

Acórdão: 14.395/01/2^a
Impugnação: 40.010103744-00
Impugnante: LTM Indústria e Comércio de Confecções Ltda
Proc. S. Passivo: Rogério Andrade Miranda/Outras
PTA/AI: 01.000137687-92
Inscrição Estadual: 672.98238302-59
Origem: AF/III Sete Lagoas
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTO EXTRAFISCAL - Irregularidade apurada com base em documentos extrafiscais. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75. A constatação de reincidência, determina o agravamento da penalidade prevista, sendo esta majorada em 50%, nos termos do art. 53, § 7º da Lei 6763/75. Exclusão dos valores arbitrados pelo Fisco. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

BASE DE CÁLCULO - ARBITRAMENTO - Extravio de notas fiscais, sem o recolhimento do imposto. Arbitramento procedido pelo Fisco, com base em notas fiscais regularmente emitidas pela Autuada. Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso XII da Lei nº 6763/75. Excluídos os valores das notas fiscais utilizadas como base para o arbitramento procedido. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - Deixar de entregar ao Fisco livros e documentos fiscais. Exige-se a MI prevista no art. 54, inciso VII da Lei nº 6763/75. Exigência fiscal cancelada por não ter sido a intimação efetuada de forma regular.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1- Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, referente aos períodos de outubro, novembro e dezembro de 2.000.

2 – Emissão/extravio de notas fiscais modelo 1, n.ºs 000052 a 000087, sem o recolhimento do imposto devido, referente ao período de novembro a dezembro de 2.000.

3 – Descumprimento da intimação RSR/063/2.000, de 07/12/00, e do TIAF 88087, de 13/12/00.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, MR e as MI's capituladas nos art. 55 incisos II e XII e a do art. 54, VII, todas da Lei 6763/75. A multa isolada do art. 55, II da Lei 6763/75 foi majorada em 50% com fundamento do art. 53. § 7º da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 88/104, aduzindo em síntese: que a autuação fiscal não pode prosperar pois estar amparada em presunção e que não foram respeitados os princípios legais necessários ao seu desenvolvimento. Descreve os passos utilizados pelo fiscal para apurar o valor das saídas sem documentos fiscais com base na documentação paralela encontrada. Diz que o caderno apreendido não lhe pertence e que por essa razão não traduz os movimentos da sua empresa. Alega que o TA apresenta vício insanável pois não está assinado por seu representante legal e sim por simples funcionário da empresa que não tinha autorização para assiná-lo e muito menos para confirmar os dados ali lançados. Ressalta que a simples citação de valores sem qualquer outro elemento de prova não pode amparar a presente autuação. Acrescenta que baseado apenas em presunção e elaborando uma conta matemática, afirmou o Fisco terem ocorrido vendas desde o início do mês de outubro e em todos os dias até 16 de dezembro/2.000. Menciona, ressaltando que o faz apenas por argumentar que, no máximo, poder-se-ia afirmar terem ocorrido vendas nos dias lançados no caderno e nada mais do que isso. Com relação a irregularidade, extravio dos documentos fiscais, o fiscal usa do mesmo critério anterior, ou seja, presume que a empresa tenha emitido as notas citadas apesar de ter comprovado a emissão de apenas 04 (quatro) notas fiscais. Alega que também neste caso o Fisco presume que todas as notas fiscais mod. 01, de n.ºs 00052 a 000087 foram emitidas no período acima citado e o que é mais grave, usa de uma regra matemática para fixar o valor de cada nota e despreza o valor que consta efetivamente das notas fiscais que estavam em seu poder. Menciona que as mercadorias destas notas fiscais foram apreendidas e o transporte interrompido tendo sido designada como depositária a transportadora e por este motivo não ocorreu o fato gerador do tributo. Que o arbitramento não poderia se embasar nessas notas e nem se pode falar em tributo devido por essas operações que não se concretizaram. Quanto a aplicação de multa isolada por não atendimento da intimação efetuada pela RSR/063/2000, através do FAX n.º 3271-7012 passado em 07/12/00, não merece prosperar pois dito documento não foi recebido pela empresa. Entende que estando funcionando caberia ao Fisco levar pessoalmente a intimação aos seus representantes legais e não fazê-la por telefone. Discorda também da penalidade aplicada pela falta de cumprimento à intimação gerada pelo TIAF n.º 88087 pois referido documento não foi assinado por quem de direito nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 51 da CLTA/MG, já que quem o assinou foi funcionário comum da loja que não detinha qualquer poder sobre os negócios da loja e que por essa razão a penalidade isolada deve ser cancelada. Volta ao arbitramento referente aos documentos extraviados e argumenta que está sendo penalizado por duas vezes pela mesma infração e que se o Estado encontrou meios de apurar o ICMS e a MR independentemente da apresentação de documentos, não há que se falar em cobrança da MI. Caso contrário, cabe a cobrança somente da MI. Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. fls. 121/130, refutando as alegações da defesa. Diz que utilizou da modalidade de arbitramento prevista no § 27 do art. 13 da Lei n.º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6.763/75 para apurar o valor das operações porque nem todos os movimentos da empresa estavam registrados no caderno. Afirma que não merece ser acatada a alegação da Autuada de que o caderno que subsidiou a autuação não lhe pertence pois referido caderno, conforme consta do Termo de Apreensão, foi apreendido nas dependências da empresa e contém anotações como “relação de funcionários da loja”, o nome do segurança, nome dos caixas e de seus gerentes (fls. 63 e 73 do PTA). Ressalta o fato de que o caderno apreendido teve suas folhas visadas pelo gerente da loja exatamente para evitar que ele viesse a alegar futuramente que o desconhecia. Informa que nada há de contraditório na alegada falta de seqüência lógica dos dados do caderno pois é comum nesses casos, numa tentativa de ludibriar o Fisco, a empresa fazer seus controles paralelos de forma desordenada. Ressalta que a Autuada não apresentou documento fiscal emitido no período entre 14/11/00 a 12/12/00 (quando se deu o início da contagem física de estoque) conforme se depreende do seu próprio RS (fls. 39) e que, no entanto, funcionou normalmente nesse período. Entende que a Autuada ao mencionar em sua defesa que os valores a serem considerados deveriam ser só os do caderno admite de forma tácita serem dela as anotações do caderno e que o que ela pretende no caso é a não tributação de suas operações de venda e, ainda, que é exatamente por esse motivo que o § 27 do art. 13 da Lei n.º 6.763/75 permite o arbitramento efetuado. Acrescenta que em 05.02.2001 a empresa protocolou comunicado de extravio do bloco mencionado ser desconhecida a origem do extravio. Que o bloco foi utilizado em 16.12.00 (emissão da nota fiscal n.º 000087) e que o TIAF solicitando apresentação imediata dos documentos é de 13.12.00. Ressalta que as notas em poder do Fisco não foram obtidas pelos meios normais de requisição mas sim apreendidas pelo Posto de Fiscalização por uso indevido e que elas foram devidamente consideradas (fls. 25 do PTA). Salaria que as intimações ainda que feitas “via fax” foram claras e bem definidas e que foram devidamente recebidas pelo contador e pela empresa pois, caso contrário, não haveria confirmação no canhoto de recebimento no momento de sua passagem. Argumenta que não procede a alegação de duplicidade de exigências no caso das notas extraviadas. Requer a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Refere-se o presente contencioso à acusação fiscal, constatada mediante verificação fiscal analítica, de que a Autuada incorreu no período de outubro a dezembro de 2000 nas seguintes irregularidades:

- 1) Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal apuradas no confronto da documentação paralela (caderno apreendido no estabelecimento referentes a vendas realizadas, fls. 55/86).

A apreensão foi feita de forma regular com adequada observância do art. 201, II e 202, ambos do RICMS/96. Desta forma não procede a alegação da Impugnante de que o TA (termo de apreensão) teria de ser necessariamente assinado pelo responsável legal da empresa. Inexiste qualquer disposição de norma neste sentido, pelo contrário, prescreve o art. 202 do RICMS/96 que a apreensão será efetuada mediante lavratura do termo de apreensão contendo a assinatura do apreensor,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do detentor da mercadoria ou do bem apreendido, ou pelo seu depositário e se possível de duas testemunhas. Não determina que deva ser o representante legal ou por procurador designado.

O documento extrafiscal apreendido no estabelecimento da Autuada goza de presunção “juris tantum” ilidível apenas por prova inequívoca, a qual inexistente quando a Impugnante limita-se a alegar que as anotações paralelas não espelham a realidade das operações praticadas, que os documentos não lhe pertencem, não trazendo, contudo, quaisquer evidências que comprovem a veracidade de tais argumentos, sendo estes, portanto, ineficazes para tanto.

Corretas as exigências fiscais sobre os valores lançados no caderno por existirem elementos suficientes que os justificam pois, os valores lançados nas fls. 9 e 10 do caderno retratam as vendas ocorridas naqueles dias e caberia a Autuada apresentar as notas fiscais referentes às operações autuadas o que não o faz.

Entretanto, o arbitramento realizado que encontrou um valor médio de operações em todos os dias do período autuado deve ser excluído uma vez que não há indícios de que ocorreram saídas de mercadorias nos dias não lançados no documento extrafiscal apreendido.

Dessarte, deve-se considerar os valores lançados no caderno e excluir as exigências dos valores arbitrados.

Insta salientar que o Fisco não considerou o DAPI do mês de dezembro para compensação das vendas efetuadas por não existir documentos registrados nos livros fiscais que sustente as informações lançadas neste documento e assim permitir a correção pretendida.

- 2) Emissão/extravio de notas fiscais modelo 1 de nº 000.052 a 000.087 sem o recolhimento devido, referentes aos períodos de novembro a dezembro de 2000.

Encontra-se anexado aos autos, fls. 32/35 (nf's de nºs 000.069; 000.085; 000.086 e 000.087) a prova inconteste de que as notas fiscais do bloco extraviado foram emitidas até o nº 000.087. Negar esta presunção legal é favorecer os sonegadores que, na pior das hipóteses, submetem somente a multa isolada, que já é uma vantagem pois deixam de recolher o imposto devido.

Outrossim, a apreensão desses documentos fiscais retromencionadas no trânsito (foram apreendidos e autuados por haver divergência entre as mercadorias descritas e as transportadas) comprovam, indubitavelmente, a emissão das mesmas para acobertar operações de circulação de mercadorias e, reforçando esta assertiva, tem-se o próprio documento do contribuinte de fl. 52 comunicando de que algumas notas fiscais do bloco extraviado foram emitidas.

Assim, de posse dessas notas fiscais (nºs 000.069; 000.085; 000.086 e 000.087) emitidas pela Autuada e, nos termos do artigo 51, inciso I da Lei 6763/75, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fisco procedeu ao arbitramento das notas fiscais extraviadas não apresentadas, utilizando-se, para tal, o valor médio das notas fiscais encontradas.

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 exhibir 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;** (grifos)

O arbitramento levado a efeito seguiu rigorosamente os pressupostos dos artigos 53, inciso I e 54, inciso IX do RICMS/96, a saber:

Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo fisco quando:

I - não forem exibidos 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;**

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

IX - o valor médio das operações ou das prestações realizadas no período de apuração ou, na falta deste, no período imediatamente anterior, na hipótese dos incisos I, IV e V do artigo anterior;

Portanto, tendo o Fisco constatado a utilização de parte dos documentos fiscais extraviados e, com base nos mesmos, arbitrado os restantes, depreende-se corretas as exigências fiscais relacionadas com o imposto e multa pertinente, além da penalização pelo extravio em comento, prevista no artigo 55, inciso XII da Lei 6763/75.

Porém, deverá ser abatido da base de cálculo do ICMS devido e da MI exigida, as notas fiscais que comprovam a emissão das notas fiscais extraviadas e que serviram de base para o arbitramento, quais sejam, as de nºs 000.069; 000.085; 000.086 e 000.087.

Quanto ao pleito da Autuada de que deve-se aplicar a alíquota interestadual ao argumento de que todas elas se destinavam a outro Estado da Federação não há como acatar porque é mera alegação sem qualquer prova que respalde esta afirmativa.

3) Descumprimento da intimação RSR 063/2000 e do TIAF

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se a MI prevista no art. 54, VII, Lei 6.763/75 (fls. 26) . Correta a exigência com relação ao não atendimento do TIAF. Todavia, a referente a intimação RSR 063/2000 não tem como prevalecer por ter sido efetuada via fax e sem a comprovação de forma satisfatória de que a Autuada realmente tenha recebido a intimação.

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, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para: 1) em relação ao item "1" do Auto de Infração - excluir a exigência do ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada (art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75) sobre os valores arbitrados pelo Fisco com base nos documentos extrafiscais; 2) em relação ao item "2" do Auto de Infração - abater da base de cálculo do ICMS devido e da Multa Isolada exigida (art. 55, inciso XII, da Lei nº 6.763/75) as notas fiscais de nºs 000.069, 000.085, 000.086 e 000.087; 3) em relação ao item "3" do Auto de Infração - excluir a Multa Isolada do art. 54, inciso VII, da Lei nº 6763/75, relativa a intimação por ofício (RSR.063/2000). Vencido, em parte, o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho que o julgava parcialmente procedente nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro retrocitado, o Conselheiro Edmundo Spencer Martins.

Sala das Sessões, 13/08/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente**

**Cleusa dos Reis Costa
Relatora**