

Acórdão: 16.443/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010102652-61
Impugnante: Mineração Água Padre Manoel Ltda
Proc. S. Passivo: Mário Lúcio Souza Ramos
PTA/AI: 01.000126705-27
Inscr. Estadual: 476.388827.00-37
Origem: DF/São Lourenço

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DIVERGÊNCIA DE PESO - Constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem recolhimento do ICMS devido nas operações, apuradas através da verificação de incompatibilidade entre os pesos brutos e as quantidades de mercadorias consignadas nas notas fiscais. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, adotando-se os pesos brutos indicados em perícia judicial e adequação da proporcionalidade das mercadorias e da carga tributária. Exigências de ICMS e MR (50%) e MI parcialmente corretas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ÁGUA MINERAL – Constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem recolhimento do ICMS devido nas operações, apuradas através da verificação de incompatibilidade entre os pesos brutos e as quantidades de mercadorias consignados nas notas fiscais. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, adotando-se os pesos brutos indicados em perícia judicial e adequação da proporcionalidade das mercadorias e da carga tributária. Exigências de ICMS, ICMS/ST, MR (100% e 50%) e MI parcialmente corretas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o Sujeito Passivo promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sem o recolhimento do ICMS relativo à operação própria, bem como do devido por substituição tributária. As irregularidades foram apuradas através do confronto entre as quantidades e os pesos indicados nos respectivos documentos fiscais e são relativas aos exercícios de 1995, 1996 e 1997. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso VII, da Lei nº 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 377 a 384, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 789 a 790.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 795/796, 824/825 e 918, que resultam nas manifestações de fls. 798 a 799, 802 a 822 e 919 a 920, respectivamente.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 921 a 927, opina pela procedência parcial do lançamento, pelos valores remanescentes após o pagamento parcial efetuado pelo sujeito passivo.

DECISÃO

Preliminarmente, o Sujeito Passivo sustenta que as fls. 825 dos autos estão “fora de ordem numérica e cronológica”.

Trata-se de ato praticado pela Auditoria Fiscal, exatamente após o não atendimento à diligência de fls. 824. Em outras palavras, os autos não sofreram qualquer andamento no período entre 25 de março de 2002 e 04 de junho de 2003, oportunidade em que, recebidos pela Auditoria Fiscal, contatou-se o não cumprimento da Diligência de fls. 824.

Os documentos seguintes, vale dizer, os de fls. 826 a 913, foram autuados posteriormente. O fato do documento de fls. 826 a 832 consignar data anterior não implica, como se pode conceber com raciocínio simples, manipulação processual, mas tão somente que foram trazidos aos autos posteriormente. E é fácil confirmar a assertiva pela verificação de que o Auditor Fiscal a quem se dirige o ilustre Chefe do Posto Fiscal é o que anteriormente atuava neste processo e não o que emite o parecer de mérito.

Ademais, toda a argumentação possível e necessária foi posta pelas partes, respeitando-se o que prevê o art. 5º, LV da Constituição Federal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao mérito propriamente dito, a lide se refere à constatação de saídas desacobertas, apuradas a partir do confronto entre informações que constam dos próprios documentos fiscais. É já inequívoco que as descrições das mercadorias e suas quantidades não condizem com os pesos brutos e líquidos consignados nos campos próprios. Isto porque o resultado de perícia promovida judicialmente em medida cautelar de produção antecipada de prova, interposta pela Autuada, identificou a incorreção citada e a Autuada, gize-se, confessa o cometimento da irregularidade, sob critérios diversos dos estabelecidos pela fiscalização estadual. Como se vê, é meramente fática a matéria em lide.

Para se compreender a metodologia utilizada pela ilustre fiscal autuante, veja-se os documentos fiscais de fls. 317 a 320 e 338: confrontando-se os pesos bruto e líquido, consignados no campo próprio, com a quantidade de cada produto, foram

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apurados os pesos bruto e líquido de cada produto. Assim, estabeleceu o Fisco que seriam os seguintes os pesos brutos e líquidos de cada produto:

PRODUTO	PESOS em kg	
	BRUTO	LÍQUIDO
Caixa 48 x 200 ml	10	9,21
Caixa 24 x 500 ml	13	11,56
Caixa 12 x 1.500 ml	19	17,2
Galão de 10l	9,8	9,6
Galão de 20l	21	19,198

Ocorre que, nos documentos fiscais que são objeto da autuação, tal relação não se estabelece, inferindo o Fisco que a diferença entre os pesos totais descritos refere-se a saídas desacobertadas, posto que, necessariamente, dever-se-ia chegar à relação descrita acima.

Para afastar o procedimento fiscal, a Autuada interpôs medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, como se vê às fls. 400 e seguintes.

O perito do juízo efetuou pesagens com o fito de constatar os pesos brutos em média. Compare-se o resultado da verificação com os pesos brutos adotados pelo Fisco, indicados acima:

PRODUTO	PESO BRUTO em kg
Caixa 48 x 200 ml	11,259
Caixa 24 x 500 ml	13,610
Caixa 12 x 1.500 ml	18,927
Galão de 10l	10,824
Galão de 20l	21,161

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto aos pesos líquidos, informou o perito que foram constatadas variações em todas as embalagens. Afirma o técnico: “entre as pesagens de cada embalagem e os pesos apostos nas notas fiscais existe sempre uma acentuada diferença, pois estes últimos (peso apostado nas notas fiscais) baseiam-se nos valores impressos em cada embalagem” (fls. 412)

Para se ter uma idéia, a perícia revelou variações na quantidade de líquido envasilhada de até 13,27% em relação ao padrão, significando dizer que um copo de 200 ml pode conter até 226,55 ml de água mineral.

Não há dúvidas de que as diferenças entre os pesos brutos e, por consequência, dos pesos líquidos, entre as medições da perícia e os valores usados pelo Fisco, já revelam omissão de receita. Todavia, poder-se-ia cogitar que, além de pouco significativas, ocasionam dificuldades operacionais, dado que os produtos, nas situações específicas em tela, se identificam com seus vasilhames e embalagens. Quer-se dizer aqui que o produto comercializado é, por exemplo, um “galão de vinte litros de água mineral” e não meramente “vinte litros de água mineral”, ainda que ele contenha um pouco mais ou um pouco menos que vinte litros desta água.

Contudo, não é esse o principal problema verificado. Em muitas operações, os pesos apurados a partir dos produtos somam apenas a metade dos pesos totais consignados nos mesmos documentos. Esclarecendo, veja-se a nota fiscal nº 012.975, cuja cópia consta de fls. 902: apurou o Fisco um peso bruto de 2630 kg, enquanto é informado no documento que a carga possui 4200 kg. É fácil perceber que não foram os índices do Fisco que revelaram a diferença, mas verdadeiras omissões de saídas.

Até este ponto já convergem as partes, posto que, como relatado, a ora Impugnante confessa o cometimento da infração e efetua pagamento, ainda parcial, sob os benefícios da Lei nº 14.062/01, conforme documentos acostados às fls. 802 a 820.

Ocorre que, confessado o ilícito, propugna o Sujeito Passivo que tais diferenças se referem, todas, a saídas do produto “garrafão de vinte litros”. O Fisco, por sua vez, recompôs originalmente em seu trabalho as diferenças, concebendo que as omissões são relativas aos mesmos produtos que estão identificados nas notas fiscais.

Assim, pode-se verificar que Fisco e Contribuinte se encontraram quanto à existência de saídas desacobertas, mas divergem quanto à distribuição e apuração de tais saídas e a carga tributária aplicável às mesmas.

Para resolver a disputa deve-se primeiramente adequar a apuração do montante de saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, multiplicando as quantidades de mercadorias lançadas nas notas fiscais (conforme planilhas acostadas aos autos), pelos respectivos pesos apurados em perícia judicial (fls. 407/408). Em seguida, deduzir do peso bruto lançado nos documentos fiscais (identificados na planilha como “Peso (NF)”) o peso total apurado na forma descrita. Utilizando-se dos dados da NF 10306, de 02.01.95 (planilha de fls. 11), teremos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Produto	Quantidade	Peso bruto	Peso bruto total
12x1.500	240	18.927	4.542,48
24x500	45	13.610	612,45
48x200	100	11.259	1.125,90
Grf 20 litros	229	21.161	4.845,86
Peso total mercadorias			11.126,69
Peso NF			13.246,00
Saída desacobertada			2.119,31

Para se apurar a quantidade de mercadoria efetivamente saída, de acordo com a média de mercadoria lançada nos documentos fiscais, deve-se distribuir a diferença positiva de forma proporcional aos produtos lançados nos documentos fiscais, considerando o volume total de litros e densidade igual a 1 litro/1Kg. Prosseguindo no mesmo exemplo, encontramos:

Produto (1)	Quantidade em litros (2)	Percentual em relação ao total de Litros (10.400) (3)	Proporção de Produtos em peso bruto (2.119,31 KG) (4)	Diferença em Volumes (5) ¹
12x1.500 x 240 cxs.	4.320	41,53	880,15	46,50 cxs
24x500 x 45 cxs.	540	5,20	110,20	8,09 cxs
48x200 x 100 cxs.	960	9,23	195,62	17,37 cxs
Grf 20 litros x 229 un.	4.580	44,04	933,34	44,10 garrações
Total mercadorias em litros	10.400	-	-	-

Para o mesmo exemplo, vamos obter a seguinte base de cálculo:

Produto	Quantidade	Preço unitário	Preço total
12x1.500	46,50 cxs.	1,80	83,70

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

24x500	8,09 cxs.	2,00	16,18
48x200	17,37 cxs.	2,00	34,74
Grf 20 litros	44,10 un.	0,42 ¹	18,52
Total		-	153,14

Para equacionar a divergência sobre a carga tributária (7%, 12% e 18%) deve-se adotar a mesma proporção identificada nos levantamentos efetuados pela Impugnante às fls. 431/433, 438/440 e 445/447, o que, via de regra, vai ao encontro dos seus anseios, uma vez que a apuração realizada pelo Fisco não pode mais sofrer confirmação, em face do desaparecimento dos documentos fiscais. Exemplificando com os dados lançados para o mês de janeiro de 1995, veremos:

Alíquota – Fls. 431/432/433	Valor	Percentual em relação ao total
7%	181,70	4,26
12%	2.479,45	58,14
18%	1.602,90	37,60
Total		100,00

Assim, ainda sobre o exemplo dado, sobre o montante apurado, vamos distribuir a carga tributária da seguinte forma:

- R\$ 153,14 x 4,26% x 7%
- R\$ 153,14 x 58,14% x 12%
- R\$ 15,14 x 37,60% x 18%.

No que tange aos cálculos relativos aos valores devidos a título de ICMS, seja sobre operações próprias, seja o devido em virtude da substituição tributária, o patrono da Autuada suscita a exigência indevida, em duas situações: a adoção de alíquota única de 18 %, em operações internas e interestaduais; e a cobrança do

¹ Os valores dos galões de 10 e 20 litros são aqueles lançados pelo Contribuinte às fls. 434/442 e 448.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto devido por substituição tributária em operações interestaduais. Não condiz com a verdade o alegado.

A irresignação vem desde a fase de fatos novos e, de fato foi reconhecida pela ilustre autuante anteriormente à lavratura do Auto de Infração. Os quadros demonstrativos de fls. 281 a 316 sanam equívoco acusado, inclusive com retificação do Termo de Ocorrências. Assim, o ICMS/ST incidirá conforme posição já tomada pelo Fisco, somente sobre o montante apurado para a carga tributária de 18%(dezoito por cento).

Do novo montante apurado, há de se deduzir os valores reconhecidos pela Autuada e quitados conforme documentos juntados aos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) adequar a apuração do montante de saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal aos seguintes parâmetros: 1.1) multiplicar as quantidades de mercadorias lançadas nas notas fiscais(conforme planilhas acostadas aos autos), pelos respectivos pesos apurados em perícia judicial(fl. 407); 1.2) deduzir do peso bruto lançado nos documentos fiscais(identificados na planilha como “Peso (NF)”) o peso total apurado no subitem anterior, distribuindo a diferença positiva de forma proporcional aos produtos lançados nos documentos fiscais, considerando o volume total de litros e densidade igual a 1 litro/1Kg, utilizando-se dos mesmos dados relativos ao subitem 1.1; 2) adotar como carga tributária(7%, 12% e 18%) a mesma proporção identificada nos levantamentos efetuados pela Impugnante às fls. 431/433, 438/440 e 445/447, ressalvando que o ICMS/ST incidirá conforme levantamento efetuado pelo Fisco, somente sobre o montante apurado para a carga tributária de 18%(dezoito por cento); 3) acatar os valores reconhecidos pela Autuada, deduzindo-os dos novos valores apurados mediante liquidação. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que admitia apenas os valores reconhecidos pela Impugnante, excluindo as demais exigências fiscais. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Mário Lúcio Souza Ramos e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira supracitada, os Conselheiros Rosana de Miranda Starling e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 17/02/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ/cccs