

Acórdão: 16.806/05/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114088-98
Impugnante: Daniela Bicalho Nicolas
Proc. S. Passivo: Ricardo Nicolas/Outro
PTA/AI: 02.000208097-40
CNPJ: 00259520/0001-13
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA. Constatada entrega de mercadoria (farinha de trigo importada) desacobertada de documentos fiscais e sem comprovação do pagamento do imposto devido. Irregularidade apurada a partir do confronto entre as notas fiscais apresentadas e a contagem física realizada, quando se apurou que a quantidade transportada era inferior à quantidade de mercadoria descrita nos documentos fiscais. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para considerar a base de cálculo, sem agregação da margem de lucro de 30% (trinta por cento). Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Os trabalhos fiscais ocorreram no dia 09 de setembro de 2004, mediante ação fiscal desenvolvida no trânsito de mercadorias (farinha de trigo), quando foram apresentadas as Notas Fiscais n.ºs 4956 e 4959, de emissão de Daniela Bicalho Nicolas (Autuada) e a Nota Fiscal n.º 865, emitida por Comercial Resine Ltda. Procedeu-se então a contagem física da mercadoria tendo sido verificado pela fiscalização que a quantidade de mercadoria encontrada no veículo transportador era inferior em 31 sacas de 50 Kg. cada, à descrita nas notas fiscais. Exigências de ICMS, MR e MI esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, Impugnação às fls. 18/23, aos argumentos a seguir sintetizados:

- carregou seu caminhão como prova a certidão da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com sacas de farinha de trigo para serem entregues em Poços de Caldas- MG;

- por equívoco faltou na carga um total de 31 sacas de farinha de trigo, cada uma com peso de 50 quilos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- quando da autuação o caminhão já havia sido transferido a atual proprietária – Daniela Bicalho Nicolas, mas o motorista, por equívoco, entregou o documento anterior;

- a data da transferência do veículo junto ao Departamento de Trânsito foi 29 de junho de 2004, a partir da qual o ex-proprietário – Sr. Valdenir Barbosa, já não mais respondia pelo veículo;

- esta situação poderia ter sido verificada pelos fiscais visto que os registros públicos são abertos via internet;

- o caminhão é veículo automotor sendo que a compra e venda se opera com a simples tradição não com o registro em qualquer órgão. Assim o proprietário anterior vê-se isento de qualquer responsabilidade a partir da tradição. Cita jurisprudência no sentido de sua manifestação;

- tem direito ao contraditório e à ampla defesa. Os fiscais não tem provas para sustentar a autuação e as imputações fiscais;

- não infringiu nenhum dos incisos do artigo 16 citados no Auto de Infração;

- a diferença apurada na carga do caminhão foi física a menor, onde deve ser perguntado qual a infração apurada, pois a Lei veda a circulação de mercadorias sem as respectivas notas fiscais, não o contrário;

- entender que por um erro de carregamento houve transporte desacobertado em solo mineiro é interpretação equívoca dissociada da realidade;

- não agiu com dolo nem causou prejuízo à Fazenda do Estado de Minas Gerais;

- foi explicado ao Fiscal por telefone o equívoco ocorrido no carregamento. Assim, dentro dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, é um absurdo a lavratura do Auto de Infração por presunção, sem a menor atenção à verdade real;

- absurdo também que seja arbitrado valor da mercadoria para fins de autuação, pois não havia mercadoria sem nota, situação que é dado o permissivo para adoção de tal procedimento;

- tem o direito de vender sua mercadoria pelo preço que entender justo, auferindo lucro conforme seu próprio entendimento;

- ao emitir a nota fiscal avulsa a diferença existente entre notas e contagem física foi aumentada.

Ao final pede a declaração de nulidade do Auto de Infração por fundamentação equivocada e a procedência de sua defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

À folha 45 consta a Impugnação do Coobrigado Valdenir Barbosa pedindo sua exclusão do processo uma vez que o veículo não mais lhe pertencia quando da autuação fiscal.

O Fisco se manifesta às fls. 55/58, aos fundamentos que se seguem de forma sintética:

- no que tange ao coobrigado, no momento da ação fiscal face aos documentos apresentados foi correta a eleição, no entanto, a partir da impugnação do mesmo e das provas anexadas aos autos, foi promovida sua exclusão;

- as provas que a Autuada pede que sejam juntadas para comprovar a imputação fiscal já estão nos autos, pois a situação apresentada é a seguinte: mercadoria descrita nos documentos – 164 sacos de 50 Kg de farinha de trigo importada e 23 fardos com 10 Kg cada do mesmo produto; mercadoria encontrada no veículo: 133 sacos de 50 Kg de farinha de trigo importada e 23 fardos com 10 Kg cada do mesmo produto. Desta forma apurou-se a diferença de 31 sacos;

- a diferença física à descrita nas notas é infração à legislação de conformidade com o inciso III do artigo 149 do RICMS;

- todos os dispositivos citados no Auto de Infração têm perfeita conexão com o fato ocorrido;

- transcreve os dispositivos legais que entende embasarem o trabalho fiscal;

- como o destino das mercadorias não foi revelado pelo motorista entende que a mercadoria deve ser considerada mineira e aplicada a margem de lucro conforme indicado no inciso IV do artigo 73 do Anexo IX do RICMS/02;

- o fato causaria prejuízo ao Erário Mineiro pois, no mínimo, as mercadorias que entram desacobertas fatalmente teriam suas operações posteriores desacobertas;

- foi ainda aplicada a majoração da multa isolada devido a reincidência na infração do §1º do artigo 39 da Lei n.º 6.763/75.

Por fim requer a procedência do lançamento.

À fl. 63 a Impugnante volta a se manifestar nos autos após ter sido informada sobre a exclusão do Coobrigado e reafirma que a autuação ocorreu por equívoco dos Autuantes pois foi feito um contato telefônico quando foi-lhes explicado que a diferença encontrada era devido a erro de carregamento e que as mercadorias estariam na sede da empresa.

DECISÃO

Trata-se o lançamento em análise das exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, esta última capitulada no artigo 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pela imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter realizado a entrega sem o devido acobertamento fiscal das mercadorias - 31 sacas de farinha de trigo importada, em 09 de setembro de 2004.

Cumprido ressaltar que o Auto de Infração narra que no momento da ação fiscal foram apresentadas as Notas Fiscais nºs 4956 e 4959, de emissão de Daniela Bicalho Nicolas (Autuada) e a Nota Fiscal n.º 865, emitida por Comercial Resine Ltda., sendo que foi realizada a contagem física da mercadoria tendo sido verificado pela fiscalização que a quantidade de mercadoria encontrada no veículo transportador era inferior em 31 sacas de 50 Kg. cada, à descrita nas notas fiscais.

Preliminarmente cumpre esclarecer que o contribuinte alega que o lançamento em discussão representa ruptura dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, sendo um absurdo a lavratura do Auto de Infração por presunção.

Destaque-se ainda que a Defesa aborda em grande parte de seus argumentos a impropriedade da eleição do Coobrigado uma vez que o veículo já havia sido por ela adquirido inclusive quando da autuação o caminhão já havia sido transferido, mas o motorista, por equívoco, entregou o documento anterior. Assim a data da transferência do veículo junto ao Departamento de Trânsito foi 29 de junho de 2004, a partir da qual o ex-proprietário – Sr. Valdenir Barbosa, já não mais respondia pelo veículo.

Quanto a este ponto especificamente deve ser destacado que o Coobrigado foi formalmente excluído do presente Processo Tributário Administrativo conforme documentos de fls. 59 e 60, sendo que a ora Defendente foi cientificada de tal exclusão tendo sobre ela se manifestado à fl. 63.

Sendo assim não resta mais discussão sobre este ponto e, portanto, não se encontra o mesmo em julgamento.

No que se refere aos demais argumentos preliminares entendemos que não houve qualquer quebra a ampla defesa da Impugnante ou fundamentos capazes de levar a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Em relação à obrigação dos contribuintes ao promoverem os seus atos negociais, a Lei Estadual n.º 6.763/75 estabelece em seu artigo 16, incisos VI, e XIII, ambos citados no Auto de Infração, o que segue:

“Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

.....
VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;
.....
XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;
.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressaltamos pela relevância que do Auto de Infração constam a descrição clara e precisa das irregularidades apuradas pelo Fisco, a menção dos dispositivos legais infringidos e os das penalidades cominadas.

Como se não bastasse, o embate trazido pela Postulante com relação ao mérito do feito demonstra sua perfeita compreensão com relação à natureza da irregularidade apurada pelo Fisco. Da síntese da peça de defesa constante do relatório anterior é possível perceber que a mesma abordou todas as irregularidades a ela imputadas com argumentos que demonstram seu total entendimento da questão.

Assim, preliminarmente entendemos que devam ser rejeitados os argumentos da Defesa, sendo que o amplo direito de defesa está efetivamente garantido à Impugnante no presente processo.

No mérito, destacamos inicialmente, quanto ao argumento de defesa de que a emissão das notas fiscais foi feita dentro da legalidade e da boa-fé, não havendo indícios de sonegação em seu procedimento, o disposto no Código Tributário Nacional, ao estabelecer que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente, e ressaltamos que a legislação mineira guarda igual determinação. Assim temos:

“Art. 136 - Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

No que tange a sua eleição como sujeito passivo temos que a ação fiscal contra si é correta tendo em vista as disposições do artigo 21, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Importante verificarmos a integralidade das normas contidas no citado inciso II do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75 e sua exata abrangência, *in verbis*:

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....

II - os transportadores:

a) em relação às mercadorias que entregarem a destinatário diverso do indicado na documentação fiscal;

b) em relação às mercadorias transportadas, que forem negociadas em território mineiro durante o transporte;

c) em relação à mercadoria transportada sem documento fiscal, ou com nota fiscal com prazo de validade vencido.

d) em relação à mercadoria transportada com documentação fiscal falsa ou inidônea;

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da leitura do dispositivo legal percebe-se claramente que o mesmo trata de extensão da responsabilidade solidária, elencando as circunstâncias em que a mesma ocorrerá.

Acresça-se à interpretação acima manifestada o fato de que, no caso dos autos, o veículo transportador pertence à própria Impugnante, conforme não deixam dúvidas os documentos apresentados durante todo o Processo e que até mesmo resultaram na exclusão do Coobrigado como já exaustivamente demonstrado. Ademais foi a própria Impugnante quem primeiro suscitou a matéria no curso do presente Processo trazendo aos autos provas de que o veículo transportador já lhe pertencia.

Relativamente aos argumentos defensórios da impropriedade da existência do documento “Contagem Física de Mercadoria em Trânsito” uma vez que a mercadoria não se encontrava no veículo temos que é importante a existência do mesmo para a exata comprovação da irregularidade imputada ao contribuinte e o conhecimento das mercadorias sobre as quais recai a exigência fiscal.

Merece ainda ser lembrado o artigo 39, §1º da Lei n.º 6.763/75 que inclusive ensejou a cobrança da majoração da penalidade isolada pela reincidência, em face do argumento de defesa de que não embasamento legal para as exigências fiscais, *in verbis*:

“Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

.....”

A Impugnante se insurge ainda contra o arbitramento realizado uma vez que a mercadoria não foi encontrada desacobertada mas, ao contrário, havia nota fiscal e a mercadoria não foi encontrada no veículo transportador. Ocorre que, da análise da segunda página do Auto de Infração é possível verificar que o demonstrativo do crédito tributário levou em consideração o valor de R\$50,00 (cinquenta reais) por saca, justamente o mesmo que consta das notas fiscais (fls. 06/08).

Relativamente a agregação da margem de 30% (trinta por cento) temos que a fiscalização seguiu os ditames do inciso IV do artigo 73 do Anexo IX do RICMS/MG, a saber:

“Art. 73 - Para o efeito de aplicação do disposto no artigo anterior, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo e no *caput* do artigo 76 desta Parte, o valor da operação não poderá ser inferior ao constante do documento fiscal acobertador da saída da mercadoria do estabelecimento de origem, acrescido dos seguintes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

percentuais:

.....

IV - 30% (trinta por cento), no caso de outras mercadorias.

.....”

Observe-se que o retro transcrito artigo 73 do Anexo IX do RICMS/02 está inserido em um Capítulo do Regulamento do ICMS que trata especificamente de venda ambulante. No entanto, as notas fiscais, objeto da autuação, não têm quaisquer característica de se referirem a venda ambulante. Por estas razões entendemos que não é possível sua aplicação ao caso em tela.

Cumprir destacar, ainda, que este dispositivo não foi citado no campo próprio do Auto de Infração. Desta forma, não há como prevalecer a aplicação da margem de lucro de 30% (trinta por cento), devendo prevalecer, como base de cálculo para as exigências o valor descrito nas notas fiscais de fls. 06 e 07, que é de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Quanto as multas aplicadas face aos ditames legais lembramos que a penalidade descrita no inciso II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75 guarda em seu tipo exatamente a conduta dita pela Fiscalização como tomada pela Impugnante.

Também entendemos correta a imputação da multa de revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 que deve ser cobrada nas hipóteses de ação fiscal.

No que se refere a cobrança da penalidade cumpre ainda destacar que foi correta a majoração elencada nos §§ 6º e 7º do artigo 53 da Lei n.º 6.763/75 uma vez constar dos autos, nos documentos de fls. 11 e 12, comprovação efetiva de que a empresa foi autuada sobre o mesmo artigo 39, §1º. Ademais cumpre destacar que a Defendente não se insurge especificamente quanto a tal majoração não apresentando quaisquer provas capazes de rebater os citados documentos de fls. 11 e 12.

Desta forma, todos os argumentos apresentados pela Defesa não são suficientes para demonstrar inequivocamente que a imputação fiscal não tem fundamentos devendo ser mantido o feito fiscal adequando-se os valores cobrados para considerar a base de cálculo, sem agregação da margem de lucro de 30% (trinta por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para considerar a base de cálculo, sem agregação da margem de lucro de 30% (trinta por cento), observando-se, ainda, a exclusão do Coobrigado do pólo passivo da obrigação tributária promovida pelo Fisco à fl. 59. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 10/02/05.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Revisora**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

LMMP/EJ

CC/MIG