

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.967/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000336088-98
Recurso de Revisão: 40.060144108-47
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: TNL PCS S/A
Coobrigados: Alex Waldemar Zornig
CPF: 919.584.158-04
Bayard de Paoli Gontijo
CPF: 023.693.697-28
Eurico de Jesus Teles Neto
CPF: 131.562.505-97
Francis James Leahy Meaney
CPF: 054.404.117-80
Oi Móvel S.A.
IE: 002102042.00-73
Tarso Rebello Dias
CPF: 021.455.577-17
Zeinal Abedin Mahomed Bava
CPF: 057.368.807-92
Proc. S. Passivo: Alysson Paixão de Oliveira Alves/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - DOCUMENTO FISCAL FALSO / IDEOLOGICAMENTE FALSO. Imputação fiscal de prestação de serviços de comunicação desacobertada de documentação fiscal, em decorrência da escrituração, promovida pela Autuada, de notas fiscais eletrônicas, modelo 55, sem destaque do imposto, e consideradas falsas pelo Fisco, nos termos do art. 39, § 4º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 6.763/75. Entretanto, os elementos trazidos aos autos não foram suficientes para comprovar a efetiva ocorrência das operações/prestações. Canceladas as exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

Recurso de Revisão conhecido por maioria de votos e não provido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de operações com mercadorias e prestações de serviço de telecomunicação sem a correspondente tributação, no período de julho de 2013 a janeiro de 2014, apuradas em face da escrituração de documentos fiscais (Nota Fiscal Eletrônica – Nfe - modelo 55) lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e considerados falsos, conforme declaração de falsidade de fls. 61/66, resultando em falta de recolhimento do ICMS.

Do Auto de Infração consta que a consulta ao Portal da NFe (www.nfe.fazenda.gov.br) com referência às chaves de acesso dos documentos lançados na EFD resultou em notas fiscais eletrônicas inexistentes. Em virtude disso foi efetuada publicação da declaração de falsidade das referidas notas fiscais no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais (em 02 de fevereiro de 2016), cuja cópia consta do Anexo 6 do Auto de Infração (fls. 61/66).

Exige-se, em decorrência, ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXI.

Observe-se, em relação ao polo passivo, que:

1) a Oi Móvel S/A foi incluída como Coobrigada em face do disposto nos arts. 129 e 132 do Código Tributário Nacional, uma vez que a sua responsabilidade solidária decorre da incorporação da TNL PCS S/A, efetivada em Assembleia Geral Extraordinária realizada em 1º de fevereiro de 2014;

2) os diretores da empresa à época dos fatos geradores foram incluídos no polo passivo da exigência tributária com fundamento no art. 124, inciso II e art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional; e, ainda, art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item I, da Lei n.º 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 22.445/17/3ª, à unanimidade, julgou improcedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu representante legal, o Recurso de Revisão de fls. 237/249, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 20.943/16/2ª e 22.374/17/3ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Recorrida, tempestivamente, por intermédio de seu procurador legalmente constituído, contrarrazoa o recurso da Fazenda Pública Estadual, às fls. 302/307.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 308/319, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

Em sessão realizada em 20/10/17, acorda a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revisão. Vencidos os

Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Eduardo de Souza Assis, que dele não conheciam. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 09/11/17, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora), Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Eduardo de Souza Assis, Vander Francisco Costa e Marcelo Nogueira de Moraes, que negavam provimento ao Recurso de Revisão. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume e, pela Autuada, o Dr. Agnaldo Rodrigues de Campos.

DECISÃO

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Fazenda Pública Estadual sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 20.943/16/2ª (PTA nº 01.000240810-17) e 22.374/17/3ª (PTA nº 01.000368975-81), cujas cópias encontram-se às fls. 250/298.

Ressalta-se que a decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.374/17 é irrecurável na esfera administrativa. Já o Acórdão indicado como paradigma de nº 20.943/16/2ª foi objeto de Recurso de Revisão, interposto pela empresa autuada, o qual não foi conhecido pela Câmara Especial deste Conselho de Contribuintes, conforme Acórdão nº 4.617/16/CE, estando, assim, apto para ser analisado como decisão paradigma.

Sustenta a Recorrente que ambos os Acórdãos apontados como paradigmas reconhecem que a escrituração fiscal faz prova a favor do Fisco, só podendo ser elidida com a comprovação inequívoca de que não corresponde à realidade. Por outro lado, aduz que o Acórdão recorrido reconheceu a efetiva escrituração das notas fiscais, tal como afirma a Fiscalização, sem o devido recolhimento do tributo, não obstante tenha concluído que não teria sido comprovada a efetividade das operações escrituradas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

São reproduzidos pela Recorrente os seguintes excertos das decisões recorrida e paradigmas:

ACÓRDÃO RECORRIDO

(...)

É CONSENSO ENTRE A FISCALIZAÇÃO E A IMPUGNANTE QUE AS NOTAS FISCAIS AUTUADAS NÃO FORAM AUTORIZADAS PELA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. PORTANTO, NÃO PODERÁ SER UTILIZADA COMO DOCUMENTO FISCAL.

ESTÁ COMPROVADO NOS AUTOS QUE TAIS NOTAS FISCAIS FORAM ESCRITURADAS NA ESCRITA FISCAL DIGITAL DA IMPUGNANTE, COMO SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DE COMUNICAÇÃO.

ENTRETANTO, A QUESTÃO A SER DISCUTIDA É SE AS OPERAÇÕES DE FATO OCORRERAM PARA QUE SE POSSA EXIGIR O IMPOSTO INCIDENTE SOBRE ELAS.

(...)

PORTANTO, O QUE SE TEM DOS AUTOS É QUE A FISCALIZAÇÃO NÃO ALCANÇOU COMPROVAR QUE AS OPERAÇÕES/PRESTAÇÕES DE FATO OCORRERAM, UMA VEZ NÃO TER IDENTIFICADO A ESCRITURAÇÃO DESTAS EM SEUS DESTINATÁRIOS. A FISCALIZAÇÃO TAMBÉM NÃO TROUXE AOS AUTOS QUALQUER OUTRO MEIO DE PROVA, COMO ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DAS RECEITAS OU COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO DOS VALORES SUPOSTAMENTE FATURADOS, TENDO SE SUSTENTADO NO FATO DA IMPUGNANTE TER DECLARADO EM SEUS REGISTROS FISCAIS (SPED E DAPI) A OCORRÊNCIA DE TAIS OPERAÇÕES.

POR SEU TURNO, A IMPUGNANTE ALEGA QUE O QUE OCORREU FOI UMA FALHA EM SEU SISTEMA A QUAL IMPEDIU A EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS, NÃO TENDO SIDO ENVIADAS AO SOFTWARE RESPONSÁVEL PELA INCLUSÃO DA ASSINATURA DIGITAL, MONTAGEM DE LOTE E ENVIO DOS DOCUMENTOS PARA AUTORIZAÇÃO DA RECEITA ESTADUAL. E AINDA QUE A TENTATIVA DE GERAÇÃO DE TAIS DOCUMENTOS FICOU GRAVADA NOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS ENTREGUES AO FISCO, QUANDO DEVERIAM SER EXCLUÍDOS, O QUE CAUSOU O EQUÍVOCO.

EM QUE PESE A PUBLICAÇÃO DO ATO DE FALSIDADE, TENDO COMO MOTIVO: "DOCUMENTO NÃO AUTORIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA", NÃO SE DEVE DESCONSIDERAR QUE, DE ACORDO COM A FISCALIZAÇÃO, MEDIANTE CRUZAMENTOS, NÃO SE IDENTIFICOU A ESCRITURAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS EM SEUS DESTINATÁRIOS, E QUE NÃO HÁ COMO IDENTIFICAR OS ITENS DAS NOTAS FISCAIS, VISTO QUE ESTAS CONSTAM COMO INEXISTENTES NO PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA.

ASSIM SENDO, NÃO HÁ COMO EXIGIR O IMPOSTO SOBRE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 22.374/17/3ª

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – NOTA FISCAL ELETRÔNICA AUTORIZADA. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/OPERAÇÃO PRÓPRIA E DO ICMS/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, 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 DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). O LANÇAMENTO DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS, EFETUADO PELA AUTUADA, COMO CANCELADAS NOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS (EFD), SEM A COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE QUE A OPERAÇÃO NÃO OCORREU, NÃO ELIDE A ACUSAÇÃO FISCAL. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, ICMS/ST E MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO ART. 56, INCISO II E § 2º, INCISO III E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 54, ALÍNEAS “A” E “B”, MAJORADA PELA REINCIDÊNCIA, NOS TERMOS DOS §§ 6º E 7º DO ART. 53, TODOS DA LEI Nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL ELETRÔNICA NÃO AUTORIZADA. CONSTATADO QUE A AUTUADA PROMOVEU SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, TENDO EM VISTA A UTILIZAÇÃO DE DANFES, RELATIVOS A NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS, CUJAS EMISSÕES NÃO FORAM AUTORIZADAS. EXIGÊNCIA APENAS DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DA LEI Nº 6.763/75 C/C O § 6º DO MESMO ARTIGO, UMA VEZ QUE O IMPOSTO DEVIDO NA OPERAÇÃO FOI RECOLHIDO, MAJORADA PELA REINCIDÊNCIA NOS TERMOS DOS §§ 6º E 7º DO ART. 53 DA MESMA LEI.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS – LIVRO REGISTRO DE ENTRADA. ACUSAÇÃO FISCAL DE FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 16, INCISO VI DA LEI Nº 6.763/75. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. ENTRETANTO, DEVE-SE EXCLUIR AINDA AS NOTAS FISCAIS QUE FORAM ESCRITURADAS EXTEMPORANEAMENTE. CORRETAS A EXIGÊNCIA REMANESCENTE DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO I, MAJORADA PELA REINCIDÊNCIA, NOS TERMOS DOS §§ 6º E 7º DO ART. 53, TODOS DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

A SEGUIR, TEM-SE A ANÁLISE, POR IRREGULARIDADE:

1 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS E ICMS/ST INCIDENTES NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS CONSTANTES DAS NF-ES AUTORIZADAS E ATIVAS NO PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA

FOI CONSTATADO MEDIANTE DADOS CONTIDOS NAS DAPIS, NA EFD E NAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS QUE A AUTUADA DEIXOU DE RECOLHER O ICMS E O ICMS/ST DESTACADO EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS AUTORIZADAS, PORÉM LANÇADAS COMO CANCELADAS E COM NÚMEROS INUTILIZADOS, NÃO TENDO SIDO LEVADA A REGISTRO NOS LIVROS REGISTRO DE SAÍDA E REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS, CONFORME PLANILHA ANEXO 2 (FLS. 26).

ALEGA A IMPUGNANTE QUE SE TRATA DE OPERAÇÕES EFETIVAMENTE CANCELADAS E NÃO REALIZADAS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM CIRCULAÇÃO FINANCEIRA DE MERCADORIAS QUE CONFIGURARIA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS, CONFORME SE COMPROVA DO HISTÓRICO DE REGISTROS ACOSTADOS AOS AUTOS (DOC. 6 - FLS. 181/183).

INFORMA A IMPUGNANTE, QUE APÓS O CANCELAMENTO DE PARTE DAS OPERAÇÕES E DEVOLUÇÃO DAS DEMAIS MERCADORIAS, EFETUOU O LANÇAMENTO DE TAIS INFORMAÇÕES EM SEU SISTEMA SAP, BAIXANDO AS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS PRINCIPAIS DECORRENTES, HAJA VISTA QUE COM O CANCELAMENTO E A DEVOLUÇÃO, O FATO GERADOR DO ICMS RESTOU ANULADO.

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 SOLICITAR O CANCELAMENTO DA NF-E, DESDE QUE NÃO TENHA HAVIDO A CIRCULAÇÃO DA RESPECTIVA MERCADORIA OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

(...)

2 - SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS, UTILIZANDO-SE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO AUTORIZADAS:

CONSTATOU-SE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS NOS MESES DE NOVEMBRO DE 2013, ABRIL E AGOSTO DE 2014,

UTILIZANDO-SE DE DANFES INÁBEIS, RELACIONADOS A NF-ES NÃO AUTORIZADAS, CONSTANTES DA EFD, CONFORME DESCRITO NO ANEXO 3 DE FLS. 39/44.

A IMPUGNANTE ALEGA EM SUA DEFESA, QUE O FISCO NÃO ESCLARECE AS RAZÕES PELAS QUAIS OS DANFES FORAM CONSIDERADOS INÁBEIS. E QUE O PRÓPRIO FISCO RECONHECE QUE O ICMS INCIDENTE NAS OPERAÇÕES FOI RECOLHIDO, ASSIM COMO AS NOTAS FISCAIS FORAM ESCRITURADAS CORRETAMENTE NA EFD, NÃO TENDO RESULTADO EM DANOS AO ERÁRIO OU À FISCALIZAÇÃO.

PRIMEIRO, CABE ESCLARECER QUE O FISCO FUNDAMENTA A SUA ACUSAÇÃO NO DISPOSTO NO ART. 39, § 1º DA LEI Nº 6.763/75 E NOS ARTS. 11-A, CAPUT E § 3º, E 11-C, § 2º DO ANEXO V DO RICMS/02, CONFORME DESCRITO NO RELATÓRIO FISCAL DE FLS. 14/22. VEJA-SE A REDAÇÃO DOS DISPOSITIVOS:

(...)

NÃO PROCEDE O ARGUMENTO DA IMPUGNANTE ACERCA DA FALTA DE RAZÕES QUE DEMONSTREM QUE O DANFE É INÁBIL, VISTO QUE O FISCO AFIRMA QUE TAIS DOCUMENTOS ESTÃO RELACIONADOS A NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS NÃO AUTORIZADAS, CONFORME SE COMPROVA PELAS CONSULTAS AO PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, ACOSTADAS ÀS FLS. 40/44.

DE ACORDO COM OS DISPOSITIVOS LEGAIS ACIMA TRANSCRITOS, O TRÂNSITO DAS MERCADORIAS ACOBERTADAS POR NF-E, DEVERÁ SER ACOMPANHADO PELO DANFE, DEVENDO ESTE SER UTILIZADO SOMENTE APÓS A AUTORIZAÇÃO DA RESPECTIVA NF-E. PORTANTO, OS DOCUMENTOS DECLARADOS PELA IMPUGNANTE NA EFD NÃO SÃO VÁLIDOS PARA ACOBERTAMENTO DAS MERCADORIAS NELES DESCRITAS, VISTO QUE NÃO FORAM AUTORIZADAS POR MEIO DE AUTORIZAÇÃO DE USO DA NF-E PELA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA.

COMO O ICMS FOI PAGO, O FISCO EXIGIU APENAS A MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO II, ALÍNEA "A" E § 6º DA LEI Nº 6.763/75:

(...)

CORRETA A EXIGÊNCIA FISCAL.

ACÓRDÃO PARADIGMA DE Nº 20.943/16/2ª

(...)

O LEVANTAMENTO FISCAL BASEOU-SE EM INFORMAÇÕES CONSTANTES DOS ARQUIVOS SINTEGRA, DEVIDAMENTE ENTREGUES PELA CONTRIBUINTE, QUE, CONFRONTADOS COM AS DECLARAÇÕES DE APURAÇÃO DO ICMS (DAPI), TAMBÉM ENVIADAS NO PERÍODO, MOSTRARAM-SE CONSISTENTES.

SALIENTA-SE QUE SE UTILIZOU, TAMBÉM, DOS DADOS CONSTANTES EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS EMITIDAS PELO ESTABELECIMENTO AUTUADO A PARTIR DE 01/09/09, PERÍODO

EM QUE SE INICIOU SUA OBRIGATORIEDADE, BEM COMO DE LIVROS E DOCUMENTOS FÍSICOS INTIMADOS E APRESENTADOS PELA EMPRESA AUTUADA.

ACRESCENTA-SE QUE, CONFORME INFORMAÇÃO DO FISCO, FOI REALIZADA CONFERÊNCIA, POR AMOSTRAGEM, ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS NOS ARQUIVOS SINTEGRA E OS DADOS CONSTANTES DOS DOCUMENTOS FÍSICOS E LIVROS APRESENTADOS PELA CONTRIBUINTE, O QUE DEMONSTRA QUE O FISCO ESTEVE SEMPRE EM BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

DESSA FORMA, CABERIA À IMPUGNANTE APONTAR E COMPROVAR EVENTUAIS ERROS EXISTENTES NO LEVANTAMENTO FISCAL, O QUE SEQUER TENTOU FAZER, RESTRINGINDO-SE A SIMPLES ALEGAÇÕES SEM QUALQUER COMPROVAÇÃO.

(...)

São também reproduzidos, pela Recorrente, excertos de decisões exaradas pelo TJMG e pelo CARF, as quais entende reforçar o posicionamento defendido no Recurso apresentado.

Vê-se que, a despeito das peculiaridades envolvidas tanto nos acórdãos indicados como paradigmas quanto no Acórdão recorrido, a análise das diferenças efetivamente verificadas em cada uma das decisões desborda, *in casu*, do juízo de mera admissibilidade, adentrando o mérito propriamente dito das discussões, razão pela qual tem-se por atendida a condição estatuída no inciso II do art. 163 do RPTA e, portanto, configurados os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Do Mérito

Registra-se, desde logo, que os fundamentos utilizados pela 3ª Câmara de Julgamento foram também adotados na presente decisão, razão pela qual ficam ratificados os termos constantes do Acórdão nº 22.445/17/3ª.

Dito isto, em acréscimo à fundamentação constante da decisão recorrida, cumpre destacar, tal como assinalado no parecer da Assessoria do CC/MG, que a acusação fiscal no presente PTA é de saídas de mercadorias e prestação de serviços desacobertas de documentação fiscal hábil, tendo em vista que a Autuada teria emitido notas fiscais eletrônicas (lançadas na EFD) e as utilizado para acobertar operações e prestações, documentos estes declarados falsos por não constarem no Portal da NF-e (notas fiscais não autorizadas).

Por outro lado, no tocante à decisão veiculada no Acórdão nº 22.374/17/3ª, verifica-se que as acusações fiscais são:

1 - falta de recolhimento de ICMS e do ICMS/ST destacados em notas fiscais eletrônicas autorizadas, conforme consta no banco de dados da NF-e, porém lançadas como canceladas e com números inutilizados na Escrita Fiscal Digital – EFD, não tendo sido levadas a registro nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

2 - saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, tendo em vista a utilização de DANFEs, relativos a notas fiscais eletrônicas, constantes da EFD, cujas emissões não foram autorizadas. Exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75, uma vez que o imposto devido na operação foi recolhido.

No tocante à irregularidade nº 1, supratranscrita, constata-se que a procedência das exigências fiscais decorreu dos aspectos a seguir destacados.

Em primeiro lugar, a Impugnante alegou que se trata de operações efetivamente canceladas e não realizadas, não havendo que se falar em circulação financeira de mercadorias que configuraria a hipótese de incidência do ICMS. E que, após o cancelamento de parte das operações e devolução das demais mercadorias, efetuou o lançamento de tais informações em seu sistema SAP, baixando as obrigações tributárias principais decorrentes, haja vista que com o cancelamento e a devolução, o fato gerador do ICMS restou anulado.

Todavia, conforme decidido naquele PTA, entendeu-se que os procedimentos adotados pela empresa autuada para cancelamento das notas fiscais não encontravam respaldo na legislação, pois:

- conforme 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 da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço, conforme procedimentos que são mencionados na referida decisão, os quais não foram observados pela empresa autuada;

- no tocante à inutilização de documentos fiscais eletrônicos, restou consignado na referida decisão que os procedimentos concernentes à tal hipótese, estabelecidos na legislação (art. 11-E e 11-G do referido Anexo V), também não foram observados pela Autuada.

Observa-se que neste item da decisão a acusação fiscal refere-se a notas fiscais autorizadas, conforme consta no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, e canceladas irregularmente pela Autuada, em relação às quais a empresa autuada não comprovou que as operações não ocorreram.

Já no caso do presente Recurso de Revisão, cuida-se de documentos fiscais que não foram autorizados, conforme consta do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, registrados na escrita fiscal da Autuada, em relação aos quais a Fiscalização, após cruzamento com os arquivos dos destinatários nelas constantes, verificou que não foram por eles escriturados e que, além disso, constam como inexistentes no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, resultando daí a impossibilidade de identificar os itens das notas fiscais.

No tocante à irregularidade nº 2, tratada no Acórdão nº 22.374/17/3ª, constata-se que foram consideradas procedentes as exigências fiscais, tendo em vista que o trânsito das mercadorias acobertadas por NF-e deverá ser acompanhado pelo DANFE, devendo este ser utilizado somente após a autorização da respectiva NF-e. Portanto, os documentos declarados pela Autuada na EFD não seriam válidos para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acobertamento das mercadorias neles descritas, visto que não foram autorizadas por meio de Autorização de Uso da NF-e pela Secretaria de Estado de Fazenda.

Em outras palavras, constatou-se que notas fiscais eletrônicas não autorizadas, conforme Portal da Nota Fiscal Eletrônica, acobertaram o trânsito das mercadorias, sendo por isso consideradas desacobertadas de documentação fiscal tais operações.

Na situação objeto do Recurso de Revisão ora em apreço, como mencionado, a acusação fiscal diz respeito a documentos fiscais que também constavam como não autorizados, no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, e também estavam registrados na escrita fiscal da Autuada. Contudo, diferente da situação anterior, inexistem elementos nos autos que comprovem que as referidas notas fiscais referiam-se a operações e prestações realizadas.

Portanto, afiguram-se evidentes as distinções, uma vez que nos presentes autos não há comprovação de que as operações/prestações efetivamente ocorreram, ao passo que na situação tratada no Acórdão nº 22.374/17/3ª restou consignado que o trânsito das mercadorias foi inquestionavelmente acobertado por documentos fiscais não autorizados, inexistindo, assim, qualquer dúvida de que as operações realmente ocorreram.

No caso do Acórdão nº 20.943/16/2ª, também mencionado pela Recorrente, verifica-se que a acusação fiscal é de que a Autuada promoveu entradas, saídas e manteve estoque mercadorias desacobertadas de documento fiscal, ocasionando falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS e ICMS/ST, irregularidades estas apuradas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), exercício fechado, situação com a qual não se confunde a matéria objeto do presente PTA.

Quanto aos demais aspectos, tal como ressaltado anteriormente, reitera-se, na íntegra, os fundamentos utilizados pela 3ª Câmara de Julgamento no âmbito do Acórdão nº 22.445/17/3ª, os quais foram também adotados na presente decisão.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 20/10/17. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em conhecer do Recurso de Revisão. Vencidos os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Relatora) e Eduardo de Souza Assis, que dele não conheciam. No mérito, à unanimidade, em lhe negar provimento. Designado relator o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Vander Francisco Costa e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 09 de novembro de 2017.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator designado**

D

4.967/17/CE