

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.715/15/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000190839-02
Impugnação: 40.010134465-50
Impugnante: Spal Indústria Brasileira de Bebidas S/A
IE: 261195130.22-85
Proc. S. Passivo: Gilberto José Ayres Moreira/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - NOTA FISCAL ELETRÔNICA AUTORIZADA. Acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS/Operação própria incidente nas operações de saídas de mercadorias descritas em notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme consta no banco de dados da NF-e, à época da lavratura do Auto de Infração, porém canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do Sintegra ou da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. O cancelamento extemporâneo das notas fiscais eletrônicas no banco de dados da SEF/MG, após a ação fiscal e sem a comprovação inequívoca de inocorrência da operação, não é suficiente para elidir a acusação fiscal. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais eletrônicas referentes à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, listadas no demonstrativo de fls. 6.157/6.158, elaborado pela Fiscalização, cujas informações não constam dos registros de entradas constantes dos arquivos Sintegra e na Escrituração Fiscal Digital - EFD dos estabelecimentos destinatários. Corretas as exigências remanescentes.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - NOTA FISCAL ELETRÔNICA AUTORIZADA. Acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária incidente nas saídas de mercadorias descritas em notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme consta no banco de dados da NF-e, à época da lavratura do Auto de Infração, porém canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do Sintegra ou da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Infração caracterizada. Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o art. 56, inciso II e §2º, inciso III da Lei n.º 6.763/75. O cancelamento extemporâneo das notas fiscais eletrônicas no banco de dados da SEF/MG, após a ação fiscal e sem a comprovação inequívoca de inocorrência da operação, não é suficiente para elidir a acusação fiscal. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais eletrônicas referentes à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, listadas no demonstrativo de fls. 6.157/6.158, elaborado pela Fiscalização, cujas informações não constam dos registros de entradas constantes dos arquivos Sintegra e na Escrituração Fiscal

Digital - EFD dos estabelecimentos destinatários. Corretas as exigências remanescentes.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL ELETRÔNICA NÃO AUTORIZADA. Imputação fiscal de saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, tendo em vista a utilização de DANFEs, relativos a notas fiscais eletrônicas, cujas emissões não foram autorizadas. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75 c/c o §6º do mesmo artigo, uma vez que o imposto devido na operação foi recolhido. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às notas fiscais eletrônicas que constam como autorizadas no portal da NF-e.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DIVERGÊNCIA DE VALORES ENTRE DAPI E NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Constatada a consignação no documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, Declaração de Apuração e Informação do ICMS - DAPI, de valores divergentes dos consignados nas notas fiscais eletrônicas autorizadas. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso IX, alíneas “a” e “b” da Lei n.º 6.763/75. Infração caracterizada. Contudo, as exigências devem ser adequadas em face das exclusões promovidas no item 01 do Auto de Infração.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012:

1 - deixar de recolher o ICMS/operação própria e o ICMS/ST incidentes sobre operações de saídas de mercadorias descritas em notas fiscais eletrônicas autorizadas e canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do Sintegra ou da Escrituração Fiscal Digital - EFD;

2 - promover saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal utilizando-se de DANFE inábeis, relacionados com notas fiscais eletrônicas constantes no Sintegra e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, com destaque e pagamento do ICMS, mas cuja emissão não foi autorizada;

3 - entregar DAPI - Declaração de Apuração e Informação do ICMS, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2012, consignando valores divergentes dos constantes nas NF-e.

Exigências de ICMS (normal e substituição tributária) e das Multas de Revalidação e Isoladas, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II, § 2º e 55, inciso II, alínea “a” e 54, inciso IX, alíneas “a” e “b”.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 317/344, em síntese, aos argumentos seguintes:

- o lançamento ora impugnado não merece prosperar, uma vez que a conduta da Impugnante foi realizada de forma totalmente acertada sendo que, na realidade, ocorreu apenas uma falha entre seu sistema interno e o sistema da SEF/MG, que não processou as informações transmitidas;

- é pessoa jurídica de direito privado que tem como atividade preponderante a comercialização de refrescos, refrigerantes, na forma líquida e solúvel, sucos de frutas, naturais e artificiais, água mineral e outras bebidas alcoólicas ou não alcoólicas, a diversos estabelecimentos, dentre eles, supermercados, lojas de conveniência, bares, restaurantes, mercearias, padarias, mini-bodegas;

- nos termos do Regulamento do ICMS do Estado de Minas Gerais está sujeita à emissão de NF-e, quando da saída de suas mercadorias;

- considerando a elevada quantidade de saídas diárias e conforme lhe autoriza o inciso I, § 1º do art. 11-A do Anexo V do referido RICMS/MG, adquiriu softwares homologados pela SEF/MG para autorização de emissão de NF-e, que são interligados ao sistema da SEF/MG e realizam o envio das milhares de informações;

- no que diz respeito à emissão ou cancelamento de NF-e, lança as informações no BASIS que as transporta para o Triangulus, o qual, por sua vez, envia as informações para o sistema da SEF/MG em arquivo XML;

- entretanto, devido a diversos motivos, tais como: (i) preenchimento equivocado da NF-e, (ii) desistência de compra pelo cliente; (iii) pedido registrado incorretamente e etc., realizou o cancelamento de algumas das NF-e;

- cita o art. 11-F do Anexo V do RICMS/MG;

- seguindo o disposto no RICMS/MG efetuou o cancelamento das NF-e em seu sistema, tendo realizado os lançamentos no Sintegra (período de 2009) e no EFD (período de 2010 a 2012), apenas das NF-e que tiveram as operações realizadas;

- embora tenha cancelado as NF-e antes de qualquer circulação de mercadoria e dentro dos prazos estabelecidos pela legislação, por uma falha técnica desta interligação entre os sistemas, a SEF/MG não processou as informações de cancelamento das NF-e;

- foi exatamente por esta razão que a Fiscalização quando realizou a conciliação entre os dados das NF-e autorizadas e os dados constantes no Sintegra e na EFD, constatou a ocorrência de divergências;

- diante deste cenário e sem apurar o que de fato ocorreu, a Fiscalização mediante análise simplista da DAPI, que foi elaborada com base nas informações lançadas no Sintegra e na EFD, supôs a circulação de mercadoria sem o pagamento do ICMS operação própria e ICM/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não pode ser responsabilizada e penalizada com a exigência dos impostos e aplicação de multas, pela falha técnica ocorrida entre o seu sistema (homologado pela SEF/MG) e o sistema da SEF/MG, que não processou as informações enviadas;

- para comprovação das falhas técnicas apresentadas pelo sistema da SEF/MG, junta comunicados emitidos pela própria SEF/MG informando que em determinado período o sistema estaria indisponível e cópia de inúmeros e-mails enviados por seus funcionários à SEF/MG, por meio dos quais foram comunicados os problemas técnicos enfrentados para emissão e cancelamento de NF-e, bem como as respostas obtidas atestando a ocorrência destas falhas;

- sabendo destas constantes falhas técnicas ocorridas no sistema da SEF/MG, a Fiscalização deveria ter analisado, no presente caso, se, de fato, as NF-e haviam sido canceladas e se realmente as operações de venda teriam ocorrido;

- em que pese as NF-e não tenham sido canceladas pela SEF/MG, além do cancelamento efetuado em seu sistema, adotou todos os procedimentos determinados pela legislação aplicável ao caso, tendo, inclusive, registrado o cancelamento das referidas NF-e em seus livros de Registro de Saída, nos termos do RICMS/MG;

- visando comprovar o correto procedimento adotado, apresenta relatório emitido pelo seu sistema (BASIS) demonstrando a data em que a NF-e foi cancelada em seu sistema e o motivo do cancelamento;

- comprovando que em alguns casos os cancelamentos se deram por equívocos no preenchimento, junta planilha que demonstra que após o cancelamento da NF-e n.º 5081 foi gerada nova NF-e n.º 5082, para o mesmo cliente com os mesmos produtos e no mesmo valor;

- também junta cópia do livro de Registro de Saída de 2009 e, a partir de 2010, tendo em vista a alteração do livro de Registro de Saída para o Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, apresenta cópia dos relatórios de Conferência das Saídas, os quais reproduzem as informações contidas no SPED;

- nos termos da Lei Complementar n.º 87/96 e conforme disposto no próprio RICMS/MG, o ICMS é um imposto que incide sobre a operação relativa à circulação de mercadoria, sendo que seu fato gerador ocorre no momento da saída desta mercadoria do estabelecimento do contribuinte;

- pela análise da documentação apresentada, é possível verificar que, apesar de ter ocorrido um problema técnico para cancelamento das NF-e, no presente caso não houve a ocorrência do fato gerador do imposto, e, se não houve a ocorrência do fato gerador e tampouco a transferência de titularidade referente às mercadorias constantes nas NF-e canceladas, não há que se falar em exigência do ICMS;

- cita decisões do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais;

- como as mercadorias retornaram ao seu estoque e, posteriormente, foram comercializadas por meio de emissão de novas NF-e, com o devido recolhimento dos impostos incidentes nesta operação, não houve sequer prejuízo ao erário e, se mantido este item, restará configurada uma bitributação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- caberia à Fiscalização neste item apenas a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória devido à falha no cancelamento das NF-e, mas nunca a exigência do recolhimento do ICMS operação própria e ICMS/ST;

- como consequência, não há como sustentar a aplicação da multa de revalidação, uma vez que esta é prevista para casos em que se verifica ausência de recolhimento de ICMS, o que não ocorreu no presente caso;

- pela simples análise de toda questão fática demonstrada e comprovada é possível concluir que a divergência apontada pela Fiscalização foi ocasionada pela falha técnica ocorrida no sistema da SEF/MG e, tendo em vista a comprovação de que efetuou os corretos procedimentos para o cancelamento das NF-e e que inexistiu o fato gerador das mercadorias constantes nas NF-e canceladas, por óbvio que os valores constantes nestas NF-e canceladas não deveriam de fato estar presentes na DAPI;

- inegável, portanto, que não preencheu e entregou a DAPI com informações incorretas, mas apenas não lançou os valores das NF-e canceladas;

- sendo assim, considerando que a responsabilidade pela falha técnica ocorrida no sistema da SEF/MG não lhe pode ser imputada, não resta dúvida de que a multa isolada aplicada por suposta entrega da DAPI com informações divergentes é indevida, devendo ser prontamente cancelada;

- quanto ao item 6.2 do Auto de Infração, cumpre destacar que o que ocorreu no presente caso foi novamente uma falha que se deu no momento de autorização para utilização da NF-e. Ou seja, solicitou pelo seu sistema interno a autorização para emissão da NF-e ocorreu um problema técnico no sistema da SEF/MG que impediu a autorização da NF-e;

- cita o art. 11-D do Anexo V do RICMS/MG afirmando que adotou o procedimento nele descrito;

- diante das autorizações provisórias e nos termos do referido artigo, gerou as DANFEs em contingência, fazendo constar no corpo, de tais documentos a expressão "*DANFE impresso em contingência - DPEC regularmente recebido pela Receita Federal do Brasil*", bem como efetuou a circulação da mercadoria com os devidos destaques e pagamento do ICMS conforme atestado pela Fiscalização;

- ocorre que, por um equívoco, posteriormente a cessação dos problemas técnicos não transmitiu à SEF/MG as NF-e geradas em contingência o que fez com que tais NF-e fossem consideradas como não autorizadas pela SEF/MG;

- embora não tenha cumprido apenas um dos requisitos previstos pelo dispositivo legal, tal equívoco não trouxe qualquer prejuízo ao erário, pois, como atestado pela própria Fiscalização não houve ausência de recolhimento do imposto, assim, a exigência de multa isolada não se mostra razoável e é totalmente desproporcional ao equívoco cometido;

- pelo detidamente exposto, diante da ausência de prejuízo ao erário e em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a multa isolada aplicada por descumprimento de obrigação acessória deve ser integralmente cancelada;

- discorre sobre a aplicação do princípio da verdade material citando doutrina e jurisprudência sobre o tema e solicitando o cancelamento integral da presente autuação sob seu fundamento;

- por fim, na remota hipótese de as multas isoladas aplicadas por descumprimento de obrigação acessória, relativas aos itens 6.2 e 6.3 não serem canceladas, o que admite apenas para argumentar, estas deverão ser ao menos canceladas ou reduzidas, conforme previsão do § 3º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75.

Ao final, requer a procedência da presente impugnação para que:

a) em relação ao item 6.1 do Auto de Infração, seja cancelada integralmente a exigência do recolhimento do ICMS operação própria e o ICMS/ST;

b.1) diante do cancelamento da exigência dos impostos, sejam afastadas as aplicações das multas de revalidação;

b.2) na remota hipótese de lhe imputar a responsabilidade pelo problema técnico ocorrido com o sistema da SEF/MG que não processou os pedidos de cancelamentos das NF-e, seja aplicada apenas multa por descumprimento de obrigação acessória e não a exigência do ICMS operação própria e ICMS/ST;

c) no que diz respeito ao item 6.3, seja integralmente cancelada a multa isolada aplicada;

d) com relação ao item 6.2 do Auto de Infração, seja cancelada integralmente a multa isolada, diante da ausência de prejuízo ao erário e em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e

e) subsidiariamente, sejam canceladas, ou ao menos reduzidas, as multas isoladas aplicadas por descumprimento de obrigação acessória constantes nos itens 6.2 e 6.3 do Auto de Infração.

Da Instrução Processual

A Fiscalização anexa às fls. 808/810, cópia de e-mail, Termo de Intimação e resposta da Impugnante à intimação relativos a procedimentos anteriores ao Auto de Infração.

É concedida vista à Defendente em 19 de agosto de 2013 (fl. 811).

A Fiscalização intimou (fls. 812/813) a Impugnante para que ela apresentasse no prazo de 10 (dez) dias a seguinte documentação:

1 – arquivos XML de remessas de cancelamento, com data de envio à SEF/MG e arquivos XML das mensagens de retorno destes cancelamentos da SEF/MG, nos termos do Manual de Orientação do Contribuinte da Nfe, quanto às solicitações de cancelamentos das Nfe constantes nos Anexos 5, 6, 7 e 8 do AI nº 01.000190839.02;

2 – Cópias dos DANFE relativos às Nfe constantes nos Anexos 3 e 4 do AI nº 01.000190839.02;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3 – Documentos que comprovem os motivos alegados em Relatório para os cancelamentos das Nfe constantes nos Documentos 6 e 7 da Impugnação ao AI nº 01.000190839.02.

Após prorrogações de prazo para cumprimento da intimação (fls. 814/822), a Impugnante manifesta-se às fls. 823/828 e junta aos autos os seguintes documentos, assim denominados:

- Doc. 02: mídias eletrônicas contendo arquivos Sintegra e SPED das filiais da Impugnante que constaram como destinatárias nas notas fiscais eletrônicas canceladas (fls. 385);

- Doc. 03: declarações assinadas pelos clientes da Impugnante atestando que não receberam as mercadorias constantes nas notas fiscais eletrônicas canceladas (fls. 837/888);

- Doc. 04: cópias de DANFEs relativos a notas fiscais eletrônicas constantes nos Anexos 3 e 4, mas que foram devidamente autorizadas pela SEF/MG, conforme consultas ao portal da NF-e (fls. 889/910);

- Doc. 05: DANFEs emitidos em contingência constantes no Anexo 3 e 4 (fls. 911/926).

Na ocasião, alega, em síntese que:

- não é possível apresentar os arquivos XML de remessas de cancelamento e suas respectivas mensagens de retorno da SEF/MG porque, em razão da falha de interligação ocorrida entre seu sistema e o da SEF/MG, tais arquivos não foram gerados;

- das 4.026 (quatro mil e vinte e seis) notas fiscais eletrônicas apontadas pela Fiscalização como não canceladas na SEF/MG, 1.112 (mil, cento e doze) dizem respeito a NF-e emitidas para transferência de mercadorias entre seus estabelecimentos, conforma consta informações no Doc. 02 retromencionado;

- com relação às outras 2.914 (duas mil, novecentas e quatorze) NF-es, com intuito de comprovar que não houve circulação das mercadorias, apresenta declarações assinadas pelos clientes atestando que não receberam as mercadorias constantes nas NF-es canceladas pela Impugnante (doc. 03);

- aguarda retorno do envio das referidas declarações de alguns clientes que ainda não enviaram em face da ausência do representante legal para sua assinatura. Requer prazo adicional para apresentá-las;

- com relação ao item 02 do termo de intimação, informa que ao analisar a relação das NF-es constantes no Anexo 3 e 4 identificou a existência de documentos fiscais que apesar de terem sido classificadas pela Fiscalização como “emitidas sem autorização” foram devidamente autorizadas (doc. 04), logo, devem ser desconsideradas do Anexo 3 e 4 e cancelada a multa a elas relativa;

- ainda em relação ao item 02 da intimação, alega que devido à grande quantidade de NF-e relacionadas no Anexo 3 e 4 e a dificuldade de localização destes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos em, seus arquivos, ainda não conseguiu obter todos os DANFES apontados nos referidos anexos. Pede prorrogação de prazo para cumprimento de tal solicitação;

- destaca que os motivos que originaram o cancelamento das notas fiscais (item 03 da intimação) referem-se a: pedido cancelado pelo cliente ou área comercial (4); erro de emissão (15); carga que não saiu do depósito (19); pedido cancelado-SAP (24); carga que não saiu do depósito – SAP (29).

- ressalta que não possui outros elementos que comprovem os motivos que originaram estes cancelamentos, pois, na maioria dos casos, o cliente cancela o pedido mediante ligação telefônica para a área comercial sem envio de e-mail ou documento formal. Da mesma forma, ocorre quando o pedido de cancelamento é feito pela área comercial (pessoalmente ou contato telefônico);

- observa que com relação as notas fiscais canceladas por erro de digitação ou equívocos no preenchimento das informações também não há outro documento a apresentar, a não ser o relatório interno já apresentado.

- sustenta ter direito de efetuar o cancelamento de documentos fiscais, não havendo exigência na legislação que determine a comprovação dos motivos que originaram o cancelamento das NF-e.

Requer o acatamento das alegações trazidas na impugnação e dilação do prazo por mais 15 (quinze) dias para apresentar os documentos faltantes. Na ocasião, repete alegações constantes da impugnação anteriormente apresentada.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 928/946, refutando os argumentos trazidos pela Impugnante e requerendo a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG retorna os autos à origem para que a Fiscalização manifeste-se sobre os documentos protocolados pela Defendente.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 1.013/1.017. Na ocasião, analisa os documentos e argumentos trazidos pela Impugnante e entende que não há fato novo, ratificando seu pedido para que o lançamento seja julgado procedente.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer fundamentado de fls. 1.018/1.049, opina pela procedência parcial do lançamento.

Do Despacho Interlocutório

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 22 de janeiro de 2014, à unanimidade de votos, exara o despacho interlocutório de fl. 1.066, para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento da intimação, considerando o argumento impugnatório e o exemplo trazido à fl. 325, elaborasse planilha elencando a nota fiscal cancelada e a respectiva nota fiscal emitida em substituição, demonstrando os valores e as mercadorias constantes nos dois documentos. Para sustentar os dados das planilhas, a Impugnante deveria anexar cópias dos livros Registro de Entrada dos destinatários comprovando qual a nota fiscal foi registrada. Em seguida, vista ao Fisco. Na oportunidade, sustentaram oralmente, pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante, o Dr. Gilberto José Ayres Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho.

A Impugnante comparece às fls. 1.069/1.071 solicitando prorrogação de prazo para atendimento do despacho interlocutório que lhe é deferido conforme despacho de fl. 1.069. São juntados aos autos os DANFES de fls. 1.073/1.078.

A Impugnante manifesta-se às fls. 1.091/1.097, em síntese, aos argumentos seguintes:

- a Fiscalização apontou 4.026 (quatro mil e vinte e seis) NF-es no Anexo 2 que embora tenham sido canceladas no seu sistema interno continuaram ativas na base de dados da nota fiscal eletrônica da SEF/MG. Destas, identificou 2.141 (duas mil cento e quarenta e uma) NF-e que tiveram novas emissões de NF-e em substituição às canceladas, as quais se encontram detalhadas em planilha contida no Doc. 2 e também foram anexadas cópias das NF-es canceladas e das respectivas NF-es substitutas;

- a título de exemplo de NF-es canceladas e substituídas, cita a NF-e n.º 1.114 (fl. 1.229);

- além dos casos em destaque, o cancelamento e reemissão de notas fiscais ocorrem em razão de ajustes e equívocos, seja do registro da quantidade dos produtos, seja na indicação do produto descrito ou do veículo transportador. Diz que identificou casos em que a nota fiscal substituta também teve que ser cancelada;

- é evidente, portanto, que os documentos apresentados comprovam que de fato as mercadorias constantes nas NF-e canceladas não circularam por meio de tais documentos fiscais, mas sim por meio das NF-e emitidas em substituição e com todo o ICMS recolhido;

- em reforço as alegações trazidas, lembra já ter apresentado as declarações assinadas pelos seus clientes atestando não ter recebido as mercadorias constantes nas NF-es canceladas do Anexo 2 do Auto de Infração;

- do rol das 2.144 (duas mil, cento e quarenta e quatro) NF-es em relação às quais emitiu novos documentos fiscais, 473 (quatrocentas e setenta e três) referem-se a transferências de mercadorias entre seus estabelecimentos e das 1.885 (mil, oitocentas e oitenta e cinco) outras notas fiscais canceladas, em relação as quais não emitiu nota fiscal substituta, 641 (seiscentas e quarenta e uma) referem-se também a transferência de mercadoria Doc. 4 (fls. 1.178/1.187); totalizando, portanto, 1.114 (mil, cento e quatorze) notas fiscais canceladas referentes à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade;

- em relação a essas (mil, cento e quatorze) notas fiscais apresentou mídia eletrônica contendo arquivos Sintegra e SPED (Registro de Entradas) de todas as suas unidades, as quais constam como destinatárias nestes documentos fiscais, restando demonstrado que as NF-e não foram recepcionadas pelas destinatárias e comprovando, portanto, que elas não acobertaram entradas de mercadorias nos estabelecimentos filiais exatamente porque foram canceladas;

- 1.244 (mil, duzentas e quarenta e quatro) notas fiscais canceladas que não se referem a notas fiscais de transferência de mercadorias e não possuem NF-es

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substitutas representam 12,83% (doze inteiros e oitenta e três décimos por cento) do valor do ICMS/OP e as mercadorias constantes em tais documentos fiscais não deram saída de seus estoques quando da emissão do respectivo documento, mas sim em comercialização devidamente acobertada por notas fiscais validamente emitidas com o devido recolhimento do ICMS e do ICMS/ST;

- a única conclusão é que o cancelamento das notas fiscais efetuado não ocasionou qualquer prejuízo ao Erário;

- adotou todos os procedimentos para cancelamento das notas fiscais, mas devido a problemas técnicos estes cancelamentos somente ocorreram internamente;

- caso este Conselho entenda, mesmo com toda a comprovação de que não houve falta de recolhimento dos impostos, ser necessário realizar novamente o cancelamento das notas fiscais, se dispõe a realizar novamente os procedimentos para cancelamento.

A Impugnante, em atendimento ao despacho interlocutório, colaciona aos autos os seguintes documentos, assim denominados:

- Planilhas “Cancelamento com nova emissão” (fls. 1.105/1.175);
- Planilhas “Transferências Canceladas” (fls. 1.177/1.186);
- Planilhas “NF-e cancelada Anexo II – Operações de transferências destinadas para todas as unidades” (fls. 1.188/1.212);
- Planilha “NF-e canceladas Anexo II – Operações de transferências destinadas para Divinópolis/Pampulha/Gov. Valadares e outros” (fls. 1.213/1.224);
- cópias dos DANFES relativos às planilhas retro (fls. 1.225/6.131).

Após, a Fiscalização intima a Impugnante para que ela apresente os seguintes documentos (fl. 6.132):

1 - Planilhas de fls. 1.103/1.223, por ela colacionadas em cumprimento ao despacho interlocutório prolatado pela Câmara de Julgamento, em meio magnético;

2 - os arquivos XML de cancelamento extemporâneo das notas fiscais constantes nas planilhas retro, as quais a empresa considera canceladas e arquivo XML das mensagens de retorno, emitidas pela SEF/MG, em relação a esses cancelamentos, nos termos do Manual de Orientação do Contribuinte da NF-e;

3 - descrever, quanto ao recebimento do pedido, de forma analítica, o processo de faturamento da empresa, quanto ao recebimento do pedido, logística da entrega, o carregamento do caminhão, a emissão e a entrega da nota fiscal ao motorista, a entrega de documento na saída da portaria, a entrega da carga e o recebimento da fatura, o retorno das mercadorias não entregues, o documento de entrada na portaria das mercadorias devolvidas, a prestação de contas do motorista, etc. E, se possível, fossem anexadas cópias dos modelos dos documentos referidos na descrição;

4 - demais documentos solicitados pela Câmara de Julgamento, a exemplo das cópias dos livros de Registro de Entradas dos destinatários.

A Impugnante manifesta-se às fls. 6.133/6.142 juntando documentos e requerendo, ao final, que sejam os documentos por ela colacionados aos autos analisados, uma vez que eles comprovam que, embora tenha ocorrido um problema técnico entre os sistemas seu e da SEF/MG, as notas fiscais canceladas no seu sistema interno referem-se a operações que não foram concretizadas, não tendo ocorrido o fato gerador do imposto ou qualquer prejuízo ao erário.

Às fls. 6.153/6.154, a Fiscalização anexa cópia de mensagem eletrônica relativa a informações trazidas pela Impugnante, em atendimento à solicitação fiscal, sobre dados constantes nas notas fiscais por ela emitidas.

A Fiscalização anexa, às fls. 6.155/6.179, planilhas, por amostragem, assim denominadas e detalhadas:

“- fls. 6155/6156 – Anexo MF-C.1 – Consolidação das planilhas 1 a 3 da impugnação, contendo dados relativos às NF-e consideradas válidas (substitutas) nas primeiras colunas e NF-e consideradas canceladas (substituídas) nas últimas colunas. Aos dados da Impugnante adicionamos uma coluna com as placas dos veículos transportadores”;

- “fls. 6157/6158 – Anexo MF-C.2 – Demonstrativo das 469 NF-es de transferências substituídas e substitutas segundo a Impugnante, contendo dados relativos às NF-es consideradas válidas (substitutas) nas primeiras colunas e NF-es consideradas canceladas (substituídas) nas últimas colunas. Aos dados da Impugnante adicionamos uma coluna com as placas dos veículos transportadores”;

- “fls. 6159/6163 – Anexo MF-C.3 – Demonstrativo das 144 NF-es, constante no Anexo 2 do AI (autuadas) que a princípio a Impugnante dizia terem sido canceladas, mas agora em suas planilhas confessa serem válidas”;

- “fls. 6154/6165 – Anexo MF-C.4 – Quadro analítico de defasagens em dias para a correção das 1529 NF-es que segundo a Impugnante foram canceladas”;

- “fls. 6166/6179 – Anexo MF-C.5 – Rol das 492 NF-es consideradas canceladas que apresentam declaração de não aquisição por parte dos destinatários. Nesse demonstrativo incluímos colunas com o número da folha do PTA destas declarações”.

Destaca-se que as planilhas na íntegra encontram-se na mídia eletrônica de fls. 6.180.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 6.181/6.192, descrevendo o conteúdo dos documentos/mídia eletrônica (fls. 1.091/6.131) juntados aos autos pela Impugnante, em razão do despacho interlocutório.

Alega que por não ter a Defendente atendido plenamente às solicitações contidas no Despacho Interlocutório de fl. 1.066, lavrou o Termo de Intimação de fls. 6.132 – Anexo XX – para solicitar documentos/informações.

Quanto aos documentos juntados aos autos pela Impugnante em atendimento à intimação fiscal retro, a Fiscalização sustenta que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Defendente atende plenamente o item 1, à fl. 6.148, e parcialmente o item 3 quanto à descrição analítica do Processo de Faturamento no Aditamento da Impugnação (item III) - fls. 6.135/6.140. Anexa, às fls. 6.150/6.151, um fluxograma de estocagem, manuseio e transporte de produtos acabados;

- quanto ao item 2, relativo aos arquivos XML de cancelamentos extemporâneos de NF-e, a Impugnante justifica à fl. 6.135 (item II) que só irá realizá-los a pedido do CC/MG se este entender ser necessário tal procedimento;

- quanto ao item 4, solicitação da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais de cópias dos livros Registro de Entradas dos destinatários, com o fim de comprovar o não registro das notas fiscais objeto da autuação, a Impugnante diz no item IV (fl. 6.141) que não obteve êxito no pedido aos destinatários, mas que a Fiscalização possui todos os meios e condições de confirmar se as notas fiscais canceladas por ela na EFD não foram registradas nos livros fiscais dos destinatários;

- em relação às notas fiscais de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular, a Impugnante diz já ter protocolado, em 30 de agosto de 2013, mídia eletrônica contendo o Sintegra e o SPED de todas as suas unidades;

- o Auto de Infração descreve três infringências e destas apenas em relação à primeira, que tem por base o Anexo 2 (fls. 19/127), a 3ª Câmara do CC/MG, considerando o argumento impugnatório e o exemplo às fls. 325, reabre um prazo extraordinário para que o contribuinte comprove suas alegações e a Impugnante não aproveitou esta nova oportunidade;

- nas planilhas trazidas pela Defendente 1 a 3 – Cancelamento de NF-es com nova emissão de nota fiscal substituta (Anexo III – fls. 1.105/1.175), é feita uma correspondência entre as notas fiscais consideradas válidas (autorizadas pela SEF/MG e escrituradas na EFD como tal) e as NF-es consideradas canceladas (autorizadas pela SEF/MG, mas escrituradas na EFD como canceladas);

- as três planilhas foram consolidadas no Anexo MF-C.1 (fls. 6.155/6.156, a primeira e última folha impressa e à fl. 6.170 mídia eletrônica com a íntegra das planilhas) e demonstra alguns expurgos a serem realizados;

- o trabalho da Impugnante na elaboração de tais demonstrativos foi simplesmente fazer uma pesquisa na base de dados da EFD, nos campos CNPJ dos destinatários, BCICMS, BCICMS/ST, ICMS, ICMS/ST e data de emissão da NF-e para encontrar compatibilidade entre eles e inferir, em seguida, que uma nota fiscal substituía a outra. Contudo, não apresenta qualquer justificativa para tais cancelamentos;

- no Anexo MF-C.4 (fls. 6.164/6.165 e CD à fl. 6.180) há um quadro demonstrativo analítico quanto ao tempo de defasagens em número de dias para correção das notas fiscais canceladas, bem como as placas dos veículos indicadas nas notas fiscais para o transporte das cargas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- conclui que devem ser rechaçadas as notas fiscais em que a própria Impugnante diz haver baixa compatibilidade entre as notas fiscais canceladas e as válidas, bem como as que foram emitidas para substituir notas fiscais válidas em data posterior a estas (defasagem negativa);

- passa a fazer uma análise de exemplos de notas fiscais trazidas pela Impugnante;

- no despacho interlocutório exarado pela 3ª Câmara do CC/MG foi solicitado à Impugnante cópia dos livros de Registros de Entradas dos destinatários para comprovar o não recebimento das mercadorias, o que não foi atendido;

- ao autor cabe provar o fato constitutivo de seu direito e, nesse caso, o Fisco comprovou que as notas fiscais encontram-se autorizadas na base de dados da SEF/MG, conseqüentemente são notas fiscais válidas. E que ao “réu” incumbe a prova do fato eventualmente impeditivo, modificativo ou extintivo do referido direito;

- a admissão do cancelamento de notas fiscais sem o cancelamento na base de dados da SEF/MG compromete a confiabilidade deste banco de dados e inviabiliza os trabalhos fiscais: cruzamentos, quantitativos etc.;

- passa a explicar o demonstrativo elaborado acerca das notas fiscais de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade e esclarece que todas as notas fiscais canceladas constantes no rol da Planilha 4 e no rol do Anexo MF-C.2 fazem parte do rol da Planilha 5 da Impugnante;

- a Impugnante não apresenta justificativas para estes cancelamentos lançados tanto no Sintegra, quanto na EFD;

- no DVD nº 1 consta arquivos em pastas relativas às Notas Fiscais n.ºs 3679, 32728, 130252, 130254, 134139, 147809, 148448, 148450, 340315, 340317, 340318 e 340321, porém nestas a Impugnante simplesmente reproduz os arquivos Sintegra e/ou EFD no formato texto e, os dados neles constantes não diferenciam dos já constates nos Anexos ao Auto de Infração;

- no DVD n.º 2 (fl. 835) consta pastas e arquivos de Sintegra e/ou EFD no formato texto das demais unidades, sem uma identificação perfeita dos mesmos;

- os arquivos Sintegra e EFD podem ser substituídos a qualquer momento e a SPAL os retifica sistematicamente ao longo do período, portanto os dados apresentados no DVD supra estão totalmente desatualizados;

- tendo em vista que a Impugnante não apresentou qualquer prova nova, e considerando que a infringência destacada no item 1 do Auto de Infração foi no sentido de ter ela deixado de recolher o ICMS/Operação própria e ICMS/ST, incidentes sobre operações de saídas de mercadorias descritas em NF-e autorizadas e canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do SINTEGRA ou da EFD, conforme demonstrado nos Anexos 1, 2, 5, 6, 7 e 8. (grifou-se), a ratificação de seu posicionamento se faz presente;

- só existe cancelamento de NF-e se o contribuinte fizer o cancelamento na base de dados da SEF/MG de acordo com o fluxograma constante no Manual de

Orientação do Contribuinte, ou seja, mediante envio de arquivo XML à SEF/MG e nele constando os motivos que levaram a empresa a realizar o cancelamento;

- no campo xJust, do arquivo XML relativo ao cancelamento das notas fiscais a empresa deverá expressar esta justificativa em texto livre, ou seja, para cada cancelamento há uma justificativa e uma documentação que deve ser guardada pelo prazo decadencial para apresentação ao Fisco.

Ao final, considera que a Impugnante não trouxe fato novo em sua alegação, e requer seja julgado procedente o lançamento.

A Autuada manifesta-se às fls. 6.200/6.210, reafirmando os termos de sua impugnação e alegando que se pautou em atender ao despacho interlocutório exarado apresentando planilhas elencando as notas fiscais canceladas e as respectivas notas fiscais emitidas em substituição, bem como a demonstração de valores e as mercadorias constantes nos dois documentos.

A Fiscalização também se manifesta novamente, às fls. 6.219/6.224, pedindo seja julgado procedente o lançamento.

A Impugnante junta aos autos o documento de fls. 6.226/6.227, no qual sustenta que por constar na última manifestação fiscal que *“o cancelamento da NF-e na base de dados da SEF/MG seria condição “sine qua non” para cancelamento e como a Impugnante não os realizou, ainda que tardio, nem mesmo após solicitação em Termo de Intimação, ratifica seu entendimento de que somente existe cancelamento de NF-e se o contribuinte realizar o cancelamento na base de dados da SEF/MG de acordo com o fluxograma constante no Manual de Orientação do Contribuinte”*, providenciou *“novamente”* o cancelamento de todas as 4.026 (quatro mil e vinte e seis) notas fiscais listadas no Anexo II, conforme mídia eletrônica de fl. 6.229, na qual contém os arquivos XMLs relativos ao cancelamentos dos documentos fiscais.

A Assessoria do CC/MG, às fls. 6.230/6.231, retorna os autos à origem para que a Fiscalização manifeste-se sobre o teor do documento e da mídia eletrônica retromencionados e relacione as notas fiscais eletrônicas listadas no Anexo II (fls. 19/127) que porventura constam como efetivamente canceladas no sistema da SEF/MG, como alega a Impugnante.

A Fiscalização intima a Impugnante para que ela apresente dados eletrônicos relativos aos documentos fiscais listados na mídia eletrônica de fl. 6.229 (arquivo XMLs referentes ao cancelamento) e declaração do destinatário de que não recebeu os produtos relativos às NF-es canceladas (fl. 6.234).

A Impugnante manifesta-se às fls. 6.235/6.236 e anexa aos autos mídia eletrônica (fl. 6.239) contendo os dados das notas fiscais solicitados pela Fiscalização e também anexa, novamente, as declarações que obteve de seus clientes atestando que não receberam as mercadorias constantes nas notas fiscais por ela canceladas (fls. 6.240/6.349).

A Fiscalização manifesta-se às fls. 6.350/6.358 fazendo um resumo das acusações fiscais e das suas manifestações nos autos e também da Impugnante e reiterando seu pedido de procedência do lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, apuradas mediante confronto de dados contidos na Declaração de Apuração e Informação do ICMS - DAPI, nos arquivos Sintegra e Escrituração Fiscal Digital - EFD e no banco de dados da nota fiscal eletrônica:

1 - deixar de recolher o ICMS/operação própria e o ICMS/ST incidentes sobre operações de saídas de mercadorias descritas em notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme consta no banco de dados da NF-e, porém canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do Sintegra ou da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Exigência de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multas de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do ICMS/operação própria não recolhido e de 100% (cem por cento) do ICMS/ST não recolhido, capituladas no art. 56, inciso II e §2º, inciso III da Lei n.º 6.763/75.

2 - promover saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal utilizando-se de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - Danfes considerados pela Fiscalização como inábeis, relacionados com notas fiscais eletrônicas constantes no Sintegra e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, com destaque e pagamento do ICMS, mas cuja emissão não foi autorizada.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75 c/c o §6º do mesmo artigo.

3 - entregar DAPI - Declaração de Apuração e Informação do ICMS, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2012, consignando valores divergentes dos constantes nas NF-e.

Exigência das Multas Isoladas de 500 (quinhentas) UFEMGs e de 50% (cinquenta por cento) do ICMS não recolhido, capituladas no art. 54, inciso IX, alíneas “a” e “b” da Lei n.º 6.763/75.

A Impugnante pleiteia, ao final de sua defesa, a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender que seja necessária tal prova à elucidação de eventuais obscuridades do processo. Contudo, não apresenta quesitos que pretende ver respondidos.

O legislador estadual foi claro nos termos do art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, sobre a desnecessidade de apreciação do pedido de prova pericial quando não há apresentação de quesitos, a saber:

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:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;
.....

Ademais, no caso dos autos, pelos elementos que nele se encontram, é desnecessária a produção de prova pericial, podendo a questão ser dirimida sem causar nenhum tipo de prejuízo a Impugnante.

Assim, passa-se à análise de cada item do lançamento:

Irregularidade 01 - Falta de recolhimento de ICMS/operação própria e de ICMS/ST incidentes sobre operações de saídas de mercadorias descritas em notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme consta no banco de dados da NF-e, porém canceladas irregularmente e/ou não lançadas na base de dados do SINTEGRA ou da EFD.

Esta irregularidade encontra-se demonstrada nos seguintes anexos ao Auto de Infração:

- Anexo 1 – Conciliação entre NF-e X SINTEGRA X EFD X DAPI – 2009 a 2012 (fls. 14/18);
- Anexo 2 – Demonstrativo de NF-es autorizadas sem pagamento do ICMS/OP e ICMS/ST – 2009/2012 (fls. 20/127);
- Anexo 5 – Rol de NF-es autorizadas em 2009, constantes no Anexo 2, lançadas no SINTEGRA como canceladas (fls. 165/197);
- Anexo 6 – Rol de NF-es autorizadas em 2009, constantes no Anexo 2, sem registro no SINTEGRA (fls. 198/221);
- Anexo 7 - Rol de NF-es autorizadas nos exercícios 2010 a 2012, constantes no Anexo 2, lançadas na EFD como canceladas (fls. 222/269);
- Anexo 8 – Rol de NF-es autorizadas nos exercícios de 2010 a 2012, constantes no Anexo 2, sem registro na EFD (fls. 270/271).

Observe que no Anexo 2 (fls. 20/126) encontram-se relacionados os documentos fiscais eletrônicos autorizados em relação aos quais a Fiscalização exige o recolhimento do ICMS/operação própria e do ICMS/ST destacados, ora exigidos.

Extrai-se da análise dos dados constantes nos Anexos 01 (*Conciliação entre NFE X SINTEGRA X EFD X DAPI – 2009 a 2012 - fls. 14/18*) e 02 (*Demonstrativo de NFE autorizadas sem pagamento do ICMS/OP e ICMS/ST – 2009/2012 - fls. 20/127*) do Auto de Infração que as exigências de ICMS/OP e ICMS/ST em comento decorrem do cotejo entre os valores de tais rubricas destacados nas notas fiscais eletrônicas, com status de autorizadas no banco de dados da nota fiscal eletrônica, com os valores de ICMS e ICMS/ST informados pela Autuada nos arquivos SINTEGRA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale observar que os Anexos 05 e 07 trazem relação das notas fiscais eletrônicas com status de autorizadas no banco de dados da nota fiscal eletrônica e lançadas pela Impugnante nos arquivos Sintegra ou EFD como canceladas.

Já nos Anexos 06 e 08 consta o rol de NF-es com status de autorizadas no banco de dados da nota fiscal eletrônica, porém sem registro nos arquivos Sintegra e EFD da Defendente.

Registra-se que apenas esta irregularidade 1 faz parte da discussão travada nos presentes autos em face do despacho interlocutório exarado pela Câmara de Julgamento.

Conseqüentemente, a irregularidade em comento faz parte também da apuração da irregularidade 3 do Auto de Infração (entrega de DAPI, no período de janeiro de 2009 a fevereiro de 2012, consignando valores divergentes dos constantes das notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme demonstrado no Anexo 1 do Auto de Infração - colunas 2, 5 e 6).

Como consta na parte de relatório desta decisão, vários documentos e demonstrativos foram juntados pela Impugnante em atendimento à medida exarada pela Câmara de Julgamento e também em razão de intimações fiscais.

Os demonstrativos acostados aos autos pela Impugnante em razão do despacho interlocutório são os seguintes:

- Planilhas “Cancelamento com nova emissão” (fls. 1.105/1.175);
- Planilhas “Transferências Canceladas” (fls. 1.177/1.186);
- Planilhas “NF-E cancelada Anexo II – Operações de transferências destinadas para todas as unidades” (fls. 1.188/1.212);
- Planilha “NF-e canceladas Anexo II – Operações de transferências destinadas para Divinópolis/Pampulha/Gov. Valadares e outros” (fls. 1.213/1.224);
- cópias dos Danfes relativos às planilhas retro (fls. 1.225/6.131).

A Fiscalização, por sua vez, após detida análise dos demonstrativos anexados pela Defendente, também elaborou demonstrativos que se encontram anexados, por amostragem, às fls. 6.155/6.179 (constantes também na integralidade na mídia eletrônica de fl. 6.180), assim denominados e detalhados:

“- fls. 6155/6156 – Anexo MF-C.1 – Consolidação das planilhas 1 a 3 da impugnação, contendo dados relativos às NF-e consideradas válidas (substitutas) nas primeiras colunas e NF-e consideradas canceladas (substituídas) nas últimas colunas. Aos dados da Impugnante adicionamos uma coluna com as placas dos veículos transportadores”;

- “fls. 6157/6158 – Anexo MF-C.2 – Demonstrativo das 469 NF-es de transferências substituídas e substitutas segundo a Impugnante, contendo dados relativos às NF-es consideradas válidas (substitutas) nas primeiras colunas e NF-es consideradas canceladas (substituídas) nas últimas colunas. Aos dados da Impugnante adicionamos uma coluna com as placas dos veículos transportadores”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- “fls. 6159/6163 – Anexo MF-C.3 – Demonstrativo das 144 NF-es, constante no Anexo 2 do AI que a princípio a Impugnante dizia terem sido canceladas, mas agora em suas planilhas confessa serem válidas”;

- “fls. 6154/6165 – Anexo MF-C.4 – Quadro analítico de defasagens em dias para a correção das 1529 NF-es que segundo a Impugnante foram canceladas”;

- “fls. 6166/6179 – Anexo MF-C.5 - Rol das 492 NF-es consideradas canceladas para as quais foram apresentadas declarações de não aquisição por parte dos destinatários. Nesse demonstrativo incluímos colunas com o número das folhas do PTA destas declarações”. Nesse demonstrativo, a Fiscalização deixou consignado que das 1290 NF-es (1296 menos 6 relacionadas em duplicidade), que a Impugnante considera canceladas e para as quais aponta notas fiscais substitutas, há nos autos 492 NF-es relacionadas no Anexo MP-C.5 (fls. 6156/6169 e mídia eletrônica de fls. 6180) em relação às quais foram trazidas pela Autuada declarações de clientes de não recebimento dos produtos (declarações anexadas às fls. 837/888 e novamente às fls. 6240/6349)”.

Importante registrar que a Impugnante promoveu o cancelamento de 4.018 (quatro mil e dezoito) notas fiscais eletrônicas das 4.026 (quatro mil e vinte e seis) notas fiscais eletrônicas constantes no Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 19/127), conforme mídia eletrônica que acostou à fl. 6.229, em 21 de novembro de 2014. Somente não foram canceladas as Notas Fiscais Eletrônicas de n.ºs 72575, 83344, 86443, 119377, 129444, 172413, 743501 e 743725, conforme concluiu a Fiscalização à fl. 6.357.

Contudo, a Impugnante não atendeu ao despacho interlocutório quanto à apresentação de cópias dos livros Registro de Entradas dos destinatários comprovando qual a nota fiscal foi registrada por eles, prejudicando a comprovação almejada pela Câmara de Julgamento.

Justifica a Defendente que não obteve as cópias dos referidos livros fiscais dos destinatários, mas apresentou correlação das notas fiscais canceladas e as emitidas em substituição, em relação às notas fiscais de transferência de mercadorias canceladas apresentou mídia eletrônica Sintegra e SPED (livro de Registro de Entradas) de todas as suas unidades, que apareceram como destinatárias das notas fiscais eletrônicas listadas no Anexo 2 do Auto de Infração, demonstrando documentalmente que as notas fiscais canceladas não acobertaram a entrada de mercadorias naqueles estabelecimentos. No que se refere às notas fiscais canceladas e que também tiveram novas notas fiscais eletrônicas substitutivas, mas que foram destinadas a seus clientes, diligenciou, por inúmeras vezes, com intuito de obter cópias dos livros de Registro de Entradas dos destinatários, porém não obteve êxito.

Em relação às notas fiscais de transferência de mercadorias canceladas apresentou mídia eletrônica Sintegra e SPED (livro de Registro de Entradas) de todas as suas unidades, que apareceram como destinatárias das notas fiscais eletrônicas listadas no Anexo 02 do Auto de Infração, demonstrando documentalmente que as notas fiscais canceladas não acobertaram a entrada de mercadorias naqueles estabelecimentos.

No que se refere às notas fiscais canceladas e que também tiveram novas notas fiscais eletrônicas substitutivas, mas que foram destinadas a seus clientes, diligenciou, por inúmeras vezes, com intuito de obter cópias dos livros de Registro de Entradas dos destinatários, porém não obteve êxito.

Destaca que apresentou declarações assinadas pelos seus clientes, os quais atestam que não receberam as mercadorias constantes nas notas fiscais eletrônicas canceladas.

Continua alegando que não tem ingerência sobre os livros fiscais dos destinatários de seus produtos estando submetida à apresentação de tais documentos de forma espontânea por parte de seus clientes. E, sendo necessária a juntada de tais livros, a Fiscalização possui todos os meios e condições de confirmar se as notas fiscais eletrônicas por ela canceladas internamente não foram, de fato, relacionadas nos livros fiscais das empresas destinatárias.

Entretanto, o ônus dessa prova é da Impugnante, até porque tais cancelamentos ocorreram somente após a lavratura do presente Auto de Infração.

Registra-se que as declarações dos clientes colacionadas aos autos pela Defendente não substituem os livros de Registro de Entradas dos destinatários, mesmo porque aquelas já constavam dos autos quando da medida determinada pela Câmara de Julgamento.

O cancelamento das notas fiscais eletrônicas, nos termos da legislação vigente no período autuado, poderia ter sido efetuado, no caso em análise, regularmente, em até 168 horas (sete dias) após a sua autorização, podendo, ainda, a Impugnante ter se utilizado da denúncia espontânea, conforme procedimentos previstos para tal mister à época da emissão dos documentos fiscais.

Cabe destacar que a Impugnante somente efetuou o cancelamento das notas fiscais eletrônicas, objeto deste item do lançamento, no final de 2014, portanto, quase 05 (cinco) anos após a emissão das notas fiscais objeto dos presentes autos, considerando-se que as notas fiscais autorizadas em 2009. E, ainda, sem trazer aos autos comprovação inequívoca de que tais documentos fiscais não acobertaram a saída de mercadorias do seu estabelecimento.

Para melhor elucidação da questão, veja-se os dispositivos do Anexo V do RICMS/02 pertinentes aos cancelamentos de notas fiscais eletrônicas:

Art. 11-F. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço.

§ 1º O cancelamento da NF-e, em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento da concessão de Autorização de Uso da NF-e, será efetuado pelo emitente mediante Pedido de Cancelamento de NF-e e transmitido à Secretaria de Estado de Fazenda via internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, observado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o disposto no Manual de Orientação do Contribuinte.

Efeitos de 18/03/2010 a 24/06/2013 - Redação dada pelo art. 2º, I, e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.328, de 17/03/2010:

“§ 1º O cancelamento da NF-e será efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, observado o disposto no Manual de Integração da NF-e, transmitido via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, pelo emitente à Secretaria de Estado de Fazenda.”

Efeitos de 1º/04/2008 a 17/03/2010 - Acrescido pelo art. 2º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

“§ 1º O cancelamento da NF-e será efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, observado o leiaute estabelecido em Ato COTEPE, transmitido via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, pelo emitente à Secretaria de Estado de Fazenda.”

§ 2º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira) ICP-Brasil, contendo o CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

Efeitos de 1º/04/2008 a 17/03/2010 - Acrescido pelo art. 2º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008:

“§ 2º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira) ICP-Brasil, contendo o CNPJ do estabelecimento emitente ou da matriz, a fim de garantir a autoria do documento digital.”

§ 3º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 4º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a "chave de acesso", o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela Secretaria de Estado de Fazenda e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da Secretaria de Estado de Fazenda ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º O cancelamento da NF-e após o prazo previsto no § 1º e antes de cento e sessenta e oito horas, contadas do momento da concessão de Autorização de Uso da NF-e, será considerado válido, desde que observado o procedimento estabelecido por Portaria da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais (SAIF) da Secretaria de Estado de Fazenda.

.....

Sobre os procedimentos para cancelamento de notas fiscais eletrônicas, transcreve-se dispositivos constantes do Ajuste SINIEF n.º 07/05:

Cláusula décima segunda Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

Parágrafo único. A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea.

Redação anterior dada à cláusula décima segunda pelo Ajuste SINIEF 12/09, efeitos de 01.04.10 a 30.10.12.

Cláusula décima segunda Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior ao máximo definido no 'Manual de Integração - Contribuinte', contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

Redação anterior dada à cláusula décima segunda pelo Ajuste SINIEF 11/08, efeitos de 01.10.08 a 31.03.10.

Cláusula décima segunda Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às normas constantes na cláusula décima terceira.

Cláusula décima terceira O cancelamento de que trata a cláusula décima segunda será efetuado por meio do registro de evento correspondente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Redação anterior dada ao caput da cláusula décima terceira pelo Ajuste SINIEF 08/07, efeitos de 01.11.07 até 30.11.12.

Cláusula décima terceira O cancelamento de que trata a cláusula décima segunda somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido pelo emitente, à administração tributária que a autorizou.

§ 1º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá atender ao leiaute estabelecido no 'Manual de Integração - Contribuinte'.

§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NF-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.

§ 3º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

Redação anterior dada ao § 3º da cláusula décima terceira pelo Ajuste SINIEF 04/06, efeitos de 12.07.06 a 30.09.08.

§ 3º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o CNPJ do estabelecimento emitente ou da matriz, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a "chave de acesso", o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da administração tributária ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

§ 6º A administração tributária da unidade federada do emitente deverá transmitir para as administrações tributárias e entidades previstas na cláusula oitava, os Cancelamentos de NF-e.

.....

Destaca-se, também, a seguinte resposta dada à Consulta de Contribuintes pela SEF/MG sobre os procedimentos para o cancelamento de nota fiscal eletrônica:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 143/2013

ICMS - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NOTA FISCAL ELETRÔNICA (NF-e) - CANCELAMENTO APÓS O PRAZO DE 24 HORAS - A partir de 28/02/2013, o CANCELAMENTO de NF-e, após o prazo legal, deverá ser precedido de solicitação no SIARE e posterior transmissão por meio do Webservice de CANCELAMENTO do documento. O registro na Escrituração FISCAL Digital deverá ser efetuado conforme orientações contidas no Manual de Orientação do Leiaute da EFD, instituído pelo Ato COTEPE/ICMS nº 9/2008.

.....
RESPOSTA:

1 a 4 - Inicialmente, importa observar que em fevereiro de 2013 houve uma alteração nos procedimentos relativos à solicitação pelo contribuinte para CANCELAMENTO de NF-e (autorizada) após o prazo legal estipulado, que era de 168 horas, até 31/12/2011, e de 24 horas, a partir de 1º/01/2012, conforme disposto no Ato COTEPE/ICMS nº 33/2008, alterado pelo Ato COTEPE/ICMS nº 13/2010.

Até 27/02/2013, o CANCELAMENTO extemporâneo de uma NF-e, assim entendido aquele solicitado após o prazo legal, era informado apenas por meio de denúncia espontânea, mediante o devido ajuste na escrituração FISCAL, nos termos da Consulta de Contribuinte nº 091/2012. Assim, o contribuinte não tinha como transmitir os cancelamentos extemporâneos de NF-e.

A partir de 28/02/2013, encontra-se disponibilizada no Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE) uma nova funcionalidade que permite a transmissão de cancelamentos extemporâneos de NF-e. Assim, todos os cancelamentos extemporâneos deverão ser solicitados por meio do SIARE e transmitidos por meio do Webservice de CANCELAMENTO de NF-e.

.....
Assim, o CANCELAMENTO extemporâneo de NF-e não mais depende de formalização de denúncia espontânea perante o Fisco, bastando para sua consumação o cumprimento da orientação supra.

.....
Ressalte-se que a partir de 28 de fevereiro de 2013, encontra-se disponibilizada no Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE)

uma nova funcionalidade que permite a transmissão de cancelamentos extemporâneos de notas fiscais eletrônicas. Assim, todos os cancelamentos extemporâneos deverão ser solicitados por meio do SIARE e transmitidos por meio do *WebService* de cancelamento de notas fiscais eletrônicas.

Assim, o cancelamento extemporâneo de notas fiscais eletrônicas não mais depende de formalização de denúncia espontânea perante o Fisco, bastando para sua consumação o cumprimento da orientação supra e apresentação de documentação comprobatória de que a operação não ocorreu, se for o caso.

Observa-se que, embora haja permissão para o contribuinte efetuar cancelamento de nota fiscal eletrônica a qualquer tempo, como de fato a Impugnante procedeu em relação a maioria dos documentos fiscais objeto da autuação, a legislação determina procedimentos mínimos necessários para garantir o controle das operações mercantis do contribuinte, evitando que documentos sejam cancelados após sua utilização. Todavia, esses procedimentos não foram observados pela Impugnante, não sendo válido, então, o cancelamento efetivado extemporaneamente, após ação fiscal.

Nesse diapasão, cumpre transcrever trecho da Consulta de Contribuintes n.º 091/12:

Na hipótese da Consulente não observar o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o cancelamento de NF-e, conforme previsto no Ato COTEPE/ ICMS n.º 33/08, deverá protocolizar denúncia espontânea na repartição fazendária de sua circunscrição, observado o disposto no Capítulo XV do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08. Na respectiva denúncia, deverá relatar o fato e demonstrar que a operação não ocorreu, mediante, por exemplo, declaração do destinatário.

Portanto, tendo em vista a falta de comprovação de que as operações não ocorreram, não obstante as várias oportunidades que a Defendente teve para demonstrá-la, não podem ser acatados os cancelamentos extemporâneos por ela efetuados, após ação fiscal, como suficientes para elidir a acusação fiscal em epígrafe.

Vale dizer que, nos termos do que dispõe o art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento das notas fiscais eletrônicas, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço.

Verifica-se que os procedimentos concernentes ao cancelamento de documento fiscal, estabelecidos na legislação supracitada, não foram observados pela Impugnante.

Ademais, além de não cumprir a integralidade do despacho interlocutório, os demonstrativos apresentados pela Impugnante trazem indícios que os descredenciam a comprovar que as operações retratadas nos documentos fiscais autuados não ocorreram, conforme se verifica das análises efetuadas pela Fiscalização relativas aos documentos e demonstrativos colacionados fls. 1.105/6.180.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Informa a Fiscalização que consolidou as três planilhas colacionadas pela Impugnante às fls. 1.091/1.097, 1.105/1.153 e 1.154/1.153 no Anexo MF-C.1 (inseridas às fls. 6.155/6.156 a primeira e última folha impressa e à fl. 6.180 colacionou mídia eletrônica com a integralidade das planilhas).

Explica a Fiscalização que, das notas fiscais eletrônicas canceladas, constantes do Anexo MF-C.1 (fls. 6.155/6.156 e mídia eletrônica de fl. 6.180), fez os seguintes expurgos para sua análise:

- 469 (quatrocentas e sessenta e nove) notas fiscais eletrônicas por se referirem a transferências de mercadorias entre a fábrica e suas filiais, analisadas juntamente com as planilhas 4 e 5 da impugnação que tratam das transferências, as quais representam 469 (quatrocentas e sessenta e nove) notas fiscais eletrônicas e encontram-se discriminadas no Anexo MF-C.2 (fls. 6.157/6.158 e CD à fl. 6.180);

- 144 (cento e quarenta e quatro) notas fiscais eletrônicas válidas (substitutas) por constarem do Anexo 2 da autuação (fls. 19/127), ou seja, apesar da Impugnante confessar sua validade, não houve qualquer pagamento relativo a elas. Nessas, a Impugnante contradiz sua impugnação inicial e até mesmo as declarações dos clientes uma vez que entende que tais notas fiscais eletrônicas são válidas e, quando na impugnação inicial, dizia serem canceladas. O rol dessas 144 (cento e quarenta e quatro) notas fiscais eletrônicas encontra-se demonstrado no Anexo MF-C.3 (fls. 6.159/6.163 e CD à fl. 6.180);

- as Notas Fiscais n.ºs 54222 e 287756, por falta de indicação das notas fiscais eletrônicas substitutas.

Comenta a Fiscalização que o trabalho da Impugnante, na elaboração de tais demonstrativos, foi simplesmente fazer uma pesquisa na base de dados da EFD, nos campos CNPJ dos destinatários, BCICMS, BCICMS/ST, ICMS, ICMS/ST e data de emissão da nota fiscal eletrônica, para encontrar compatibilidade entre eles e inferir, em seguida, que uma nota fiscal substituíra a outra.

Tal constatação, por si só, não descredencia as alegações defensórias.

Entretanto, o que se verifica é que a própria Impugnante caracteriza parte das vinculações entre a nota fiscal substituta e substituída como de “baixa compatibilidade entre a NF-e válida e a NF-e cancelada”, conforme se verifica nos quadros resumo constante na mídia eletrônica por ela anexada à fl. 6.148, o qual é transcrito pela Fiscalização à fl. 6.186. Confira-se:

COMPATIBILIDADE	DESCRIÇÃO
Alta	NF-e com referência a outra nota emitida contendo relação de valor, operação e data exata ou com diferença de 1 dia.
Baixa	NF-e com referência a outra nota emitida contendo relação de valor, operação e data próxima até 20 dias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NF-e com referência a outra nota emitida em função da proximidade de valores (BC/ICMS/ICMSST)

A Fiscalização apresentou no Anexo MF-C.4 (fls. 6.164/6.165 e mídia eletrônica de fl. 6.180) um quadro demonstrativo analítico quanto ao tempo de defasagens em número de dias para correção da NF-e cancelada. Examine-se:

Nº de DIAS de defasagem	Quantidade de NF-e	Nº de DIAS de defasagem	Quantidade de NF-e	Nº de DIAS de defasagem	Quantidade de NF-e	Nº de DIAS de defasagem	Quantidade de NF-e
-20	2	-5	4	0	1213	9	3
-17	1	-4	2	1	83	10	8
-14	1	-3	10	2	11	11	12
-13	1	-2	13	3	5	12	2
-12	2	-1	55	4	8	14	20
-11	1			5	23	16	4
-9	2			6	6	18	6
-7	3			7	21	20	2
-6	1			8	3	21	1
TOTAL					1.529		

Destaca-se que a primeira e terceira colunas do demonstrativo retro retratam números negativos os quais indicam que a nota fiscal eletrônica substituta tem data de emissão inferior à substituída.

O exemplo mais significativo de defasagem (negativa) entre as datas de emissão das notas fiscais indicadas pela Impugnante como substituta e substituída dá-se em relação à NF-e nº 760306 (substituída) de 1º de dezembro de 2011(fl. 6.113), emitida vinte dias após a NF-e nº 759211 (substituta) de 11 de novembro de 2011(fl. 6.096), sendo que esta, em seguida, é cancelada por erro de emissão, segundo a Impugnante (vide vinculação efetuada à fl. 1.152).

Menciona-se que do cotejo das notas fiscais eletrônicas supracitadas (nºs 760306 e 759211) verifica-se que o número do pedido constante no campo das informações complementares é divergente em ambas as notas fiscais, o que impossibilita vinculá-las a uma mesma operação.

Foram apresentados pela Fiscalização outros exemplos relativos às vinculações efetuadas entre os documentos fiscais em relação à defasagem de data de emissão.

Com base em tais exemplos e no conjunto de provas dos autos não é possível estabelecer as vinculações efetuadas pela Impugnante entre os documentos fiscais, uma vez que ela própria diz haver baixa compatibilidade entre as datas de emissão das notas fiscais canceladas e as notas fiscais válidas, além da constatação das disparidades entre as datas de emissão dos referidos documentos.

No tocante às vinculações entre os documentos fiscais considerados, pela Impugnante, como de alta compatibilidade, nota fiscal substituta e substituída - defasagem de até um dia entre as emissões, informa a Fiscalização que eles representam um total de 1.296 (mil duzentas e noventa e seis) notas fiscais eletrônicas.

Outra observação trazida pela Fiscalização refere-se ao fato de a Impugnante ter substituído a NF-e n.º 3425 (fl. 1.249) para corrigir a placa “LRI-0315”, mas ter emitido a NF-e n.º 3702 (fl. 1255), supostamente substituta, constando a placa “HHH-1111”, um veículo de passeio (FIAT/Stilo), o qual é impróprio para realizar o transporte da carga.

Conforme Anexo MF-C.4 (mídia eletrônica de fl. 6.180), a Impugnante informou a placa “HHH-1111” em 181 (cento e oitenta e uma) notas fiscais eletrônicas das 1.458 (mil quatrocentas e cinquenta e oito) notas fiscais eletrônicas válidas (segundo a Impugnante, são notas fiscais eletrônicas “substitutas” emitidas para correção de erros) e, apesar de terem sido emitidas para diversos destinatários, tais como DMA Distribuidora, Carrefour, Aliança Atacado etc., nelas consta que o frete contratado foi na modalidade FOB (tipo “0”), por conta e ordem do destinatário e em veículo próprio deste. Portanto, sequer o transporte ficou comprovado em relação a esses documentos fiscais ditos substitutos.

Quanto a essa constatação de defasagens de datas de emissão entre as notas fiscais ditas substitutas e substituídas, alegou a Impugnante que, de fato, existiram casos em que as notas fiscais eletrônicas canceladas foram aquelas posteriores e isso ocorre porque, em alguns casos, por se tratar do mesmo cliente e visando agilizar a emissão das notas fiscais eletrônicas, funcionário da SPAL, ao emitir uma nova nota fiscal (em dezembro), copiava os dados do último pedido do cliente (em novembro) e, posteriormente, ao constatar que os pedidos de produtos eram diferentes, emitia uma nova nota fiscal na data do novo pedido (dezembro) e cancelava a anteriormente emitida em dezembro. Alega, ainda, que tais equívocos não passam de 3% (três por cento) das notas fiscais eletrônicas canceladas e que não houve prejuízo ao Estado, pois os produtos constantes da nota fiscal emitida e cancelada (dezembro) já haviam sido entregues por meio das notas fiscais eletrônicas emitidas em novembro.

Embora estes fatos possam ter ocorrido, não há respaldo na legislação para acatar tais procedimentos.

Alega também a Fiscalização que, dentre as 1.296 (mil duzentas e noventa e seis) notas fiscais eletrônicas, cujas vinculações foram consideradas como de “alta compatibilidade” pela Impugnante, listadas no Anexo MF-C.4 (fl. 6.180), há notas fiscais eletrônicas em duplicidades, as quais aparecem tanto na planilha 1, quanto na planilha 2 da Impugnante, tais como: Notas Fiscais canceladas n.ºs 5422, 709952, 719426, 719427, 720463 e 752943, substituídas segundo ela pelas Notas Fiscais válidas de n.ºs 54225, 709355, 719429, 719428, 720432 e 752982, respectivamente.

Destaca-se, ainda, que a Fiscalização trouxe severas críticas às justificativas constantes em todos os arquivos XMLs de cancelamento de nota fiscal retrocitados: operação não ocorrida. Contudo, não basta informar a não ocorrência da operação, pois incumbe ao contribuinte demonstrar o fato alegado, o que não consta dos autos.

Ressalta-se, ainda, que a justificativa para cancelamento das notas fiscais constante dos arquivos XMLs sequer coincide com aquelas informadas nos Relatórios Internos da Impugnante, nos quais a empresa indicou quatro motivos para os cancelamentos: Pedido de Cancelado pelo Contribuinte (cód. 4), NF-e cancelada por erro de emissão (cód. 15), Carga não saiu do Depósito (cód. 19) e Carga não saiu do Depósito – SAP (cód. 29).

Nesse diapasão, não é possível acatar o argumento defensivo de que as notas fiscais eletrônicas ditas canceladas extemporaneamente não acobertaram a circulação de mercadorias.

Todavia, em relação aos documentos fiscais referentes a transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, a questão merece uma análise apartada.

Quanto a esses documentos fiscais, a Fiscalização elaborou os demonstrativos constantes no Anexo MF-C.2 – Transferências realizadas da unidade Fábrica para as demais unidades (Anexo III – fls. 1.178 a Anexo IV – fls. 1.224) e no Anexo MF-C.2 (Anexo XX - fls. 6.157/6.158 e CD à fl. 6.180)

Explica a Fiscalização que todas as notas fiscais eletrônicas canceladas constantes no rol da Planilha 4 e no rol do Anexo MF-C.2 fazem parte do rol da Planilha 5 da Impugnante composto de 1.114 (mil cento e quatorze) notas fiscais eletrônicas.

Comenta a Fiscalização que para as 469 (quatrocentas e sessenta e nove) notas fiscais eletrônicas, supostamente canceladas e listadas no Anexo MF-C.2, a Impugnante identifica as notas fiscais eletrônicas substitutas e para as demais ela apenas diz que foram simplesmente canceladas.

Pontua que a Impugnante não apresenta justificativas para esses cancelamentos lançados tanto no Sintegra, quanto na EFD, diz apenas que os cancelamentos podem ser constatados pelos arquivos eletrônicos gravados nos DVDs n.ºs 1 e 2 entregues quando da impugnação inicial (Anexo II – fl. 835).

Explica a Fiscalização que na referida mídia eletrônica de n.º 1 consta arquivos em pastas relativas às Notas Fiscais n.ºs 3679, 32728, 130252, 130254, 134139, 147809, 148448, 148450, 340315, 340317, 340318 e 340321, porém nessas a Impugnante simplesmente reproduz os arquivos Sintegra e/ou EFD no formato texto. Os dados neles constantes não diferenciam daqueles já constantes dos Anexos ao Auto de Infração.

Informa a Fiscalização que na mídia eletrônica de n.º 2 (fl. 835) constam pastas e arquivos de Sintegra e/ou EFD no formato texto das demais unidades, sem uma identificação perfeita dos mesmos.

Esclarece a Fiscalização que os arquivos Sintegra e EFD podem ser substituídos a qualquer momento e a Impugnante os retifica sistematicamente ao longo do período autuado, portanto os dados apresentados nas mídias eletrônicas estão totalmente desatualizados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exemplifica com a tela extraída de programa institucional da SEF/MG (fl. 6.151), relativa à entrega de arquivos EFD referentes à unidade Mariana/Minas Gerais, na qual é possível constatar que no mês de junho de 2011 tais arquivos foram transmitidos por quatro vezes, a primeira em 25 de julho de 2011, e as retificações em 04 de agosto de 2012, 14 de novembro de 2013 e 30 e dezembro de 2013.

A Impugnante sustenta que tais alegações não merecem acolhida, pois, caso o Fisco entendesse que os documentos estão desatualizados, poderia requerer a apresentação de novos documentos. Defende que demonstrou, por meio da apresentação dos arquivos Sintegra e SPED de suas unidades, a inexistência de entradas das notas fiscais eletrônicas canceladas naqueles estabelecimentos.

Contudo, em relação às notas fiscais eletrônicas referentes à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, listadas no demonstrativo de fls. 6.157/6.158, elaborado pela Fiscalização, em relação às quais a Impugnante demonstrou a existência de nota fiscal substituta e, considerando, que não constam informações delas nos registros de entradas constantes dos arquivos Sintegra e na Escrita Fiscal Digital - EFD dos estabelecimentos destinatários, o que não é refutado pela Fiscalização, não há como sustentar a acusação fiscal em epígrafe.

Em relação a tais documentos fiscais, a Impugnante exerceu o ônus que lhe competia à luz do despacho interlocutório da Câmara de Julgamento, pois apresentou as vinculações “NF-e substituta e substituída” e comprovação de não registro de entrada nos arquivos dos destinatários.

Portanto, devem ser excluídas as exigências referentes à irregularidade 1 do Auto de Infração relativas às notas fiscais eletrônicas de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, listadas no demonstrativo de fls. 6.157/6.158, cujas informações não constam dos arquivos Sintegra e na Escrituração Fiscal Digital – EFD dos estabelecimentos destinatários.

Corretas as exigências remanescentes de ICMS operação própria, ICMS/ST, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) do ICMS/operação própria não recolhido e de 100% (cem por cento) do ICMS/ST não recolhido, capituladas no art. 56, inciso II e §2º, inciso III da Lei n.º 6.763/75.

Com relação às exigências remanescentes, registra-se que o caso dos autos não se subsume aos casos em que se aplica somente a penalidade prevista no inciso XXXIX do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, pelo cancelamento extemporâneo de documentos fiscais, *in verbis*:

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:

.....

XXXIX - por cancelar, após o prazo previsto em regulamento, documento Fiscal eletrônico relativo a operação ou prestação não ocorrida - 20% (vinte por cento) do valor da operação ou da prestação;

.....

Tal penalidade aplica-se apenas no caso de cancelamento extemporâneo de documento fiscal emitido para acobertar operação com mercadorias ou prestação em relação a qual o contribuinte comprove inequivocamente que a operação não ocorreu, o que não é o caso dos autos no tocante aos documentos fiscais cujas exigências são mantidas.

Nota-se que tal penalidade refere-se à obrigação de proceder ao cancelamento de notas fiscais eletrônicas na forma e nos prazos estabelecidos no art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, que, por sua vez, refere-se às operações com mercadorias e desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria, prova esta a cargo do Sujeito Passivo.

Irregularidade 02 - Saídas de mercadoria desacobertas de documento fiscal (DANFE inábil).

Este item trata da acusação fiscal de saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal tendo em vista a utilização de DANFES, relativos a notas fiscais eletrônicas cujas emissões não foram autorizadas, conforme demonstrado nos Anexos 1, 3 e 4 do Auto de Infração.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75 c/c o §6º do mesmo artigo, uma vez que o imposto devido na operação foi recolhido.

Tal irregularidade encontra-se demonstrada nos seguintes demonstrativos anexos ao Auto de Infração:

- Anexo 3: Rol de NFE emitidas sem autorização, constantes no SINTEGRA, com ICMS pago – Exercício 2009 (fls. 128/151);
- Anexo 4: Rol de NFE constantes na EFD, sem autorização, com ICMS pago – exercícios 2010/2012 (fls. 152/164).

A Impugnante alega que tal irregularidade não gerou prejuízo ao Erário, pois ocorreu em razão de falha no sistema, mas ao contrário do item anterior, imputa que a falha ocorreu no momento da autorização da nota fiscal eletrônica.

Sustenta que tendo ocorrido falha na recepção da nota fiscal eletrônica, passou a emitir o documento fiscal na modalidade DPEC (Declaração Prévia de Emissão em Contingência) de forma a obter autorizações provisórias para a circulação das mercadorias.

Diz, ainda, que por um equívoco, posteriormente a cessação dos problemas técnicos, não transmitiu à SEF/MG as notas fiscais eletrônicas geradas em contingência.

Veja-se que a Impugnante reconhece ter emitido todas as notas fiscais eletrônicas constantes nos Anexos 3 e 4 na modalidade em contingência (DPEC) e não retransmitiu os arquivos à SEF/MG, após a cessação dos problemas técnicos.

A Fiscalização deixou consignado que devido ao fato de a empresa não ter apresentado os arquivos XML das respectivas notas fiscais eletrônicas, mesmo após a intimação fiscal, e sequer as cópias dos DANFES a teor do art. 11-D, inciso III, letra b

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da Parte 1 do Anexo V do RICMS/02, e ainda, como tais notas fiscais eletrônicas não foram autorizadas, não há como verificar se as notas fiscais eletrônicas foram emitidas, tão somente, na modalidade DPEC, como alegado.

Porém, é irrelevante caso em qual modalidade a nota fiscal foi emitida, pois, se a emissão da nota fiscal eletrônica ocorreu na modalidade normal, o DANFE só seria hábil se fosse utilizado após a autorização de uso do respectivo documento, nos termos do art. 11-C, § 2º do Anexo V do RICMS/02:

Art. 11-C

§ 2º O DANFE:

I - somente poderá ser utilizado para acompanhar o transporte de mercadorias ou bens após autorização de uso da respectiva NF-e;

.....

Se a emissão da nota fiscal eletrônica efetivou-se na modalidade em contingência DPEC, como sustentado, a irregularidade também encontra-se constatada a teor do que dispõe o § 1º do art. 11-D do Anexo V do RICMS/02. Examine-se:

Art. 11-D (...)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput:

I - imediatamente após a cessação dos problemas técnicos que impediram a transmissão ou recepção do retorno da autorização da NF-e, e até o prazo limite definido em Ato Cotepe, contado a partir da emissão da NF-e de que trata o inciso V, o emitente deverá transmitir à Secretaria de Estado de Fazenda as NF-e geradas em contingência;

.....(grifos não constam do original)

Acresça-se que na modalidade DPEC o Danfe tem uma validade precária, condicionado à posterior transmissão do arquivo XML da nota fiscal eletrônica para a SEF/MG, conforme consta no item 8, letra “d” à fl. 111 – Anexo X – Manual de Contingência do Manual de Orientação do Contribuinte, a saber:

Atualmente existem as seguintes modalidades de emissão de NF-e:

.....

d) DPEC - Declaração Prévia de Emissão em Contingência - é alternativa de emissão de NF-e em contingência com o registro prévio do resumo das NF-e emitidas. O registro prévio das NF-e permite a impressão do DANFE em papel comum. A validade do DANFE está condicionada à posterior transmissão da NF-e para a SEFAZ de Origem;
(grifou-se)

Dispositivo semelhante consta no Ajuste SINIEF 07/05, cláusula décima primeira. Confira-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula décima primeira: Quando em decorrência de problemas técnicos não for possível transmitir a NF-e para a unidade federada do emitente, ou obter resposta à solicitação de Autorização de Uso da NF-e, o contribuinte poderá operar em contingência, gerando arquivos indicando este tipo de emissão, conforme definições constantes no 'Manual de Integração - Contribuinte', mediante a adoção de uma das seguintes alternativas:

.....
II - transmitir Declaração Prévia de Emissão em Contingência - DPEC (NF-e), para a Receita Federal do Brasil, nos termos da cláusula décima sétima-D;

.....
§ 7º Na hipótese dos incisos II, III e IV do caput, imediatamente após a cessação dos problemas técnicos que impediram a transmissão ou recepção do retorno da autorização da NF-e, e até o prazo limite definido no 'Manual de Integração - Contribuinte', contado a partir da emissão da NF-e de que trata o § 12, o emitente deverá transmitir à administração tributária de sua jurisdição as NF-e geradas em contingência.

Acrescente-se que, apesar de haver um prazo de sete dias para o envio do arquivo XML de contingência à base de dados da SEF/MG, o sistema o recebe a destempo, uma vez que os problemas técnicos podem não ter sido solucionados nesse período.

Entretanto, constata-se que a Impugnante em relação a este item do lançamento acostou aos autos cópias de Danfes e respectivas consultas NF-e (Doc. 4 – fls. 889/910) alegando que identificou documentos fiscais que apesar de terem sido classificados pela Fiscalização como “emitidos sem autorização” foram devidamente autorizados. Requer, então, que referidas notas fiscais eletrônicas sejam desconsideradas e cancelada a multa a elas relativa.

A Fiscalização não se manifestou especificamente em relação à alegação da Defendente de que as notas fiscais retromencionadas constam como autorizadas.

Conforme consultas ao portal da nota fiscal eletrônica, disponível em <http://nfe.fazenda.mg.gov.br/consulta>, constata-se que as notas fiscais eletrônicas relativas aos DANFES anexados pela Impugnante às fls. 889/910 estão com status de autorizadas, devendo, dessa forma, ser excluídas das exigências em comento.

Assim, mostra-se parcialmente correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75 c/c o §6º do mesmo artigo, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

.....
§ 6º As penalidades a que se referem os incisos II e XVI do caput deste artigo aplicam-se, inclusive, às hipóteses em que o remetente ou prestador não obtiver previamente a autorização de uso do documento fiscal eletrônico correspondente à operação ou à prestação ou em que o documento gerado em contingência não for transmitido nas situações em que tal obrigação esteja prevista em regulamento.

Não é possível acatar o pedido de acionamento do permissivo legal, pois a informação dos autos é de que a Impugnante é reincidente conforme consultas "autuações e infringências/penalidades" extraídas do SICAF/SEF/MG (PTAs n.ºs 04.002221003.90 e 04.002141342.81), fls. 1.060/1.063), o que impede a aplicação de tal benesse, nos termos do §5º, item 1 do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade 03 - Entrega de Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI com valores divergentes dos constantes nas notas fiscais:

Neste item do Auto de Infração a Fiscalização exigiu as penalidades isoladas previstas nas alíneas "a" e "b" do inciso IX do art. 54 da Lei n.º 6.763/75, cuja redação é a seguinte:

Art. 54. As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
IX - por consignar, em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto, valores divergentes dos constantes nos livros ou nos documentos fiscais - por infração, cumulativamente:

a) 500 (quinhentas) UFEMGs;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) 50% (cinquenta por cento) do imposto devido, ressalvada a hipótese em que o imposto tenha sido integral e tempestivamente recolhido;

.....
Dessa forma, exige a Fiscalização o valor equivalente a 500 (quinhentas) UFEMGs para cada DAPI entregue no período autuado e, 50% (cinquenta por cento) da diferença de ICMS apurada, conforme demonstrativo de fl. 10.

A infração é objetiva. Assim, afiguram-se corretas as penalidades exigidas, uma vez que restou comprovado nos autos que a Impugnante consignou em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do imposto (Declaração de Apuração e Informação do ICMS - DAPI), valores divergentes dos constantes nas notas fiscais eletrônicas por ela emitidas.

As divergências apontadas pelo Fisco encontram-se demonstradas na coluna 6 no Anexo 1 (fls. 14/18), e decorrem da constatação de notas fiscais eletrônicas autorizadas sem pagamento do ICMS, lançadas no Sintegra e na EFD como canceladas (coluna 7 do Anexo 1) e de notas fiscais eletrônicas autorizadas sem pagamento do ICMS que sequer foram levadas a registro no Sintegra e na EFD.

Ressalte-se a irregularidade em comento resultou em falta de pagamento de imposto exigido no item 01 do Auto de Infração.

A Impugnante postula a redução (ou cancelamento) da multa isolada, sustentando ser primária, além de reportar-se à previsão legal constata na Lei n.º 6.763/75.

Efetivamente, o legislador estadual concedeu tal prerrogativa ao órgão julgador. Contudo, o fez dentro de determinados parâmetros e desde que respeitados certos requisitos. Um destes requisitos e limitações encontra-se exatamente no caso dos autos.

Assim, com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei n.º 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto, *in verbis*:

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

.....
§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Acrescente-se, ainda, que foi publicado em 14 de julho de 2012 o Acórdão n.º 20.495/12/3ª, relativo a Auto de Infração de mesma sujeição passiva dos presentes autos, no qual foi mantida a exigência da penalidade em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que sejam excluídas: 1) do item 1 do Auto de Infração as notas fiscais eletrônicas referentes à transferência de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, listadas no demonstrativo de fls. 6.157/6.158, elaborado pela Fiscalização, cujas informações não constam dos registros de entradas dos arquivos Sintegra e na Escrituração Fiscal Digital – EFD dos estabelecimentos destinatários; 2) do item 2 do Auto de Infração, as exigências referentes aos DANFES, anexados pela Autuada às fls. 889/910, relativos a notas fiscais eletrônicas com status de autorizadas no portal da nota fiscal eletrônica; 3) do item 3 do Auto de Infração as repercussões das exclusões do item 1 acima discriminadas, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fernando Westin Marcondes Pereira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Luiz Drumond (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2015.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora