

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.628/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000163849-28
Impugnação: 40.010126687-45
Impugnante: Farmácia e Perfumaria Guiarone Ltda
IE: 067444302.00-46
Proc. S. Passivo: Pedro Cândido Vilela
Origem: DF/Betim

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DECADÊNCIA. Configurada a decadência ao direito de lançar, em relação às exigências do exercício de 2004, nos termos do art. 173, I do Código Tributário Nacional.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO. Constatou-se a falta de escrituração de notas fiscais de aquisições de medicamentos no livro Registro de Entradas, bem como a falta de recolhimento do ICMS/ST correspondente, mediante análise dos arquivos eletrônicos do estabelecimento remetente das mercadorias. Procedimento fiscal amparado no art. 51, parágrafo único, item 1 da Lei nº 6763/75. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO. Constatou-se saída de mercadorias, não sujeitas à substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal, tendo em vista a falta de registro de nota fiscal de entrada, apurada mediante análise dos arquivos eletrônicos emitidos pelo estabelecimento remetente das mercadorias. Procedimento fiscal amparado no art. 51, parágrafo único, item 1 da Lei nº 6763/75. Deve-se, no entanto, conceder o percentual de 12% (doze por cento), a título de crédito de ICMS, incidente sobre o montante de entradas desacobertadas. Corretas, em parte, as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA – PRESUNÇÃO. Constatou-se saída de mercadorias, sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal, apuradas mediante análise dos arquivos eletrônicos emitidos pelo estabelecimento remetente das mercadorias. Procedimento fiscal amparado no art. 51, parágrafo único, item 1 da Lei nº 6763/75. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades cometidas pelo Sujeito Passivo, constatadas mediante a conferência de arquivos magnéticos e documentos fiscais, com aplicação da presunção legal estampada no inciso I do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6763/75:

1- Promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais:

1.1 - sujeitas à tributação normal do imposto, pelo que se exige o ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75, conforme demonstrado no Relatório Fiscal e Anexos I, II e III;

1.2 - sujeitas à substituição tributária, pelo que se exige a Multa Isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75, adequada ao disposto no § 2º do mencionado artigo, demonstrada no Relatório Fiscal e Anexos I a III.

2- Deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária no momento da entrada das mercadorias, pelo que se exige o ICMS/ST acrescido da Multa de Revalidação prevista no art. 56, II da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, a Impugnação de fls. 178/197, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 227/239.

DECISÃO

Do Mérito

Preliminarmente, alega a defesa a ocorrência de decadência para as exigências do exercício de 2004, com fulcro no art. 173, I do Código Tributário Nacional.

Para tanto, alega a invalidade da intimação por edital, uma vez que essa deveria preceder da intimação pessoal ou postal.

O Fisco, por sua vez, sustenta que lhe cabe optar pela modalidade de intimação mais conveniente, transcrevendo dispositivo da legislação processual mineira.

Sustenta a Autoridade Fiscal que teria ela se dirigido ao estabelecimento da Autuada em 29/12/09, com o intuito de efetivar a intimação do Auto de Infração.

Ocorre, porém, que os funcionários presentes no estabelecimento se recusaram a receber a intimação e informaram que o proprietário da empresa se encontrava em local incerto e ignorado.

Assim, e considerando que o contabilista não possuía autorização para recebimento da intimação, decidiu o Fisco pela publicação da referida intimação por edital, conforme publicação no “Diário Oficial” de 31 de dezembro de 2009.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma, ainda, o Fisco que, nos termos do art. 10 do RPTA/MG, estando o destinatário em local incerto e ignorado, cabe a ele promover a intimação pela via editalícia.

Sem razão o Fisco, no entanto, uma vez que a interpretação dos dispositivos não deve ser feita de forma literal como posta na Manifestação Fiscal.

O art. 93 do RPTA/MG assim dispõe:

Art. 93. Ressalvada a hipótese de intimação por edital, uma via do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento serão entregues ao sujeito passivo.

§ 1º A intimação pessoal do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento será realizada mediante entrega do documento, contra recibo na 1ª via do mesmo pelo sujeito passivo, seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais.

Neste caso, estando ausente o sócio-administrador, não se pode falar em recusa dos funcionários em receber o Auto de Infração, uma vez que eles não são representantes legais do estabelecimento autuado.

Frise-se que a legislação mineira os autoriza a receber apenas o Auto de Início de Ação Fiscal.

Por sua vez, o art. 10 do mesmo regulamento processual assim prescreve:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial.

O disposto no caput, aparentemente autoriza a Fazenda Pública a adotar a forma de intimação que mais lhe convir, ao utilizar a expressão “a critério da Fazenda Pública Estadual”.

Ocorre, no entanto, que o disposto no § 1º funciona como redutor da autorização concedida no caput, ao afirmar que a “intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial” quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio.

Assim, resta claro que as duas primeiras modalidades de intimação devem preceder a via do edital.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a expressão “quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível”, quer se referir a uma situação permanente ou duradoura, mas não a um fato isolado de não se encontrar o responsável pela empresa no momento da visita fiscal.

Resta afirmar, ainda, que não se comprovou que o sócio-administrador encontrava-se ausente do território do Estado.

Noutro giro, ainda que se considere a intimação por edital, melhor sorte não assiste ao Fisco, em face do disposto no art. 12 do RPTA/MG, que determina:

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

I - em se tratando de intimação pessoal, na data do recebimento do respectivo documento;

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais; ou

b) no 11º (décimo primeiro) dia a contar do dia em que foi postado o documento caso no recibo não conste a assinatura ou a data de seu recebimento;

III - em se tratando de intimação por meio de publicação no órgão oficial, na data de sua publicação;

IV - em se tratando de intimação por meio de correio eletrônico, no 6º (sexto) dia a contar do envio da mensagem.

Parágrafo único. A intimação realizada em dia que não haja expediente normal na repartição em que tramita o PTA ou deva ser praticado o ato considera-se realizada no primeiro dia seguinte em que houver expediente normal.

Pelo que consta no texto legal, a intimação por meio de publicação (edital) considera-se efetivada na data de sua publicação, que se deu em 31 de dezembro de 2009

Ocorre, no entanto, que no dia 31 de dezembro não houve expediente normal na repartição, em decorrência de ponto facultativo decretado pelo Sr. Governador do Estado.

Neste caso, por força do contido no parágrafo único acima, a intimação deve ser considerada como efetivada no primeiro dia útil seguinte, que no caso presente é o dia 04/01/10.

Importante frisar que o próprio Fisco indica como data de recebimento do Auto de Infração, no DCMM de fls. 176, o dia 07/01/10, data de recebimento da correspondência encaminhada por via postal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resta, portanto, caracterizada a decadência ao direito de lançar, relativamente às exigências do exercício de 2004.

Quanto ao mérito propriamente dito, o presente trabalho versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais sujeitas à tributação normal do imposto ou ao regime de substituição tributária, bem como sobre a falta de recolhimento do ICMS/ST na entrada de mercadoria em operação interestadual (ST Interna).

As exigências foram apuradas mediante a conferência de arquivos magnéticos enviados pelo estabelecimento remetente das mercadorias e documentos fiscais, com aplicação da presunção legal prevista no inciso I do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6763/75 e compreendem o período de 01/05/04 a 28/02/05.

Exigiu-se o ICMS/ST pelas entradas desacobertas e o ICMS nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, com as respectivas multas de revalidação de 50% (cinquenta por cento), bem como a Multa Isolada capitulada no art. 55, II da Lei nº 6763/75 para as saídas desacobertas, sendo esta ajustada ao disposto no § 2º mesmo artigo, quando relacionada às saídas de mercadorias (medicamentos não genéricos) sujeitas ao regime de substituição tributária.

O lançamento encontra-se instruído com o Relatório Fiscal, contendo todas as informações sobre o *modus operandi* da empresa envolvida e emitente dos arquivos eletrônicos, a Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda, estabelecida no Estado do Paraná.

Presentes nos autos, também, planilha contendo a relação das notas fiscais não escrituradas e os quadros demonstrativos do valor das entradas interestaduais não escrituradas, da Margem de Valor Agregado, carga tributária média do contribuinte autuado e diversas informações que explicam o resultado obtido pelo Fisco (legenda), conforme Anexos I, II e III.

Foram juntadas as cópias do livro de Registro de Entradas, bem como cópias da DAMEF, DAPI e Consultas SINTEGRA.

A autuação está devidamente amparada na legislação tributária, nos termos do disposto no art. 51, parágrafo único da Lei nº 6.763/75, conforme transcrição adiante:

"Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desse modo, analisando o Relatório Fiscal, constata-se que a Fiscalização, por meio de comparação entre o RIS-SINTEGRA – Rede Intranet Sintegra, de acesso a todos os Estados da Federação, e o TED – Transmissão Eletrônica de Dados contendo os elementos relativos às notas fiscais emitidas pela empresa Distribuidora Santa Cruz Ltda., sediada no Estado do Paraná, apurou que as notas fiscais informadas no RIS-SINTEGRA não foram escrituradas pela Autuada.

Assim, não tendo a Autuada informado o recebimento das mercadorias e não tendo escriturado as notas fiscais no livro de Registro de Entradas restou comprovado nos autos o procedimento da empresa mineira de adquirir mercadorias da empresa Distribuidora Santa Cruz Ltda., do Paraná, sem o registro dos documentos nos livros fiscais, ensejando a aplicação da presunção legal prevista no parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75, acima transcrito.

Registre-se, por oportuno, que a empresa remetente (Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz) não se encontra cadastrada neste Estado, nem era detentora de Regime Especial que lhe atribuisse a condição de responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido a título de ST, não havendo, ainda, à época, protocolo ou convênio entre os Estados para a atribuição da responsabilidade ao remetente.

Muito embora a empresa possua estabelecimentos sediados em São Paulo e Minas Gerais, considerados substitutos tributários por força de regime especial, ao faturar diretamente a varejistas mineiros, pela sua unidade do Paraná, não promove a retenção do imposto, permanecendo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST ao adquirente da mercadoria.

O contribuinte adquirente, por sua vez, descumpre a obrigação legal de registrar os documentos fiscais e de recolher antecipadamente o ICMS/ST, conforme disposto no art. 14 do Anexo XV do RICMS/02.

Com base nas informações disponíveis, e considerando a ausência de dados que individualizassem os produtos, uma vez que a empresa paranaense não apresentou os registros vinculados à descrição das mercadorias (tipo 54), o Fisco promoveu o rateio das operações sujeitas à tributação normal e substituição tributária, adotando as informações disponibilizadas pela Autuada nas DAPIs, o mesmo sendo feito para viabilizar a quantificação de medicamentos genéricos e não genéricos.

Por outro lado, adotando-se os valores da DAMEF, apurou o Fisco o percentual de agregação média, propiciando, assim, identificar o montante de saídas sem emissão de documentos fiscais, tanto para os produtos sujeitos a tributação normal, quanto para aqueles submetidos ao regime de substituição tributária.

Na mesma linha, identificou a carga tributária média para o período ou, no caso de contribuinte enquadrado no regime de “MICROGERAIS”, vigente à época dos fatos geradores, adotou a alíquota de 18% (dezoito por cento), por ser mais benéfica à Autuada, uma vez os cosméticos e produtos do toucador são tributados pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento).

Todo processo de arbitramento foi efetivamente demonstrado em planilhas que compõem os autos, bem como descrito nos campos “legenda” e “observações” que integram as mencionadas planilhas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à matéria objeto do lançamento, este Conselho de Contribuinte tem se manifestado pela procedência do lançamento, validando a presunção, quando não apresentada provas significativas de evento contrário ao disposto na legislação.

Nesse sentido, a 3ª Câmara de Julgamento proferiu o Acórdão nº. 19.228/09/3ª, considerando legítima a presunção de saída desacobertada de documentação fiscal por força das disposições contidas no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6763/75, em infração caracterizada pela falta de registro da entrada e saída de mercadorias submetidas ou não ao regime de substituição tributária, adquiridas de fornecedores localizados em outras Unidades da Federação, e embasadas em informações declaradas por esses nos arquivos SINTEGRA.

O referido Acórdão cita textualmente:

"Os argumentos de defesa apresentados, no tocante a esta irregularidade também não podem ser acolhidos, em fase da presunção relativa estatuída no art. 51 § único, inciso I da Lei 6763/75.

Salienta-se que no caso das presunções legais relativas, há uma inversão do ônus da prova, pois a autoridade fiscal após a constatação fática do tipo descrito na lei pode presumir a ocorrência da irregularidade através da simples invocação do texto legal, dispensada a produção de provas, imputando a lei, neste caso, ao contribuinte o ônus de fornecê-la."

No caso em questão, além do fato de a Contribuinte não fornecer qualquer prova em sentido contrário, também não comprovou o pagamento do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais.

Importante destacar, como bem salientou o Fisco, que do cruzamento das declarações constantes nos arquivos SINTREGA da Distribuidora Santa Cruz/PR com os registros das entradas declarados pelos adquirentes deste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2004, foram formalizadas 118 (cento e dezoito) peças fiscais, dentre as quais houve o reconhecimento da infração pelos autuados correspondentes a 74 (setenta e quatro) casos de parcelamento e 08 (oito) peças fiscais quitadas integralmente, importando em um percentual de 70% (setenta por cento) de solução do crédito tributário sem qualquer questionamento.

Há ainda que se destacar que dentre as 118 (cento e dezoito) peças fiscais, 19 (dezenove) foram objeto de termos de autodenúncias formalmente reconhecidas e parceladas, o que vem demonstrar que a não-escrituração da nota fiscal de aquisição, tem como objetivo maior encobrir o artifício utilizado pelas empresas em fugir da responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Pode-se concluir, então, que as informações da remetente são confiáveis, já reconhecidas por cerca de 70% (setenta por cento) dos destinatários, com pagamento ou parcelamento ainda na fase inicial de tramitação dos respectivos PTAs, ou, até mesmo, antes da cobrança de ofício, como nos casos das denúncias espontâneas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A presunção legal, por si só, já seria suficiente para afastar as alegações da Autuada quanto ao não recebimento das mercadorias, já que não apresenta provas em contrário. É o que se denota do texto de Acórdão acima transcrito, pelo qual resta estabelecida a inversão do *onus probandi*.

Poderia a Autuada, por exemplo, solicitar à empresa fornecedora, com quem mantém relações comerciais, a comprovação de que as operações listadas na acusação fiscal não eram a ela destinadas, afastando a presunção legal. Podendo fazê-lo e não o fazendo, suas simples alegações não são suficientes para elidir o lançamento.

Noutro giro, pede a Impugnante a aplicação do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN, ao argumento de que, se o Fisco adotou a menor alíquota em seu favor, também deveria assim ter procedido em relação às informações contidas no RIS e no TED, adotando a de menor valor.

Sem razão a defesa, no entanto. Neste caso, caberia ao Fisco fazer, como de fato procedeu, uma criteriosa análise de forma a identificar o real movimento realizado entre as empresas, estando absolutamente correto o procedimento de adotar as informações que continham todas as notas fiscais endereçadas ao destinatário mineiro.

Destaca, ainda, a Autuada, que a multa isolada está equivocadamente calculada, entendendo que o resultado financeiro não está adequado ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75.

Mais uma vez, não prospera a tese defensoria. No caso dos autos, a penalidade isolada vinculada às saídas de mercadorias sujeitas à tributação normal não desafia adequação ao mencionado parágrafo, uma vez que a menor alíquota aplicada foi a de 18% (dezoito por cento), estando correta a penalidade isolada de 40% (quarenta por cento), prevista no art. 55, II da Lei nº 6763/75.

Por outro lado, a multa decorrente das saídas desacobertas de produtos vinculados ao regime de substituição tributária, somente deve ser adequada, como fez o Fisco, em relação à parcela de medicamentos genéricos, que são tributados pela alíquota de 12% (doze por cento), admitindo a adequação de 2,5 vezes o valor do imposto.

Portanto, a fórmula adotada para a adequação da multa isolada está correta e descrita na “Legenda” que acompanha a planilha de cálculos.

Frise-se, também, que ao promover o cálculo do ICMS/ST devido pela entrada de mercadorias, a autoridade lançadora abateu do valor do imposto apurado o ICMS devido pela operação própria do remetente, conforme informação do item “2” do campo “Observações” da planilha de cálculos.

De igual modo deveria ter procedido ao calcular o ICMS devido nas saídas de produtos sujeitos a tributação normal, abatendo a parcela equivalente a 12% (doze por cento) do montante apurado de entradas desacobertas de tais produtos, legitimando a regra da não cumulatividade.

Neste caso, ao considerar a existência de operações de entrada e saída de mercadoria por presunção legal, em decorrência das informações contidas nos arquivos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

eletrônicos, deve presumir, também, a existência de crédito do imposto destacado nos respectivos documentos fiscais.

Assim, deve-se conceder o percentual de 12% (doze por cento), a título de crédito de ICMS, incidente sobre o montante de entradas desacobertadas de produtos sujeitos à tributação normal do imposto, conforme demonstrado no quadro adiante, ajustando-se, por consequência, a respectiva multa de revalidação:

Exercício de 2005:

Evento	Valor	Carga Tributária	Valor
Saídas	48.177,06	18%	8.671,87
Entradas	35.792,83	12%	4.295,13
ICMS devido	-	-	4.376,74

Assim, o lançamento do crédito tributário encontra-se devidamente respaldado na legislação tributária vigente, não restando dúvidas a respeito da efetiva ocorrência do fato gerador do tributo, bem como corretas as exigências lançadas a título de multas (de revalidação e isolada).

Esclareça-se que, no caso do ICMS/ST exigido (devido no momento da entrada das mercadorias) acrescido da multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento), demonstrados no Relatório Fiscal, a Impugnante é responsável pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária nas operações interestaduais com medicamentos e similares, desacobertadas de documentação fiscal, uma vez que a substituição tributária instituída pelo Decreto nº 43.708 de 19/12/03 (*com efeitos de 1º/01/04 a 30/11/05*) trata de substituição tributária interna, vigente apenas dentro do Estado, tendo em vista que Minas Gerais, até aquele exercício, não havia firmado Convênio com os outros Estados. O dispositivo a seguir trata da matéria:

Decreto nº 43.708 de 19/12/2003 - ANEXO IX

CAPÍTULO LI

Das Operações Relativas a Medicamentos e Outros Produtos Farmacêuticos

"Art. 408 - A responsabilidade instituída neste Capítulo aplica-se também:"

"I - ao contribuinte mineiro que adquirir ou receber a mercadoria de que trata este Capítulo de outra unidade da Federação, sem a retenção, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE); ("Efeitos de 1º/01/2004 a 30/11/2005 - Redação dada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 11, ambos do Dec. nº 43.724, de 29/01/2004).

Frise-se, ainda que, no caso dos autos, a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido nas operações com as mercadorias relacionadas nas notas fiscais objeto do lançamento é da Impugnante, haja vista que a Distribuidora Santa Cruz Ltda-CNPJ: 61.940.292/0002-18, do Estado do Paraná, emitente das notas fiscais, não possui Regime Especial e não havia celebração de Protocolo junto ao Estado de Minas Gerais, no período de maio/04 a dezembro/04, para efetuar o recolhimento do ICMS/ST.

Não procede, também, a argumentação de que a Autuada encontrava-se cadastrada no regime diferenciado para micros e pequenas empresas, uma vez que a legislação que rege a espécie é suficientemente clara, ao afirmar que não se aplica o regime diferenciado em relação às entradas e saídas desacobertadas, bem como no tocante às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por outro lado, não há que se falar em cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, uma vez que ação da Impugnante resultou em falta de recolhimento do imposto, tanto de produtos sujeitos à tributação normal, quanto àqueles sujeitos ao regime de substituição tributária.

Destaque-se, por oportuno, que a fundamentação desta decisão pode conter elementos que não tenham sido apresentados na peça de defesa, mas que foram levantados por outros impugnantes, uma vez que foram julgados diversos processos envolvendo a mesma matéria. Por economia processual, a presente decisão trata não só da discussão posta na Impugnação, mas contempla, também, todos os procedimentos levantados pelos demais clientes da Distribuidora Santa Cruz.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: a) excluir as exigências relativas ao exercício de 2004; b) conceder o percentual de 12% (doze por cento), a título de crédito de ICMS, incidente sobre o montante de entradas desacobertadas de produtos sujeitos à tributação normal do imposto. Vencido, em parte, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que não excluía o exercício de 2004. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Pedro Cândido Vilela e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 16 de junho de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.628/10/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000163849-28	
Impugnação:	40.010126687-45	
Impugnante:	Farmácia e Perfumaria Guiarone Ltda	
	IE: 067444302.00-46	
Proc. S. Passivo:	Pedro Cândido Vilela	
Origem:	DF/Betim	

Voto proferido pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

O voto vencedor excluiu as exigências relativas ao exercício de 2004 por entender que já havia decaído o direito da Fazenda Pública de efetuar o lançamento.

O Auto de Infração – AI foi emitido em dia 17/12/09. Relata o Fisco que, no dia 29/12/09, dirigiu-se à empresa, após contato telefônico, no intuito de entregar a peça de autuação, assim como os documentos fiscais que se encontravam em seu poder, necessários para garantir o direito de defesa do Contribuinte.

Entretanto, os funcionários do Autuado informaram que o proprietário da empresa se encontrava em viagem, em local ignorado, e se recusaram a receber os documentos, bem como assinar o Termo de Constatação constante às fls. 05 do PTA. Assim, o Auto de Infração não foi entregue pessoalmente, pois os funcionários não possuíam poderes para recebê-lo.

Ressalte-se que o Contador do Impugnante não possui autorização para manter a guarda dos livros e documentos fiscais, motivo pelo qual não lhe foi entregue o Auto de Infração.

Portanto, diante do relato que o contribuinte estaria em viagem e da impossibilidade de entrega do Auto de Infração ao Contador, o Fisco procedeu à intimação do AI por edital, que se deu no dia 31/12/09 (fls. 174), e o remeteu ao Autuado via postal, por Aviso de Recebimento - AR, tão somente para que lhe fosse garantido o seu direito constitucional da ampla defesa.

Agiu o Fisco de modo correto, com respaldo no RPTA, art. 10, § 1º, *in verbis*:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial. (grifo nosso)

§ 1º Quando o destinatário se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível ou ausente do território do Estado, ou quando não for possível a intimação por via postal, inclusive na hipótese de devolução pelo correio, a intimação será realizada mediante publicação no órgão oficial. (grifo nosso)

Não cabe ao Fisco efetuar diligências para localizar o paradeiro do Contribuinte quando seus funcionários afirmam que ele não se encontra no estabelecimento e que não sabem onde ele se encontra. Reprise-se que, no presente caso, nenhum dos funcionários presentes ou o mesmo o Contador do Autuado têm autorização para receber autuação fiscal.

O Fisco, diante do ilícito tributário constatado no presente AI e aprovado por este órgão julgador, foi diligente na defesa do interesse público ao assegurar que fosse o Autuado intimado ainda no exercício de 2004, para que não ocorresse a decadência do seu dever de lançamento do crédito tributário.

Fundamenta o voto vencedor que, conforme art. 12, parágrafo único do RPTA, a intimação por meio de publicação (edital) considera-se efetivada na data de sua publicação, que se deu em 31/12/09, mas que, como não houve expediente normal na repartição neste dia, em decorrência de ponto facultativo decretado pelo Sr. Governador do Estado, a intimação deve ser considerada como efetivada em 04/01/10.

Contudo, a interpretação de tal dispositivo não pode ser literal e cabe procurar o sentido e a finalidade de tal norma, abaixo transcrita:

DECRETO Nº 44.747, DE 03/03/08 (MG de 04/03/2008)

Estabelece o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

(...)

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

(...)

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

I - em se tratando de intimação pessoal, na data do recebimento do respectivo documento;

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais; ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) no 11º (décimo primeiro) dia a contar do dia em que foi postado o documento caso no recibo não conste a assinatura ou a data de seu recebimento;

III - em se tratando de intimação por meio de publicação no órgão oficial, na data de sua publicação;

IV - em se tratando de intimação por meio de correio eletrônico, no 6º (sexto) dia a contar do envio da mensagem.

Parágrafo único. A intimação realizada em dia que não haja expediente normal na repartição em que tramita o PTA ou deva ser praticado o ato considera-se realizada no primeiro dia seguinte em que houver expediente normal.

Pelo que consta no texto legal, a intimação por meio de publicação (edital) considera-se efetivada na data de sua publicação, que se deu em 31/12/09. Depreende-se, também, que, como todos os atos processuais, a contagem de prazo no primeiro dia seguinte em que houver expediente normal, quando cair em dia que não houver expediente na repartição em que tramita o processo, visa resguardar, exclusivamente, que o Autuado tenha garantido seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa. Tal dispositivo não pode ser invocado quando não devam ser praticados atos que possam vir a prejudicar seu amplo direito de defesa.

No presente caso, a intimação em 31/12/09, apesar de não ter tido expediente normal na repartição, em nada prejudicou o Autuado uma vez que, de fato, para sua defesa, o prazo começa a contar no primeiro dia útil seguinte, dia 04/01/10. Esta data, 31/12/09, é para que tenha conhecimento de sua intimação e isto independe de estar a repartição funcionando ou não. O Edital é publicado no Diário Oficial do Estado, que circulou no dia 31/12/09, normalmente, independentemente de o Governador ter decretado ou não ponto facultativo nas repartições estaduais.

Lembre-se, por oportuno, que o interesse público deve prevalecer sobre o privado. Temos, aqui, de um lado, o Fisco na defesa do interesse público e, do outro lado, um contribuinte escusando-se de assumir ilícito tributário comprovado e que teve amplamente respeitado seu direito constitucional de contraditório e de ampla defesa. O Fisco diligenciou para que o Autuado fosse intimado ainda em 2009.

Diante do acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento apenas para conceder o percentual de 12% (doze por cento), a título de crédito de ICMS, incidente sobre o montante de entradas desacobertas de produtos sujeitos à tributação normal do imposto.

Sala das Sessões, 16 de junho de 2010.

René de Oliveira e Sousa Júnior
Conselheiro