

Acórdão : 15.184/01/3^a
Impugnação : 40.010058833.69
Impugnante : Ruy Gonçalves Máquinas Ltda
Proc. S. Passivo : Ruy José Furst Gonçalves/Outro
PTA/AI : 01.000111333.07
IE/SEF : 672.034529.0055
Origem : AF/Sete Lagoas
Rito : Ordinário

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADAS – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Lançamento insubsistente por considerar os estoques inicial e final igual a zero. Exigências fiscais excluídas do crédito tributário.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – VERIFICAÇÃO FISCAL ANALÍTICA. Imputação de emissão de notas fiscais para entrega futura, sem a efetiva emissão da nota fiscal de simples remessa, descaracterizada face as provas trazidas aos autos pela autuada. Exigências de ICMS e MR excluídas.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - TELEFONE. Lançamento dos créditos de ICMS corretos somente para os aparelhos que não tenham contrato de comodato nos autos para os períodos dos exercícios de 1995 a 1996. Exigências de ICMS e MR mantidas parcialmente.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Constatou-se através de levantamento quantitativo que a Autuada promoveu saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e sem pagamento do ICMS no exercício de 1995, exigindo-se ICMS, MR(50%), MI(20%) e entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal nos exercícios de 1995 e 1996, exigindo-se ICMS, MR e MI(10%); e através de verificação fiscal analítica constatou-se saídas de mercadorias utilizando-se de Notas Fiscais de vendas para entrega futura, registradas no LRS, sem a respectiva emissão da Nota Fiscal de simples remessa e sem o pagamento do ICMS, nos exercícios de 1995 e 1996, exigindo-se ICMS e MR; e apropriação indevida de crédito de ICMS referente as Notas Fiscais de prestação de serviço, telefone, em nome de pessoa física, resultando em recolhimento a menor do imposto, nos exercícios de 1995 e 1996, exigindo-se ICMS e MR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com as exigências fiscais a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração, fls. 392/399, por intermédio de procurador regularmente constituído trazendo aos autos suas razões de defesa e ao final requer a procedência da impugnação com a conseqüente extinção do presente processo tributário administrativo.

A DRCT/SRF/Metalúrgica, fls. 428/430, refuta as alegações da defesa, entendendo correto o lançamento fiscal e mantendo na íntegra o crédito tributário.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência, fls. 431, dirigida à Procuradoria Regional da Fazenda Estadual – Metropolitana, objetivando obter orientação relativamente ao Mandado de Segurança impetrado pela Impugnante, no qual pleiteia a dispensa do recolhimento da taxa de expediente para apreciação de sua impugnação pelo Conselho de Contribuintes.

O Procurador Coordenador da Fazenda Estadual, fls. 440(verso), se pronuncia e junta documentos aos autos, fls. 432/440.

Após, a Auditoria fiscal em parecer conclusivo e fundamentado opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Inicialmente, esclarece-se que a alegação da Impugnante de não haver base legal para se atribuir aos sócios a qualidade de coobrigados no presente Auto de Infração, entretanto, não encontra lastro nos autos, pois a eles não foi conferida tal condição. A presença de seus nomes no AI serviu apenas para identificá-los.

Verifica-se que pela metodologia fiscal de levantamento quantitativo-LQ-imputou-se: Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem pagamento do ICMS no exercício de 1995 e Entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal nos exercícios de 1995 e 1996. Pela metodologia verificação fiscal analítica -VFA: Saídas de mercadorias utilizando-se de Notas Fiscais de vendas para entrega futura, registradas no LRS, sem a respectiva e missão da Nota Fiscal de simples remessa e sem o pagamento do ICMS, nos exercícios de 1995 e 1996 e apropriação indevida de crédito de ICMS referente a Notas Fiscais de prestação de serviço (telefone) em nome de pessoa física (1995) e, relativamente ao exercício de 1996, apropriação indevida de valores que tem direito, tendo estes sido corrigidos monetariamente, e de valores cujas Notas Fiscais estão em nome pessoa física ou de outra pessoa jurídica, resultando em recolhimento a menor do imposto, nos exercícios de 1995 e 1996.

Quanto as saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem pagamento do ICMS no exercício de 1995 e Entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal nos exercícios de 1995 e 1996, verificando-se que o fato do Fisco considerar os estoques, inicial e final do exercício de 1995 e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estoque inicial de 1996, de todas as mercadorias igual a “zero”, conforme fls. 19, 1995, e fls. 75, 1996, levou o Levantamento Quantitativo a ficar insubsistente.

É inconteste, pelas provas dos autos que o contribuinte somente comunicou o extravio dos Livros Registro de Inventário após o início da ação fiscal, entretanto, porém, tal fato não autoriza o Fisco a imputar como “zero” os valores dos estoques inicial e final das mercadorias objeto do Levantamento Quantitativo.

Não há como falar-se em quantidades de mercadorias, entradas e saídas de um determinado estabelecimento, sem documento fiscal, em um dito período, sem precisar quais eram seus estoques, no início e no fim de cada exercício.

Não pode o Fisco alegar que o contribuinte jamais escriturou o Livro Registro de Inventário já que o teve em mãos em 25/11/96 e, por não ter tomado qualquer iniciativa de ofício por uma eventual falta de escrituração dos estoques relativos ao exercício de 1995, que seria um dever funcional seu se constataste qualquer infração à legislação tributária, conforme parágrafo único do art. 45 da CLTA/MG, inferimos que a escrituração fora feita.

Poder-se-ia alegar, entretanto, que mesmo tendo sido escriturados os estoques inicial e final de 1995, estes poderiam ser “zero”, de tal forma a não inviabilizar o Levantamento Quantitativo. Para fazer tal consideração há necessidade de provas cabais, capazes de atestar, de forma inequívoca, confirmando tal assertiva.

No item, saídas de mercadorias utilizando-se de Notas Fiscais de vendas para entrega futura, registradas no LRS, sem a respectiva emissão da Nota Fiscal de simples remessa e sem o pagamento do ICMS, nos exercícios de 1995 e 1996, verifica-se pelo Relatório Fiscal Contábil, fls. 377, que as Notas Fiscais de Venda para Entrega Futura relativas ao exercício de 1995 são as de nº 020.752/020.753/020.754, e as relativas ao exercício de 1996 são: 000.103 a 000.107 e 000.111.

Neste tópico, a Autuada alega que as vendas objeto das Notas Fiscais de Venda para Entrega Futura emitidas em 1995 foram canceladas o que, obviamente, fez com que nenhuma Nota Fiscal de saída dos mesmos produtos (Trator) fosse emitida.

Nos termos da legislação tributária, consoante os arts. 830 a 834 do RICMS/91, podemos perceber que a Autuada seguiu os ditames lá positivados e que, apenas não comunicou o cancelamento das vendas à repartição fazendária, conforme a instrução contida no inciso II do art. 834.

Às fls. 280, a mesma reconhece o não cumprimento desta obrigação acessória a tempo, embora assegure para si o direito de agora cumprí-la, já que o referido dispositivo regulamentar não delimita prazo para tal.

Neste aspecto, diante de fatos que consideram evidências de vendas sem as regulares emissões dos respectivos documentos fiscais, cabe ao Fisco comprovar que as entregas de mercadorias aos destinatários constantes das Notas Fiscais de simples faturamento, realmente se efetivaram.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o ônus da A respeito do tema *ônus da prova*, convém analisarmos importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in “DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO”:

“O vocábulo ônus provém do latim (**onus**) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o ônus de provar (**onus probandi**) consiste na necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de ônus da prova não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa.”

“São sujeitos da prova, assim, tanto o contribuinte quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões. Esse direito de prova dos titulares da relação processual convive com o poder atribuído às autoridades (preparadora e julgadora) de complementar a prova.”¹ (g. n.)

Não lhe é lícito afirmar sem comprovar, pois este seu agir transfere o ônus da prova para o contribuinte que, assim, se vê na obrigação de comprovar a não realização da ação, prova negativa de seus atos.

Conclui-se, ainda pela anexação, fls. 401, da correspondência da empresa Yanmar do Brasil S.A. dando conta da inexistência em seus arquivos de qualquer documento destinado a controle de garantia e revisões de tratores em nome dos destinatários das Notas Fiscais de venda para entrega futura.

Relativamente às Notas Fiscais de venda para entrega futura emitidas em 1996, o raciocínio apenas difere um pouco, já que tais vendas não foram canceladas e porque parte da mercadoria já fora enviada aos destinatários.

No tocante à exigência fiscal de venda sem emissão da Nota Fiscal de simples remessa e sem o devido destaque do ICMS, mantém-se o mesmo entendimento exposto em relação às notas do exercício de 1995, ou seja, não pode o Fisco exigir imposto e multas pela não emissão de Notas Fiscais de Simples Remessa sem que, para tal, comprove a imprescindível entrega das mercadorias aos destinatários das Notas Fiscais de Venda para Entrega Futura.

Não há nos autos tal comprovação o que nos impele a traduzir como indevida a exigência fiscal.

¹ BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1992, p. 83 e 89.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na irregularidade, apropriação indevida de crédito de ICMS referente a Notas Fiscais de prestação de serviço, telefone, em nome de pessoa física, no exercício de 1995 e, relativamente ao exercício de 1996, apropriação indevida de valores a que tem direito, porém foram corrigidos monetariamente, e de valores cuja Notas Fiscais estão em nome pessoa física ou de outra pessoa jurídica, resultando em recolhimento a menor do imposto, nos exercícios de 1995 e 1996.

Apesar do Fisco fazer constar nos autos duas verificações fiscais analíticas, uma relativa ao ano de 1995, fls. 73/74, e outra referente à 1996, fls. 140/141, entendemos que persistem várias dúvidas acerca da quantificação desta exigência.

Não há como correlacionar os valores estornados em cada mês, com os créditos constantes de cada Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicações, de tal sorte que, em se considerando que há linhas telefônicas cujo estorno de crédito configura-se como devido e outras em que tal estorno não procede, fica impossibilitada uma análise mais acurada. Sendo tal impossibilidade reforçada pela inexistência de todas as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações.

Porém, há uma certeza, a Autuada firmara dois contratos de comodato, um com a empresa Mineração Tropical Ltda, no qual esta lhe cede os direitos de uso de várias linhas telefônicas, fls. 330, e outro contrato com a pessoa física Maria Silvana Pereira Gonçalves, fls. 331, que lhe cede o uso da linha telefônica cujo número é 921-4098.

Desta forma, entende-se indevidos os estornos de crédito que tiveram como base os telefones arrolados em ambos os contratos. Tais aparelhos, a julgar pela amostragem de Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações presentes aos autos, encontravam instalados no endereço do estabelecimento da Autuada, qual seja, Rua Professor Fernandino Júnior, 298 corroborando a tese de que, efetivamente, eram usados pela Autuada.

Mas não é o simples fato dos aparelhos encontrarem-se instalados no endereço da defendente que lhe garante o direito de créditos. Os prévios contratos apresentados é que, no nosso entender, lhe dão guarida às suas pretensões de se creditar.

Percebe-se que na amostragem há duas linhas telefônicas, uma de número 771-4098, fls. 319 e 328, e outra de número 771-4295, fls. 320, que não constam do contrato de comodato, fls. 330.

Acerca dos créditos efetuados referentes a tais linhas, julgamos correto o proceder do Fisco ao glosá-los.

Quanto a glosa dos valores referentes à correção monetária dos créditos intempestivamente aproveitados a Procuradoria Geral da Fazenda Estadual em Parecer Normativo de nº 31/90, disciplinou a matéria de forma clara e inequívoca:

“1 - O valor do crédito do ICM/ICMS decorrente de aquisição de mercadoria ou de utilização de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

extemporaneamente aproveitado, não será atualizado monetariamente, pelo princípio nominalístico do creditamento, como ato unilateral do contribuinte, e em face da jurisprudência pacífica dos tribunais.”

Portanto, sendo a escrituração dos documentos fiscais de exclusiva responsabilidade do contribuinte, se este não exercer seu direito em época própria, deverá assumir o ônus de sua inércia e não poderá corrigir monetariamente os valores.

E mais, o crédito do ICMS é de natureza contábil, não se podendo pretender a aplicação do instituto da atualização monetária, vez que implicaria em autorizar o contribuinte a aproveitar montante superior ao que efetivamente tem direito, acarretando diminuição no valor a pagar.

Porém, que não nos foi possível quantificar o valor monetário estornado à título de indevida correção monetária de créditos, já que, naqueles meses em que houve estorno, não foi informado se no valor total, havia ou não, correção monetária de créditos.

Ressalte-se que o Auto de Infração, fls. 388, apresenta um equívoco na capitulação legal da penalidade ao informar o art. 51, inciso II, alínea “a” da Lei 6763/75 como o dispositivo que contém a graduação da penalidade aplicável ao contribuinte por algumas das infrações que lhe são atribuídas.

É inconteste que não se trata de uma capitulação errônea pois tal dispositivo, inclusive, não existe. Trata-se, sim, de um infeliz erro, talvez de digitação, já que o artigo correto, ao qual o Fisco realmente intencionava referir-se é o art. 55, ou seja, houve uma troca do algarismo cinco (5), representativo da unidade do artigo, pelo algarismo 1 (um).

Não obstante, entendermos que tal fato não propiciou a Autuada qualquer dificuldade em defender-se, já que o dispositivo correto vem sendo citado desde a fase do TO e o contribuinte, em suas várias intervenções no PTA, demonstrou perfeito entendimento do que se lhe imputavam como infrações e, também, daquilo que lhe era infligido como penalidade, não pode tal erro perpetuar no lançamento, ficando assim comprometida a aplicação desta penalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que sejam feitas as seguintes exclusões: 1- valores de ICMS, MR e MI referentes às Entradas e Saídas de mercadorias consideradas desacobertas de documentação fiscal, apurados com base no levantamento quantitativo; 2- valores de ICMS e MR relativos a imputação de falta de emissão das Notas Fiscais de Simples Remessa nas operações de Venda para Entrega Futura; 3- estornos de créditos que tiveram como origem os telefones arrolados nos contratos de comodato de fls. 330/331; e 4- valores cobrados à título de ICMS no importe de R\$ 14,78 (valor parcial no mês) e de R\$ 98,73 (valor total no mês de lançamento), que, respectivamente, dizem respeito no DCMM, às datas de referência, 31/05/96 e 20/09/96 e, conseqüentemente, as parcelas a eles correspondentes exigidas à título de MR, por serem, tais valores, de origem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desconhecida nos autos. Mantendo-se as demais exigências. Vencida em parte a Conselheira Cleusa dos Reis Costa que o julgava parcialmente procedente para excluir somente a Multa isolada do item 1 acima por errônea capitulação legal e, ainda, mantinha as exigências relativas de ICMS e Multa de Revalidação do item 2 acima referido. Participaram do julgamento além da Conselheira acima citada, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia(Revisor).

Sala das Sessões, 11/12/01.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora

CC/MIG