

Acórdão: 18.106/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116666-09
Impugnante: DAMFI Destilaria Antônio Monti Filho Ltda
Proc. S. Passivo: Luiz Carlos de Arruda Jr/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151034-53
Inscr. Estadual: 118.183204.00-68
Origem: DF/ Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS. Constatado saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento do Contribuinte com notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Infringência ao disposto no artigo 39, § 1º da Lei nº 6763/75. Exigências de ICMS, MR e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para reformular o crédito tributário, adotando-se em cada operação a alíquota específica relativa a cada destinatário, em substituição à aplicação de alíquota única de 18% (dezoito por cento) lançadas a todas as operações e, ainda, adequando-se a penalidade isolada aos critérios introduzidos na legislação pela Lei nº 15.956, de 29/12/05.

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO - VALOR DIVERSO DO REAL. Evidenciado nos autos que o Contribuinte emitiu documentos fiscais com base de cálculo divergente do previsto na legislação tributária, infringindo o disposto no artigo 13, inciso IV, da Lei nº 6.763/75, segundo o qual, a base de cálculo na saída de mercadoria, a qualquer título, é o valor da operação. Corretas as exigências de ICMS, MR e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. As exigências por emissão de notas fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de mercadoria do estabelecimento foram incluídas pelo Fisco no subfaturamento e, com fulcro no disposto no artigo 211 do RICMS/02, excluiu-se a penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso III, da Lei 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas no período de 01/10/2000 a 30/06/2005:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1- saídas desacobertadas de aguardente de cana e álcool hidratado, apuradas mediante confronto entre os documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Contribuinte com as notas fiscais emitidas no período fiscalizado;
- 2- emissão de documentos fiscais consignando valores de base de cálculo divergentes do valor real da operação;
- 3- emissão de documentos fiscais sem a correspondente saída das mercadorias.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.212 a 2.233.

Em análise à Impugnação apresentada, o Fisco entende haver razão parcial à Autuada, promovendo a reformulação do crédito tributário conforme demonstrado às fls. 2.245 a 2.250.

O Fisco, em manifestação de fls. 2.301 a 2.313, requer pela procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 2.316 a 2.321, opina pela procedência parcial do lançamento, para remanescer o crédito tributário constante dos DCMM de fls. 2.247 a 2.248, nos termos da reformulação do Fisco.

DECISÃO

O processo tributário em discussão versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas no período de 01/10/2000 a 30/06/2005:

- 1- saídas desacobertadas de aguardente de cana e álcool hidratado, apuradas mediante confronto entre os documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Contribuinte e as notas fiscais emitidas no período fiscalizado;
- 2- emissão de documentos fiscais consignando valores de base de cálculo divergentes do valor real da operação;
- 3- emissão de documentos fiscais sem a correspondente saída das mercadorias.

Item 1 – mercadoria saída desacobertada – documentos extrafiscais

Para apuração das saídas desacobertadas valeu-se o Fisco de inúmeros documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Autuada, cujas cópias encontram-se nos diversos anexos que compõem o PTA, consistindo em ordem de carregamento (OC), controle financeiro (CF) e controle de pesagem (CP).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se claramente nesses documentos a identificação da empresa autuada e outras informações precisas sobre cada operação praticada, tais como: pesagens, identificação do veículo, nome do motorista, nome do emissor, tipo do produto vendido e a data respectiva. Nesse sentido, milita forte presunção a favor do Fisco sobre a veracidade dos documentos apreendidos e extensamente utilizados como elementos de prova. No entanto, o fiscal autuante foi ainda mais diligente, pois teve o cuidado de fazer o confronto do documento extrafiscal com a documentação emitida nos dias de cada carregamento, como demonstrado às fls. 2.253/2.280, em trabalho minucioso.

Trata-se, na verdade, de claro exemplo do exercício qualificado do ônus processual que compete ao autor do feito, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Ao listar, de forma analítica, cada documento sobre o qual exigiu o ICMS devido pela saída desacobertada, exerceu o Fisco, com lealdade e cooperação, seu papel de parte processual, conforme exige os artigos 14 e 339 do digesto processual civil, na medida em que possibilitou ao sujeito passivo, reais condições de se defender quanto aos fatos que lhe foram imputados.

A Autuada, porém, assim não fez. Quedou-se inerte quanto à defesa, preferindo apontar, de forma genérica, argumentos inconsistentes, sem manifestar precisamente se discordava de qualquer dos documentos extrafiscais apreendidos e carreados aos autos.

Questiona a Impugnante o arbitramento, argüindo não haver prova cabal e que o correto seria adotar-se o valor da operação. Porém, esse argumento depõe contra a própria Contribuinte. De fato, a base de cálculo é, em regra, o valor da operação. Ora, sendo assim, cabia à Autuada trazer aos autos demonstração do real valor praticado nas operações, contestando as alegações do Fisco, mas não o fez.

Quanto ao arbitramento, é convalidado pelo ordenamento jurídico. O fundamento de validade é o disposto no artigo 148 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), normal geral sobre obrigação e lançamento em matéria tributária, *in verbis*:

"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.". (grifo nosso)

Sobre o tema, pode-se ir mais além. O verdadeiro fundamento encontra-se na Carta Magna. É a própria Constituição, ao conferir aos Estados, entes abstratos, o poder-dever de instituir tributos, que autoriza esse arbitramento. Tutela-se aí o bem-estar da sociedade, fundamento da República brasileira (artigo 3º, inciso IV, da CR/88), para cujo fim exige-se tributos. Veja-se, porém que não se trata de um poder

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

discricionário e muito menos arbitrário, sob pena de abusividade. Exige-se do agente público boa dose de prudência no arbitramento, atendendo ao princípio da razoabilidade e, sobretudo, ao contraditório.

Pois bem. Na presente exigência fiscal afigurou-se correta a atitude do Fisco, pois, provou-se operações desacobertadas de documentos fiscais. Somente então, cumprindo um dever legal e indeclinável, previsto no parágrafo único do artigo 142 do CTN, com amparo na Carta Magna, passou o fiscal autuante a arbitrar valores para fins de efetivar o lançamento. E o fez de forma criteriosa, utilizando-se de documentos da própria Autuada e de critérios técnicos, não ilididos em momento algum.

Aqui, também, poderia a Autuada ter contraditado os valores arbitrados, rebatendo e apresentando outros documentos relativos ao negócio jurídico. Porém, mais uma vez, manteve-se silente. A afirmativa de que se tratava de documentos utilizados em simples processo de treinamento, além de não demonstrado, foge a uma lógica razoável.

Alega a Impugnante ter sido vítima de invasão de domicílio na obtenção dos documentos pelo Fisco. Sabe-se que o STF considera “invasão de domicílio” a entrada de agentes fiscais em locais do estabelecimento comercial não aberto ao público, com fundamento no artigo 150, § 3º do Código Penal, segundo o qual, o conceito de “casa” estende-se ao compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade.

No entanto, não há qualquer documento nos autos que demonstre procedimento ilícito por parte do Fisco na apreensão dos documentos extrafiscais. O que se denota é o exercício regular do direito fiscal, consubstanciado no poder de examinar nos estabelecimentos de contribuintes, livros e documentos fiscais e comerciais e do dever destes de exibi-los ao Fisco, conforme determinam o artigo 195 do CTN, artigo 204 da Lei 6.763/75 e o artigo 193 do RICMS/02. O acesso foi franqueado ao Fisco, cumprindo a empresa autuada o dever de cooperação, em atendimento à função social da propriedade da atividade econômica, princípio previsto no inciso III, artigo 170 da Carta Maior.

A argüição de utilização da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) na saída de álcool também não condiz com a verdade. Na reformulação do crédito tributário (fls. 2.245/2.288) utilizou-se corretamente a alíquota conforme o destino, fato também apontado na Manifestação Fiscal (fl. 2.308).

Ressalte-se, contudo, que o Fisco ao reformular o crédito tributário, adequando a multa isolada da saída desacobertada aos limites trazidos pelo § 2º, do artigo 55, da Lei 6.763/75, não obedeceu a distribuição das cargas tributárias de 7% (sete por cento) e 12% (doze por cento), o que deverá fazê-lo limitado porém ao máximo lançado às fls. 2.250 (R\$ 684.230,35).

A única defesa técnica efetiva apresentada diz respeito à contestação da utilização da taxa SELIC para fins de correção do crédito tributário. Discorre o patrono da Contribuinte, de forma veemente, sobre a inadequação da utilização da SELIC.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Porém, é cediço que esta é a taxa usualmente utilizada pelo Fisco federal e pelas demais Unidades Federadas. Neste Estado, fundamenta-se a exigência na Resolução 2.880/97, da Secretaria de Estado de Fazenda, com supedâneo nos artigos 126 e 226 da Lei n.º 6.763/75, sendo pacífico neste Órgão julgador a não discussão e apreciação desse tema, nos termos do disposto no artigo 88 da CLTA/MG.

Corretas em parte, portanto, as exigências fiscais formalizadas no Auto de Infração, relativas ao ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no inciso II, artigo 55, da Lei nº 6763/75.

Item 2 – base de cálculo - subfaturamento

Para apuração dos valores divergentes das bases de cálculo - subfaturamento - utilizou-se o Fisco do arbitramento dos valores, com fundamento no artigo 51, incisos II, III, IV e VI da Lei nº 6.763/75 e no artigo 54, incisos II e IV, do RICMS/02, sem, no entanto, ser arbitrário. Para fins de alcançar um preço razoável, utilizou-se de critérios técnicos e idôneos, conforme informado na Manifestação Fiscal.

Em razão de tal, foram exigidos o ICMS, MR e MI capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei nº 6763/75, “por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída”.

As diferenças apuradas encontram-se demonstradas conforme planilhas de fls. 69/74.

Corretas, portanto, as exigências fiscais formalizadas no Auto de Infração, relativas ao ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no inciso VII, artigo 55, da Lei nº 6763/75.

Item 3 – emissão de documento fiscal sem a correspondente saída da mercadoria

As exigências fiscais relativas à emissão de documentos fiscais sem a efetiva saída da mercadoria foram incluídas, pelo Fisco, no subfaturamento conforme previsto no inciso VII do artigo 55, da Lei 6763/75.

Assim, considerando o disposto no artigo 211 do RICMS/02, foi também excluída pelo Fisco a penalidade isolada prevista no artigo 55, inciso III, da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 211 - Apurando-se, na mesma ação fiscal, o descumprimento de mais de uma obrigação tributária acessória pela mesma pessoa, será aplicada a multa relativa à infração mais grave, quando forem as infrações conexas com a mesma operação, prestação ou fato que lhes deram origem”.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

reformulação do crédito tributário efetuado pelo Fisco às fls. 2.245 /2.288, e ainda, para adequar a MI do art. 55, II, ao disposto no §2º do mesmo artigo, obedecendo a distribuição das cargas tributárias de 7% (sete por cento) e 12% (doze por cento), limitado porém ao máximo lançado às fls. 2.250 (R\$ 684.230,35). Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Aparecida Gontijo Sampaio e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 07/03/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ

CC/MIG