, consoante preceitua o art. 110 da CLTA/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. 11 a 18, 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 artigo 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 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. 23 a 46 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. 47, 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. 48, 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. 250).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os documentos anexados às fls. 123 a 233 comprovam que as notas fiscais da relação de fls. 23 a 46 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 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. 23 a 46.

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 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido. Também em preliminar, à unanimidade, rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada do art. 55, I da Lei 6763/75, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 29/06/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator

CC/MIG