

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.189/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000216421-64
Impugnação: 40.010134190-99
Impugnante: Natan Geraldo Severino Rodrigues - ME
IE: 001447510.00-89
Proc. S. Passivo: Ubirajara Lima Neto/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

MERCADORIA – TRANSPORTE DESACOBERTADO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – AUTO DE APREENSÃO POLICIA CIVIL. Constatado, mediante auto de apreensão lavrado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, o transporte de calçados desacobertos de documento fiscal e sem comprovação de pagamento do imposto devido. Infração caracterizada nos termos do art. 39, § 1º da Lei nº 6.763/75, c/c art. 89, inciso I da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre o transporte de 5.842 (cinco mil, oitocentos e quarenta e dois) pares de calçados desacobertos de documentação fiscal. Irregularidade apurada por meio de Auto de Apreensão lavrado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais no dia 21/07/12 (fls. 06) e de outros documentos anexados ao Auto de Infração.

Após comunicação daquele órgão (fls. 09/10), o Fisco compareceu ao local em que se encontrava retido o veículo AJQ-3599, de propriedade de Natan Geraldo Severino Rodrigues, contendo os produtos e, procedeu à contagem física das mercadorias (fls. 15). Na oportunidade constatou-se que não havia correspondência entre os produtos descritos nos DANFES nºs 9029 e 1333 emitidos no dia 23/07/12, 02 (dois) dias após a apreensão, com os constantes no veículo transportador.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 43/53, alegando, em apertada síntese, que:

- o Auto de Infração deve ser declarado nulo por não haver a fundamentação legal para o arbitramento perpetrado pelo Fisco e pelo fato de o procedimento adotado

na obtenção dos valores para apuração da base de cálculo não ter observado a sua escrituração contábil;

- os modelos dos produtos pesquisados pelo Fisco para obtenção dos valores a fim de apurar a base de cálculo são diversos dos que são objeto do presente lançamento, não correspondendo às mercadorias por ele comercializadas;

- há necessidade de realização de perícia para verificar a correspondência dos produtos e a correção da base de cálculo;

- o valor das multas aplicadas possui caráter confiscatório com ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal e do Termo de Rerratificação do Auto de Infração

O Fisco, em manifestação de fls. 76/80, refuta os argumentos da Defesa e rerratifica o Auto de Infração para inclusão da fundamentação legal para o arbitramento da base de cálculo. (fls. 81).

Intimado da rerratificação do Auto de Infração, com reabertura do prazo em 30 (trinta) dias, nos termos do art. 120, inciso II, § 1º do RPTA, fls. 84/85, o Autuado comparece com o expediente de fls. 90/107 aditando a sua peça de defesa inicial e, requer a improcedência do lançamento.

O Fisco, em nova manifestação de fls. 119/124, cujos fundamentos serão adotados para o presente acórdão, rebate ponto a ponto os argumentos do Impugnante e pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares de Nulidade do Lançamento

O Impugnante argui a nulidade do lançamento sob o fundamento de que não constou do Auto de Infração a capitulação legal para o arbitramento realizado pelo Fisco na apuração da base de cálculo adotada e, ainda, que o procedimento adotado na obtenção dos valores não observou a escrituração fiscal e contábil do Contribuinte, cerceando o seu direito à defesa.

A respeito da capitulação legal para o arbitramento, o Fisco procedendo com muito zelo, rerratificou o Auto de Infração para a inclusão dos dispositivos regulamentares que dão amparo legal para o arbitramento do valor da operação e reabriu o prazo de 30 (trinta) dias para nova manifestação do Autuado, conforme doc. de fls. 84/85.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, quando o Impugnante dispôs do prazo regulamentar para defender-se da acusação fiscal.

A questão da obtenção dos valores dos produtos para apuração da base de cálculo, por ser afeta ao mérito, será assim tratada adiante.

Na segunda intervenção no PTA, quando da reabertura do prazo de 30 (trinta) dias em face da rerratificação do Auto de Infração, o Impugnante trouxe à baila novos argumentos em relação a nulidade do lançamento.

No entanto, como se verá, não procedem as alegações, visto que o Fisco formalizou o Auto de Infração, atendendo a todos os requisitos previstos na legislação tributária estadual.

O primeiro argumento é de não observância de formalidades na apreensão da carga, previstas nos arts. 45 e 46 da Lei nº 6.763/75. Nesse ponto, é de se mencionar que em momento algum o Fisco reteve ou apreendeu as mercadorias. Essas estiveram sempre sob guarda da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, sendo ao final liberadas para o transportador (pessoa jurídica estabelecida em Nova Serrana/MG), em cumprimento à liminar concedida em mandado de segurança impetrado contra a autoridade policial, conforme cópias de docs. 21/36.

Assim, não haveria porque a autoridade fiscal lavrar Termo de Apreensão de mercadorias em observância aos artigos mencionados.

Ademais, a ausência de AIAF e AAD enquadra-se na exceção prevista no art. 74 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

Outro argumentado trazido pela Defesa como sendo caracterizador de vício insanável, diz respeito ao interstício entre a ação fiscal e a formalização do lançamento.

Ora, como pode ser observado pela documentação trazida pelo Fisco (fls. 06/20), não há nenhuma irregularidade nesse procedimento. A ação fiscal iniciou-se a partir da ciência do Fisco por meio de despacho da autoridade policial (fls. 09/10) datado de 08/08/12. Após a liberação de acesso à carga em 15/08/12 (fls. 14), os Auditores Fiscais procederam a contagem da mercadoria, sua identificação de modo a permitir a correta escolha da base de cálculo, acompanhada pessoalmente pelo empresário Natan Geraldo Severino Rodrigues (proprietário do veículo), apurando um quantitativo um pouco diferente do apurado pelos policiais. Demonstra-se assim, que o Fisco exerceu em plenitude a sua atividade privativa.

Por outro, o fato de o Auto de Infração ter sido lavrado aproximadamente 07 (sete) meses após a contagem das mercadorias não encontra obstáculo na legislação, já que não houve decadência. Essa é uma questão de planejamento da ação fiscal.

Por fim, o argumento de que o relatório do Auto de Infração é vago e impreciso, também não procede. Da análise dos presentes autos, verifica-se que atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira, especificamente, o art.

85, inciso II e o art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, revelando a acusação fiscal e a penalidade correspondente, habilitando e oportunizando defesa plena.

Não restam dúvidas de que o Fisco proporcionou ao Autuado desenvolver sua defesa sem qualquer surpresa ou falta de informação, não se caracterizando cerceamento de seu direito de defesa ou quaisquer vícios no lançamento, rejeitando-se as arguições de nulidade do lançamento.

Do Pedido de Prova Pericial

O Impugnante entende que deva ser determinada a realização de prova pericial para que sejam respondidos os quesitos formulados às fls. 50 do PTA, no sentido de que o *expert* responda se “*as mercadorias periciadas são diferentes daquelas utilizadas como referência no auto de infração*”; “*qual o valor de mercado das mercadorias periciadas*”; e se “*o valor da operação indicado no auto de infração corresponde ao valor das mercadorias periciadas*”.

Como se sabe, a prova pericial é admitida no curso de um processo como meio ou forma de esclarecimento ao juiz ou órgão julgador, quando o exame do fato depender de conhecimentos técnicos ou especiais e, essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

No caso em tela, as questões apresentadas pelo Impugnante não tem o condão de afastar a cobrança do crédito constituído, uma vez que se tratam de exigências de ICMS e multas em razão de transporte de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, situação em que, para apuração da base de cálculo, o Fisco deve-se utilizar dos parâmetros definidos na legislação tributária, exatamente como no caso presente.

Resta, portanto, evidenciado que o referido exame pericial mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os documentos acostados aos autos pelo Fisco contêm todas as informações necessárias para a elucidação da controvérsia.

Sendo assim, indefere-se a prova pericial requerida, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Do Mérito

Como relatado, a autuação versa sobre o transporte de 5.842 (cinco mil, oitocentos e quarenta e dois) pares de calçados desacobertados de documentação fiscal. Irregularidade apurada por meio de Auto de Apreensão (fls. 06) lavrado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais no dia 21/07/12 (fls. 06) e de outros documentos anexados ao Auto de Infração.

Ressalta-se que a Impugnante não contesta que o transporte da mercadoria se fazia sem a emissão da documentação fiscal pertinente. Toda a sua defesa se fez com base nas preliminares retro analisadas e em alegações de sujeição passiva e de apuração do crédito tributário.

A obrigatoriedade de que o transporte de mercadorias se dê acobertado por documento fiscal está prevista no § 1º do art. 39 da Lei nº 6.763/75 e no art. 12 do Anexo V do RICMS/02. Veja-se:

Lei 6.763/75

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

RICMS/02 - ANEXO V

Art. 12 - A nota fiscal será emitida:

I - antes de iniciada a saída da mercadoria;

Dessa forma, como as mercadorias encontravam-se desacobertadas de notas fiscais, restou caracterizada a infração fiscal.

Quanto à reclamação de que o Fisco não arrolou o transportador no polo passivo da obrigação tributária, cumpre esclarecer que o transportador é o Sr. Natan Geraldo Severino Rodrigues conforme pesquisa de dados de propriedade de fls. 12, que também responde pela empresa individual “Natan Geraldo Severino Rodrigues ME”, CNPJ nº 11.210.811/0001-33.

No tocante ao argumento de que o Fisco deveria valer-se de notas fiscais de entrada ou da escrita contábil do Impugnante para obter o real valor da operação, cabe destacar que não se pode presumir que os produtos encontrados sem documentação fiscal saíram do estabelecimento industrial do proprietário do veículo.

Primeiro, porque se trata de marcas como “Adidas” e “Nike” protegidas pela legislação de marcas, que não são fabricadas por quaisquer empresas. Segundo, porque não havia nas caixas (embalagens) qualquer referência ao nome da empresa fabricante/distribuidora dos produtos que permitisse ao Fisco concluir pela saída daquele estabelecimento. E terceiro, os DANFES nºs 9029 e 1333 (fls. 07/08) emitidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

02 (dois) dias após a apreensão, e apresentados extemporaneamente, não se referem às mesmas mercadorias autuadas, conforme pode ser observado do confronto dos produtos relacionados na contagem física de fls. 15 com os descritos nos referidos DANFES.

Nessas circunstâncias, a legislação autoriza o arbitramento do preço das mercadorias, nos seguintes termos:

RICMS/02:

Art. 53. O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

(...)

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

(...)

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.

(...)

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 de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação;

(...)

§ 4º Na impossibilidade de aplicação dos valores previstos no caput deste artigo será adotado o valor que mais se aproximar dos referidos parâmetros. (Grifou-se).

Desse modo, foram encontrados os seguintes preços de varejos (docs. fls. 16/19) para calçados similares de mesma marca, aplicando-se sobre tais valores o redutor para deixá-los em conformidade com o art. 73, inciso II, Anexo IX do RICMS/02:

PRODUTO	PREÇO DE ATACADO PRESUMIDO	MARGEM	MENOR PREÇO DE VAREJO
TENIS ADIDAS	119,93	50%	199,90
CHITEIRA NIKE INFANTIL	53,33	50%	79,99
CHUTEIRA NIKE ADULTO	66,60	50%	99,90
SAPATENIS FEMININO	38,53	50%	57,80

Anexo IX do RICMS/02:

Art. 73 - Para o efeito de aplicação do disposto no artigo anterior, ressalvado o disposto no § 1º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deste artigo e no caput do artigo 76 desta Parte, o valor da operação não poderá ser inferior ao constante do documento fiscal acobertador da saída da mercadoria do estabelecimento de origem, acrescido dos seguintes percentuais:

(...)

II - 50% (cinquenta por cento), no caso de ferragens, eletrodomésticos, móveis, calçados e produtos de louça, vidro e cerâmica; (grifou-se)

(...)

Noutra feita, o Impugnante pede que seja adotada a alíquota de operação interestadual para contribuintes localizados na região nordeste de 7% (sete por cento) e, que seja decotado o imposto destacado nos 02 (dois) DANFES apresentados extemporaneamente.

Nesse ínterim, cabe ressaltar que a previsão legal do local de ocorrência do fato gerador para efeito de cobrança do imposto na hipótese dos autos encontra-se bem definida na Lei Complementar nº 87/96, a qual define em seu art. 11 os sujeitos ativo e passivo:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

b) onde se encontra, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária; (Grifou-se).

Conforme previsão legal supra, o legislador definiu, em nível nacional, que na hipótese de desacobertamento da operação, situação na qual não se tem ciência da origem da mercadoria, o imposto incidente na operação é devido ao Estado onde a mercadoria foi encontrada.

Vale dizer, o imposto é devido ao Estado onde localizado o estabelecimento de contribuinte no qual, de fato, é conhecida a circulação da mercadoria, quando a constatação do desacobertamento ocorre em seu trânsito.

Assim, a alíquota correta é a utilizada pelo Fisco de 18% (dezoito por cento), própria para operações internas.

Também não há que se falar em concessão do imposto destacado nos DANFES apresentados, já que não há identidade entre as mercadorias encontradas desacobertadas de notas fiscais e as constantes nos referidos documentos.

Ademais, o art. 89, inciso I, Parte Geral do RICMS/02 estabelece que, no caso de mercadorias encontradas sem a devida documentação fiscal, o prazo para pagamento do imposto com os acréscimos se dá no momento da ação fiscal. Veja-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

I - sem documento fiscal, ou quando este não for exibido no momento da ação fiscalizadora, exceto se o sujeito passivo, ou terceiro interessado, provar inequivocamente que existia documento hábil antes da ação fiscal;

Assim, comprovada a infringência à legislação tributária, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, visto serem os fatos tipificados na norma tributária:

MULTA ISOLADA

Lei 6.763/75

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 desacompanhada 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:

MULTA DE REVALIDAÇÃO

Lei 6.763/75

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Por fim, as questões de cunho constitucional levantadas como suposta afronta ao princípio da vedação ao confisco, não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e do art. 110, inciso I do RPTA, de igual teor, “*a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda*”.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos da rerratificação do Fisco às fls.81. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ubirajara Lima Neto e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Arbex Valle. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira (Revisor), Orias Batista Freitas e Maria Vanessa Soares Nunes.

Sala das Sessões, 15 de outubro de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**

CC/MIG

CL