

Acórdão: 17.341/05/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010114948-41
Impugnante: Trevo Rural Indústria Alimentícia Ltda.
Proc. S. Passivo: Marcos Antônio da Silva
PTA/AI: 02.000207293-04
Inscr. Estadual: 372.833730.00-50
Origem: DF/BH-5

EMENTA

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – INIDONEIDADE – DIVERGÊNCIA QUANTO À OPERAÇÃO. Constatado o transporte de mercadorias desacobertado de documentação fiscal, face a desclassificação da nota fiscal apresentada, pois a mesma continha informações não condizentes com a real operação que se realizava, fato que caracteriza sua inidoneidade nos termos do art. 134, inciso II do RICMS/02. Exigências de ICMS, MR, e MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6763/75 e majorada nos termos do art. 53, § 7º do mesmo diploma legal.

MERCADORIA – ENTREGA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL SEM MERCADORIA. A imputação de entrega de mercadoria desacobertada de nota fiscal não restou caracterizada nos autos. Diante das razões e provas carreadas pela Impugnante, cancelam-se as exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Em 15 de abril de 2004, foi constatado, no Posto fiscal Roberto Francisco de Assis/Juatuba, o transporte, através do veículo placa GVI-6463, de produtos derivados de leite desacobertados de documentação fiscal hábil.

No momento da ação fiscal, foram apresentadas as notas fiscais constantes do TAD n. 011703. Dentre estas, as notas fiscais n.º 044245, 044256, 044520, 044523, 044903, 045394, 045396, 045397, 046024, 046027 e 046570, emitidas por Trevo Rural Ind. Alimentícia (Sete Lagoas/MG), pretendiam acobertar a devolução das mercadorias nelas descritas, mas foram consideradas inábeis para este fim em razão dos seguintes fatos:

- existência de grande lapso temporal entre a remessa das mercadorias e a pretensa devolução;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os documentos indicavam vários veículos transportadores (placas GVI-6463, GVI-6468, GUX-2870, GUT-2083), sendo interceptado no trânsito apenas o de placa GVI-6463;
- as datas de emissão e saída desses documentos não são coincidentes, indicando tratar-se de operações independentes;
- ocorrência de divergência entre as datas de fabricação dos produtos e as datas das notas fiscais; e
- constatação de divergência entre a quantidade de mercadorias efetivamente transportada e as constantes dos documentos.

Estes dados indicariam que as mercadorias adentraram nos estabelecimentos destinatários, não podendo retornar ao estabelecimento remetente acobertadas com os mesmos documentos fiscais.

Diante disso, os documentos mencionados foram desclassificados, com fulcro no art. 134, inciso II do RICMS/02, por não corresponderem às reais operações, sendo consideradas desacobertadas as mercadorias em trânsito, as quais foram apreendidas e encaminhadas para depósito sob responsabilidade do estabelecimento de Lagoa da Prata.

Considerou-se, ainda, que as mercadorias descritas nestas notas fiscais já haviam sido entregues em outras operações, caracterizando entregas desacobertadas.

Foi lavrado Auto de Infração, para exigir ICMS, MR e MI (art. 55, inciso II, c/c 53, § 7º ambos da Lei 6763/75).

Em anexo a este, observa o autuante que as mercadorias descritas nas demais notas fiscais constantes do TAD n. 011703 (emitidas por clientes, em devolução) não fazem parte desta exigência.

Explica que “a base de cálculo adotada é composta do total de mercadorias desacobertadas e do total das notas fiscais sem as respectivas mercadorias”. O valor das mesmas foi arbitrado a partir dos valores indicados nas próprias notas fiscais.

Promove algumas retificações, dentre as quais o acréscimo de 24 unidades no item bebida láctea GF 200 g, no ‘Quadro demonstrativo das mercadorias’.

Instruíram a peça de acusação os documentos de fls. 02/03 e 08/45.

Irresignada, a empresa autuada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 47/56 (protocolo em 23.02.05).

O agente fazendário contesta os argumentos de defesa, em Manifestação juntada a fls. 74/79.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reincidência constatada (fls. 87/89).

Em sessão realizada em 10/10/05, presidida pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Presidente, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 11/10/05.

Na oportunidade, em preliminar, à unanimidade, rejeitou-se a arguição de nulidade do Auto de Infração sendo proferidos os votos dos Conselheiros a saber: Juliana Diniz Quirino (Relatora), Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Francisco Maurício Barbosa Simões pela procedência parcial do lançamento, para manter as exigências de transporte desacobertado em relação às diferenças positivas do confronto entre a contagem física e os documentos fiscais apresentados.

DECISÃO

Decorre o presente processo de autuação por transporte desacobertado de mercadorias.

Foram os documentos apresentados desclassificados, sob o argumento de que, tendo os produtos neles consignados adentrado os estabelecimentos destinatários, não seria possível que eles retornassem acobertados pelos mesmos papéis.

E, uma vez que as mercadorias descritas nos documentos fiscais não se encontravam no veículo transportador, considerou-se que haviam sido entregues em outras operações, caracterizando também entregas desacobertadas.

- AI lavrado em 08.10.2004 (fls. 04-07), postado para a Autuada, em 11.01.05, sem data de recebimento (fl. 44) e recebido, em 26.01.05, pela Coobrigada (fl. 45)
- TAD n.º 011703 (fl. 02) – apreensão de todos os documentos apresentados
- TAD n.º 011704 (fl. 03) – apreensão das mercadorias sem documentação idônea
- demonstrativo da composição da base de cálculo (fl. 09)
- quadro demonstrativo das mercadorias e datas de fabricação – confronto com as NF (fls. 10-11)
- Notas Fiscais n.º 044245, 044256, 044520, 044523, 044903, 045394, 045396, 045397, 046024, 046027 e 046570 (fls. 12-22) – emitidas, entre 23.03 e 06.04.04, por Trevo Rural Ind. Alimentícia Ltda. (Sete Lagoas), com destino a vários estabelecimentos paulistas – transportador: estabelecimento de Lagoa da Prata – ICMS destacado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no verso das NF 044245 e 044256, consta carimbo do destinatário , atestando devolução por duplicidade, em 27.03.04 - a segunda tem carimbo de PF datado de 24.03.04
- no verso da NF 044903, está atestada a devolução pelo destinatário (promoção já entregue), datada de 29 ou 30.03.04
- NF 045394 – devolução por não ter sido pedido (carimbo e assinatura do destinatário)
- NF 045396 de 30.03.04 – carimbo atestando a devolução, em março/04
- demais notas fiscais apreendidas, mas que não foram objeto de autuação (fls. 23-28)
- cópia de algumas embalagens dos produtos – data de fabricação/validade (fls. 29/35)
- telas SICAF – consulta autuações (fls. 36-37) – PTA 04.000227943.47 de 13.04.00, 04.000257636.71 de 26.10.01 e 04.000259282.80 de 31.10.02
- contagem física de mercadoria em trânsito (fl. 38)
- NF Avulsa n. 731487 (fl. 42)
- docs. do veículo e do motorista (fl. 43)
- Termo de tempestividade (fl. 46)

Das preliminares

Em preliminar, a Empresa Impugnante argüiu a nulidade do Auto de Infração, “*por não descrever corretamente quais as infrações praticadas*” e por citar dispositivos legais genéricos, que não as “*especificam corretamente*”.

Diz ser confusa a redação do relatório do Auto de Infração, o que lhe cerceia o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Não se vislumbra, no caso, prejuízos à defesa do Contribuinte.

O Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação, referindo-se à exigência tributária sobre o trânsito de mercadorias desacobertas de documento fiscal (cód. 1227) e sobre a entrega sem documento fiscal (cód. 1181).

Tendo sido capaz de refutar, na peça de defesa, pontual e claramente, as acusações que lhe foram imputadas, demonstra sua compreensão das mesmas, não podendo alegar impossibilidade ou redução do exercício do contraditório.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante ao fundamento jurídico do Auto de Infração, foram capitulados os seguintes dispositivos legais: Lei 6763/75 – artigos 16, incisos VI, VII, IX e XIII; e 39, inciso II, §§1º e 4º alínea “a”; RICMS/02, parte geral - 89, inciso I; 96, incisos X, XVII e XIX; 134, inciso II; 148 e 149, incisos I e III; e Anexo V – 16, quadro 1.

A penalidades aplicadas estão previstas nos artigos 56 (MR) e 55, inciso II, c/c 53, § 7º (MI), da Lei 6763/75.

Retratam estes dispositivos legais as obrigações do contribuinte e as conseqüências de seu descumprimento.

Ultrapassada a fase preliminar, passa-se a analisar as razões do feito.

Do mérito

No momento da abordagem, no Posto Fiscal Roberto Francisco de Assis, em Juatuba/MG, foram apresentadas, dentre outras, as Notas Fiscais n.º 044245, 044256, 044520, 044523, 044903, 045394, 045396, 045397, 046024, 046027 e 046570, emitidas, entre 23.03 e 06.04.04, por Trevo Rural Ind. Alimentícia Ltda. (Sete Lagoas), com destino a vários estabelecimentos paulistas.

Explicou o contribuinte tratar-se de devolução das mercadorias.

Na esfera tributária, a "devolução" pode ser definida como a operação, através da qual um estabelecimento contribuinte promove a saída de mercadorias, que, após o recebimento pelo destinatário ou adquirente, são restituídas ao remetente. Assim, a fim de que a devolução fique caracterizada, é necessário que o destinatário ou adquirente, em primeiro lugar, receba a mercadoria, em seguida, a devolva.

Portanto, a devolução resulta do desfazimento de uma operação de compra e venda e implica, se for o caso, a inclusão da mercadoria no estoque do estabelecimento para o qual foi devolvida.

De outra mão, ocorre "retorno" quando uma mercadoria não é recebida pelo destinatário, ou seja, aquela não dá entrada no estabelecimento deste.

Os procedimentos a serem adotados são diferentes em um e outro caso.

“O “retorno” de mercadoria deverá ser acobertado pela mesma nota fiscal que acobertou a saída”, devendo o transportador e se possível, também a destinatária, consignar no verso da mesma o motivo da devolução, mediante declaração devidamente datada e assinada, nos termos do art. 78, § 1º, item 1, Parte Geral do RICMS/96. *“A nota fiscal referida, terá seu prazo de validade renovado a partir da declaração constante em seu verso”,* nos termos do Art. 63, Parte Geral do RICMS/96, aprovado pelo Decreto n.º 38.104/96.

O retorno é sempre do total das mercadorias descritas no documento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Tratando-se de “devolução”, total ou parcial, a mesma será feita com a nota fiscal emitida pelo adquirente, com destaque do ICMS, se devido, fazendo menção à NF original e indicação do motivo”. (Consulta de Contribuinte n.º 049/97)

No mesmo sentido, a Consulta n.º 038/2002:

“A devolução deve se dar mediante emissão de nota fiscal, por parte do cliente, destinada à Consulente, mencionando o motivo da emissão, a quantidade do produto devolvido, o valor da operação, com destaque do ICMS e número da nota fiscal originariamente emitida pela empresa”.

Como destacou o Agente Fazendário, são vários os indícios de que as mercadorias adentraram o estabelecimento do destinatário, tornando necessária a emissão por este de nota fiscal que acobertasse o trânsito dos produtos.

Verifica-se, pela análise dos documentos, não terem sido observadas as formalidades legais.

Corretas, portanto, as exigências referentes ao transporte de mercadorias desacompanhado de documentação fiscal hábil.

No entanto, no tocante à acusação de entrega sem documentação fiscal, carecem os autos de provas de sua ocorrência.

Bonilha: A respeito do tema *ônus da prova*, escreveu Paulo Celso Bergstrom

"O vocábulo *ônus* provém do latim (*onus*) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o *ônus de provar (onus probandi)* consiste na necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de *ônus da prova* não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa". (*Da Prova no Processo Administrativo Tributário*)

Como ensinam Tipke e Kruse, também no direito tributário prevalecem as regras do *ônus da prova*, que impõem o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre – excetuando-se os casos em que a lei dispuser de forma diferente.

“(…) à luz do art. 142 do CTN, em qualquer hipótese a prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do fisco e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária que pressupõe a ocorrência do fato gerador não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o *ônus da prova*. Não cabe ao contribuinte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

provar a inoccorrência do fato gerador, incumbe, isto sim, ao fisco demonstrar a sua ocorrência". (GRECO, Marco Aurélio. *Lançamento*, in *Do Lançamento*, Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 12, São Paulo: CEEU/Res. Tributária, 1987, p.170-1)

O indício somente serviria como prova indireta se a sua ocorrência não permitisse senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado.

Não é absolutamente o caso em tela, no qual são indeléveis os sinais de que tenha ocorrido a devolução das mercadorias (sem a documentação pertinente).

Várias notas apresentam no verso declaração de devolução das mercadorias. Embora não sejam aptas a regularizar a operação de devolução pretendida, por constarem data muito antecedente e pelas demais observações já feitas, demonstram que não houve a entrega sem nota, pois não se confirmou a operação.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 11/10/05, nos termos da Portaria 04/2001, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas à entrega desacobertada. Na oportunidade, retificaram seus votos os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Juliana Diniz Quirino e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 24/10/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/cecs