

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.452/17/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000554396-14
Impugnação: 40.010141352-64
Impugnante: Ambev S.A.
IE: 002196371.00-70
Proc. S. Passivo: Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA – DIVERGÊNCIA DE VALOR – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se que a Autuada deixou de escriturar no livro Registro de Saídas, os valores consignados nas notas fiscais eletrônicas autorizadas no Sistema Público de Escrituração Digital à época da lavratura deste Auto de Infração, deixando de levar a débito o valor do ICMS e do ICMS/ST destacado nos referidos documentos. O lançamento das notas fiscais eletrônicas, como canceladas, nos arquivos eletrônicos (Sped) da Autuada, sem a comprovação inequívoca de que a operação não ocorreu, não elide o Auto de Infração. Corretas as exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no inciso I do art. 55 da mesma lei. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS operação própria e do ICMS/ST, incidentes nas operações com bebidas, no período de 01/08/14 a 31/12/15, decorrente da falta de registro de notas fiscais de saída emitidas nos livros fiscais e no Demonstrativo de Apuração e Informação do ICMS (DAPI).

Exigências de ICMS normal, ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 148/161, contestando residualmente o lançamento e reconhecendo parte das exigências de ICMS e ICMS/ST e respectiva multa de revalidação, conforme “Termo de Reconhecimento Parcial de Débito” (fls. 225) e Comprovante de Pagamento fls. 226.

Os documentos de fls. 237/238 embasaram a distribuição dos valores reconhecidos e recolhidos pela Contribuinte, remanescendo as exigências detalhadas no Demonstrativo de Correção Monetária (DCMM), acostado às fls. 239 dos autos.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 243/250, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 160 e nomeia assistente técnico.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

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

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS operação própria e do ICMS/ST, incidentes nas operações com bebidas, no período de 01/08/14 a 31/12/15, decorrente da falta de registro de notas fiscais de saída emitidas nos livros fiscais e no Demonstrativo de Apuração e Informação do ICMS (DAPI).

Constatou-se, mediante a conferência do livro Registro de Saídas e documentos de saída, que a Autuada deixou de registrar em seu livro fiscal diversas notas fiscais de saída, conforme detalhado nas planilhas demonstrativas constante do CD de fls. 142 dos autos (“NFe Sem Registro.xlsx”).

Assim, deixou a Autuada de atender às obrigações previstas nos incisos VI e IX do art. 16 e 25 da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Lei 6.763/75:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

VI- escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

(...)

IX- pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária;

(...)

Art. 25 - O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais, com a descrição das operações e prestações realizadas, na forma prevista em regulamento.

Por se tratar de mercadorias listadas no item 1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (bebidas), é devido, além do ICMS operação própria, o ICMS/ST, conforme disposto no art. 47 e seguintes do mesmo Anexo XV do RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02. Examine-se:

Anexo XV do RICMS/02

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 47. A substituição tributária relativa às operações subsequentes com as mercadorias de que trata o item 1 da Parte 2 deste Anexo não se aplica nas operações entre estabelecimentos de empresas interdependentes, exceto varejistas, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a outro contribuinte.

(Grifou-se).

(...)

Consta ainda do supracitado CD, o livro Registro de Saídas, o livro Registro de Entradas dos destinatários e planilha de itens por nota fiscal.

Informa o Fisco que a Contribuinte, no decorrer de todo o período fiscalizado, após regular autorização de uso pela SEF/MG, emitiu inúmeras notas fiscais eletrônicas, que constam como válidas, tanto no Portal Nacional quanto no Portal Estadual da Nota Fiscal Eletrônica. E que, até o momento da fiscalização (manifestação fiscal), inexistia qualquer informação correspondente ao cancelamento das referidas notas fiscais.

A Impugnante, em sua defesa, alega que não ocorreu a falta de registro de documentos fiscais de saída emitidos, uma vez que estas foram canceladas antes da realização das vendas neles documentadas, sendo que tal informação foi consignada em seus livros Registro de Saídas, constante da mídia de fls. 216.

Aduz que, de fato, emitiu as notas fiscais, mas antes da realização das operações nelas previstas, efetuou seu imediato cancelamento, fazendo constar a informação nos arquivos eletrônicos (Sped), apesar de não fazer a imediata comunicação do ocorrido ao Fisco, devido a um problema de funcionamento no sistema responsável pela reunião desses dados. Afirma que, apesar disso, foi apurado corretamente o ICMS próprio e o devido por substituição tributária, o que é perfeitamente válido, conforme o Convênio ICMS nº 57/95 e o art. 44 do Anexo VII do RICMS/02.

Assevera que, no tocante as operações relacionadas no doc. 6, se não existiram as operações de venda, não ocorreu o fato gerador do ICMS e, portanto, não houve o recolhimento a menor do imposto.

No entanto, tal procedimento não encontra respaldo na legislação tributária.

É sabido que a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é um documento de existência exclusivamente digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar uma operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços, no campo de incidência do ICMS, cuja validade jurídica é garantida por duas condições necessárias: a assinatura digital do emitente e a Autorização de Uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte (Manual de Orientação do Contribuinte – NF-e/fl. 13).

Com vigência desde 01/04/08, o art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, dispõe que, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço. Confira-se:

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.

O Manual de Orientação do Contribuinte – NF-e, disponibilizado no Portal Nacional da NF-e, como não poderia ser diferente, cuida detalhadamente do cancelamento da nota fiscal eletrônica desde o envio e/ou recepção do evento, com abordagem de todas as regras de validação específica, delegando às respectivas Secretarias de Estado de Fazenda autorizadas do uso, a possibilidade de aceitação do cancelamento fora do prazo, com a manutenção de código de retorno diferente para cada caso. Ou seja, as Unidades Estaduais podem adotar regras próprias no que tange à aceitação do cancelamento de uma NF-e.

No período compreendido entre 01/01/12 e 31/10/12, o cancelamento de NF-e emitida e/ou emitida em contingência, foi regulado pelo Ato Cotepe ICMS nº 33, de 29/09/08, alterado pelo Ato Cotepe nº 13 de 17/06/10, cujo prazo estabelecido era de até 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que concedida a autorização de uso.

Ato COTEPE/ICMS nº 13, de 17.06.2010 - DOU 1 de 22.06.2010

Altera o Ato COTEPE/ICMS nº 33/2008 que dispõe sobre os prazos de cancelamento de NF-e e de transmissão de NF-e emitida em contingência, conforme disposto no Ajuste SINIEF nº 07/2005.

(...)

Art. 1º Passa a vigorar com a seguinte redação o art. 1º do Ato COTEPE/ICMS, nº 33, de 29 de setembro de 2008:

"Art. 1º Poderá o emitente solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às demais normas constantes do Ajuste SINIEF nº 07/2005, de 5 de outubro de 2005."

Art. 2º Este ato entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2011.

Até 27/02/13, o cancelamento extemporâneo, após 168 (cento e sessenta e oito) horas contadas do momento da autorização da NF-e, era informado apenas através da denúncia espontânea, com o devido ajuste na escrituração fiscal, ou seja, o contribuinte não tinha como transmitir os cancelamentos extemporâneos de NF-e. A orientação era que, juntamente à denúncia espontânea, o denunciante demonstrasse que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a operação realmente não ocorrera juntando, por exemplo, declaração do correspondente destinatário.

A partir de 28/02/13, com a liberação de nova versão no SIARE, todos os cancelamentos efetuados através de denúncia espontânea se sujeitaram à referida solicitação no Siare e posterior transmissão através do *WEBSservice* de cancelamento de NF-e.

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

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 143/13

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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.

Destarte, esse procedimento tem respaldo nos §§ 1º e 5º do art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, que dispõem:

RICMS/02 - Anexo V

Art. 11-F (...)

§ 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 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.”

(...)

§ 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.

A Portaria SAIF nº 011, de 03/07/13, publicada no Diário Oficial do Estado aos 04/07/13, instrui o § 5º acima transcrito.

PORTARIA SAIF Nº 011 DE 03 DE JULHO DE 2013
(MG de 04/07/2013)

Estabelece procedimentos relativos ao cancelamento extemporâneo de NF-e.

(...)

Art. 1º Para o cancelamento da NF-e durante o prazo de vinte e quatro horas após e até de cento e sessenta e oito horas da concessão de Autorização de Uso da NF-e o sujeito passivo deverá:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - acessar o Sistema Integrado de Administração da Receita Estadual (SIARE), na página da Secretaria de Estado de Fazenda, e solicitar o cancelamento extemporâneo no rol de serviços relativos à NF-e mediante preenchimento dos campos obrigatórios;

II - obter o respectivo protocolo gerado pelo SIARE;

III - no prazo de trinta dias, contado do protocolo, transmitir o cancelamento utilizando a funcionalidade disponível no sistema emissor de NF-e por ele adotado, da mesma forma utilizada para transmitir o cancelamento da NF-e no prazo de até vinte e quatro horas contado da autorização do documento.

Parágrafo único. O manual sobre a solicitação de cancelamento extemporâneo da NF-e no SIARE será disponibilizado no Portal NF-e da Secretaria de Estado de Fazenda.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

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

Cabe destacar que o Fisco anexou, como exemplos, livros de Registro de Entradas, extraídos dos arquivos Sped dos destinatários das mercadorias, conforme Anexo III (fls. 134/141), os quais comprovam que as operações efetivamente ocorreram.

Merece salientar também o registro da Fiscalização de que em relação às notas fiscais remanescentes da autuação (total de 33), as quais a Impugnante afirma que não ocorreu o fato gerador, pois, segundo ela, as vendas foram canceladas, deste total, 32 notas fiscais foram destinadas a empresas pertencentes ao mesmo conglomerado empresarial (Grupo Ambev), ou seja, quase 100% (cem por cento) do total não reconhecido.

Assim, constata-se, mediante as evidências apresentadas pela Fiscalização, que as informações acerca do cancelamento inseridas nos arquivos Sped e/ou livros fiscais, pela Autuada, não são verdadeiras, devendo-se, portanto, ser mantidas as exigências fiscais a elas relativas.

Por conseguinte, imperioso concluir que não logrou a Contribuinte demonstrar a sua boa-fé, mediante o reconhecimento de parte das exigências. Com a manutenção das notas fiscais eletrônicas com o perfil de válidas até a data da autuação/manifestação fiscal, e o próprio registro de recebimento pelos destinatários, conforme acima mencionado, joga-se por terra a tese do cancelamento das mesmas e depõem contra a Autuada.

Assim, não tendo a Impugnante comprovado que as operações não ocorreram, conseqüentemente o fato gerador do ICMS se configurou, dada a subsunção

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

à norma tributária vigente à época e, por conseguinte, houve o recolhimento a menor do imposto devido nos exatos valores remanescentes, em face do reconhecimento parcial do débito.

Corretas as exigências remanescentes do ICMS operação própria e do ICMS/ST, acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, ambos da Lei nº 6.763/75.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA “a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda”.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento considerando o DCMM de fls. 239 emitido em face do pagamento parcial efetuado pela Impugnante. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Cíntia Tavares Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor) e Alea Bretas Ferreira.

Sala das Sessões, 28 de março de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Ivana Maria de Almeida
Relatora