

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.686/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171588-67
Impugnação: 40.010130829-65
Impugnante: JLB Distribuidora de Água Mineral Ltda ME
IE: 701216888.00-00
Proc. S. Passivo: Jaqueline Alves Pinto de Ávila/Outro(s)
Origem: DFT/Uberaba

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatou-se, mediante análise de documentos fiscais e extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento autuado, a entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária desacobertada de documentação fiscal. Exigências do ICMS/ST, de Multa de Revalidação prevista no inciso II c/c inciso III do § 2º, ambos do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da mesma lei, majorada em 100% (cem por cento) em virtude da constatação de dupla reincidência. **Infração caracterizada.**

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - INTERNA. Contatou-se, mediante análise da documentação e escrita fiscal do contribuinte, a falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST devido na entrada em território mineiro da mercadoria relacionada no item 41 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências do ICMS/ST e a Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75. **Infração caracterizada.**

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

1) entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária (água mineral) desacobertada de documentação fiscal, no período de 1º de janeiro a 15 de dezembro de 2010, constatada mediante análise de documentos fiscais e extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado.

Exige-se o ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no inciso II c/c inciso III do § 2º, ambos do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da mesma lei, majorada em 100% (cem por cento) em virtude da constatação de dupla reincidência, consoante § 7º do art. 53 da referida lei.

2) falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST devido na aquisição de outra Unidade da Federação da mercadoria relacionada no item 41 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (água mineral) sujeita à ST interna.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se o ICMS/ST e a Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 471/506, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 584/595.

A 2ª Câmara de Julgamento determinou a realização de diligência de fl. 602, para que se reabrisse prazo à Impugnante para aditamento à sua impugnação, se fosse o caso, em vista do saneamento da numeração e rubrica de páginas do PTA.

Aberta vista, a Impugnante não se manifesta (fl. 604).

DECISÃO

Os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal de fls. 584/595 foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, com pequenas alterações e acréscimos.

Das Preliminares

Da afronta aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

A Autuada sustenta a nulidade do procedimento fiscal tendo em vista vício formal na autuação deste PTA, pois as páginas não se encontravam numeradas sequencialmente e rubricadas, conforme dispõe o art. 4º do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, constituindo afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

No entanto, o referido vício foi oportunamente saneado, tendo sido assegurada à Impugnante nova vista dos autos pelo prazo de 30 (trinta) dias após o referido saneamento, para aditamento de sua impugnação, caso o desejasse, conforme fls. 602 e 604.

Da afronta ao Princípio da Moralidade Administrativa, do Devido Processo Legal e da Ilicitude das Provas

A Autuada aduz que a ação fiscal, realizada aos 15 (quinze) dias do mês de dezembro de 2010, ocorreu de forma arbitrária e abusiva, ferindo o princípio constitucional da moralidade administrativa, previsto no art. 37 da Constituição da República (CRFB/88).

Alega, também, que os documentos apresentados como prova de ocorrência das infrações, objeto da presente autuação fiscal, foram obtidos por meios ilícitos, mediante coação moral, não podendo, portanto, serem admitidos nos autos.

Assevera, ainda, que o poder de tributar jamais poderá servir de entrave ao exercício dos direitos e garantias individuais assegurados nos termos do art. 5º da CRFB/88, ressaltando que, ao exercer o poder de polícia, o Fisco deve agir com máxima parcimônia, sob pena de incorrer nos crimes de excesso de exação e violência arbitrária, capitulados nos arts. 316, § 1º, e 322, ambos do Código Penal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, ressalta-se que a atividade de fiscalização tributária deve ser exercida de forma plenamente vinculada. Nesse sentido, a ação fiscal foi iniciada com a lavratura dos Termos de Apreensão e Depósito (TAD) de números 014195 e 014196 (fls. 8/9), regularmente emitidos, nos termos dos arts. 69 e 71 do RPTA, a partir da qual foram apuradas as infrações imputadas à Impugnante.

Outrossim, o levantamento fiscal se deu mediante utilização de procedimento tecnicamente idôneo, conforme prevê o art. 194, inciso I do RICMS/02, que consiste na análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários.

Com efeito, equivocou-se a Impugnante ao alegar à fl. 482 que o contribuinte só pode ser compelido a entregar um documento por meio de requisição escrita para tanto, citando o art. 197 do CTN, com a seguinte redação:

CTN/66

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

As informações referentes ao dispositivo legal acima transcrito são aquelas relacionadas aos bens, negócios ou atividades de terceiros de que dispõem as referidas pessoas, elencadas nos incisos de I a VI, em razão de seus cargos, ofícios, funções, atividades ou profissões.

Resta, claro e incontroverso nos autos, conforme salienta a própria Impugnante à fl. 488, que os documentos se encontravam em seu estabelecimento, razão pela qual a apreensão não estava condicionada a mandado judicial, uma vez que são de exibição obrigatória ao Fisco, conforme estabelece o art. 190 do RICMS/02, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/02

Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, programas e meios eletrônicos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização e lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Cumpra-se destacar que é lícito ao Fisco apreender, mediante recibo, e quando constituam provas de infração à legislação tributária, independentemente de mandato judicial ou autorização do contribuinte, documentos e objetos pertinentes às suas atividades que se encontrem nas dependências de seu estabelecimento, como se pode depreender dos dispositivos legais abaixo transcritos:

LEI 6763/75

Art. 42 - (...)

§ 1º - Mediante recibo poderão ser apreendidos, quando constituam provas de infração à legislação tributária, os documentos e objetos de que tratam os incisos I, II e III do art. 50.

(...)

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.** (grifou-se)

(...)

Art. 49

§ 3º Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº. 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibi-los;

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, sem qualquer outra formalidade.

(...)

Art. 50 - São de exibição obrigatória ao Fisco:

I - mercadorias e bens;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos pertinentes à escrita comercial ou fiscal;

III - livros, documentos, arquivos, programas e meios eletrônicos que envolvam, direta ou indiretamente, matéria de interesse tributário.

Por força dos dispositivos acima mencionados, cujo fundamento de validade encontra-se na norma geral do art. 195 do CTN, não assiste razão à Autuada.

A Impugnante apresenta como prova das supostas irregularidades da conduta adotada pelo Fisco, declarações (fls. 517/518) prestadas por um de seus funcionários e pela irmã de um dos sócios, que, inclusive, assinou como testemunha de um contrato de representação comercial autônoma, firmado pela empresa autuada e apresentado como documento de prova às fls. 519/522.

Cumprе destacar que o Fisco realizou diligência fiscal no estabelecimento do Contribuinte em 15/10/10, em razão de operação estadual de bebidas direcionadas ao setor de água mineral, dando início à ação fiscal com a lavratura dos TADs números 014195 e 014196 (fls. 08 e 09), nos exatos termos dos arts. 69 e 71 do RPTA:

RPTA

Art. 69. Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

(...)

Art. 71. O Auto de Apreensão e Depósito será utilizado para a formalização da apreensão de mercadorias, bens e documentos, inclusive de programas, meios e dados eletrônicos.

Parágrafo único. O Auto conterá a descrição do objeto da apreensão e, em se tratando de bem ou mercadoria, a respectiva avaliação.

Portanto, resta claro que todas as provas obtidas a partir da apreensão que deu início à ação fiscal são lícitas, na medida em que foram adotados os procedimentos expressamente previstos em lei e lavrados todos os termos necessários para a sua documentação.

Assim sendo, resta caracterizada a legalidade dos procedimentos adotados pelo Fisco, os quais se encontram totalmente respaldados na legislação tributária vigente, devendo ser afastadas todas as alegações preliminares arguidas quanto à nulidade do presente feito fiscal.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante requer a realização de prova pericial, apresentando quesitos à fl. 506.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, é de se ressaltar que as infrações de entrada de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, bem como, falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS/ST foram constatadas mediante análise de documentos constantes do presente PTA.

Dessa forma, a perícia solicitada se mostra desnecessária, uma vez que os documentos carreados aos autos são suficientes para o deslinde da matéria.

Assim, decide-se pelo indeferimento da prova requerida, com fundamento no art. 142, § 1º, II, “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Do Mérito

Quanto ao mérito, a Impugnante argumenta que os documentos apreendidos não retratam, com fidelidade, as operações realizadas por não serem referentes a pedidos exclusivos da Autuada.

Afirma que realiza representação e distribuição de todas as marcas de água na Cidade de Uberaba e região, trazendo aos autos contrato de representação comercial autônoma, firmado, como representante da empresa Mineração Scamatti Ltda (fls. 519/522).

Anexa, também, notas fiscais e Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica (DANFE) emitidos pela suposta empresa representada com destino a diversos contribuintes localizados em Uberaba, e outros de emissão de outros fornecedores, como Villas Boas Mineração Ltda e Empresa de Mineração Cremasco Ltda (fls. 523/581).

Saliente-se, no entanto, que a atividade de representação comercial se refere ao agenciamento de propostas ou pedidos que são transmitidos à representada, sendo o representante um mero mediador na realização do negócio jurídico, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.886/65.

Ao se analisar os documentos extrafiscais apreendidos pelo Fisco, notadamente os emitidos por Mineração Scamatti Ltda, às fls. 123/148, que é a signatária do contrato de representação comercial juntado pela Impugnante às fls. 519/522, verifica-se que se tratam de “ordens de entrega”, as quais identificam a Autuada como “cliente” destinatária das mercadorias nelas especificadas, sem que haja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

qualquer menção a terceiros, o que descaracteriza, por completo, a alegação de mera realização de uma representação comercial.

Dessa forma, os documentos extrafiscais apreendidos demonstram que de fato houve uma remessa das mercadorias neles consignadas para o estabelecimento autuado, caracterizando a circulação da mercadoria, fato gerador do ICMS.

Acrescente-se que os documentos fiscais juntados pela Impugnante emitidos por fornecedores para terceiros não fazem menção a qualquer representação comercial por ela realizada.

Resta claro, por conseguinte, que todos os documentos extrafiscais regularmente apreendidos e utilizados como meios de prova das infrações apuradas referem-se a operações de compras realizadas em nome da Autuada.

Ainda, em relação ao mérito, a Impugnante aduz que deve ser afastada a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 com fulcro no art. 211 do RICMS/02, nos seguintes termos:

RICMS/02

Art. 211 - 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 forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem.

No entanto, as multas aplicadas no presente Auto de Infração são plenamente cabíveis, pois só há que se falar em conexão de penalidades entre multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, não cabendo, portanto, quando se tratarem de multas exigidas por descumprimento de obrigação principal (multa de revalidação) e de obrigações acessórias (multa isolada), como as exigidas no presente PTA.

A Autuada assevera, outrossim, que não se encontra caracterizada a segunda reincidência da qual resultou o agravamento da multa isolada aplicada, majorada em 100% (cem por cento), consoante estabelecido nos §§ 6º e 7º, ambos do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Segundo ela, o inciso II do art. 55 da supracitada lei comporta diversas condutas que devem ser analisadas na caracterização da reincidência, sob pena de ofender o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Discorre, ainda, sobre o decurso do prazo de 5 (cinco) anos estabelecido no § 6º do art. 53 citado, pois o reconhecimento da infração anterior, na qual restou caracterizada a primeira reincidência, ocorreu em 26/06/06, sendo que a intimação da presente autuação ocorreu em 08/11/11.

Não procedem as alegações da Impugnante por restar evidenciado, que o agravamento com majoração em 100% (cem por cento) da multa isolada foi corretamente aplicado.

Dispõem os §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEI 6763/75

Art. 53 - (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

Desse modo, a reincidência se caracteriza pela prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior. Portanto, não importa a conduta que acarretou a aplicação da respectiva penalidade, fato este plenamente caracterizado nos autos conforme documentos constantes do Anexo XVIII (fls. 456/460).

Também quanto ao prazo de 5 (cinco) anos para caracterização da reincidência, não tem respaldo legal a alegação da Impugnante, pois a contagem do prazo é estabelecida, de forma bem clara, nos termos do § 6º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Inicia-se a contagem da data do reconhecimento da infração anterior, assim sendo, 26/06/06, para fins de 1ª reincidência, e 02/08/07, para efeito da 2ª reincidência, conforme telas de consulta do Sistema de Informação e Controle da Arrecadação e Fiscalização –SICAF- (fls. 457/460).

O prazo final da referida contagem é a data em que foi praticada a nova infração, destarte, como todas as novas infrações foram praticadas no período de janeiro a dezembro do ano de 2010, não procede a alegação de encerramento do prazo acima referido, restando inequívoca a caracterização da 2ª reincidência.

No tocante às infrações de falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ST, o Fisco corretamente estipulou a base de cálculo nos termos do item 1 da alínea “b” do inciso I do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, abatendo do valor calculado aquele já comprovadamente recolhido pela Impugnante, conforme demonstrativo de fls. 434/441.

Assim, afiguram-se corretas as exigências levadas a efeito pelo Fisco na presente autuação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, ainda à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Cindy Andrade Morais.

Sala das Sessões, 12 de junho de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator**

CC/MG