

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 356/00/6<sup>a</sup>  
Impugnação: 57.811  
Impugnante: Udibrás Indústria e Comércio Ltda  
PTA/AI: 01.000129185- 45  
Inscrição Estadual: 702.837934.00-01  
Origem: AF/Uberlândia  
Rito: Ordinário

### **EMENTA**

**Mercadoria – Saída Desacobertada – Documentos Extrafiscais – Constatado que o Autuado promoveu saídas desacobertas de documentação fiscal. Irregularidade apurada mediante análise de pedidos e listagem de vendas. Exigências fiscais parcialmente mantidas.**

**Empresa de Pequeno Porte – EPP - Desenquadramento da condição de Empresa de Pequeno Porte – Indústria, nos termos do Art. 33, inciso V, Anexo X, do Decreto 38.104/96. Exigências fiscais parcialmente mantidas.**

**Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre as exigências fiscais decorrentes da constatação de saídas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais, no período de 01.01.98 a 22.04.99, apuradas através do confronto de controles internos (listagens de vendas por vendedor e produto e pedidos) regularmente apreendidos no estabelecimento, com a escrita fiscal, e, do desenquadramento do contribuinte da condição de EPP no período de 01/01/98 a 31/03/98.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 149/166, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 255/262.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 267/273, opina pela procedência parcial da Impugnação.

### **DECISÃO**

Cumpra, de início, explicitar com mais detalhes a autuação fiscal, sobretudo o procedimento adotado pelo fisco para apurar débitos e formalizar o lançamento.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reiteradas vezes fora o sujeito passivo autuado no trânsito por transporte de mercadorias sem cobertura de notas fiscais, prestando-se a confirmação os docs. de fls. 19/20 e 233/237.

A reincidência induziu os Agentes Fiscais (do trânsito de mercadorias) a solicitarem diligência junto ao estabelecimento, com intuito de ensejar análise mais acurada da movimentação comercial e conduta fiscal deste (fls. 23/25).

Eis que lá as diligenciadoras encontraram e apreenderam as listagens de vendas – por vendedor e produto - (de fls. 72 a 109), referentes ao período compreendido a partir de 01/01/98 e até 22/04/99.

O somatório dos valores nelas lançados equivale a R\$608.696,89, concebido como correspondente ao total de vendas praticadas pela empresa no mencionado período, apesar de terem elas (fiscais diligenciadoras) tido acesso máximo a 16(dezesseis) listagens, quando fosse presumido existirem 33(trinta e três) vendedores, conforme número daquele de fl. 109.

Ainda assim, cotejou-se dita cifra com a escrita fiscal, sobretudo LRAICMS e LRS, concernente ao mesmo período, abatendo-se dela os valores contábeis das saídas escrituradas.

Como as listagens referentes aos vendedores Adão Souza Costa (fl. 75) e Célio Teixeira Mota (fl. 76) consignavam totais sem discriminação dos produtos vendidos, as Autuantes, para efeito de aplicação da alíquota correta às saídas de mercadorias tributáveis a 25% (cremes, shampoos/condicionadores e sabonetes), buscaram índice médio (2,81%) junto aos demais vendedores, aplicando-o sobre o total das vendas efetivadas pelos primeiros (fl.12).

Isso feito, segundo enquadraram à legislação regente no tempo, por período de dias, levantaram valores e alíquotas aplicáveis (ver fl.13).

Entretanto, entende-se que esse procedimento (arbitramento), restou prejudicado, visto que, inadvertidamente, empregaram alíquota de 25% para “cremes, shampoos, condicionadores e sabonetes a partir de 23/out/98 e até 22/abr/99, quando o correto seria durante o período de 01/jan/98 a 22/out/98. A teor do Dec. 39.900/98, tais mercadorias seriam tributadas, em operação interna, à alíquota de 18% a partir de 23/out/98 e até 31/jan/99. De então para frente, a de 25% não alcança sabonetes.

Em virtude das reiteradas saídas a descoberto de documentação fiscal, como provam fls. 19/20 e 233/237, as Agentes Fiscais, concebendo-as práticas tipificáveis como crime contra a ordem tributária, respaldaram-se no art. 16, IV, da Lei nº 12.708 c/c art. 33, V, § 3º do Anexo X ao RICMS/96 e desenquadraram de ofício a empresa da condição de EPP, passando-a para o regime de recolhimento de débito x crédito (fl. 146 – cópia do RUDFTO), retroativamente a 01/jan/98. Na verdade, isso nada mais significou do que retroação de desenquadramento, porque já ocorrido automaticamente em 31/mar/98.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como o sujeito passivo recolhera o ICMS no primeiro trimestre/98 com redução a 70% do saldo devedor, nesta autuação cobrou-se a diferença (30%), com MR a 200%, retornada a 50% pós impugnação e refazimento do demonstrativo do crédito tributário (fls. 232).

No que concerne à inadimplência de obrigação acessória (saídas sem emissão de correspondentes notas fiscais), as Agentes não pestanejaram em majorar a respectiva MI (de 40%) em 100%, conforme determina o art. 53, § 7º da Lei 6.763/75.

Feito este breve histórico da autuação fiscal e dos procedimentos adotados pelo fisco para formalização do crédito tributário, analisa-se de ora em diante as exigências fiscais em si.

**Relativamente à parcela do crédito pelo desenquadramento retroativo**, conclui-se ser de consistência indiscutível, à exceção da MR de 200%, reduzida posteriormente pelo próprio fisco a 50%, conforme demonstrativo de fls. 231, e da majoração da MI em 100%, o que será objeto de análise mais adiante.

Os débitos apurados pelas listagens de vendas permitem convicção de prática da infração tributária e validam o desenquadramento, já que alicerçado na Lei 12.708/97 (arts. 16, III e IV) e no RICMS/96 (art. 33, V, § 3º), ilicitude esta tipificável como crime pela Lei 8.137/90 (art. 1º, V).

Saídas de mercadorias ao desabrigo de notas fiscais estão comprovadas nos autos, reconhecidas pela Impugnante por via de pagamento em DAF's, confirmando a contumácia na prática da mesma infração (fls. 19/20 e 233/237).

**O ponto crucial da autuação reside na validade ou não das listagens apreendidas** pela fiscalização para, em cotejo com a escrita fiscal da Impugnante, apurar as vendas sem notas fiscais.

Conforme se afigura, os argumentos aduzidos pela defesa não fazem prova contra a imputação fiscal. Pelo contrário, da forma como instruídos, ratificam-na.

De salientar-se que as Agentes Fiscais tiveram acesso apenas a 16 (dezesseis) listagens de vendas (por vendedor/produto), quando tudo indica devam existir outras. Observa-se que o vendedor mencionado à fl. 109 é o de nº 33.

Entende-se que a Impugnante tentou contestar as listagens apreendidas, utilizando-se de duas outras, para tanto criadas, com dados lançados nas primeiras.

Não há sentido lógico algum na afirmativa de que aquelas apreendidas representavam cotas a serem cumpridas pela empresa e vendedores, correspondentes a mercadorias disponíveis à venda, em estoque e/ou passíveis de aquisição. Com o escopo pretendido, junta listagem de mercadorias que não teriam sido vendidas (fls. 201/225) e outra das vendas realizadas (fls. 171/200).

Interessante atentar que a soma dos valores de ambas as listagens apresentadas pelo contribuinte equivale exatamente à daquelas apreendidas pelo fisco

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(R\$ 608.696,89 – fls. 111 dos autos), sendo que a listagem das mercadorias vendidas corresponde também exatamente ao total registrado nos livros fiscais (R\$ 195.652,14). De questionar-se, então: “Onde figuram as mercadorias transportadas sem notas fiscais, objeto das diversas autuações no trânsito?”

Além disso, as Autuantes, em sua manifestação de fls. 257/258, apontam inúmeras contradições nas listagens trazidas pela defesa, a título de contraprova.

Se a Impugnante quer fazer crer que as listagens apreendidas representam **a de vendas** (fls. 171/200) **somada à de faturamento não realizado** (fls. 201/225), as incongruências detectadas não permitem dar-lhe crédito.

O teor das informações constantes nas listagens apreendidas aliado à prática comprovada de vendas sem notas, bem assim as incoerências encontradas nas tentativas de provar o contrário, induzem à convicção de procedência da imputação fiscal, não se constituindo aquelas meros indícios da infração apontada.

Insustentável a alegação impugnatória de fundar-se o feito em simples presunção.

Cumprido lembrar que o fisco abateu do valor ora exigido o correspondente ao das mercadorias objeto de autuação no trânsito.

**No que pertine às alíquotas aplicadas**, entende-se restar prejudicado o procedimento fiscal com referência ao emprego da alíquota de 25%, porque inadequada ao período em utilizada, razão pela qual propõe-se a aplicação de alíquota única de 18% para exigência do imposto e respectiva MR, mais benéfica ao sujeito passivo, nos termos do art. 112 do CTN.

**Também percebe-se correta a aplicação da MI de 40%, porém, não sua majoração em 100%.**

Vale lembrar que as saídas desacobertadas foram detectadas através das listagens de vendas (controles internos) e não propriamente da escrita fiscal.

O entendimento encontra guarida na Consulta Fiscal Direta 516/94, respondida e reformulada pela DLT através da CFD de nº 724/96, item 2.

O agravamento da penalidade prevista para infração que já ensejara aplicação de multas cominadas pelos arts. 54 e 55 da Lei 6.763/75, a teor do § 7º do art. 53 desse mesmo diploma, se impõe quando da constatação de reincidência (em 50% na primeira e em 100% nas subsequentes).

A reincidência, no entanto, é caracterizada pela prática de nova infração de um mesmo dispositivo ou de disposição idêntica da legislação tributária, pela mesma pessoa, dentro de cinco anos da data em que a prática tiver sido reconhecida pelo sujeito passivo, assim entendidos o pagamento, a revelia ou decisão condenatória com trânsito em julgado na esfera administrativa.

A documentação juntada pelo fisco, para justificar o agravamento da MI, permite constatar que o reconhecimento da prática de saída de mercadoria sem nota

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal, via pagamento em DAF, aconteceu, pela primeira vez, em 16.07.98 e, por outras, só a partir de 15.02.99. Isso significa que não se pode admitir majoração da MI antes de 16.07.98, ainda que em 50 %, sob fundamento nas provas juntadas aos autos. Outrossim, majoração em 100 % somente seria admissível após 15.02.99.

Considerando que as próprias autuantes, em virtude de não terem conseguido identificar as vendas desacobertadas mês a mês, relacionadas com o período compreendido de 01.04.98 a 22.04.99, estabeleceram como data de referência 30.04.99 para cobrança do imposto e multas (ver item 3 do Relatório Fiscal à fl. 11), salvo melhor juízo, afigura-se de boa medida a exclusão da majoração da MI, por força do disposto no art. 112, IV, do CTN.

**A não concessão de crédito por entradas de mercadorias com saídas sem notas fiscais**, a seu turno, apresenta-se correta, principalmente porque das listagens apreendidas abateu-se o somatório das saídas escrituradas. Isso quer dizer que para aquelas aquisições de mercadorias com notas fiscais escrituradas, logo, com saídas escrituradas, já houve apropriação do respectivo crédito. As saídas sem notas não estão vinculadas a aquisições documentalmente comprovadas, portanto, justificável a vedação de crédito.

Crédito existe para imposto pago em operações anteriores. Não é objeto de concessão quando ausente documentação fiscal comprobatória (arts. 63, 69, 70, VI do RICMS/96; art. 30, *caput* da Lei 6.763/75).

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 6ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marco Antônio Martins Patrus (Revisor) e Lázaro Pontes Rodrigues.

**Sala das Sessões, 16/05/00.**

**Cleomar Zacarias Santana**  
**Presidente**

**Angelo Alberto Bicalho de Lana**  
**Relator**