

Acórdão: 772/99/5^a
Impugnação: 53.396
Impugnante: Casa Marcelino Materiais de Construção Ltda.
Advogado: Rossini de Faria Lima
PTA/AI: 01.000102333-16
Origem: DRCT/SRF/SUL
Rito: Sumário

EMENTA

Crédito do ICMS - Aproveitamento Indevido - Diversas Irregularidades - Constatado, mediante Verificação Fiscal Analítica desenvolvida para essa finalidade, o recolhimento a menor ou a falta de recolhimento do imposto devido em decorrência de aproveitamento indevido de crédito do ICMS destacado em Notas Fiscais de aquisição de mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado; por falta de apresentação das primeiras vias do CTRCs; creditamento a maior do imposto destacado nas Notas Fiscais de aquisição de mercadorias para comercialização e lançamento a menor do ICMS indicado nas Notas Fiscais de Saídas. Infração caracterizada.

Obrigação Acessória - Nota Fiscal/Emissão Irregular - Constatada pelo Fisco a emissão de Notas Fiscais série "B", sem a observância dos requisitos previstos na legislação tributária pertinente. Infração configurada.

Alíquota do ICMS - Diferencial - Verificada a incorrência do recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota relativo à aquisição de mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado. Infração caracterizada.

Substituição Tributária - Tintas e Vernizes - Ausência de recolhimento do ICMS /ST incidente sobre o estoque de tintas e vernizes existente em 31.05.95, consoante mandamento insculpido no artigo 3º, Decreto nº 36.028/94. Infração configurada.

Entrada, Estoque e Saída Desacobertada de Mercadorias - Irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo financeiro diário, realizado no período de 01.01.94 a 18.07.95 (contagem física). Infração caracterizada.

Mercadoria - Saída Desacobertada - Omissão de Registro de Entrada - A falta de lançamento no LREM de Notas Fiscais de aquisição, pode evidenciar, em consequência, saídas de mercadorias desacobertas de Notas Fiscais, desde que se demonstre o pagamento das aquisições/fornecedores com recursos extra caixa, mediante levantamento da Conta Caixa. Infração não configurada.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigências do ICMS, MR e MI, por ter o Fisco constatado que o contribuinte incorreu nas seguintes irregularidades:

- 1) Recolhimento a menor ou falta de recolhimento do imposto em decorrência de aproveitamento indevido de crédito do ICMS destacado em NF de mercadorias destinadas a uso, consumo ou ativo imobilizado, por falta de apresentação de 1ª via de CTCs, creditamento a maior do imposto destacado na NF de aquisição de mercadoria e lançamento a menor do ICMS destacado em NF de saídas;
- 2) Emissão de Notas Fiscais série “B”, sem a observância dos requisitos previstos na legislação tributária nos exercícios de 1994/1995, fls. 27/42;
- 3) Inocorrência de recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota relativo a mercadorias adquiridas para uso, consumo ou ativo imobilizado;
- 4) Falta de recolhimento do ICMS/ST incidente sobre o estoque de tintas e vernizes existente em 31.05.95, conforme Decreto nº 36.028/94, artigo 3º;
- 5) Estoque, saída e entradas de mercadorias sem documentário fiscal, apurados mediante levantamento quantitativo financeiro diário, realizado no período de 01.01.94 a 18.07.95;
- 6) Extravio de Notas Fiscais de aquisição de mercadorias, cujos registros não se realizou no LREM, evidenciando, em consequência, saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, nos exercícios de 1991 e 1992.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação a fls. 143/149, argumentando em sua defesa itens específicos do Auto de Infração:

- Item 6.1.1 - As Notas Fiscais que o Fisco considerou extraviadas não foram registradas no LREM por não representarem operações por ela efetuadas. Ressalta que ainda na fase preliminar reclamou da inclusão de algumas Notas Fiscais, tendo havido reformulação de cálculos, provando que o trabalho fiscal estava incorreto;
- Item 6.2.2 - Embora as operações tenham sido acobertadas por série “B”, poderiam ter sido usadas Notas Fiscais série “D” ou mesmo cupom de máquina registradora, uma vez que todas as mercadorias foram destinadas a consumidores finais, onde não se exige as informações codificadas pelo Fisco como irregularidades. Salienta que se a descrição

incompleta das mercadorias, uma das irregularidades apontadas pelo Fisco, se não permitisse uma perfeita identificação dessas, não poderia a Fiscalização realizar levantamento quantitativo de mercadorias;

- Item 6.3.3 - Não cumpriu o disposto no Decreto nº 36.028/94, alterado pelo Decreto nº 36.881/95, por ser comerciante varejista, não efetuando vendas a outros revendedores. Informa que a antecipação viola o princípio constitucional da tipicidade tributária. Acresce que promoveu a saída dessas mercadorias - tintas e vernizes -, com tributação normal e nova exigência de imposto configuraria bi-tributação. Frisa que o trabalho fiscal cobra o ICMS/ST pelo estoque, nos termos do referido Decreto, repete a mesma cobrança no resultado do levantamento quantitativo, representada pelos produtos codificados com os nº 001 e 002, além de não ter considerado as últimas aquisições, cujas mercadorias estavam no estoque e as notas fiscais ainda por serem registradas, já com o ICMS retido por substituição tributária;
- Item 6.3.4 - Aduz que o levantamento quantitativo quando feito por amostragem, sem perfeita identificação das mercadorias, não reflete sua real movimentação, revelando-se prejudicial à empresa, contrariando disposições dos artigos 213, 214, inciso IV, alínea “b” e 497, § único do RICMS/91. Afirma que as saídas sem estoque apontadas no levantamento devem ser em razão da escrituração posterior da nota fiscal de aquisição ou por ter emitido nota fiscais de saída anterior à efetiva saída da mercadoria. Prossegue dizendo que a inexatidão contida no LQFD autoriza o refazimento do trabalho para conferir-lhe a certeza necessária. Diz que as pequenas diferenças encontradas pelo Fisco no LQFD são admissíveis, pois decorrem de furtos, quebras, erros de entregadores, enganos no inventário físico das mercadorias, etc..

Finaliza a Impugnação pedindo a declaração de sua procedência.

A DRCT/SRF/SUL apresenta réplica a fls. 160/169, contra-argumentando, inicialmente, as razões levantadas pela Autuada nos fatos novos, motivou o acatamento parcial destas, tendo o Fisco procedido a reformulação do crédito tributário a fls. 131/133. Afirma que a defesa não contestou as exigências referentes à falta de recolhimento do ICMS devido pelo diferencial de alíquota, bem como daquelas referentes ao creditamento indevido do imposto, objeto de estorno fiscal, entrevedo-se o reconhecimento tácito dessas infrações. Refuta, na ordem seguida pelo defensor, as alegações relativas aos itens:

- Item 6.1.1 - Somente foram excluídas as Notas Fiscais do lançamento neste sentido, ainda na fase de fatos novos, porque o contribuinte protocolou denúncia espontânea em 08.05.92, negando a aquisição das mercadorias constantes das Notas Fiscais de nº 075, 6876 e 9627. No que diz respeito as demais Notas Fiscais, nada apresentou que pudesse

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contrariar ou invalidar a acusação fiscal formalizada, numa clara demonstração de que as acatou.

- Item 6.2.2 - Sustenta o levantamento quantitativo dizendo que o mesmo foi realizado englobando as mercadorias por espécie, sem separá-las por marca, tipo, modelo, etc., justamente pela falta de especificação correta das mercadorias nas Notas Fiscais da Autuada, beneficiando-a de sobremaneira. Acresce que as mercadorias não se confundem em relação às espécies: pia é pia, janela é janela, independentemente da marca, cor ou modelo. Ressalta que a especificação correta das mercadorias nas Notas Fiscais de saída da Impugnante é um requisito regulamentar, cuja inobservância resulta na aplicação da penalidade prevista no artigo 54, inciso VI, Lei nº 6.763/75.
- Item 6.3.3 - Refuta as considerações efetuadas pela Autuada sobre o instituto da substituição tributária, tema impróprio para ser discutido na esfera administrativa. Menciona que dito instituto decorre da Emenda Constitucional nº 3/93, que acrescentou o § 7º ao artigo 150, CRFB/88, recepcionada na Lei nº 6.763/75, regulada através do Decreto nº 36.028/94 e Decreto nº 36.881/95, no que tange à instituição da substituição tributária nas operações com tintas e vernizes. Afirma não ter ocorrido dupla cobrança do imposto, uma pelo estoque, outra no LQFD, eis que os períodos são diferentes e o estoque a que se refere no primeiro é o existente na data da instituição da substituição tributária para tintas, vernizes e correlatos. Diz que a Impugnante não trouxe elementos que pudessem evidenciar possíveis enganos ou equívocos cometidos pelo Fisco em seu trabalho, fazendo crer que este está correto.
- Item 6.3.4 - Informa que o LQFD realizado pelo Fisco no período de 01.01.94 a 18.07.95, restringiu-se a alguns produtos comercializados pela Autuada, que se dedica ao ramo de materiais de construção, que dada a similitude entre eles foram agrupados de modo que facilitasse a compreensão do trabalho, bem como beneficiasse o contribuinte. Diz que os dados para o levantamento fiscal foram extraídos dos documentos e da escrituração fiscal da Impugnante, sendo irrelevante arguições tardias, mormente quando desacompanhadas de provas em contrário.

Finda pedindo a aprovação integral do feito fiscal.

DECISÃO

Da análise dos autos, sobressai a conclusão de que o Impugnante não contesta a acusação fiscal relacionada com a falta de recolhimento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota e aquela atinente a inocorrência de recolhimento ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento insuficiente do ICMS devido, apurada em verificação fiscal analítica, decorrente de irregularidades como: aproveitamento indevido de crédito do imposto destacado em NFs de aquisição de mercadorias destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado; por falta de apresentação das primeiras vias dos CTCs, creditamento a maior do imposto destacado em NFs de aquisição de mercadorias destinadas à comercialização e lançamento a menor do valor do ICMS destacado nas NFs de saídas.

Portanto, compete-nos, tão-somente, verificar a legitimidade das demais exigências formalizadas no Auto de Infração gerreado.

As Notas Fiscais série “B” se prestam a acobertar a saída de mercadoria ou prestação de serviço a destinatário localizado no Estado ou no exterior (artigo 180, inciso II, RICMS/91, redação original) e nelas devem ser inseridas as indicações previstas no artigo 214, do citado Regulamento. A Autuada não nega a irregularidade, porém a justifica dizendo que os destinatários nelas inseridos são consumidores finais. Ora, ao nosso ver, a utilização da NF série “B” pelo contribuinte é distorcida, na medida em que a Nota Fiscal apropriada para operações com consumidores finais é a série “D” e não “B”, de conformidade com o artigo 180, inciso IV, RICMS/91 (redação original), cujas indicações do destinatário são dispensadas à vista do contido no artigo 229, RICMS/91.

O fato é que o Impugnante é quem deve se enquadrar à norma e não o contrário, pois deste pode ocorrer prejuízo para a Fazenda Estadual, mormente se não há uma completa identificação do destinatário (origem e destino da mercadoria).

No tocante ao recolhimento do ICMS/ST relativo ao estoque de tintas e vernizes, em 31.05.95, incorreu a Impugnante em equívocos.

Um, não há antecipação de fato gerador do imposto, mas antecipação de pagamento do imposto e disto não deflui a atipicidade tributária pretendida pelo defensor, nem tampouco a violação de qualquer dispositivo constitucional.

Dois, incorreu a bitributação alegada, posto que uma cobrança se deu pelo estoque em 31.05.95 e a outra através do LQFD, compreendendo período diferente. Certo é que o contribuinte tem direito à repetição de indébito, caso se vislumbre que ditas mercadorias, alcançadas pelo instituto da substituição tributária, tiveram as saídas correspondentes tributadas. Nesse caso, deve o mesmo adotar as providências insculpidas nos artigos 169 e seguintes, RICMS/91. Ademais, a Impugnante não trouxe à baila elementos novos que pudessem evidenciar possíveis enganos ou equívocos cometidos pelo Fisco em seu trabalho, fazendo a crer que o mesmo está correto nesse sentido.

No que pertine ao levantamento quantitativo financeiro diário, desenvolvido no período de 01.01.94 a 18.07.95, o Fisco se restringiu a alguns produtos comercializados pela Autuada, que dedica ao ramo de materiais de construção. É lícito ao Fisco lançar mão de procedimento tecnicamente idôneo, LQFD, agrupando as mercadorias por espécies, de modo que janela é janela, pia é pia, independentemente da marca, cor ou modelo. Dito agrupamento é perfeitamente cabível, dada a similitude

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entre as mercadorias do contribuinte, facilitando a compreensão do trabalho, além de beneficiar o contribuinte quanto aos valores atribuídos aos produtos.

Ressalte-se que os dados levados ao levantamento quantitativo financeiro diário foram extraídos dos documentos e da escrituração da Notificada, sendo inoportunas meras alegações quando desacompanhadas de provas em contrário. O procedimento é aritmético e exato, devendo a Autuada, para elidi-lo, demonstrar a inexatidão ou inexatidões contidas no procedimento fiscal.

Até aqui, as exigências fiscais se apresentam corretas e legítimas, seja pela admissão tácita do Impugnante quanto a algumas delas, seja pela impropriedade de outras. Entretanto, o trabalho fiscal merece reparo no que diz respeito as exigências fiscais calcadas em omissão de registro no LREM de notas fiscais de aquisição e a conseqüente saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais decorrentes dessa omissão.

Parte das exigências fiscais neste tópico foi alcançada pela decadência, mais precisamente aquela relativa ao exercício de 1.991, por força do disposto no artigo 173, inciso I, CTN. A outra, referente ao exercício de 1.992, não deve prosperar em razão do procedimento inadequado adotado pelo Fisco, posto que a acusação fiscal, em outras palavras, é pagamento de obrigações (fornecedores/aquisições) com recursos extracaixa, sendo mister adotar o levantamento da Conta Caixa, procedimento sintonizado com princípios contábeis geralmente aceitos. Alie-se, ainda, o fato de que o contribuinte nega a aquisição das mercadorias retratadas nas NFs que ensejaram o lançamento tributário nesse sentido.

Diante do exposto, ACORDA a 5ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, para excluir do crédito tributário as exigências fiscais contidas no item 6.1 do AI, sendo que para o exercício de 1.991, operou-se a decadência e para o de 1.992, dado ao procedimento inadequado adotado pelo Fisco, aliado à negativa de recebimento das mercadorias retratadas nas NFs que ensejaram o lançamento tributário. Mantidas as demais exigências fiscais contidas no Auto de Infração. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa e Luiz Guilherme Salles Miers.

Sala das Sessões, 21/10/99.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Luigi Cesare Iannone
Relator