



DECISÃO N°: 374/2011
PROTOCOLO N°: 269150/2009-6
PAT N.º: 625/2011- 1ª URT
AUTUADA: MINERAÇÃO CUNHA COMERCIO LTDA ME
FIC/CPF/CNPJ: 20.041.014-8
ENDEREÇO: BR 304, 0 – Estrada do Camarão, Zona Rural Macaíba - RN.

EMENTA – ICMS – Saída de mercadoria sem documentação fiscal apurada através de levantamento físico; Não recolhimento do ICMS devido por substituição tributária relativa às saídas sem documentação fiscal e Falta de escrituração de documentação fiscal de entradas. Denúncias escoradas em pujante conjunto probatório. Eventual análise da escrita contábil não inviabiliza a auditoria nos assentamentos fiscais. Contribuinte concorda com a existência da diferença apurada, discorda apenas da causa que lhe deu origem. Base de cálculo utilizada pelo fisco em obediência à legislação específica. Comprovada a ausência de registro dos documentos. Operações envolvendo contumazes fornecedores e clientes da autuada, inclusive com remessas de garrações do seu ativo. Defesa que se limita a fazer conjecturas sem nada provar. Ônus de que cuida o inciso II do art. 333 do CPC não satisfeito pela defesa. Conhecimento e não acolhimento das razões impugnatórias. Procedência da Ação Fiscal.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Conforme se depreende do Auto de Infração nº 6516/2009 – 1ª URT, lavrado em 23/12/2009, a empresa acima identificada, já bem qualificada nos autos, teria infringido:

Ludemilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



- I) O disposto no art. 150, inciso IV e XIII, art. 416, inciso I, e art. 418, inciso I, por dar saídas a mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, apurada através de levantamento físico quantitativo;
- II) O disposto no Art. 150, inciso XIX c/c Art. 850, inciso I e art. 921, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência do falta de retenção e recolhimento do ICMS substituto sobre água, relativamente às operações ocorridas sem a competente documentação fiscal;
- III) O disposto no art. 150, inciso XIII c/c art. 609 e art. 108, por falta de escrituração de notas fiscais de entrada, todos do regulamento do ICMS, aprovados pelo Decreto 13.640/97.

Em consonância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação das penalidades previstas: I) no art. 340, Inciso III, “d”; II) no art. 340, inciso I, “f” e III) art. 340, inciso III, “f”, sem prejuízos dos acréscimos monetários previstos no Art. 133, ambos do mesmo diploma regulamentador.

Constituem o crédito tributário, segundo o autor do feito, a multa no valor de R\$ 113.581,12 (cento e treze mil quinhentos e oitenta e um reais e doze centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto, no valor de R\$ 57.861,17 (cinquenta e sete mil oitocentos e sessenta e um reais e dezessete centavos), perfazendo o montante de **R\$ 171.442,29 (cento e setenta e um mil quatrocentos e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos)**, em valores históricos.

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à autuada, bem como Demonstrativos das Ocorrências (fls. 08 a 15), além do Relatório da Auditoria Fiscal (fls. 16 e 17).

2. IMPUGNAÇÃO

Insurgindo-se contra a denúncia de que cuida a inicial, a autuada apresentou sua defesa de forma tempestiva, segundo a repartição preparadora, onde alegou às fls. 23 a 31, que:



- Preliminar de nulidade, em virtude do cerceamento da defesa da impugnante, pela falta de fundamentação em documentos probatórios, mas apenas em relatórios;
- O auditor, ao analisar toda a documentação contábil da empresa, não encontrou qualquer irregularidade, apenas apontou uma suposta saída de mercadoria sem nota com base apenas em tampas;
- Durante o processo de produção ocorreu perda de uma parte das tampas, como também de garrações, lacres, e da própria água;
- A infração denunciada está fundamentada apenas em suposições, carente de prova material;
- O autuante considerou um único preço para os garrações de 10 e 20 litros para efetuar a cobrança do suposto imposto;
- Não houve saída de mercadoria sem documentação fiscal, logo, não há imposto substituto a ser recolhido, o que encerra a discussão da segunda ocorrência;
- O valor do imposto substituto estabelecido pelo Ato Homologatório 001/04 é de R\$ 0,07 nos garrações de 20 litros e de R\$ 0,03 nos garrações de 10 litros, enquanto o valor utilizado pelo autuante foi de R\$ 0,102;
- que a sistemática da substituição tributária não vigorava em todo período fiscalizado
- Falta segurança jurídica na autuação, tendo em vista que não há uma prova material, apenas relatórios confeccionados pelo autuante;
- Não basta apenas a emissão da nota fiscal para criar a obrigação do destinatário registrá-la, sendo necessário o recebimento da mercadoria para a devida escrituração;



- Para exigir o registro da nota, o fisco deve provar que a nota fora efetivamente emitida (anexando cópia do documento físico) e de que a mercadoria foi entregue ao destinatário;

- O ônus da prova cabe ao autor, conforme art. 333 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, requer a improcedência do auto de infração.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da atuada, o ilustre autor do feito, extremamente dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 37 a 53, alegou que:

- A primeira denúncia foi apurada através de levantamento físico-quantitativo;

- A contagem das tampas foi utilizada como parâmetro de aferição das vendas de garrações, já que todos eles são vendidos com tampa, e pelo que se sabe, a atuada não comercializa tais produtos isoladamente;

- Ao realizar a contagem das tampas no estoque, o estoque inicial e as vendas registradas, foi constatada a diferença de 219.587 tampas, sendo esse valor multiplicado por R\$ 0,95, valor médio praticado pela empresa, chegando ao valor sonogado de vendas;

- Se houvesse o caso de extravio, como alegado pela atuada, esta deveria emitir nota fiscal para registro do corrido, não servindo sua mera alegação de que as tampas se extraviaram para desconstituir a denúncia;

- Embora tenha alegado falta de provas materiais, a atuada não trouxe os autos provas de suas alegações;

- A segunda denúncia é totalmente baseada na primeira, é a cobrança do ICMS substituto, pela saída sem emissão de nota fiscal;



- Não foi possível a utilização do valor do Ato homologatório 001/04 por não se saber quem foram os destinatários das vendas efetuadas;

- Anexou cópias de várias notas fiscais de venda, ratificando os valores utilizados no processo;

- Na terceira denúncia, fora apresentado no relatório a relação de números de notas fiscais, datas, valores, base de cálculo, ICMS e o CNPJ da empresa emitente;

- Dessa forma, com base no próprio art. 333 do CPC, cabe ao réu apresentar provas quanto a existência de fato modificativo;

- Roga ao princípio da verdade material;

- O relatório da auditoria fiscal se baseia no SINTEGRA, informação oficial.

Por fim, conclui pela manutenção do auto de infração em sua íntegra, uma vez que o contribuinte não apresentou fato novo, ou prova que possa alterar o lançamento constante da exordial.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 21) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que, a meu juízo, importa relatar.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE



Do passeio pelos autos, e obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pela ora autuada preenche aos requisitos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial.

DO MÉRITO

Como acima relatado, cuida o presente feito de apurar as denúncias, ofertadas por auditor fiscal legalmente habilitado, concernente à saída de mercadoria desacompanhada de nota fiscal, de ausência de recolhimento do imposto devido por Substituição Tributária e falta de registro de notas fiscais de entrada.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando-se, desta forma, os princípios constitucionais afeitos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a exordial; a descrição das denúncias, aliada aos demonstrativos que a embasam, refletem com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e as circunstâncias em que transcorreram; o enquadramento legal guarda perfeito liame com as condutas denunciadas e, finalmente, as penalidades propostas, por seu turno, emanam de Lei e se revelam como específicas para as hipóteses que se apresentam.

Demais disso, o presente lançamento ocorreu dentro do lustro decadencial, eis que se trata de fatos geradores remanescentes de 2004, e o lançamento de ofício de que cuida o artigo 149 do CTN (Auto de Infração, foi efetivado em 2009, portanto, agiu o Estado a tempo para perfectibilizar o presente lançamento sem ser afligido pelo fantasma do perecimento de seu direito de lançar, vale dizer, decadência.



A atuada, em sua impugnação, não questiona a diferença no estoque de tampas de garrações de água encontrada pelo autuante, reconhecendo, dessa forma, a quantidade apontada. Limita-se apenas a alegar que tal diferença se deve ao extravio das tampas no processo de industrialização.

Como bem posto pelo digno autuante, a simples alegação de que as tampas foram perdidas, sem a mínima comprovação, de nada contribui para afastar a denúncia. O procedimento correto a se adotar nesses casos é a emissão de nota fiscal dando conta dessa perda desse material, caso contrário, presume-se que as mesmas foram utilizadas no processo de comercialização dos botijões de água, atendendo, assim, à finalidade pela qual foram adquiridas.

Como visto, não pode prosperar a pretensão da defesa em querer afastar a denúncia, alegando simplesmente que uma diferença de tamanha monta (28,07% das saídas declaradas), tenha sido extraviada, sem comprovar minimamente tal fato. A se emprestar abrigo à referida tese, seria o mesmo que se privilegiar a própria torpeza, pois, além de não registrar documentalmente qualquer perda dos referidos materiais, ainda pretende a defesa tirar proveito dessa omissão para afastar a denúncia de saída de mercadorias sem nota fiscal comprovada pelo ilustre autor do feito.

Não seria de bom alvitre admitir que com a política de enxugamento de custos inerente a qualquer empresa, acolha-se tamanho desperdício, e o pior, à revelia de qualquer registro fiscal ou contábil, impossibilitando assim eventual minoração em determinados impostos ou contribuições federais.

Também não vingam as teses da defesa de que, pelo fato de o digno autor do feito ter intimado a atuada a apresentar sua escrita contábil, eximiria qualquer irregularidade na fiscal. Ledo engano, analisar a escrita fiscal ou contábil é uma faculdade do fisco; o exame de uma não inviabiliza a análise da outra. Da mesma forma que a regularidade da contábil não abona a fiscal, e vice versa.

Como sabemos, a empresa atuada, via de regra, não comercializa tampas, e sim água mineral, as tampas compõem o produto final, daí o acerto na escolha da técnica de fiscalização adotada pelo fisco, conforme bem apontou o digno autuante em sede

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



de contestação, grifando, inclusive, todo o arcabouço legal que dá suporte ao levantamento efetuado, de maneira especial, as disposições contidas no artigo 360 do RICMS.

A segunda denúncia segue a sorte da primeira, por ser dela decorrente, como bem admitido pela autuada. Dessa forma, por não ter a autuada conseguido comprovar que as tampas não saíram de sua indústria compondo o produto final, para comercialização, confirmando a saída de mercadorias desacompanhada de documentação fiscal, é inevitável a cobrança do imposto referente às operações subsequentes de tais mercadorias, independentemente de estar ou não sujeita à substituição tributária, posto que o ato omissivo da autuada contamina todo o restante da cadeia, que ocorrerá à margem da legalidade, sendo indiscutível a responsabilidade da autuada pelo imposto incidente no ciclo complementar.

Quanto à questão da base de cálculo, não vislumbro qualquer censura ao trabalho do fisco, que cumpriu fielmente o que determina a legislação regente, mais precisamente o que determina o artigo 73, inciso II, alínea "a", do RICMS. Ao contrário do apregoado pela defesa, o que não pode é se desprezar os valores reais apresentados pela própria autuada, para se aplicar aqueles constantes de pautas fiscais ou de ato homologatório da administração tributária.

Igualmente, não prospera o argumento da defesa de que o ilustre autor do feito procedeu de forma equivocada ao realizar a média dos garrafões de 10 e 20 litros, já que restou demonstrado pelo fisco que esta é a média praticada pela empresa relativamente aos dois produtos.

A terceira denúncia, de falta de registro de notas fiscais, está devidamente comprovada pelo autuante, que de início, apresentou relatório que informava o número, data, emissor, valor e ICMS das notas fiscais não registradas, e posteriormente, anexadas aos autos, confirmando totalmente a denúncia.

Com efeito, de acordo com a documentação carreada aos autos, restou incontroverso o cometimento das infrações de que cuida a inicial. Contra o robusto conjunto probatório apresentado pelo fisco, a defesa apenas se insurge com meras alegações sem nada comprovar.



A propósito não comprova documentalmente a saída dos produtos acondicionados nos recipientes vedados pelas tampas adquiridas para tal fim, como também não demonstra o recolhimento do imposto resultante da aludida diferença; finalmente nem de longe comprova o registro dos documentos apontados pelo fisco como não assentados em livro apropriado. A mera alegativa da suposta não aquisição não é suficiente para se contrapor ao robusto conjunto probatório constante dos autos, que apontam em sentido contrário.

Neste particular, observa-se que a atuada não anexou qualquer documento que a eximisse da denúncia fiscal, optando por apresentar uma série de argumentos que, em sua visão, causariam o cancelamento e a improcedência do Auto de Infração, incluindo-se a negativa da aquisição das mercadorias pelos documentos acobertados.

Em verdade, a mera negativa do contribuinte de recebimento das mercadorias, desprovida de qualquer indício de prova não é suficiente para descaracterizar as provas materiais que apontam em sentido contrário, muito menos de transferir responsabilidade para o remetente das mercadorias, que até prova em contrário cumpriram com suas obrigações.

Há que se observar, inclusive, que caso entendêssemos pela improcedência do feito, teríamos como corolário inevitável a configuração de simulação de operações por parte dos contribuintes remetentes/clientes da atuada e emitentes dos documentos tidos como não registrados, fato que, levando-se em conta as circunstâncias dos autos, não se afigura.

Primeiro, os emitentes dos ditos documentos em momento algum se omitiram em revelar aos fiscos as operações efetivamente realizadas, pois: emitiram os documentos preenchendo todos os campos necessários, informaram aos fiscos através do SINTEGRA, tudo, sem nenhum embaraço, comportando-se, como quem nada deve ao fisco e como tal nada teme.

Pois bem, acho que nesse particular aspecto não há o que se alterar na denúncia atacada, porquanto, visualizar-se, sem muito esforço, que no duelo das provas carreadas ao caderno processual, de longe ganha as colacionadas pelo fisco, como bem sublinhou o ilustre autor do feito.



Com efeito, o fato denunciado, qual seja, a falta de registro de documentos fiscais, restou incontroverso, conforme revelam os livros do próprio autuado, além do que deste fato não se defendeu a acusada.

Entretanto, em sua defesa, alega que não teria adquirido os produtos acobertados por tais documentos. Acaso provada a referida alegação, certamente estaria extinto o direito do Estado; logo, o ônus probante desse suposto fato novo trazido aos autos pela defesa, é do autuado, conforme dicção do inciso II do art. 333 do CPC, abaixo reproduzido, ônus do qual não se desincumbiu.

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Acresça-se, por oportuno, que as declarações escrituradas em uma Nota Fiscal presumem-se verdadeiras em relação aos signatários, conforme reza o art. 219 do Código Civil Brasileiro, **cabendo ao destinatário prejudicado o ônus da prova**, que a ele aproveitará, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito nela contido, em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Destarte, as alegações da defesa tornaram-se, de todas insubsistentes para desconstituir o direito do Estado de recuperar o crédito tributário pretendido através da presente ação do fisco, já que, nem de longe, prova o adimplemento fiscal de todas as operações de que cuida a presente ação fiscal.

De sorte que, fundamentado nas normas regulamentares, na prova, na legislação pertinente a lide, e, tendo em vista a incapacidade da autuada em ilidir a denúncia, posiciono-me pela procedência do Auto de Infração em comento.



DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa MINERAÇÃO CUNHA COMERCIO LTDA ME, para impor à autuada a aplicação das penalidades de multa no valor de R\$ 113.581,12 (cento e treze mil quinhentos e oitenta e um reais e doze centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto, no valor de R\$ 57.861,17 (cinquenta e sete mil oitocentos e sessenta e um reais e dezessete centavos), perfazendo o montante de **R\$ 171.442,29 (cento e setenta e um mil quatrocentos e quarenta e dois reais e vinte e nove centavos)**, em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 12 de dezembro de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal