

Acórdão: 14.883/02/2^a
Impugnação: 40.010057367-65
Impugnante: Sociedade Mineira de Drogaria Ltda
Proc. S. Passivo: Carlos Eugênio Firme Xavier/Outros
PTA/AI: 01.000134862-15
Inscrição Estadual: 338.595292.0078 (Autuada)
Origem: AF/Itaúna
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Acusação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto entre os documentos fiscais emitidos e aqueles de controle interno regularmente apreendidos pelo Fisco. Entretanto, cuidando-se, como se cuida, de mercadorias sujeitas ao imposto por substituição tributária, os produtos cujas entradas ocorreram com retenção do ICMS foram deduzidos do montante apurado pelo Fisco. Exigências fiscais parcialmente corretas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS - A aquisição das mercadorias lançadas nos documentos tidos como extraviados e não escriturados em LRE foi negada pela defesa, sem que o Fisco comprovasse documentalmente as aquisições. Exigências excluídas pelo Fisco no decorrer da tramitação dos autos.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante confronto entre os documentos fiscais emitidos e aqueles de controle interno regularmente apreendidos pelo Fisco, compreendendo o período de janeiro de 1998 a setembro de 1999. Exigiu-se, ainda, penalidade isolada pelo extravio de notas fiscais não escrituradas em LRE.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 543/558, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 608/613.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 618, determinando a juntada de documentos que possam comprovar a remessa das mercadorias lançadas nos documentos fiscais extraviados, resultando na manifestação do Fisco de fls. 619.

Ainda nos autos, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 622/629, opina pela procedência parcial do Lançamento, propondo a exclusão da penalidade isolada capitulada no art. 55, XII, da Lei 6763/75, aplicada por descumprimento da obrigação acessória descrita no item 2 do Auto de Infração.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão de 03.07.2001, converteu o julgamento em diligência (fls. 630), que foi cumprida pelo Fisco às fls. 631/635, resultando em alteração do crédito tributário.

Em seguida, manifestou a Impugnante e, outra vez, o Fisco.

Novamente nos autos, a Auditoria Fiscal, em Parecer de fls. 649/650, manifesta-se sobre o cumprimento da diligência e discorda da reformulação do crédito tributário.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Diante da arguição de que o Auto de Infração em lide não atende requisitos essenciais e formais, previstos em Lei, faz-se necessário rever todo o procedimento adotado pelo fisco até a constituição do crédito tributário (lançamento), bem como todos os elementos que instruem estes autos.

A ação fiscal teve início em 29/09/99, quando os autuantes, ao realizarem diligência de fiscalização junto ao estabelecimento da Autuada, para verificar cumprimento de obrigação tributária, apreenderam, com supedâneo no art. 201, II, do RICMS/96, mediante Termo de Apreensão (TA), os documentos acostados às fls. 14 a 540, posto que constituíam indício de infração à legislação tributária.

O art. 51, II, da CLTA/MG, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto 40.380/99, a partir de 11/05/99, prevê que o documento próprio a ser lavrado pelo Fisco quando da necessidade de apreensão de documentos, objetos, papéis, livros e meios magnéticos é o **Termo de Apreensão e Depósito (TAD)**, devendo ser colhida a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal, mandatário, preposto, ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos (§ 2º).

Havendo recusa do recebimento do referido instrumento de apreensão, a autoridade fiscal anotarà no próprio documento o ocorrido, entregando-o à repartição fiscal, que, imediatamente, remeterá a via destinada ao sujeito passivo por via postal, com Aviso de Recebimento-AR (§ 4º).

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se que os autuantes não usaram o TAD para lavrar a apreensão da máquina Dismaq e dos documentos, objeto desta autuação, e sim o Termo de Apreensão (TA), embora tal equívoco, por si só, não acarreta a nulidade da peça fiscal.

Constata-se que o Termo de Apreensão não contém assinatura de uma das pessoas elencadas no § 2º, do art. 51, da CLTA/MG; no entanto, os autuantes anotaram a recusa do preposto, Sr. Belisário Vilaça da Silva, e comprovaram nos autos, inobstante a Impugnante afirmar o contrário, que ele realmente deveria ser considerado como tal, dado o vínculo existente com o estabelecimento autuado, haja vista estar consignado sua assinatura em vários documentos apreendidos (confronto assinatura fls. 36 a 39/42/43/46/47 e outras com a de fls. 541), além de ser marido da sócia majoritária da empresa.

É importante ressaltar que a Autuada demonstrou na impugnação que a partir do momento que a máquina e os documentos foram apreendidos, mediante Termo de Apreensão (fls. 08), ela já tinha pleno conhecimento de estar sob ação fiscal.

Relevante recordar que a Autuada foi intimada do TA juntamente com o Auto de Infração (fls. 03).

Esclareça-se que a falta de ato formal que dê início à ação fiscal, ou falta da intimação deste ato, apenas deixa ao sujeito passivo o direito à denúncia espontânea, caso em que se não exercido este direito até a conclusão do trabalho fiscal, ensejará a lavratura do Auto de Infração. Este entendimento advém, por analogia, de interpretação extraída do parágrafo único, do art. 52, da CLTA/MG, *verbis*:

“Parágrafo único- Esgotado o prazo previsto neste artigo, é devolvido ao sujeito passivo o direito à denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.”

Desse modo, pode-se concluir cumprida a finalidade do Termo de Apreensão anexo ao TADO nº02.134505.53 (fls. 08), que foi o de cientificar a Autuada de que estava sob ação fiscal, além de resguarda-la no que tange aos documentos e objeto apreendidos.

Depreende-se, portanto, que as alegações preliminares não têm o condão de anular o feito fiscal, porquanto o Auto de Infração, ato que motivou o contencioso, atende aos preceitos contidos nos artigos 58, 59 e 60 da CLTA/MG.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de notas fiscais, no período de janeiro de 1988 a setembro de 1999, apuradas mediante análise de documentos extrafiscais, apreendidos no estabelecimento da Autuada em 29/09/99 (fls. 08).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além disso, o Fisco relata no Auto de Infração que a Autuada extraviou notas fiscais de entrada de mercadorias, no mês de agosto de 1997, emitidas pela empresa “Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.”, cuja relação fornecida pelo referido Fornecedor consta de fls. 06/07 dos autos.

No que concerne à irregularidade enfocada no **item 1 do Auto de Infração**, pode-se observar que os dados constantes das fichas acostadas às fls. 14 a 28 (inclusive versos), referem-se às vendas realizadas diariamente pela Autuada, quer sejam à vista (crédito), quer sejam a prazo (débito), conforme infere-se do somatório dos valores apostos nos controles paralelos anexados às fls. 30 a 540 (notas brancas).

Atente-se para o fato das notas brancas relativas às vendas à vista identificarem mercadorias vendidas em Drogarias (medicamentos), demonstrando, assim, a correlação existente entre os documentos paralelos e a atividade da Autuada.

Outro fator relevante diz respeito ao carimbo e à assinatura apostos nas notas paralelas. Conforme foi enfatizado anteriormente, na apreciação das preliminares, o Sr. Belisário, que se encontrava como responsável no momento da apreensão dos documentos, tem sua assinatura consignada em várias notas.

Diante destes fatos, considera-se refutada a alegação da Impugnante de que desconhece a procedência dos documentos extrafiscais apreendidos.

Acrescente-se que o artigo 110, da CLTA/MG, estabelece que, ficando comprovado nos autos procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve omissão de saída, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada provada.

Quanto às vendas realizadas regularmente com notas fiscais no período fiscalizado, cumpre registrar que o Fisco abateu dos valores extraídos dos controles paralelos, mês a mês, os valores declarados pela Autuada nos DETRI, conforme depreende-se do Levantamento constante de fls. 09/10 e 621 dos autos.

Por oportuno, visto ser a Autuada inscrita como Empresa de Pequeno Porte (EPP), cabe invocar o preceito contido no art. 30, VIII, do Anexo X, do RICMS/96:

“Art. 30- A modalidade de pagamento prevista neste Anexo não é aplicável:

.....

VIII- à operação ou à prestação de serviço desacobertada de documento fiscal.”

Entretanto, em se tratando de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de pagamento do imposto por substituição tributária, fica evidente que o Fisco não poderia exigir o ICMS sobre a totalidade das saídas, sob pena de exigir o imposto em dobro, relativamente àquelas mercadorias cujas entradas ocorreram com o imposto pago.

Partindo desta premissa, a 3ª Câmara decidiu pela diligência de fls. 630, tendo como proposta básica a exclusão do imposto em relação às mercadorias

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

anteriormente tributadas por ST (com imposto retido), estabelecendo-se, então, o sistema de proporção entre as entradas mediante tributação anterior e aquelas mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração (débito/crédito).

No entanto, face à irregularidade fiscal da Autuada, surgiu, após a reformulação do crédito tributário o ilícito decorrente de entrada de mercadoria desacobertada de documento fiscal, conforme demonstrativo de fls. 645.

Referida acusação fiscal não foi agregada ao feito face ao impedimento de inovação, razão pela qual deve ser exigida pelo Fisco, em novo Auto de Infração.

No tocante à irregularidade descrita no **item 2 do Auto de Infração**, a prova trazida aos autos pelo Fisco não é suficiente para concluir que a Autuada adquiriu as mercadorias do Fornecedor “Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.”, e extraviou as respectivas notas fiscais.

Não resta dúvida de que há forte indício de que houve descumprimento da obrigação acessória em comento, todavia, a única prova trazida aos autos - **Relação fornecida pela Empresa Medcall Produtos Farmacêuticos Ltda.** (fls. 11 a 13), não contém nem mesmo a assinatura da pessoa responsável pelas informações nela constantes.

Para caracterizar a infringência supracitada, deveria o Fisco ter diligenciado no sentido de trazer aos autos elementos que comprovassem, de forma inequívoca, a aquisição das mercadorias pela Autuada (cheques, duplicatas, etc.), o que não ocorreu.

Em razão da fragilidade da prova, não procede a aplicação da multa prevista no art. 55, XII, da Lei 6763/75.

Desta forma, a reformulação do crédito tributário pelo Fisco (fls. 631/635) trouxe a realidade fiscal aos autos, devendo ser acatada em sua totalidade.

Destaca-se, inclusive, que por ausência de elementos probantes, foi excluída integralmente pelo Fisco a exigência da penalidade isolada capitulada no art, 55, XII da Lei 6763/75.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em rejeitar as preliminares argüidas. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação do Fisco de fls. 631/634. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 17/04/02.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora**

**Roberto Nogueira Lima
Relator**

JLS

CC/MG