

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.465/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000160358-77
Impugnação: 40.010125110-81, 40.010125111-61 (Coob.)
Impugnante: Tucumedy Comércio & Indústria Ltda
IE: 062078381.00-66
Wellington Ventura Fonseca (Coob.)
CPF: 621.973.556-00
Proc. S. Passivo: Leonardo Álvares Borges/Outro(s)(Aut. e Coob.)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COOBRIGADO – ADMINISTRADOR - ELEIÇÃO ERRÔNEA EM PERÍODO ANTERIOR AO ESTIPULDO EM MANDATO. Constatada a inclusão errônea do Administrador como Coobrigado quando ainda não detinha poder de gerência, acarretando exclusão do polo passivo quanto ao crédito tributário decorrente das infrações praticadas no período anterior a sua administração.

BASE DE CÁLCULO – CALÇAMENTO – CALÇAMENTO COMPLEXO. Constatado emissão de notas fiscais consignando valores, destinatários e outros dados divergentes nas respectivas vias. Infração caracterizada mediante confronto entre a primeira via das notas fiscais autuadas (obtida junto aos destinatários) e a segunda via (fixa/arquivo), e também pelos comprovantes de pagamentos de diversas operações remetidos ao Fisco pelos destinatários. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Constatado utilização de formulários destinados à impressão de documentos fiscais por processamento eletrônico de dados (PED) em desacordo com a legislação. Irregularidade apurada pela apreensão no estabelecimento do Autuado de 02 (duas) vias em branco de 43 (quarenta e três) formulários contínuos, cujos números de controle coincidiam com outros já utilizados para emissão de notas fiscais. Legítima a exigência da Multa Isolada, capitulada no art. 54, inc. XXX da Lei nº 6.763/75.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS – DESTINATÁRIO DIVERSO. Constatado realização de operações de saídas de mercadorias para destinatários diversos daqueles consignados nas notas fiscais autuadas. Infração apurada mediante informações prestadas ao Fisco pelos “supostos” destinatários. Descaracterizada a isenção do ICMS prevista no item 136 da Parte 1 do Anexo I

do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V da Lei nº 6.763/75.

ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO. Constatado realização de operações de saídas de mercadorias ao abrigo indevido da isenção prevista no item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, haja vista que os destinatários consignados nas NFs autuadas não atendiam a condição estabelecida no mencionado item. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inc. VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inc. VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – emissão de documentos fiscais, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2007, consignando valores, destinatários, mercadorias, e outros dados divergentes entre as respectivas vias que serviram para acobertar as saídas de mercadorias e as vias que serviram aos registros fiscais e arquivamento, conforme comprovam cópias de primeiras vias e vias destinadas ao Fisco; confrontadas com vias fixas, resultando em diferença a tributar, conforme demonstrado nos Anexos 1 e 2, com particularidades entre eles, a saber:

Anexo 1 - calçamento complexo (A) para documentos fiscais emitidos em talonários e por processamento eletrônico de dados - PED -, sendo que, para os documentos emitidos por PED, o número do formulário e da nota fiscal coincidem na face do documento, como também são iguais na 1ª via e na 2ª via;

Anexo 2 - calçamento complexo (B) em que, nos documentos emitidos por PED, os números dos formulários são diferentes na 1ª e 2ª vias e o número das notas fiscais – NFs - são iguais.

Nos documentos relacionados nos referidos Anexos 1 e 2 os números das NFs são os mesmos na 1ª e 2ª via .

Exigências de ICMS e multa de revalidação (após recomposição da conta gráfica) e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX da Lei nº 6.763/75.

2 – utilização, no período de 1º/09/07 a 12/09/07, de formulários destinados à impressão de documentos fiscais por PED, autorizados pela Autorização de Impressão de Documentos Fiscais – AIDF - nº 002206772006-AF/1º Nível /BH-1/SRF-I em 16/10/06, relacionados no Anexo 6 do Auto de Infração – AI -, em desacordo com a legislação tributária, em decorrência do não cumprimento do que determina os art. 139 e 140, ambos da Parte Geral do RICMS/02. As 2ª e 5ª vias dos documentos fiscais foram apreendidos pelo Termo de Apreensão e Depósito – TAD - nº 039462 e as demais foram emitidas e levadas a registro em livro próprio (LRS).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inc. XXX da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) conforme informações prestadas ao Fisco pelas empresas relacionadas no Anexo 3 e 5 do AI, em resposta a Intimação Fiscal, constatou-se que o Autuado promoveu, no período de março de 2005 a julho de 2007, saída de mercadorias acobertadas por notas fiscais sem destaque do ICMS, a destinatário diverso, utilizando indevidamente do disposto no Decreto n.º 43.349/03, deixando assim de recolher o ICMS devido na operação, conforme demonstrado nos mencionados anexos.

Exigências de ICMS e multa de revalidação (após recomposição da conta gráfica), bem como Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V da Lei n.º 6.763/75.

4) constatou-se a aplicação indevida do Decreto n.º 43.349/03 em operações que destinavam mercadorias a empresas que não se enquadram como órgão da Administração Pública Estadual Direta / Suas Fundações e Autarquias, deixando de recolher ICMS devido nas operações ao emitir documentos fiscais com indicações incorretas, conforme demonstrado no Anexo 4 do AI. A isenção prevista no item 136 do Anexo I da Parte 1 do RICMS/02 (redação dada pelo Decreto n.º 43.349/03) refere-se a órgãos da Administração Pública Estadual.

Exigências de ICMS e multa de revalidação (após recomposição da conta gráfica), bem como Multa Isolada capitulada no art. 54, inc. VI da Lei n.º 6.763/75 c/c art. 215, inc. VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 24); Auto de Infração -AI (fls. 02/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 05/06); Relatório Fiscal com demonstrativo do crédito tributário (fls. 07/09); Termo de Apreensão e Depósito – TAD (fls. 11); Termo de Retenção (fls. 12); Anexo ao Auto de Deslacrção (fls. 13/14); Auto de Deslacrção e documentos conexos (fls. 15/18); Nota Fiscal Fatura visada pelo Fisco (fls. 19); Termo de Intimação Fiscal (fls. 20); Consulta Pessoa Física e Jurídica (fls. 21/22); Consulta Contabilista Atual do Contribuinte (fls. 23); Recibos de Documentos (fls. 25/31); Procuração com poderes para gerir e administrar os negócios ao Coobrigado (fls. 37); Contrato Social (fls. 38/41); Consulta Todos os Sócios de um Contribuinte (fls. 42/45); Anexo I – Calçamento Complexo A (fls. 48/57); Anexo II – Calçamento Complexo B (fls. 59/64); Anexo III – Destinatário Diverso (fls. 66/71); Anexo IV – Operação com Débito do Imposto (ICMS) (fls. 73/76); Anexo V – Destinatário Diverso (fls. 78); Anexo VI – Divergência de impressão entre vias de Documento Fiscal (fls. 80); Anexo VII – Consolidação dos Anexos (fls. 82/83); Anexo VIII – Recomposição de Conta Gráfica/2005 e Conta Corrente Fiscal (fls. 85/90); Anexo IX – Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 92/93); Anexo X – Cópias de Notas Fiscais relativas ao calçamento Complexo A, arroladas no Anexo I (fls. 95/1.063); Anexo XI – Cópias de Notas Fiscais relativas ao calçamento Complexo B, arroladas no Anexo II (fls. 1.065/1.548); Anexo XII – Cópias de Notas Ficas e outros relativos ao destinatário diverso, Anexo III (fls. 1.550/1.669); Anexo XIII – Cópias de Notas Fiscais e outros relativos a operação com débito do imposto (ICMS), Anexo IV (fls. 1.671/1.773); Anexo XIV – Cópias de Notas Fiscais e outros relativos a operação relativa a destinatário diverso, Anexo V (fls. 1.775/1.781); Anexo XV – Cópias de Notas Fiscais/Formulários, livro de Registro de Saídas, referentes à divergência de impressão entre vias de documento fiscal, Anexo IV (fls. 1.783/1.880) e Anexo XVI –

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Amostragem de Comprovantes de Pagamentos referente ao Anexo I e II (calçamento) (fls. 1.882/4.374) e Anexo XVII – Cópia do livro de Registro de Saída (fls. 4.375/4.683).

Inconformados, o Autuado e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 4.685/4.722, com documentos anexados às fls. 4.723/4.807.

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 4.809/4.842, refuta detalhadamente as alegações da defesa e pede que o lançamento seja julgado procedente.

A Assessoria do Conselho de Contribuintes, em bem fundamentado parecer de fls. 4.848/4.864, que foi adotado para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas. No mérito, pela procedência do lançamento tributário, mas observando que extrai-se das informações contidas no item 3 do Relatório Fiscal (fls. 10) que a responsabilidade atribuída ao Coobrigado (alicerçada no art. 21, § 2º, incisos I e II da Lei n.º 6.763/75) restringe-se ao crédito tributário decorrente das infrações praticadas a partir de 23/06/05, data em que lhe foi conferido amplos poderes para gerir a empresa ora autuada, conforme procuração anexada às fls. 37 dos autos.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG, de fls. 4.848/4.864, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Os Impugnantes apresentaram, antes da sessão de julgamento, requerimento de produção de prova testemunhal. Contudo, como o RPTA/MG não prevê este tipo de prova, tal pedido foi indeferido e devolvido o requerimento ao Representante.

DAS PRELIMINARES

1 – Insubstância do Auto de Infração – Ausência de fundamentação legal. Lançamento por presunção.

Os Impugnantes arguem a insubstância do Auto de Infração (AI), em face de ausência de fundamentação legal, bem como em virtude do lançamento se alicerçar em presunção.

Argumentam que o AI padece de fundamentação legal, uma vez que os arts. 96, incisos X e XVII e 139 do RICMS/96 não autorizam o lançamento “ex-offício”.

Tecem considerações acerca das presunções absolutas e relativas e sobre indícios, acrescentando que não se pode exigir imposto lastreado apenas em presunção não delineada em lei.

Advertem que a inobservância ao princípio da legalidade é um dos fortes argumentos contrários ao uso das presunções no Direito Tributário. Acrescentam que um simples indício não autoriza a Fiscalização a lavrar um AI arrimado apenas na

suposição de que houve um ilícito. Sustentam que, no caso em apreço, o ônus da prova caberia ao Fisco.

Todavia, os argumentos supracitados não podem ser acolhidos, consoante restará demonstrado.

De início, cumpre destacar que o Fisco não citou no AI ou no Relatório Fiscal qualquer dispositivo do RICMS/96.

Ademais, os arts. 96, incisos X e XVII e 139 da Parte Geral do RICMS/02, relacionados na peça acusatória e reproduzidos pelo Fisco às fls. 4.832 tratam de obrigações que deveriam ser observadas pelo Autuado quando da emissão dos documentos fiscais objeto da presente autuação.

Conforme exige o art. 89 do RPTA (Decreto n.º 44.747/08), o Auto de Infração contém descrição clara e precisa do fato que motivou a sua lavratura e as circunstâncias em que foi praticado, bem como a citação expressa dos dispositivos legais infringidos e do que comina a respectiva penalidade.

Além do “Relatório” constante no Auto de Infração, as irregularidades bem como a capitulação legal das infringências e penalidades encontram descritas no Relatório Fiscal (fls. 08 a 10).

Depreende-se do exposto que não procedem as alegações dos Impugnantes acerca da ausência de fundamentação do Auto de Infração.

Oportuno esclarecer que a preliminar relativa à insubsistência do AI por estar o lançamento alicerçado em presunção se confunde com o mérito e como tal será analisada oportunamente.

2 – Nulidade Parcial do Auto de Infração – Juros de Mora. Ilegalidade da vinculação à SELIC.

Afirmam os Impugnantes que deve ser declarada a nulidade da autuação em relação aos juros de mora sob o pretexto de não especificação no AI, de forma clara e precisa, do dispositivo legal que embasa a cobrança dos mencionados juros. Ponderam que tudo indica que a cobrança destes encargos foi vinculada aos critérios prescritos para os débitos fiscais federais, segundo o estabelecido no art. 13 da Lei Ordinária n.º 9.065/95, norma esta que entendem ser inconstitucional.

Entretanto, consta do Auto de Infração que os juros de mora exigidos são calculados de conformidade com a Resolução n.º 2.880/97.

Mencionada resolução, alicerçada no art. 226 da Lei n.º 6.763/75, disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, e dá outras providências.

Ademais, contrariamente ao alegado pelos Impugnantes, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser perfeitamente compatível o art. 13, da Lei n.º 9.065/95, inclusive sob o aspecto formal, com o art. 161, § 1º, do CTN, segundo o qual o legislador ordinário estava autorizado a fixar juros de mora, concluindo que, a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições arrecadados pelo Fisco Federal são equivalentes à taxa SELIC.

Incabível, portanto, a arguição de nulidade de parte do lançamento.

3 – Nulidade do Auto de Infração – Violação do Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais e da Constituição Federal do Brasil. Obtenção de documentos de forma ilícita e arbitrária.

Os Sujeitos Passivos clamam pela nulidade do Auto de Infração sob o pretexto de ilegalidade e abuso de poder na forma que foram retidos os documentos e informações eletrônicas em seu estabelecimento.

Salientam que a diligência realizada pelo Fisco em 13/09/07, que desaguou na retenção de documentos fiscais para posterior análise, padece de vícios insanáveis, uma vez que foi procedida sem observância dos preceitos do Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais e da nossa Carta Maior, relacionados na peça de defesa.

Advertem que o representante legal da empresa não estava presente quando da diligência, bem como contestam a forma em que foi lavrado o Termo de Retenção, ou seja, não houve utilização do formulário próprio para este fim.

Questionam as extrações feitas pelo Fisco, por meio de “Pen Drive”, de informações armazenadas em computador particular e, ainda, a retenção de documentos sem qualquer especificação no ato da retenção.

No entanto, pelos elementos constantes dos autos percebe-se que a busca e apreensão de documentos nas dependências do estabelecimento comercial do Autuado, deu-se de forma legal e sem abuso de poder, conforme será demonstrado.

Em 13/09/07 o Fisco promoveu diligência no estabelecimento do Autuado, apreendendo mediante Termo de Apreensão e Depósito – TAD n.º 039462 (fls. 11), 02 (duas) caixas contendo documentos fiscais e extrafiscais, para posterior análise.

Mencionado termo foi lavrado de conformidade com as disposições contidas no art. 51, inc. II da CLTA/MG (Decreto n.º 23.780/84 – vigente à época). Em obediência ao disposto no § 2º do referido artigo, o Fisco colheu a assinatura do Sujeito Passivo no citado documento (campo 67).

Vale esclarecer que a utilização pelo Fisco do formulário do TAD, em 13/09/07, já na vigência do Auto de Apreensão e Depósito (AAD), deu-se amparada pelo art. 3º do Decreto n.º 44.380/06, que autorizou a utilização dos formulários dos documentos Termo de Início de Ação Fiscal (TIAF), Termo de Apreensão e Depósito (TAD), Termo de Retenção de Mercadorias (TRM) e Termo de Revelia constantes do estoque da Secretaria de Estado de Fazenda até a confecção dos novos modelos.

O Termo de Retenção, também emitido pelo Fisco (fls. 12) no decorrer da diligência, teve por finalidade informar ao Sujeito Passivo sobre a retenção de seus documentos, bem como para lhe comunicar que as caixas de documentos apreendidas e lacradas seriam abertas na presença do representante legal da empresa, em 17/09/07 às 14:00 horas. Adverte-se que para as finalidades acima descritas não existia à época formulário próprio a ser utilizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não é por demais frisar que o termo que se prestou a documentar a apreensão dos documentos no estabelecimento do Autuado foi o TAD e não o Termo de Retenção.

Dando continuidade à ação fiscal, em 17/09/07, o Fisco promoveu a deslactação das 2 (duas) caixas contendo os documentos apreendidos (Auto de Deslactação – fls. 15), na presença do representante legal da empresa e de seu advogado, os quais declararam às fls. 16 sobre a integridade da lactação aposta nas referidas caixas.

A documentação apreendida encontra-se listada no Anexo ao Auto de Deslactação (fls. 13 e 14), o qual contém também a assinatura do representante legal do Autuado e de seu advogado.

Oportuno repetir que o representante legal do Autuado recebeu cópia de todos os documentos anteriormente referidos, tendo anexado aos autos cópias de alguns deles, quando da apresentada da impugnação.

Cumprir destacar que a teor do art. 44 da Lei nº 6.763/75 (a seguir transcrito), a busca e apreensão de documentos e papéis em dependências de estabelecimento comercial independe de autorização judicial.

Art. 44 -Depende de autorização judicial a busca e apreensão de mercadorias, documentos, papéis, livros fiscais, equipamentos, meios, programas e arquivos eletrônicos ou outros objetos quando não estejam em dependências de estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional.

Parágrafo único - A busca e a apreensão de que trata o caput deste artigo também dependerá de autorização judicial **quando o estabelecimento comercial, industrial, produtor ou profissional for utilizado como moradia.** (grifos nossos)

A Lei nº 13.515/00, citada na peça de defesa, em seu art. 4º, inciso VI (a seguir transcrito), torna dispensável a apresentação da Ordem de Serviço nos seguintes casos:

“Art. 4º - São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, **dispensada essa nos casos** de controle do trânsito de mercadorias, **flagrantes** e irregularidades constatadas pelo fisco, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive;” (grifos nossos)

O caso dos autos está inserido na ressalva contido no referido dispositivo, pois se trata de flagrante. Não sendo, necessária, portanto, a apresentação de Ordem de Serviço.

As alegações dos Impugnantes acerca da extração pelo Fisco de informações do computador particular por meio de “Pen Drive” são irrelevantes, posto que

nenhuma das irregularidades apontadas no Auto de Infração alicerça-se nas “alegadas informações”.

Aliás, somente a irregularidade apontada no “item 2 do Auto de Infração” é que se fundamentou em documentos apreendidos conforme TAD nº 039462. Esta situação será, pormenorizadamente, demonstrada quando da análise do mérito.

Conclui-se, pois, do exposto, que a apreensão dos documentos no estabelecimento do Autuado deu-se em conformidade com o disposto no § 1º do art. 42 c/c inc. III do art. 50, ambos da Lei nº 6.763/75.

Fica, portanto, afastada a prefacial arguida quanto à nulidade do Auto de Infração por provas ilícitas e ofensa aos dispositivos da CF/88 e Lei nº 13.515/00 citados na impugnação.

4 – Nulidade do Auto de Infração – Extrapolação do prazo para conclusão fiscal.

Sustentam os Impugnantes que o início da ação fiscal deu-se em 13/09/07, com a lavratura do Termo de Retenção, tendo o Fisco concluído seus trabalhos somente em 09/03/09. Advertem que o Fisco só considerou o início da ação fiscal em 27/01/09, data da lavratura do AIAF. Entendem que a extrapolação de prazo para conclusão dos trabalhos, acarreta a nulidade do Auto de Infração.

Em conformidade com o estabelecido no art. 51 da CLTA/MG – Decreto nº 23.780/84 (vigente à época) o início da ação fiscal ocorreu com a lavratura do TAD nº 039462, em 13/09/07. Alerta-se que o mencionado dispositivo legal encontrava-se incluído no Capítulo II – Seção I da CLTA/MG que tratava “Do Início da Ação Fiscal”.

Todavia, a conclusão do trabalho fiscal ocorrida em 09/03/09, com a formalização do crédito tributário mediante lavratura do presente Auto de Infração, é perfeitamente justificável, em face da enorme quantidade de intimações realizadas pelo Fisco mineiro, junto a clientes do Autuado (localizados em várias Unidades da Federação), solicitando comprovantes relativos às operações espelhadas pelas vias fixas das notas fiscais emitidas pelo Autuado, no período compreendido entre janeiro de 2005 a julho de 2007.

Outrossim, nos termos do art. 173, inciso I do CTN, quando da intimação dos Sujeitos Passivos acerca do AI em tela, o crédito tributário, ora em discussão, não havia decaído.

Em vista destes fatos e da legislação retrocitada, verifica-se que a emissão do presente AI, um ano e meio após o início da ação fiscal, não macula o lançamento em apreço.

Não se constata, portanto, qualquer vício formal que implique na nulidade do presente Auto de Infração, motivo pelo qual devem ser rejeitadas as prefaciais arguidas.

DO MÉRITO

De início, cumpre destacar que os autos são compostos de 16 (dezesseis) volumes: principal e 15 (quinze) anexos, sendo que a sua primeira peça, o Auto de

Infração, contém 17 (dezessete) anexos, além do Relatório Fiscal. Em vista deste fato, ou seja, a existência tanto de anexos do AI, quanto de anexos dos autos, decidiu-se identificar os “anexos dos autos” pelos seus volumes: principal e “Volumes 01 a 15”.

Irregularidade do item 1 do Auto de Infração

Emissão de documentos fiscais, no período de janeiro de 2005 a agosto de 2007, consignando: valores, destinatários, mercadorias, e outros dados, divergentes, entre as respectivas vias que serviram para acobertar as saídas de mercadorias (1ª via) e as vias que serviram aos registros fiscais e arquivamento (2ª via).

Exigências de ICMS e multa de revalidação, após recomposição da conta gráfica (fls. 85) e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. IX da Lei nº 6.763/75.

As diferenças apuradas pelo Fisco entre os valores das operações e do ICMS destacados nas primeiras e segundas vias das notas fiscais “calçadas” encontram-se demonstradas nos Anexos 1 e 2 do AI (fls. 48/57 e fls. 59/64, respectivamente).

O Fisco subdividiu os documentos fiscais objeto desta irregularidade em 02 (dois) grupos, a saber:

a) Calçamento Complexo A (NFs descritas nas Planilhas do Anexo 1 do AI)

Relativo às NFs emitidas em talonários e por PED, sendo que para os documentos emitidos por PED, o número do formulário e da nota fiscal coincidem na face do documento, como também são iguais na 1ª e 2ª vias.

As cópias das 1ª e 2ª vias das notas fiscais enquadradas nesta situação estão inseridas no Anexo 10 do AI (fls. 95/300, 302/599, 601/899 e 901/1.063 – Volumes: principal e 01, 02 e 03).

b) Calçamento Complexo B (NFs descritas nas Planilhas do Anexo 2 do AI)

Referente às NFs emitidas por PED, nas quais os números dos formulários são diferentes na 1ª e 2ª vias e o número das NFs são iguais.

As cópias das 1ª e 2ª vias das notas fiscais enquadradas nesta situação (Calçamento Complexo B) estão inseridas no Anexo 11 do AI (fls. 1.065/1.199, 1.201/1.499 e 1.501/1.548 – Volumes 03, 04 e 05).

Cópias dos livros Registro de Saídas dos períodos em que foram registradas as notas fiscais “calçadas”, pelos valores extraídos das vias fixas foram acostadas aos autos – Anexo 17 do AI (fls. 4.452/4.579 e 4.581/4.667 - Volumes: 14 e 15).

Repita-se, a constatação da infração, em análise, pelo Fisco, deu-se do confronto entre a 1ª via da NF (obtida junto aos clientes do Autuado) e a 2ª via – Fixa/Arquivo.

Os documentos anexados aos autos constantes dos Anexos 10 e 11 do AI (1ª e 2ª vias das NFs), por si só, são suficientes para demonstrar a caracterização da infração em tela.

Todavia, o Fisco foi além, buscou junto a vários destinatários das NFs autuadas, mediante Termos de Intimação Fiscal, comprovantes de pagamentos das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações realizadas com o Autuado. Mencionados termos e comprovantes integram o Anexo 16 do AI (fls. 1.882/2.179, 2.181/2.479, 2.481/2.779, 2.781/3.079, 3.081/3.379, 3.381/3.679, 3.681/3.979, 3.981/4.279, 4.281 a 4.373 – Volumes: 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13 e 14).

A farta documentação (aproximadamente dois mil e duzentos documentos), remetida ao Fisco pelos clientes do Autuado, comprovando o pagamento das operações, afastam qualquer dúvida acerca do “calçamento” das NFs descritas nos Anexos 1 e 2 do AI.

Muito embora o Fisco tenha, criteriosamente, separado por cliente e operação os documentos que comprovam os pagamentos feitos pelos clientes do Autuado, relativamente à várias notas fiscais “calçadas”, cite-se alguns exemplos, no quadro a seguir elaborado.

Nº NF	CLIENTE	VALOR DA OPERAÇÃO (R\$)		COMPROVANTE DE PAGAMENTO
		VIA FIXA (2ª)	VIA CLIENTE (1ª)	
000511 23/01/06	Associação dos Funcionários Públicos do Estado do Rio Grande do Sul	125,00 (fls. 1.095)	32.692,00 (fls. 2.026)	=> 02 (dois) Boletos Bancários no valor de R\$ 16.346,00 cada um (fls. 2.029 e 2.031). => 02 (dois) Recibos de Pagamento Bancário no valor de R\$ 16.346,00 cada um (fls. 2.024 e 2.025)
003016 03/08/07	Centro Médico Rio Preto S/C Ltda.	292,60 (fls. 1.027)	39.943,00 (fls. 2.187)	=> 03 (três) Boletos Bancários com autenticação dos pagamentos (fls. 2.188/2.190). => 02 (dois) depósitos na conta corrente da Autuada (fls. 2.191/2.192) => 02 (dois)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

				comprovantes de pagamentos de títulos, favorecida a Autuada (fls. 2.193/2.194). Obs.: Valor de cada documento: R\$ 4.992,88.
001697 06/10/06	Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina	156,00 (fls. 634)	8.290,00 (fls. 2.303)	Depósito na Conta Corrente da Autuada no valor de. R\$ 8.290,00 (fls. 2.304).
001739 18/10/06	Fundação de Apoio ao Desenvolvimento da Universidade Estadual de Londrina	152,50 (fls. 650)	12.640,00 (fls. 2.305)	Depósito na Conta Corrente da Autuada no valor de. R\$ 12.640,00 (fls. 2.307).
001914 07/12/06	Fundação de Apoio ao Hospital de Ensino do Rio Grande – FAHERG	160,00 (fls. 701)	16.000,00 (fls. 2.330)	Depósito na Conta Corrente da Autuada no valor de. R\$ 16.000,00 (fls. 2.331).

Em face da volumosa documentação que comprova inequivocamente a infração, percebe-se que são totalmente infundadas as alegações dos Impugnantes acerca da exigência de imposto lastreado apenas em presunção.

Ao calcular o imposto não recolhido pelo Autuado, o Fisco abateu o valor destacado na 2ª via (fixa/arquivo) de cada NF, conforme se extrai das Planilhas que integram os Anexos 1 e 2 do AI.

A base de cálculo da multa isolada foi obtida da diferença entre o valor real da operação, expresso na 1ª via de cada NF, e o valor consignado na 2ª via (via fixa/arquivo), conforme demonstrado na penúltima coluna das planilhas que compõem os Anexos 1 e 2 do AI.

O cálculo da referida penalidade deu-se em conformidade com o previsto no art. 55, inc. IX da Lei nº 6.763/75 (a seguir transcrito). O valor da MI relativa às NFs do “Calçamento Complexo A e B” constam ao final das planilhas do Anexo 1 e 2, (fls. 57 e 64) e também no Anexo 7 do AI (fls. 83).

Art. 55 - (omissis)

(...)

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

Corretas, por conseguinte, as exigências fiscais decorrentes desta irregularidade.

Irregularidade do item 2 do Auto de Infração

Utilização no período de 1º/09/07 a 12/09/07 de formulários destinados à impressão de documentos fiscais por processamento eletrônico de dados (PED), autorizados pela AIDF nº002206772006-AF/1º Nível /BH-1/SRF-I em 16/10/06, relacionados no Anexo 6, em desacordo com a legislação tributária, em decorrência do não cumprimento do que determina os art. 139 e 140, ambos da Parte Geral do RICMS/02.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inc. XXX da Lei nº 6.763/75.

A relação dos formulários destinados à impressão de documentos fiscais por processamento eletrônico de dados (PED), apreendidos em branco, consta do Anexo 6 do AI (fls. 80).

Esclarece o Fisco, no rodapé do Anexo 6 do AI que as 2ª e 5ª vias (em branco) dos formulários destinados à impressão de notas fiscais por PED (juntadas às fls. 1.794 a 1.839 e fls. 1.841 a 1.880 – Volumes 05 e 06), foram apreendidas pelo TAD nº 039462 (fls. 11), emitido em 13/09/07 e, as demais vias emitidas foram levadas a registro no livro próprio (nas fls. 40 do livro Registro de Saídas n.º 07).

Observa, ainda, o Fisco que as 1ª vias das notas fiscais (anexadas às fls. 1.783/1.786 – Volume 05), emitidas por PED – com utilização dos formulários 003174, 003200, 003202 e 003210 foram obtidas por meio dos destinatários nelas consignados.

Alerta-se que a especificação das vias, bem como dos números dos formulários apreendidos por meio do referido TAD constam do “Anexo ao Auto de Deslacração” (fls. 13 e 14).

Depreende-se da leitura dos arts. 139 e 140, da Parte Geral do RICMS/02, citados como infringidos na peça acusatória (a seguir transcritos), que a emissão de documentos fiscais, inclusive por processamento eletrônico de dados (PED), deverá ocorrer com a utilização de todas as vias dos blocos ou formulários autorizados.

Art. 139 - Ressalvado o disposto no § 5º do artigo 131 deste Regulamento, todos os documentos fiscais com mais de 1 (uma) via deverão ser extraídos por decalque a carbono, em papel carbonado ou em papel autocopiativo, manuscritos a tinta, com dizeres e indicações legíveis em todas as vias, sem emendas ou rasuras ou por sistema de processamento eletrônico de dados, observado, nesta hipótese, o disposto no Anexo VII.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 140 - As diversas vias dos documentos fiscais não se substituirão em suas respectivas funções, e a sua disposição obedecerá ordem seqüencial que as diferencie, vedada a intercalação de vias adicionais.

Mediante exame dos documentos que compõem o Anexo 15 do AI, 1ª e 6ª vias de NFs, arquivo tipo 50, livro Registro de Saídas - relativos ao período de 01 a 12/09/07 e 2ª e 5ª vias em branco dos formulários (documentos anexados às fls. 1.783 a 1.839 e 1.841 a 1.880 – Volumes 05 e 06), percebe-se que o Autuado utilizou os formulários cuja numeração encontra-se listada no Anexo 6 do AI (fls. 80), em desacordo com a legislação supracitada, haja vista que as 2ª e 5ª vias dos mencionados formulários encontravam-se em branco quando apreendidas, no dia 13/07/07.

Os Impugnantes contestam esta infração sustentando que não se pode afirmar que as 2ª e 5ª vias dos formulários foram apreendidas pelo TAD nº 039462, uma vez que o Fisco, de forma arbitrária e ilegal, reteve vários documentos na sede da empresa, sem discriminá-los. Entendem que o correto seria a retenção e lacração da caixa onde foram armazenados os documentos e mantê-la no local da apreensão até posterior deslacramento para conferência ou discriminá-los no TAD.

Os argumentos acima expostos não procedem e já foram enfrentados em preliminar, motivo pelo qual reporta-se aos comentários contidos na “terceira preliminar”.

No que se refere à penalidade exigida, vale ressaltar que o Fisco, ao elaborar seu cálculo, utilizou a UFEMG do exercício de 2007, no valor de R\$ 1,708, posto que, pelos documentos anexados às fls. 1.783 a 1.793 (1ª via de NF, arquivo tipo 50 e livro Registro de Saídas), restou provado que a emissão das notas fiscais com utilização de apenas 04 (quatro) vias dos formulários contínuos relacionados às fls. 80, ocorreu no mês de setembro de 2007.

O valor da Multa Isolada prevista no art. 54, inc. XXX da Lei nº 6.763/75 (a seguir reproduzido) está demonstrado no Anexo 6 e 7 do AI (fls. 80 e 83, respectivamente).

Art. 54 - (omissis)

(...)

XXX - por imprimir, mandar imprimir, utilizar, inutilizar ou cancelar formulário destinado a impressão de documento fiscal por processamento eletrônico de dados, bem como por confeccionar, mandar confeccionar, utilizar, inutilizar ou cancelar formulário de segurança destinado a emissão e impressão simultâneas de documento fiscal por processamento eletrônico de dados em desacordo com a legislação tributária - 500 (quinhentas) UFEMGs por formulário, sem prejuízo da inutilização dos mesmos;

Legítima, portanto, a penalidade exigida.

Irregularidade do item 3 do Auto de Infração

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme informações prestadas ao Fisco pelas empresas relacionadas no Anexo 3 e 5 do AI, em resposta aos Termos de Intimação Fiscal, constatou-se que o Autuado promoveu, no período de março de 2005 a julho de 2007, saída de mercadorias acobertadas por notas fiscais sem destaque do ICMS, a destinatário diverso, utilizando indevidamente do disposto no Decreto nº 43.349/03, deixando assim de recolher o ICMS devido na operação, conforme demonstrado nos mencionados anexos.

Exigências de ICMS e multa de revalidação (após recomposição da conta gráfica – fls. 85), bem como Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V da Lei nº 6.763/75.

Conforme Termos de Intimação Fiscal, cujas cópias encontram-se anexados às fls. 1.560, 1.776 e 1.781 (Volume 05), o Fisco solicitou à Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG, Hospital das Clínicas – Universidade Federal de MG e Hospital São João de Deus – Fundação Geraldo Correa que lhe remetesse cópias das primeiras vias das notas fiscais de aquisições de mercadorias realizadas junto à empresa autuada, relativamente aos exercícios de 2005, 2006 e 2007.

Em cumprimento às intimações retromencionadas foram encaminhados ao Fisco os seguintes documentos, os quais integram os Anexos 12 e 14 do AI:

Pela Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais – FHEMIG

- Ofício Gab. Presidência 363/2008, informando as aquisições realizadas junto do Autuado (fls. 1.550 – Volume 5).
- Demonstrativo de Pagamento por Credor (fls. 1.551 – Volume 05).
- Cópias das primeiras vias das NFs n.º 000454 (17/01/06), 002013 (10/01/07) e 003054 (01/08/07), acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento das operações (fls. 1.552 a 1.557 – Volume 05).

Pelo Hospital das Clínicas – Universidade Federal de MG

- Ofício Dir. HC/UFMG n.º 448/08 (fls. 1.671 – Volume 05)
- Nota Fiscal n.º 007650 de 24/01/05 (fls. 1.674 – Volume 05).
- Notas Fiscais anexadas às fls. 1.674 a 1.773 – Volume 05. Alerta-se que tais documentos foram objeto da irregularidade apontada no item 4 do Auto de Infração (em virtude da falta de destaque do ICMS nas citadas operações).

Pelo Hospital São João de Deus – Fundação Geraldo Correa

- Documento (fls. 1.778) relativo à remessa das cópias das 1ªs vias das notas fiscais relativas às aquisições realizadas junto do Autuado, bem como respectivos comprovantes de pagamento.

O Fisco, após confronto entre a documentação recebida da Fundação e dos Hospitais supracitados com as notas fiscais emitidas pelo Autuado, detectou que as notas fiscais relacionadas no Anexo 3 e 5 do AI consignavam destinatários diversos daqueles a quem as mercadorias foram destinadas.

As cópias das NFs objeto desta irregularidade estão acostadas às fls. 1.561/1.669, fls. 1.775 e 1.777 – Volume 05.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alerta-se que integram à “Rede FHEMIG” várias Unidades Hospitalares, localizadas não só em Belo Horizonte, mas também em outros municípios deste Estado.

Os Impugnantes contestam a infração em tela, argumentando basicamente que o ônus da prova, no caso em apreço, caberia ao Fisco. Acrescentam que se o Fisco não aponta qual o destinatário da mercadoria que é o correto. Tal fato, no entendimento dos Impugnantes, lhes impede de exercer o sagrado direito da ampla defesa e do contraditório.

Mencionam que a nota fiscal emitida com base em negócio jurídico que não se concretizou deve ser declarada nula, pois as mercadorias não foram entregues à empresa compradora.

Observam que o trabalho fiscal revestiu-se de um caráter meramente indiciário, que por si só, não autoriza a manutenção da exigência do imposto ou a cominação de penalidade.

Quanto à NF nº 008.301 (arrolada no Anexo 5 do AI), enfatizam os Impugnantes que esta foi emitida exclusivamente para acompanhar a mercadoria, contudo a contabilidade teria informado erroneamente o CFOP de venda, neste documento. Justificam que mencionada NF estaria atrelada à de nº 008.103, emitida para fins de faturamento.

Entretanto, as alegações dos Impugnantes não podem ser acolhidas uma vez que, conforme restou demonstrado, o Fisco carrou aos autos provas incontestáveis acerca da não aquisição das mercadorias descritas nas NFs arroladas nos Anexos 3 e 5 do AI pelos destinatários nelas consignados.

Outrossim, pela infração detectada - destinatário diverso -, não poderia o Fisco declarar nulas as notas fiscais ou as operações, por falta de previsão legal.

No que se refere à NF nº 008.301 (fls. 1.775 – Volume 05 e fls. 4.737 e 4.738 – Volume 15) e a NF nº 008.103 (fls. 4.738 – Volume 15), vale tecer os seguintes esclarecimentos:

- a) no rodapé consta assinatura dos recebedores das mercadorias;
- b) no campo “Dados Adicionais” os números dos pedidos e dos vendedores não coincidem;
- c) a cor do produto descrito na NF nº 008.301 não é a mesma daquela especificado na NF nº 008.103.

Em vista destes fatos não se pode acolher a tese defendida pelos Impugnantes de que as notas fiscais, em exame, estariam atreladas (emitidas para faturamento e simples remessa).

Corretas as exigências de ICMS (18%), multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. V da Lei nº 6.763/75, a seguir transcrito.

Art. 55 - (omissis)

(...)

IX - por emitir ou utilizar documento fiscal em que conste, como destinatário, pessoa ou estabelecimento diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar - 50% (cinquenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;"

Irregularidade do item 4 do Auto de Infração

Constatou-se a aplicação indevida do Decreto nº 43.349/03 em operações, realizadas no período de janeiro de 2005 a agosto de 2007, que destinavam mercadorias a empresas que não se enquadram como órgão da Administração Pública Estadual Direta /suas Fundações e Autarquias, deixando de recolher ICMS devido nas operações ao emitir documentos fiscais com indicações incorretas, conforme demonstrado no Anexo 4 do AI. A isenção prevista no item 136 do Anexo I da Parte 1, do RICMS/02 (redação dada pelo Decreto nº 43.349/03) refere-se a órgãos da Administração Pública Estadual.

Exigências de ICMS e multa de revalidação (após recomposição da conta gráfica – fls.85), bem como Multa Isolada capitulada no art. 54, inc. VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inc. VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02.

As notas fiscais objeto desta irregularidade encontram-se relacionadas no Anexo 4 do AI (fls. 73 a 76). Cópias destes documentos foram inseridas no Anexo 13 do AI (fls. 1.674 a 1.773 – Volume 05).

Há informação no campo “Dados Adicionais” das referidas NFs sobre a dispensa do ICMS, em face do Decreto nº 43.349/03, o qual introduziu o item 136 ao Anexo I, Parte 1 do RICMS/02.

A redação contida no item 136 ao Anexo I, Parte 1 do RICMS/02 origina-se do Convênio ICMS 26/03 que autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Como se vê, a isenção não contempla operações que destinem mercadoria ou bem a órgãos da Administração Pública Federal.

Todavia, os destinatários consignados nas NFs objeto desta irregularidade (Hospital das Clínicas – UFMG, Fundação Municipal de Saúde, Universidade Federal de Viçosa e Escola de Veterinária da UFMG) não atendem a esta condição.

Ao se defenderem desta irregularidade os Impugnantes afirmam que os descontos concedidos, que não se vinculam à eventos futuros, não se integram à base de cálculo do ICMS.

Contudo, tais alegações dispensam um exame mais aprofundado, haja vista que totalmente impertinentes à matéria ora discutida.

Correto, portanto, o procedimento do Fisco ao descaracterizar a isenção consignada nas NFs, exigindo o imposto devido nestas operações, conforme demonstrado no Anexo 4 do AI, acrescido da multa de revalidação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também não merece reparo a exigência da Multa Isolada estatuída no art. 54, inc. VI da Lei nº 6.763/75 (a seguir reproduzido) c/c art. 215, inciso VI, alínea “f”, Parte Geral do RICMS/02.

Art. 54 - (omissis)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

O valor da multa isolada, por documento fiscal, consta da última coluna da planilha que compõe o Anexo 04 do AI. Para calcular a multa isolada o Fisco tomou o valor da UFEMG vigente no exercício de emissão das NFs, multiplicando esta importância por 42 (quarenta e dois).

Legítimas, por conseguinte, as exigências fiscais decorrentes desta infração.

No tocante à utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, infere-se que a mesma encontra respaldo na Resolução nº 2.880/97 c/c os arts. 127 e 226 da Lei nº 6.763/75.

Alerta-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser perfeitamente compatível o art. 13, da Lei nº 9.065/95, inclusive sob o aspecto formal, com o art. 161, § 1º, do CTN, segundo o qual o legislador ordinário estava autorizado a fixar juros de mora, concluindo que, a partir de 1º de abril de 1995, os juros de mora incidentes sobre tributos e contribuições arrecadados pelo Fisco Federal são equivalentes à taxa SELIC.

A vedação ao confisco, prevista na Constituição Federal, é dirigida ao legislador, cabendo à Autoridade Administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu. A penalidade aplicada mediante autorização expressamente contida na legislação tributária não se reveste das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco inserto na Constituição Federal.

Ademais, por força do disposto no art. 110 do RPTA (Decreto nº 44.747/08), as alegações dos Impugnantes acerca da inconstitucionalidade das multas exigidas não podem ser apreciadas na esfera administrativa.

Extrai-se das informações contidas no item 3 do Relatório Fiscal (fls. 10) que a responsabilidade atribuída ao Coobrigado (alicerçada no art. 21, § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75) restringe-se ao crédito tributário decorrente das infrações praticadas a partir de 23/06/05, data em que lhe foi conferido amplos poderes para gerir a empresa ora autuada, conforme procuração anexada às fls. 37 dos autos.

Contudo, esta informação não está absolutamente clara, devendo ser formalmente excluída a responsabilidade atribuída ao Coobrigado em relação ao crédito tributário decorrente das infrações praticadas antes de 23/06/05.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de realização de prova testemunhal,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentado por ocasião da sessão de julgamento, tendo o requerimento sido devolvido à Impugnante nesta data. Ainda em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a proposta de diligência formulada pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), no sentido de reabrir prazo para recolhimento como denúncia espontânea. Vencido o proponente. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir as prefaciais arguidas pelo Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para, mantendo-se as exigências fiscais, atribuir a responsabilidade do Coobrigado somente a partir de 23/06/05. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Álvares Borges e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 23 de março de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator