

Acórdão: 14.388/01/2^a
Impugnação: 40.010058570-40
Impugnante: Robson de Faria Duarte
Coobrigado: Ronaldo de Faria Duarte
Proc. S. Passivo: Carlos Antônio Bento/Outra
PTA/AI: 02.000134606-13
Inscrição Estadual: 514.914185.0038
Origem: AF/Bom Despacho
Rito: Sumário

EMENTA

MERCADORIA - TRANSPORTE DESACOBERTADO - Irregularidade apurada mediante contagem física de mercadorias em trânsito, confrontando-se com as notas fiscais que acompanhavam o transporte. Infração plenamente caracterizada. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75. Caracterizando-se a reincidência somente em relação a um dos sujeitos passivos, exclui-se a majoração prevista no art. 53, § 7º da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal parcialmente mantida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - Saídas de mercadorias em operações de comércio ambulante desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante contagem física de mercadorias em trânsito. Infração plenamente caracterizada. Exige-se apenas a MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75. Caracterizando-se a reincidência somente em relação a um dos sujeitos passivos, exclui-se a majoração prevista no art. 53, § 7º da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal parcialmente mantida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESTINATÁRIO DIVERSO. Arguição de entrega de mercadorias a destinatário diverso em razão da inexistência dos estabelecimentos discriminados nos documentos fiscais. Constatada a inadequação entre o fato narrado e a exigência fiscal capitulada no inciso V do art. 55 da Lei 6763/75, justifica-se o cancelamento da exigência fiscal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre:

- 1- Transporte de mercadorias sem documentação fiscal, apurado através de contagem física de mercadorias em trânsito;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 2- Saída de mercadorias sem documentação fiscal, apurado através de contagem física de mercadorias em trânsito;
- 3- Entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante nas notas fiscais, capitulada no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75, apurado a partir da constatação da inexistência dos estabelecimentos destinatários constantes dos documentos fiscais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 31/33, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 43/44.

DECISÃO

As exigências fiscais consubstanciadas no Auto de Infração em comento referem-se a transporte desacobertado de mercadorias, saída de mercadorias sem documento fiscal e entrega de mercadorias a destinatário diverso, exigência esta capitulada no artigo 55, inciso V da Lei 6763/75.

A Autuada, firma individual Robson de Faria Duarte, encontra-se cadastrada no CAE (Código de Atividade Econômica) nº 43.2.7.10-1, ou seja, *comércio atacadista de cervejas, chopes, refrigerantes e águas minerais*.

Inicialmente alega que a substituição tributária é uma sistemática de tributação que acarreta a definitividade do imposto, não ficando nem contribuintes e nem o Fisco sujeitos a complementação ou restituição, respectivamente, daqueles valores que faltarem ou sobrarem no confronto entre o preço que serviu de base para a retenção e o preço real da operação.

A alegação da Autuada, relativamente ao imposto, não a socorre nos casos de transporte de mercadorias sem documentação fiscal. Neste caso, a falta da nota fiscal retira-lhe a garantia e comprovação de retenção antecipada do imposto.

A Autuada sustenta existir equívoco fiscal no arbitramento do preço das mercadorias transportadas sem nota fiscal, uma vez que o mesmo foi feito considerando-se os preços do comércio varejista, em contraposição aos valores arbitrados, relativamente à saída de mercadorias desacobertadas, os quais foram arbitrados considerando os valores do comércio atacadista.

O arbitramento do valor das mercadorias transportadas sem documentação fiscal foi baseado nos dispositivos previstos na Lei 6763/75 e RICMS/96, a saber:

Lei 6763/75

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

...

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

RICMS/96

Art. 54 - Para o efeito de arbitramento de que trata o artigo anterior, o fisco adotará os seguintes parâmetros:

II - o preço corrente da mercadoria ou seu similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

Partindo dos dispositivos supra, o Fisco arbitrou o valor das mercadorias transportadas desacobertadas de documento fiscal tomando-se por base o preço a varejo e, no caso da saída de mercadorias desacobertadas, como havia elemento apresentado pela própria Autuada (no caso a nota fiscal) para comprovar o valor das mercadorias, considerou-se esse valor (destacado no documento fiscal) para efeito de definição de base de cálculo.

É de bom alvitre salientar que a técnica utilizada pelo Fisco para formalizar o crédito tributário, considerando-se que as mercadorias estão sujeitas ao instituto da substituição tributária, foi o de não se exigir a retenção do imposto da mercadoria desacobertada e exigir apenas o imposto da operação própria, mas com o preço de venda da mercadoria a consumidor final, suprindo, de certa forma, o fundamento basilar do instituto citado.

No que tange a exigência de Multa Isolada, capitulada no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75, relativamente à entrega de mercadorias a destinatário diverso do constante dos documentos fiscais, em razão da alegação de inexistência dos estabelecimentos destinatários, verifica-se que o Fisco incorreu numa série de entendimentos equivocados.

Primeiramente, verifica-se que não existe infração tipificada para entrega de mercadoria a destinatário diverso, apesar de haver previsão de responsabilidade solidária do transportador nesse caso (art. 21, II, b da Lei 6763/75), previsão essa, *data venia*, inócua, não servindo para nada.

Haveria, quando muito, a possibilidade de imputar entrega de mercadoria sem documentação fiscal ao agente que cometer essa infração (art. 55, II da Lei 6763/75). Saliente-se, também, que, neste caso, não há previsão para responsabilização tributária solidária, nos termos do artigo 21 da Lei 6763/75. Dessa forma, não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

poderíamos ter no pólo passivo remetente e transportador, a não ser que os dois se resumissem na mesma pessoa.

No caso ainda do item III, imputou-se entrega de mercadoria desacompanhada de documento fiscal e capitulou-se o artigo 55, inciso V da Lei 6763/75. Com a devida *venia*, verifica-se totalmente equivocado o procedimento, ainda mais responsabilizando-se, tributaria e solidariamente, o remetente e o transportador.

Ora, a imputação do dispositivo citado é a de mencionar em documento fiscal destinatário diverso daquele a quem a mercadoria realmente se destinar. Esse tipo tributário é específico do emitente do documento fiscal. Não cabe essa exigência para o transportador, como relacionado no pólo passivo da obrigação.

Portanto, pelo exposto, referente ao item III do Auto de Infração, constata-se a total inadequação entre o fato narrado e a exigência fiscal prevista no inciso V do artigo 55 da Lei 6763/75.

No que concerne à majoração das multas isoladas referentes aos itens I e II do Auto de Infração, em razão de reincidências constatadas, verifica-se incorrer novamente em erro o Fisco.

Observa-se às fls. 04/05 dos autos que a reincidência é específica da empresa Autuada, a firma individual Robson de Faria Duarte.

A caracterização de reincidência, nos termos do § 6º do artigo 53 da Lei 6763/75, pressupõe a prática da infração pela mesma pessoa:

§ 6º - Caracteriza a reincidência a prática de nova infração de um mesmo dispositivo ou de disposição idêntica da legislação tributária, **pela mesma pessoa**, dentro de 5 (cinco) anos a contar da data em que a prática da infração houver sido reconhecida pelo sujeito passivo, assim considerados o pagamento da exigência ou a declaração de revelia, ou a contar da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior. (grifos)

Ora, em que pese a responsabilidade solidária do transportador pela obrigação tributária nos casos de transporte e saída, no caso da exigência em questão, de mercadorias sem documento fiscal, percebe-se que o mesmo não pode ser responsável solidário por majoração do crédito tributário em razão de reincidência da qual não participou.

Valendo-se da analogia, constata-se que no Direito Penal, nos termos do artigo 30 do Código Penal, *não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, num concurso de pessoas, se um dos agentes que cometeu o crime é parente da vítima ele terá sua pena agravada. Os outros, não, pelo menos em razão dessa circunstância.

Assim, no caso dos autos, considerando-se que o crédito tributário é indivisível e considerando-se que somente a Autuada é reincidente em relação às infrações tipificadas nos itens I e II, entende-se deva ser excluída a majoração da multa isolada por reincidência do crédito tributário.

Portanto, restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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 julgar parcialmente procedente o Lançamento para excluir as exigências fiscais relativas ao item III do Auto de Infração, em razão da inadequação entre o fato narrado no Auto de Infração e a exigência fiscal sustentada pelo inciso V do art. 55 da Lei 6763/75, além de excluir a majoração do crédito tributário sustentada pela reincidência, constadas às fls. 04/05, pelo motivo da mesma não se estender ao Coobrigado em questão. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 08/08/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Edwaldo Pereira de Salles
Relator**