

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.328/11/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169915-57
Impugnação: 40.010129777-05
Impugnante: Sipecar Comércio e Indústria Ltda
IE: 327580477.00-45
Proc. S. Passivo: Edvardo Luz de Almeida
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE REGISTRO DE ENTRADA - PRESUNÇÃO. Constatou-se saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, tendo em vista a falta de registro de notas fiscais de entradas, verificada mediante confronto entre os arquivos SINTEGRA da Autuada e os mesmos arquivos dos remetentes das mercadorias. Procedimento fiscal amparado no art. 51, parágrafo único, inciso I da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada para as mercadorias, destinadas à comercialização, efetivamente recebidas e não registradas pela Impugnante, justificando as exigências de ICMS, calculado a partir das médias das alíquotas, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente lançamento versa sobre a presunção de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, no período de janeiro/07 a agosto/09, em virtude da falta de escrituração de notas fiscais de aquisição no livro Registro de Entradas, conforme apurado pelo confronto entre os arquivos SINTEGRA da Autuada e o dos remetentes das mercadorias.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 51/61 e documentos de fls. 64/92, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 98/101.

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls.103, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 105/110 e reformulação do crédito tributário, conforme Demonstrativo do crédito Tributário (DCMM) de fls. 111/112.

Regularmente cientificada, a Impugnante se manifesta às fls.114/115.

O Fisco novamente comparece aos autos às fls.116/117, requerendo a procedência do lançamento nos termos reformulados.

DECISÃO

O lançamento em análise apurou venda de mercadorias desacobertadas de nota fiscal com a conseqüente subtração no recolhimento do ICMS.

O Fisco constatou a irregularidade mediante o trabalho de cruzamento de banco de dados, no qual são confrontados os arquivos magnéticos (SINTEGRA) dos fornecedores do contribuinte com os registros no livro Registro de Entradas. Na verificação, comprovou-se que a Autuada omitiu o registro de várias notas fiscais de aquisições, consoante foi relacionado nos quadros demonstrativos de fls. 08/10.

O trabalho fiscal está corretamente fundamentado no inciso I do parágrafo único do art. 51 da Lei nº 6.763/75 e no art. 53 do RICMS/02, que transcreve-se:

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

Parágrafo único - Presume-se:

I - entrada e saída do estabelecimento a mercadoria não declarada pelo contribuinte, cuja operação de aquisição tenha sido informada ao Fisco pelo contribuinte remetente ou pelo transportador;

(...)

RICMS/02

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;

II - for declarado em documento fiscal valor notoriamente inferior ao preço corrente da mercadoria ou da prestação do serviço;

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documento fiscal relativo às operações ou prestações próprias ou naquelas em que seja o responsável pelo recolhimento do imposto;

V - ocorrer a falta de seqüência do número de ordem das operações de saídas ou das prestações realizadas, em Cupom Fiscal, relativamente aos números que faltarem;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

As disposições acima, legal e regulamentar, demonstram que nas hipóteses de saída de mercadorias tributadas, cujas notas fiscais de entrada não foram registradas, é permitido ao Fisco arbitrar as operações e impor penalidades.

Cabe destacar que a denominada presunção *juris tantum* permite a produção de prova em contrário para afastá-la. Assim, poderia a Impugnante ilidir a acusação fiscal, anexando aos autos, a prova plena, objetiva e inquestionável, mediante documentação idônea, de que não infringiu à legislação tributária.

Como o próprio nome indica, é legal a presunção quando disposta em lei, em ordenamento positivo. As presunções legais *juris tantum*, têm o condão de transferir o dever ou ônus probante da Autoridade Fiscal para o Sujeito Passivo da relação jurídico-tributária, devendo este, para elidir a respectiva imputação, produzir provas hábeis e irrefutáveis da não ocorrência da infração.

Portanto, corretamente agiu o Fisco em lançar mão da presunção legal supracitada.

Inconformada, a Impugnante alega que não recebeu 43 (quarenta e três) das notas fiscais relacionadas pelo Fisco, apresentando declarações de não aquisição de mercadorias juntadas às fls. 67/86 dos autos, as quais foram firmadas para garantir ao Fisco o direito de investir contra os remetentes, sob as penas da lei.

Aduz ainda que essas mercadorias podem ter sido de fato destinadas a ela, e que por algum motivo deixou de recebê-las, tais como: pedido divergente, defeito e/ou preço não combinado, não recebimento de mercadorias aos sábados.

Na busca da verdade material, atendendo à diligência determinada pela Câmara de Julgamento, o Fisco intimou os emitentes dos documentos fiscais relacionados nas citadas declarações da Impugnante, a apresentar comprovante de recebimento ou pagamento do negócio efetuado com a Autuada.

Não obstante, a única resposta recebida pelo Fisco foi do Contribuinte Supply Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda, que encaminhou a nota fiscal de devolução referente à venda realizada para a Impugnante, redundando na exclusão da mesma e reformulação do crédito tributário.

Portanto, considerando os fatos alegados pela Impugnante, as declarações por ela firmadas, a inexistência de outras provas que comprovem a efetivação do negócio, a impossibilidade de realização de prova negativa por parte da Impugnante, bem como o fato de que a única resposta às intimações do Fisco sustentou a tese da Autuada, imperioso se faz concluir pela não comprovação do recebimento das mercadorias objeto das declarações da Impugnante de fls. 67/86, devendo em relação a estas serem excluídas as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação as demais notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, a Impugnante admite que recebeu as mercadorias, mas informa que os documentos foram extraviados.

Afirma, também, que algumas notas fiscais são referentes à aquisição destinada ao ativo permanente com o imposto já pago por substituição tributária, outras se referem a produto de uso e consumo e, outras, ainda, são relativas à prestação de serviço.

Sendo assim, a Impugnante declara (fls. 56) que adquiriu e recebeu as mercadorias constantes das demais notas fiscais relacionadas no lançamento fiscal. Contudo, não foram registradas, corroborando com a presunção legal de omissão de entradas para comercializar mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais pertinentes.

A presunção é uma ilação que se tira de um fato conhecido para se provar, no campo do Direito Tributário, a ocorrência da situação que se caracteriza como fato gerador do tributo. Note-se que a utilização de presunção, em princípio, não fere o Princípio da Estrita Legalidade ou da Tipicidade Cerrada. Isto ocorre porque, a aplicação correta da presunção não gera alargamento da hipótese de incidência do tributo, tampouco, aumento da base de cálculo. Conforme dispõe o Código Civil, no inciso IV de seu art. 212, o fato jurídico pode ser provado mediante presunção.

Frente aos fatos e provas dos autos, não pode prosperar a alegação da Impugnante de que aquelas mercadorias destinadas à comercialização, mesmo não tendo sido os documentos lançados na escrita fiscal, foram corretamente tributadas na saída, através de cupom fiscal.

Entretanto, no tocante às mercadorias não destinadas à comercialização, razão assiste à defesa, não sendo pertinente a presunção acima defendida de saída desacobertada.

Por conseguinte, devida é também a exclusão, do lançamento, dos documentos fiscais que acobertaram a entrada de: material de uso e consumo, Notas Fiscais nº 1754 de Nov/07 emitida por Betel Combustível (fls. 109) e nº 43632 de abr/08 emitida por Luso Brasil (fls. 110); ativo permanente, Notas Fiscais nº 571914 de out/07 (fls. 109) e nº 079832 de ago/09 (fls. 110), ambas, emitidas por Tim Nordeste S.A e Nota Fiscal nº 8125 de abr/07 (fls. 109) emitida por Distribuidora Nacional de Automação; prestação de serviço, Nota Fiscal nº 39182 de Nov/07 emitida por Remaq Refrigeração e Máquinas Ltda.

Ainda argumenta a defesa que na apuração do crédito tributário foi aplicada a alíquota de 18% indiscriminadamente pelo Fisco.

Em resposta à diligência da Câmara de julgamento, o Autuante relaciona, às fls. 106, as mercadorias para as quais o ICMS foi recolhido por substituição tributária e aquelas sujeitas à redução da base de cálculo ou alíquota diferente de 18%, confirmando a tese da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há, portanto, que ser considerada, no cálculo do imposto exigido, a média das alíquotas de saída das mercadorias constantes dos documentos fiscais que foram mantidos no lançamento fiscal.

No que se refere ao percentual de margem de valor agregado de 30% (trinta por cento) adotado pelo Autuante e também questionado pela Impugnante, verifica-se que o critério adotado para se arbitrar o valor das saídas se deu nos termos da legislação, utilizando-se, como referência, o percentual estabelecido no inciso IV do art. 73 do Anexo IX do RICMS/02.

Sendo assim, não cabe razão à Contribuinte que apontou um percentual a ser aplicado de 26% (vinte e seis por cento) sem apresentar em contrapartida quaisquer provas de seu direito.

Em relação ao crédito pelas entradas, solicitado pelo Autuada, em virtude do princípio da não-cumulatividade do ICMS, tem-se que ele foi regularmente concedido pelo Fisco para todas as notas fiscais de entradas apresentadas com destaque do ICMS.

Por fim, improcede o questionamento da Impugnante em relação à multa isolada aplicada. O dispositivo legal, art. 55 da Lei 6763/75, abaixo transcrito, estabelece parâmetros mínimos e máximos para a penalidade aplicada, os quais foram devidamente observados pelo Fisco.

Dessa forma, para os casos em que ficou caracterizada a infração apontada pelo Fisco, correta a exigência da penalidade capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 109/112 e, ainda, para excluir as exigências relativas aos documentos fiscais relacionados nas declarações de fls. 67/86, aquelas referentes a material de uso e consumo, ativo permanente e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestação de serviços. No cálculo do imposto exigido, deve ser considerada a média das alíquotas. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Fernando Luiz Saldanha
Relator**

CC/MIG