

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.718/06/1<sup>a</sup> Rito: Sumário  
Impugnações: 40.010108756-97 (Aut), 40.010108757-78 (Coob)  
Impugnantes: Noé Diniz Costa (Aut), Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda (Coob)  
Proc. S. Passivo: Júlio Assis Gehlen/Outros (Aut), Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros (Coob)  
PTA/AI: 02.000203722-28  
CPF: 095.316.023-87 (Aut)  
Inscr. Estadual: 062.765589.01-01 (Coob)  
Origem: DF/ BH-5

### **EMENTA**

**MERCADORIA - ENTREGA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL SEM PARTE DA MERCADORIA.** Evidenciado, por meio de contagem física de mercadorias em trânsito, que no veículo transportador havia menos mercadorias que as discriminadas nos documentos fiscais. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para excluir as exigências relativas ao ICMS e MR, mantendo-se a Multa Isolada, porém adequada ao disposto no § 3º, do artigo 55, da Lei nº 6763/75, com redação dada pela Lei nº 15.956/05, limitada ao percentual de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo.

**MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO.** Constatado transporte de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Irregularidade apurada mediante contagem física das mercadorias efetuada no veículo transportador. Acolhimento parcial das razões dos Impugnantes para admitir como pré-existentes as notas fiscais apresentadas após início da ação fiscal, cujas cópias foram juntadas aos autos, com a exclusão de parte do ICMS e MR lançados, mantendo-se integralmente a Multa Isolada. Via de conseqüência, a parcela da MI vinculada à exclusão do ICMS/MR deve ser adequada ao disposto no §3º, do artigo 55 da Lei nº 6763/75, com redação dada pela Lei nº 15.956/05, limitada ao percentual de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo.

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre entrega e transporte de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas pelo Fisco através do levantamento físico efetuado no veículo transportador em confronto com as notas fiscais apresentadas. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformados, o Autuado e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação em conjunto às fls. 53 a 62, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 151 a 155.

Em sessão realizada em 07/07/06, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Presidente, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 12/07/06.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora), pela procedência parcial do lançamento, para excluir ICMS e MR em relação à entrega desacobertada; Juliana Diniz Quirino (Revisora) e Antônio César Ribeiro, pela procedência parcial do lançamento, para, além da exclusão já mencionada, excluir ainda ICMS e MR relativos às notas fiscais apresentadas por ocasião da Impugnação e ainda, para excluir o Autuado do pólo passivo da obrigação tributária. Pela Coobrigada, sustenta oralmente a Dr<sup>a</sup>. Alice de Abreu Lima Jorge e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros.

---

### **DECISÃO**

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte, uma vez verificada durante abordagem do veículo transportador, o transporte e entrega de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

O embasamento legal a dar cobertura à ação fiscal é o artigo 149, inciso III, do RICMS/02, que assim dispõe:

“Art. 149 - considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

III- em que quantidade, espécie, marca, qualidade, tipo, modelo ou número de série, isolada ou cumulativamente, sejam diversos dos discriminados em documento fiscal, no tocante à divergência verificada” ( Grifo Nosso).

Importante destacar também que a contagem física de mercadorias realizada bem como o lançamento das mesmas no documento elaborado pelos fiscais foi acompanhada pelo responsável pelo transporte, sem que este tivesse contestado esta lavratura, ou seja, esta denominação.

A impugnação apresentada alega basicamente, em relação à mercadoria transportada sem documentação fiscal, que as notas fiscais acobertadoras pré-existiam à ação fiscal e, por simples falha operacional o transportador não portava os referidos documentos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação à mercadoria entregue sem documento fiscal, alega que também houve um erro operacional no momento do carregamento. Outrossim, nenhum prejuízo causou ao Erário Público, tendo em vista que não há recolhimento a menor do imposto, pelo contrário, há um lançamento a maior que o devido.

O Fisco, por sua vez, não acatou as notas fiscais apresentadas a *posteriori*, ou melhor, no dia seguinte à abordagem do veículo, fundamentado no parágrafo único, do artigo 39, da Lei nº 6763/75, que assim dispõe:

“Artigo 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.

Parágrafo Único - A movimentação de bens ou mercadorias, bem como prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.”

De início, cabe destacar a legitimidade do lançamento, ainda que remetente e destinatários estejam sediados em outras unidade da Federação, por força do disposto no artigo 11 da Lei Complementar 87/96 e inciso I, do parágrafo sexto do art. 61 do RICMS/02, que prescreve que para identificação do “**local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é do disposto neste artigo, considera-se “mineira a mercadoria encontrada sem documento fiscal”**”

Do mesmo modo quanto à responsabilidade do transportador, cuja previsão expressa encontra-se prescrita no art. 21, II, “c”, da Lei nº 6763/75. Aqui, não se intitula o Autuado de contribuinte, mas lhe atribui responsabilidade solidária pelo transporte e entrega de mercadorias sem documento fiscal.

Quanto ao mérito, entretanto, percebe-se que o trabalho merece parcial reparo, uma vez que os documentos serodidamente apresentados demonstram, à exaustão, a pré-existência das notas fiscais.

Analisando as cópias juntadas é possível perceber que foram emitidas na mesma data daquelas apresentadas ao Fisco no momento da ação fiscal, contemplando o mesmo roteiro de entrega e mesmo veículo transportador.

O fato de não indicarem o número dos lotes dos medicamentos não foi considerado pelo Fisco por ocasião do acatamento das notas fiscais presentes no veículo transportador, não devendo constituir óbice na apreciação desta Casa, não obstante constar tal necessidade na legislação mineira.

Do mesmo modo, a ausência de seqüência numérica não deve impedir a admissão da pré-existência dos documentos, em face do grande volume de documentos emitidos pela remetente em curto período.

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Por outro lado, alguns dos documentos juntados por ocasião da defesa já haviam sido analisados pelo Fisco e considerados na peça inicial de acusação, razão pela qual devem ser excluídos, ainda que em parte, no presente momento.

Partindo-se das mercadorias lançadas no Termo de Apreensão e Depósito – TAD, de fls. 02, confrontadas com aquelas descritas nos documentos tardiamente apresentados e o confronto entre a contagem física das mercadorias e os documentos apresentados no momento da ação fiscal, o quadro a seguir indica as adequações necessárias, sinalizando quais documentos já foram considerados pelo Fisco e as diferenças que devem ser neutralizadas:

Descrição do medicamento	Quant. Fisco	NF (formulário) Impugnação	Fls.	Quantidade	Diferença
Haldol 5 mg	1.080	081.194	77	1.080	0,00
Isolone gts 15 ml	380	081.110	34	120 - NF já considerada pelo Fisco conforme documento de fls. 12.	380
Imosec 2 mg	48	081.113	105	48	0,00
Destrogel c/ régua 80 grs.	80 (Cobrado 60 conforme fl. 12)	081.095; 081096; 081.097	87 88 89	20 Produto diferente (frasco) Item já considerado às fls. 12.	40
Stablon Or	120	081.184	67	120	0,00
Survector Or	240	081.187	70	240	0,00
Tapazol 10 mg	60	081.108	100	Item já considerado p/ Fisco às fls. 13	60
Topamaz 25 mg	60	081.183	66	60	0,00
Topamaz 50 mg	48	081.183	66	48	0,00

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Tylenol bebe 15 ml	380	081.115	107	Item já considerado pelo Fisco às fls. 13.	380
Tylex 30 mg	480	081.192	75	480	0,00
Tylex 7,5 mg	64	081.192	75	64	0,00
Zyprexa 10 mg	12	081.185	68	4	8
Zyprexa 2,5 mg	8	081.1(73252)	78	4	4

Assim, com base no quadro, deve-se excluir o ICMS e a MR em relação àqueles produtos que não apontam diferença ou diferença menor que a do Fisco, permanecendo a multa isolada integral, uma vez que, no momento da ação fiscal, o transportador não portava os documentos necessários, muito embora admitida a pré-existência de tais notas fiscais.

Isto posto, a Multa Isolada vinculada aos itens que tiveram a exigência de ICMS decotada deve ser adequada ao disposto no parágrafo terceiro do artigo 55, da Lei 6763/75, resultando numa exigência de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo.

Mantém-se inalterada a MI relativa aos produtos em que se mantém as exigências de ICMS/MR, por configurado o desacobertamento e ausência de qualquer documento fiscal, ainda que extemporâneo.

No tocante à entrega desacobertada, o trabalho merece reparo parcial, porquanto inexigível o ICMS e a MR nestes autos, tendo em vista tratar-se, comprovadamente, de mercadoria originária do Estado de São Paulo, não sendo possível precisar se a entrega ocorreu neste ou em outro estado.

Uma vez excluído ICMS/MR, a penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75 deve ser adequada ao disposto no § 3º do citado artigo, redação dada pela Lei nº 15.956, de 29 de dezembro de 2005, aplicando-se o percentual de 15% (quinze por cento) sobre a base de cálculo apurada pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 07/07/06, nos termos da Portaria 04/2001, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para: 1- Excluir as exigências de ICMS/MR relativas aos seguintes produtos: Haldol; Imosec; Stablon; Survector; Topamax 25 mg e 50mg; Tylenol 30mg e 7,5mg; 2 – Deduzir, para fins de exclusão do ICMS/MR, 20 (vinte) caixas de Destrogel Régua 80gr; 4 (quatro) caixas de Zyprexa 10mg e 4 (quatro) caixas de Zyprexa 2,5 mg; 3 – Excluir ICMS/MR em relação à entrega desacobertada; 4 – Adequar a MI ao disposto no §3º, do artigo 55 da Lei nº 6763/75 (15% da base de cálculo). Vencidos, em parte,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

os Conselheiros Juliana Diniz Quirino (Revisora) e Antônio César Ribeiro, que excluía ainda o Autuado do pólo passivo da obrigação tributária e a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Relatora), que excluía apenas ICMS/MR em relação à entrega desacobertada. Designado Relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima.

**Sala das Sessões, 12/07/06.**

**Roberto Nogueira Lima**  
**Presidente/Relator**

*RNL/EJ*

CC/MIG

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.718/06/1<sup>a</sup> Rito: Sumário  
Impugnações: 40.010108756-97 (Aut), 40.010108757-78 (Coob)  
Impugnantes: Noé Diniz Costa (Autuado) e Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. (Coobrigada)  
Proc. S. Passivo: Júlio Assis Gehlen/Outros (Aut), Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros (Coob)  
PTA/AI: 02.000203722-28  
CPF: 095.316.023-87 (Aut)  
Inscr. Estadual: 062.765589-0101 (Coob)  
Origem: DF/ BH-5

---

Voto proferido pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Inicialmente vale ressaltar que, a divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência, restringe-se às exclusões das exigências de ICMS e MR no tocante as mercadorias transportadas sem documento fiscal, bem como na adequação da MI ao disposto no § 3º do art. 55 da Lei 6763/75 e decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Mediante confronto das mercadorias discriminadas nas notas fiscais de n.º 73.153 a 73.177 (fls. 19/43), emitidas em 08/07/02 pela Coobrigada, com aquelas efetivamente transportadas, constatou o Fisco que os medicamentos transportados, descritos no Termo de Apreensão e Depósito - TAD (fls. 02), encontravam-se desacobertos de documentação fiscal.

A “Contagem Física de Mercadoria em Trânsito” de fls. 11/13 retrata: as quantidades de mercadorias transportadas, as descritas nas notas fiscais e as diferenças apuradas pelo Fisco.

Insta destacar que, é questão incontroversa nos autos que os medicamentos descritos no TAD de fls. 02 estavam sendo transportados sem documento fiscal.

Na peça de defesa apresentada sustentam os Impugnantes que, não havia mercadoria desacoberta de documentação fiscal, haja vista que as notas fiscais de todos os medicamentos haviam sido emitidas em 08/07/02. Esclarecem que o transportador não portava tais documentos por simples falha operacional. Acostam aos autos várias notas fiscais, solicitando que seja observado o art. 89, inciso I do RICMS/02, conforme tem reiteradamente decidido este órgão julgador.

No entanto, examinando as notas fiscais apresentadas, acostadas às fls. 64/79 e 86/131, conclui-se que:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 – As notas fiscais de fls. 87/111 já haviam sido apresentadas ao Fisco no momento da abordagem fiscal e os medicamentos nelas descritos foram considerados na Contagem Física de Mercadorias em Trânsito.

2 - Em relação aos produtos: **Isolone** gotas, **Destrogel** c/ régua 80 gr, **Tapazol** 10 mg c/ 50 comp. e **Tylenol** Bebe 15 ml, sequer foi apresentada qualquer nota fiscal.

3 – As quantidades dos produtos “**Zyprexa 10 mg c/14**” e “**Zyprexa 2,5 mg c/14**”, descritas nas notas fiscais de fls. 68 e 78 (08 caixas) não coincidem com as transportadas (20 caixas).

4 – A nota fiscal de fls. 130 discrimina vários medicamentos, dentre eles o “**Imosec 2mg - 200 comp.**”, porém o veículo transportador descrito neste documento não é aquele que transportava as mercadorias autuadas.

5 – No tocante aos produtos para os quais houve apresentação de notas fiscais (**Haldol, Stablon, Survector, Topamax e Tylex**), nas mesmas quantidades das encontradas desacobertadas de documentação fiscal (mencionadas no TAD), não se pode afirmar tratar das mesmas mercadorias, vez que a identificação pormenorizada dos produtos constantes do TAD não está expressa em referidas notas fiscais.

6 – Existe quebra de seqüência numérica dos formulários contínuos utilizados para emissão das notas fiscais apresentadas ao Fisco em relação a algumas notas fiscais posteriormente apresentadas pela Impugnante. Vejamos: formulários de n.º **081.095 a 081.119** utilizados para emissão das NFs que acompanhavam a carga transportada, formulários n.º **081.120 a 081.137** – utilizados para emissão de NFs apresentadas na fase de Impugnação (as quais consignam **veículo transportador diverso daquele que efetivamente transportava as mercadorias autuadas**) e formulários n.º **081.181 a 081.196** – utilizados também para emissão de NFs apresentadas na fase de Impugnação (tais documentos mencionam o mesmo veículo transportador das mercadorias autuadas).

Oportuno enfatizar que, o inciso I do art. 89, Parte Geral, RICMS/02 determina que a prova da preexistência do documento fiscal deverá ser inequívoca. Entretanto, esta não é a situação retratada nos autos.

Assim sendo, mantém-se integralmente as exigências fiscais de ICMS e MR, alicerçado no art. 33, § 1º, item 1, alínea “d” da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado da Fazenda.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) tratando-se de mercadoria ou bem:

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

(...)

d - onde se encontre, quando em situação irregular **pela falta de documentação fiscal** ou quando acompanhado de documentação falsa ou inidônea, conforme dispuser o Regulamento;" (gn)

Por derradeiro, vale frisar que, mantendo-se integralmente as exigências de ICMS e MR das mercadorias transportadas sem documento fiscal, não há que se adequar a MI exigida aos termos do § 3º do art. 55 da Lei 6763/75.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o Lançamento para excluir tão somente as exigências de ICMS e a MR concernentes à entrega de mercadorias descobertas de documentação fiscal.

**Sala das Sessões, 12/07/06.**

**Aparecida Gontijo Sampaio  
Conselheira**

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

---

Acórdão: 17.718/06/1<sup>a</sup> Rito: Sumário  
Impugnações: 40.010108756-97 (Aut), 40.010108757-78 (Coob)  
Impugnantes: Noé Diniz Costa (Autuado) e Distribuidora de Medicamentos Santa Cruz Ltda. (Coobrigada)  
Proc. S. Passivo: Júlio Assis Gehlen/Outros (Aut), Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros (Coob)  
PTA/AI: 02.000203722-28  
CPF: 095.316.023-87 (Aut)  
Inscr. Estadual: 062.765589-0101 (Coob)  
Origem: DF/ BH-5

---

Voto proferido pelo Conselheiro Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

Relata o Auto de Infração que, aos 09.07.2002, foi abordado o veículo placa GPM 0375 transportando medicamentos.

Da verificação fiscal efetuada, por contagem física de estoque, teria sido constatada existência de mercadoria desacobertada, bem como divergência a menor entre a contagem física e a mercadoria descrita nas notas fiscais apresentadas.

Compõem o processo os seguintes documentos:

- Auto de Infração lavrado em 06.08.2002 (fls. 03-04) e recebido, pela Coobrigada, em 09.12.2005;
- Termo de Apreensão e Depósito n. 001929 (fl. 02);
- relatório fiscal (fls. 06-07);
- cópia das notas fiscais avulsas (fls. 09-10);
- contagem física de mercadorias (fls. 11-13);
- documentos referentes à liberação da mercadoria (fls. 14-18) – depositário: estabelecimento de MG;
- cópia das notas fiscais (fls. 19-43) – emitidas pela coobrigada – natureza: transferência do estabelecimento de Brasília para o do Rio de Janeiro – transportador: Transportadora Santa Rosa Ltda. – veículo placa GPM 0375 – frete pelo emitente;

→ documentos do veículo (fl. 17) – propriedade do Autuado.

A divergência de votos restringe-se à manutenção, no pólo passivo, do Autuado Noé Diniz Costa.

Não consta dos autos a comprovação da intimação do sujeito passivo.

Segundo informações dos Correios, a carta registrada não pôde ser entregue porque o endereço é desconhecido. Também não houve intimação por edital.

A validade da decisão, em processo administrativo ou judicial, depende da cientificação válida do réu/sujeito passivo.

É o que dispõe o Código de Processo Civil. Confira-se:

Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

E, ainda, sobre a produção dos efeitos próprios à ação, estabelece o art. 263 que:

“(...) A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”.

O ‘*due process of law*’ tem como um de seus principais fundamentos a regularidade da citação, sem a qual é subtraído ao réu o direito de se defender.

Vale observar algumas decisões sobre o tema, pertinentes ao caso *sub examen* (Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva: São Paulo, 30ª ed., 1999, p. 264-266).

“O exame da anomalia na citação independe de provocação da parte”. (STJ 4ª Turma, REsp 22.487-5-MG, DJU 29.06.92 – no mesmo sentido: RT 723/335)

“A falta ou nulidade de citação torna imprescritível a faculdade de se desfazer a viciada relação processual”. (RT 648/71)

“Se a execução é movida contra vários executados, não se pode dispensar as citações ao argumento de que um deles se deu por ciente”. (STJ 4ª Turma, REsp 5.816-CE, DJU 10.06.91)

Importante anotar que, em tese, a apresentação de defesa, no prazo demarcado, supriria a deficiência de intimação.

Art. 214 - (...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

No entanto, a Impugnação de fls. 52-62 – apresentada *também* em nome do transportador Autuado – foi acompanhada por mera cópia de uma procuração (fl. 144), o que demonstra o seu desconhecimento acerca do processo em curso.

Pelo acima exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para 1- Excluir as exigências de ICMS/MR relativas aos seguintes produtos: Haldol; Imosec; Stablon; Survector; Topamax 25 mg e 50mg; Tylex 30mg e 7,5mg; 2 – Deduzir, para fins de exclusão do ICMS/MR, 20 (vinte) caixas de Destrogel Régua 80gr; 4 (quatro) caixas de Zyprexa 10mg e 4 (quatro) caixas de Zyprexa 2,5 mg; 3 – Excluir ICMS/MR em relação à entrega desacobertada; 4 – Adequar a MI ao disposto no §3º, do artigo 55 da Lei nº 6763/75 (15% da base de cálculo), bem como para retirar do pólo passivo o Autuado.

**Sala das Sessões, 12/07/06.**

**Juliana Diniz Quirino  
Conselheira**

Jdq/ml