

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.502/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172457-35
Impugnação: 40.010131203-36 (Aut.), 40.010131204-17 (Coob.)
Impugnante: Bio Colchões Ltda
IE: 062154977.00-89
Miguel Talini Marques Filho (Coob.)
CPF: 631.474.166-15
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COLCHOARIA. Constatado, mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da empresa Saúde Colchões Ltda com os documentos fiscais da Autuada, entradas e saídas de mercadorias sujeitas a tributação por substituição tributária desacobertadas de documentação fiscal. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 50% (cinquenta por cento) pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2006 a maio de 2007, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais, devidamente apreendidos no estabelecimento da empresa Saúde Colchões Ltda (pertencente aos mesmos sócios proprietários da Autuada) por meio do AAD - Auto de Apreensão e Depósito nº 039177, série 001 de 15/06/07.

Exigem-se nas entradas desacobertadas ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 50% (cinquenta por cento) pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º Lei nº 6.763/75. Nas saídas desacobertadas foi exigida multa isolada com a respectiva majoração acima descrita.

Inconformados, a Autuada e o Coobrigado apresentam, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 3687/3694, alegando em síntese que:

- sua empresa é uma franquia dos produtos ORTOBOM, sendo seu franqueador a empresa Contagem Indústria e Comércio de Colchões Ltda e que, nesta condição e de acordo com a Lei nº 8.955/94, “*só poderá comercializar produtos do franqueador, produzidos ou distribuídos por este.*”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os produtos com os quais trabalha estão sujeitos ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento se dá pelo fabricante do produto, e que não pode comercializar qualquer produto que não seja de seu franqueador;
- o correto e justo seria solicitar ao remetente as notas fiscais de aquisição dos produtos;
- na inexistência dos documentos de aquisições, a exigência do tributo deveria ser efetivada também da fábrica dos produtos;
- houve omissão no registro das notas fiscais de aquisição e na emissão dos documentos fiscais de saídas, mas as aquisições foram efetivadas de forma regular conforme relatório de fls. 1045/1125.

Conclui solicitando o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco se manifesta às fls. 3775/3779 pedindo a procedência do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a constatação, mediante análise da documentação extrafiscal apreendida no estabelecimento da empresa Saúde Colchões Ltda (pertencente aos mesmos sócios proprietários da Autuada) de entrada e saída de mercadorias sujeitas a tributação por substituição tributária desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro de 2006 a maio de 2007.

Conforme detalhado no Relatório Fiscal do Auto de Infração, o presente trabalho teve origem na conferência de documentos extrafiscais (pedidos) apreendidos mediante AAD número 039177, série 001, emitido em 15/06/07.

Os documentos apreendidos foram lacrados no momento da apreensão e deslacrados e relacionados na presença do sócio da Autuada e da empresa Saúde Colchões Ltda, Sr. Miguel Talini Marques Filho.

Entre os diversos documentos apreendidos e fielmente discriminados no documento Relação de Documentos Apreendidos (fls. 155/155 verso), encontravam-se vários “Pedidos” acompanhados de “Comprovantes de Entrega” e “Borderôs para Compra de Mercadorias” (fls. 163/3664), em nome da Autuada, que comprovam a comercialização das mercadorias ali relacionadas, no período compreendido entre janeiro de 2006 a maio de 2007.

Do conteúdo dos documentos foi elaborado Relatório Mensal das Saídas sem Nota Fiscal, por produto (fls. 12/145), tendo sido excluídas as operações porventura constantes em documento fiscal regularmente emitido.

Tendo em vista tratar-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e considerando que a entrada dos produtos se deu também desacompada de documentação fiscal, exigiu-se, além do ICMS/ST devido na operação, as penalidades cabíveis pelo não pagamento do tributo no prazo previsto na legislação de regência e pelas entradas e saídas desacobertas conforme Demonstrativo do Cálculo do Crédito Tributário (fls. 147/148). A multa isolada foi majorada em 50% (cinquenta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) a partir de junho de 2006, por reincidência, com fulcro no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6763/75.

O valor da entrada de mercadorias sem documento fiscal, foi obtida mediante a dedução da Margem de Agregação Média nos exercícios de 2006/2007 (39,96%) do valor das saídas desacobertadas. Para obtenção desta respectiva margem, foram utilizados os dados informados na DAMEF – Declaração Anual do Movimento Econômico e Fiscal, entregue ao Fisco pelo Contribuinte. Portanto, o valor da operação de entrada foi arbitrada, em virtude do desacobertamento, nos termos do art. 53, inciso III do RICMS/02 e parâmetros estabelecidos no art. 54 do RICMS/02.

Ressalte-se, por oportuno, que o trabalho levou em consideração o agregado informado na DAMEF pelo próprio Autuado, motivo pelo qual considerou-se que as entradas declaradas em DAPI referem-se somente às entradas acobertadas de notas fiscais, não sendo correto extraí-las dos valores obtidos como entradas desacobertadas de notas fiscais.

Calculou-se o ICMS/ST devido pelas entradas, com a aplicação da Margem de Valor Agregado - MVA de 65,86% (sessenta e cinco vírgula oitenta e seis por cento), prevista para o produto pela legislação vigente à época, às entradas desacobertadas sujeitas a substituição tributária e aplicando sobre o valor obtido a alíquota de 18% (dezoito por cento), também prevista para o produto. Considerando que as operações ocorreram desacobertadas de documentação fiscal, o cálculo da substituição tributária não contemplou crédito relativo à operação própria.

O sócio administrador da Autuada Miguel Talini Marques Filho, foi inserido como Coobrigado no polo passivo da obrigação tributária na qualidade de responsável solidário, com fulcro no art. 135, inciso III do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

O procedimento efetuado pelo Fisco, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas é tecnicamente idôneo e prescrito no art. 194, inciso I do RICMS/02, nos seguintes termos:

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

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

Os Impugnantes admitem expressamente que promoveram saídas de mercadorias sem a necessária emissão dos documentos fiscais exigidos, bem como, deixou de escriturar documentos fiscais de aquisição.

A argumentação de que as mercadorias, objeto das operações autuadas, foram adquiridas devidamente acobertadas de documentação fiscal, não passa de uma argumentação vazia, desprovida de conteúdo sustentável e sem nenhuma comprovação.

A alegação dos Impugnantes de que somente comercializam mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sob o regime de franquias, cujo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento do tributo devido é de responsabilidade do remetente fabricante do produto, não lhes socorrem.

Tais fatos, por si só, não garantem o recolhimento, pelo substituto tributário, do tributo devido à Fazenda Pública pela comercialização das mercadorias relacionadas nos documentos extrafiscais apreendidos.

A relação acostada às fls. 3704/3770, além de ser um documento não oficial, sem legenda, timbre ou qualquer outro elemento que possa atestar-lhe a origem, é totalmente imprestável para comprovar o acobertamento regular dos produtos objeto do feito fiscal.

Portanto, nenhum valor jurídico probante pode ser aferido ao documento referido, muito menos, frise-se, o de se prestar à comprovação do acobertamento das aquisições e do recolhimento do ICMS/ST incidente sobre as operações com os produtos objeto do feito fiscal.

Além disso, os produtos comercializados pela Autuada são produtos fungíveis, não possuindo nenhuma identificação que os individualizem ou os distingam dos demais produtos da mesma espécie, como por exemplo, número de série, etc.

Certamente a Autuada adquiriu, no período fiscalizado, mercadorias acobertadas de documentação fiscal. A sua própria escrita fiscal, bem como as declarações feitas ao Fisco, revelam a aquisição de quantidade significativa de mercadorias devidamente acobertadas de notas fiscais. Porém, estas mercadorias que entraram acobertadas certamente também saíram acobertadas. O próprio MVA médio de 39,96% (trinta e nove vírgula noventa e seis por cento) extraído da DAMEF apresentada pelo Contribuinte induz a conclusão de que as mercadorias adquiridas com documento fiscal correspondem àquelas que também saíram com documento fiscal.

É de se estranhar o fato de que, no afã de comprovar o acobertamento das entradas das mercadorias, a Impugnante alegou, na impugnação da autuação lavrada contra a empresa Saúde Colchões Ltda (PTA nº 01.000170603-44, julgado pela 3ª Câmara deste CC/MG, em 01/02/12), que produtos vendidos sem nota fiscal pela empresa constante daquela autuação, foram adquiridos em nome de outras empresas de sua propriedade. Agora, pretende que estas mesmas aquisições sejam consideradas para comprovar o acobertamento das entradas apuradas neste feito fiscal.

Igualmente sem procedência a argumentação dos Impugnantes de que, na hipótese de inexistência de nota fiscal na entrada da mercadoria, a fábrica remetente deveria necessariamente figurar na autuação como corresponsável pela irregularidade.

Originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento de tal imposto é o contribuinte eleito pelo legislador como substituto tributário. Entretanto, se este imposto não é retido pelo substituto, aquele que recebeu a mercadoria sem a devida retenção é responsável pelo recolhimento do imposto devido e não pago, é o que preceitua a norma contida no disposto nos §§ 18 e 19 do art. 22 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22 - (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

No tocante à multa de revalidação, foi ela aplicada de acordo com o regime de apuração do imposto. Assim, sendo as operações realizadas com mercadorias sob a égide do regime de substituição tributária, exigiu-se a multa de revalidação em dobro, nos termos do inciso III do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75, a saber:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Com relação à Multa Isolada correta a exigência nos termos do art. 55, inciso II, majorada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º, ambos da Lei nº 6763/75:

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 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 subsequentes.

Desta forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária de modo a garantir-lhe plena validade, que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal, resta plenamente caracterizada a infração fiscal e corretas as exigências consubstanciadas no presente lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Antônio César Ribeiro que o julgava parcialmente procedente para excluir das exigências fiscais os pedidos que não contenham a assinatura dos adquirentes das mercadorias. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente/Revisor

Sauro Henrique de Almeida
Relator

EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| | | |
|-------------|---|---------------|
| Acórdão: | 20.502/12/3ª | Rito: Sumário |
| PTA/AI: | 01.000172457-35 | |
| Impugnação: | 40.010131203-36 (Aut.), 40.010131204-17 (Coob.) | |
| Impugnante: | Bio Colchões Ltda | |
| | IE: 062154977.00-89 | |
| | Miguel Talini Marques Filho (Coob.) | |
| | CPF: 631.474.166-15 | |
| Origem: | DFT/Belo Horizonte | |

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Com a “devida vênia” dos votos majoritários, reputo que é legítima sim a presunção do Fisco em enxergar nos pedidos “flagrados” como instrumento de demonstrar a compra e venda de mercadorias, notadamente os pedidos devidamente assinados pelos clientes destinatários, porém, para os demais pedidos que não tenham assinatura do cliente destinatário não vejo materializada tal presunção.

Ora, um pedido em caso tal detém o perfil de um contrato de compra e venda, portanto, um contrato bilateral onde o cliente apõe a sua anuência assinando o pedido cotejado pelo fisco.

Assim, para os pedidos devidamente assinados pelos clientes destinatários, tenho que a presunção fiscal de que ocorreu a operação ali lançada é absolutamente pertinente e legítima, pois o contrato de compra e venda assinado pelo cliente se completou.

Nada obstante e por corolário lógico, vejo que os pedidos SEM QUALQUER ASSINATURA DE UM CLIENTE NÃO DETÉM O MESMO PERFIL DOS DEMAIS QUE ESTÃO DEVIDAMENTE ASSINADOS, pois se a assinatura dos pedidos evidencia a presunção de que o negócio foi consumado, os pedidos não assinados, de outro lado, evidenciam que o negócio não fora fechado, ou seja, não houve a compra e venda.

Neste compasso de ideias e por coerência, insiste-se, vejo que os pedidos que não contemplem a chancela do cliente destinatário não podem ser tratados, do ponto de vista tributário, como presunção de que o fato gerador tenha se realizado e por tal motivo, excludo das exigências fiscais os pedidos que não contemplem qualquer assinatura do cliente destinatário.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2012.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**