

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.282/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000160141-79
Impugnação: 40.010124711-43
Impugnante: Acrescentar Comércio e Distribuição de Alimentos Ltda
IE: 001071854.00-34
Proc. S. Passivo: Adão Alcides Bernardes
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRA-FISCAL. Constatadas saídas de mercadorias desacobertadas, apuradas mediante o cotejamento de documentos extrafiscais apreendidos, intitulados “Ordem de Saída de Mercadorias” com os documentos escriturados pela Autuada. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada do art. 55, inciso II c/c § 3º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se o presente lançamento à falta de recolhimento do ICMS devido, em razão das saídas de mercadorias desacobertadas, apurada mediante a análise dos documentos extrafiscais apreendidos, denominados “Ordem de Saída de Mercadorias” (fls. 28/130).

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento) prevista no inciso II do art. 56 e a Multa Isolada capitulada no art. 55, II c/c § 39, todos da Lei nº 6.763/75.

Instruem o presente processo o Termo de Apreensão e Depósito (fls. 06/08); Auto de Infração AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) (fls. 04); Alteração Contratual (fls. 09/14); Nota Fiscal nº 000032, visada pela Fiscalização em 21/11/08 (fls. 15/17); Intimação (fls. 20/24); documentação apreendida em ação fiscal (fls. 28/130); Levantamento de Base de Cálculo – mercadorias vendidas sem a devida documentação fiscal (fls. 132/136); cálculo do crédito tributário (fls. 38/142); Documento de Arrecadação Estadual - DAE - referente ao pagamento da Taxa de Expediente (fls. 222).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 146/151, junta os documentos de fls. 152/223 e expõe, sucintamente, que:

- a Fiscalização utilizou-se de presunção para impor-lhe as exigências;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- diante da intimação para apresentar as notas fiscais relativas à operação, não permaneceu inerte, apresentou-as, mas as mesmas não foram aceitas;
- não foi realizado procedimento fiscal na empresa para verificar a regularidade de suas operações, tais como, verificação fiscal analítica ou levantamento quantitativo;
- arbitrou-se o valor das vendas contrariando-se as normas regulamentares, que não houve falta de entrega de documento fiscal solicitado e falta de emissão de documentos fiscais, no caso;
- os valores constantes dos seus documentos fiscais de entrada não autorizam presumir a venda de mercadorias desacobertas;
- os documentos fiscais são emitidos ao final do mês, o que poderia caracterizar descumprimento de obrigação acessória, porém sem implicar falta de recolhimento de imposto como pretende a fiscalização;
- tal irregularidade daria ensejo à aplicação de outra penalidade que não a imposta pelo AI, sendo inquestionável, portanto, a errônea capitulação legal da multa que lhe foi imposta;
- as suas operações encontram-se sobre regime especial de substituição tributária e o ICMS é recolhido antecipadamente.

Ao final, requer a improcedência do lançamento.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização manifesta-se às fls. 225/233, contrapondo as alegações da defesa, sob os seguintes argumentos:

- para materializar o fato tributável, ou seja, a constatação da realização de operações de saída de mercadorias sem o acobertamento fiscal devido, utilizou-se de documentação extrafiscal, relacionada às fls. 28/130 dos autos;
- alguns dos documentos apreendidos, denominados “Ordem de Saída de Mercadorias”, encontram-se assinados pelos destinatários (fls. 57, 98 e 99), caracterizando as saídas desacobertas de documentação fiscal;
- a Autuada afirma que as notas apresentadas não foram aceitas (fls. 148), contudo não há comprovação de qualquer recibo ou protocolo, uma vez que tal documentação, denominada “Ordem de Saída de Mercadorias”, não foi apresentada, mas sim apreendida;
- foi demonstrado que as Notas fiscais nº 00035 e nº 00036 (fls. 220/221) não podem ter sido emitidas nas datas citadas, 19/11/08 e 20/11/08, respectivamente, uma vez que os documentos são sequenciais e a Nota Fiscal nº 00032 (fls. 15) recebeu o visto fiscal em 21/11/08;
- ocorreu a emissão de várias notas fiscais no final do mês de novembro de 2008, mês da ação fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o arbitramento só foi aplicado para documentos não apresentados, com o intuito de suprir lacunas da documentação apreendida, não havendo motivo para considerar valores de papéis em branco;

- não houve comprovação de todas as operações realizadas, uma vez que foram apreendidas 13 (treze) notas fiscais, mas, sendo identificados 46 (quarenta e seis) clientes diferentes;

- os valores das ordens de saídas de mercadorias são incompatíveis com os valores das vendas realizadas acobertadas por notas fiscais;

- os destinatários não estão nomeados de maneira clara, de forma a se ter absoluta certeza de quais estabelecimentos são açougues e quais não são, por isto, a cobrança do ICMS/ST não foi realizada, a fim de se evitar uma tributação indevida;

- foi cobrado somente o imposto devido pelas operações próprias da Autuada, devidamente comprovadas pelos documentos apreendidos.

Pede pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme já relatado, cuidam os presentes autos da falta de recolhimento do ICMS devido, em razão das saídas de mercadorias desacobertadas, apuradas mediante a análise dos documentos extrafiscais apreendidos, denominados “Ordem de Saída de Mercadorias” (fls. 28/130).

Consta do relatório do AI de fls. 2/3, que às 11hs do dia 21/11/08, o caminhão de placa HLC-9125 foi identificado descarregando mercadorias no estabelecimento da Autuada, quando foram encontrados os documentos extrafiscais, denominados “Ordem de Saída de Mercadorias”.

A Autuada foi intimada a apresentar as notas fiscais correspondentes às operações referidas em tais documentos. Todavia, não se manifestou.

Como pode ser verificado do Termo de Apreensão e Depósito de fls. 06/08, a documentação foi apreendida no veículo acima citado e somente após a regular apreensão, análise dos documentos e intimação expedida à Contribuinte para apresentar as notas fiscais relativas a tais documentos é que foi lavrado o AI de fls. 02/03.

Em defesa, a Autuada alega que a Fiscalização utilizou de simples presunção para a apuração das exigências. No entanto, embora questione a legitimidade do lançamento, por entender que na espécie não ocorreu o fato gerador do imposto, a Impugnante acaba por confessar que de fato promoveu saídas de mercadorias sem a emissão das correspondentes notas fiscais, tal como lhe imputa a ação fiscal, por meio da documentação apreendida que constitui elemento probatório para a materialização do ilícito tributário.

É admissível o uso de presunções, como meio indireto de prova, na impossibilidade de se apurar concretamente o crédito tributário, quando há fortes indícios e indicações claras da ocorrência do fato gerador sem o devido pagamento do tributo devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a utilização de presunção pela Fiscalização não inibe a apresentação de provas por parte da Autuada a fim de refutar a presunção fiscal, demonstrando o contrário do fato presumido.

Assim, quando a imputação fiscal é de saídas desacobertas e contiverem os autos provas de procedimento do contribuinte que induza a tal conclusão, cabe a este comprovar inequivocamente o contrário, sob pena de considerar-se provada a irregularidade. Esta, a inteligência da norma processual contida no art. 136 do RPTA/MG, a seguir reproduzido, que, em matéria de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal, inverte o ônus da prova, ficando esta a cargo do sujeito passivo. Confira-se:

Art. 136. Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacoberta de documento fiscal, e o contrário não resultar do conjunto das provas, será essa irregularidade considerada como provada.

Sobre a matéria, menciona-se também, os ensinamentos do Prof. Sandro Marino Duarte:

A denominada presunção *juris tantum* permite a utilização de prova em contrário para ilidi-la. Portanto, se a legislação admite presunção de veracidade em relação a determinados efeitos provenientes de relação jurídica, também determinada, a despeito do ordenamento positivo, pode-se produzir prova em contrário, realizando-se o intento de fazer que a lei não incida sobre aquele determinado caso concreto e provando-se que a relação jurídica não existiu, ou seus efeitos não foram aqueles que a legislação teve por presumivelmente apuráveis.

Alega a Impugnante que não haveria, no seu caso, possibilidade de venda de mercadorias no valor lançado pela Fiscalização, uma vez que as aquisições efetuadas estão compatíveis com as vendas registradas.

Entretanto, da análise dos documentos apreendidos, identificam-se 46 (quarenta e seis) destinatários diferentes e apenas 13 (treze) notas fiscais foram apresentadas, sob a alegação de que houve a emissão de notas fiscais para todas as operações realizadas. Além disto, as quantidades e valores das “ordens de saídas” são incompatíveis com os valores das vendas realizadas pelas notas fiscais, ficando claro que a Autuada realizou operações sem emitir documentação fiscal correspondente e que as operações registradas em documento fiscal não são as mesmas operações controladas pelos documentos extrafiscais citados.

No que tange à base de cálculo utilizada pela Fiscalização, depreende-se dos autos que os valores arbitrados foram obtidos dos documentos apreendidos e acostados aos autos às fls. 28/130.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há que se destacar a possibilidade de contestação dos valores arbitrados, conforme previsto no Regulamento do ICMS, mediante a apresentação de documentos, o que não ocorreu no caso dos autos.

Sobre a matéria, dispõe o RICMS/2002:

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:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais; (...).

Em suas considerações, a Impugnante alega, também, que a mercadoria é sujeita ao regime de substituição tributária, com impostos recolhidos antecipadamente.

De fato, de acordo com o art. 63 do Anexo XV do RICMS/02, as vendas destinadas a açougue estariam sujeitas ao regime de ST. Porém, como esclarece a Fiscalização, os destinatários das ordens de saída de mercadorias não estão identificados de forma clara, de forma a se ter absoluta certeza de quais destinatários são açougues e quais não são. Por esta razão, para se evitar uma tributação indevida, não foi cobrado o ICMS/ST e sim, o imposto devido pela operação própria realizada pela Autuada, devidamente comprovada pelos documentos apreendidos.

Correto, portanto, o lançamento efetuado, porquanto sustentado no cotejamento dos documentos extrafiscais apreendidos com os documentos fiscais emitidos pela Contribuinte, procedimento tecnicamente idôneo, a teor do disposto no art. 194, inciso I, da Parte Geral do RICMS/02, demonstrando a realização de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 26 de agosto de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora