

Acórdão: 14.728/01/1^a
Impugnação: 40.10057839-41
Agravado Retido: 40.30002524-60
Impugnante/Agra: Drogaria ABC Ltda.
Proc. do Sujeito Passivo: Norman Joel Souza Vieira
PTA/AI: 01.000120724-92
Inscrição Estadual: 062.012959.04-00
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravado - Perícia - Constatam dos autos elementos de prova que suprem a perícia requerida, tornando-a desnecessária. Recurso não provido. Decisão unânime.

Mercadorias - Saída Desacobertada - Imputação de saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, mediante confronto entre os registros nos documentos fiscais e o Relatório de Vendas. Evidenciada ser a Contribuinte optante pelo regime de estimativa. Exigências canceladas, em face das provas trazidas aos autos pela Impugnante.

Estimativa - Recolhimento a Menor - Recolhimento a menor do ICMS pelo Regime de Estimativa. Evidenciado que a Impugnante não atualizou o valor mensal estimado (UPFMG) das saídas tributáveis, mantém-se as exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, comprovada mediante o confronto entre os registros nos documentos fiscais e o "Relatório de Vendas", encaminhados à Secretaria de Estado da Fazenda pela Administração do BH Shopping;

2) pagamento a menor do ICMS devido pelo regime de estimativa, constatado pelo confronto entre o valor estimado e o recolhido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação, às fls. 67/72 dos autos, aos seguintes argumentos:

- afirma que o lançamento por estimativa é inadequado, não se compatibilizando com o conteúdo material e quântico do valor real das operações efetivas;

- cita decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e Acórdão do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais;

- sustenta que o auto lançamento é apurado pelo regime de débito e crédito baseado no faturamento real da empresa e alega que o Fisco exigiu a diferença entre o ICMS recolhido e apurado com base nas saídas reais lançadas no livro diário;

- assevera não existir dispositivo legal instituindo prazos e datas pré-fixadas para recolhimento da diferença, consoante o artigo 2º, § 2º, da Resolução n.º 1.263/84, não sendo cabíveis as multas exigidas.

Ao final, requer a realização de prova pericial, apresentando quesitos, e pede a procedência da Impugnação.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 168/171 dos autos, às seguintes assertivas:

- aduz que a infração imputada está configurada no artigo 35, da Lei n.º 6.763/75, cujas normas complementares estão disciplinadas no Anexo X, do RICMS/96;

- sustenta que o lançamento por estimativa é vinculado à Fazenda Pública Estadual, estando revestido das formalidades legais vigentes;

- afirma que a Decisão do Tribunal de Justiça mencionada pela defesa, refere-se a acerto de estimativa previsto no artigo 35, § 1º, da Lei n.º 6.763/75, matéria diversa, portanto, da tratada nos presentes autos;

- salienta que o valor considerado como base de cálculo de saída tributada pela Autuada em janeiro de 1996 é o valor do lançamento em quantidade de UPFMG, conforme documento de fl. 25, multiplicado pelo valor da UPFMG em novembro de 1995 (reduzida a 60% de seu valor);

- prossegue dizendo que, nos meses de fevereiro a novembro de 1996 e no ano de 1997, a diferença apurada decorreu da falta de atualização do valor da UPFMG e não da apuração do ICMS por débito/crédito;

- alega que os Acórdãos do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais citados pela Impugnante não se aplicam à matéria versada nestes autos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- esclarece que a apuração com base no livro diário não foi objeto do levantamento fiscal;

- ressalta que, no regime de estimativa, o contribuinte está dispensado da comprovação de saídas e, ainda que se emitisse documento fiscal para as operações que se realizassem, se esse valor fosse diferente do valor de lançamento, prevaleceria sempre o maior, conforme artigo 167, parágrafo único, do RICMS/91 e artigo 8º, § 2º, do Anexo X, do RICMS/96.

Por fim, pede a manutenção integral do feito fiscal.

Nos termos do Despacho de fl. 176, o requerimento de produção de prova pericial feito pela Impugnante foi indeferido, conseqüentemente a defesa interpõe, regular e tempestivamente Recurso de Agravo retido os autos.

A Auditoria Fiscal comparece aos autos, em parecer de fls. 182/186, e propugna, em preliminar pelo não provimento ao Recurso de Agravo e, quanto ao mérito, pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de incorrer nas seguintes irregularidades:

- 1) saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, comprovada mediante o confronto entre os registros nos documentos fiscais e o "Relatório de Vendas", encaminhados à Secretaria de Estado da Fazenda pela Administração do BH Shopping;
- 2) pagamento a menor do ICMS devido pelo regime de estimativa, constatada pelo confronto entre o valor estimado e o recolhido.

Do Recurso de Agravo

Inicialmente, destacamos que o presente Recurso de Agravo decorreu do indeferimento do pedido de produção de prova pericial.

Neste sentido, temos por desnecessária a produção de prova pericial no caso em tela, já que a gama de documentos acostados aos autos basta para a perfeita apreensão da matéria aqui tratada e para o pleno convencimento dos julgadores.

Ademais, a prova pericial, deve ser realizada somente nos casos em que for estritamente necessária para o correto entendimento ou elucidação de questões controversas, o que não é o caso.

Portanto, considerando que a negativa de produção de prova pericial não cerceou o direito de defesa da Impugnante, temos por assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988).

Do Mérito

Irregularidade 1

Incontroverso nos autos que as operações envolvendo a Defendente estão sob a égide do Regime de Estimativa. Insta destacar aqui as disposições contidas no artigo 2º, “caput”, da Resolução n.º 1.263/84, a saber:

“Art. 2º - O contribuinte que optar pelo regime de estimativa fica dispensado da emissão de documentos fiscais para acobertar as saídas que promover, bem como da escrituração dos livros fiscais.

.....”

Desta forma, a imputação a que fora submetida no item 1, do Auto de Infração (saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal) é conflitante com o próprio instituto.

Ademais, ainda que a opção da Defendente seja a de emissão de documentos fiscais, nos termos do artigo 167, do RICMS/91, não há nos autos comprovação inequívoca de tal fato.

Arremata esse entendimento o disposto no artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional:

“Art. 112 - A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

.....

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

.....”

Da inteligência do artigo supra depreende-se o princípio da estrita legalidade tributária, que, segundo a ilustre Prof. Maria de Fátima Ribeiro, “*traz consigo uma tipificação rigorosa, qualquer dúvida sobre o perfeito enquadramento do conceito do fato ao conceito da norma compromete aquele postulado básico que se aplica com a mesma força no campo do direito penal ‘in dubio pro reo’.*”

No mesmo sentido apresentam-se os ensinamentos de Roque Antonio Carrazza, em seu livro Curso de Direito Constitucional Tributário (14ª edição) corroborando a defesa esposada acima, ou seja, a estrita legalidade para imputação de irregularidade fiscal. Nesta linha temos que:

“O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do Direito Tributário. A raiz de todo o ato administrativo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributário deve encontrar-se numa norma legal, nos termos expressos do art. 5º, II da Constituição da República.

Muito bem. Bastaria este dispositivo constitucional para que tranqüilamente pudéssemos afirmar que, no Brasil, ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei, da política competente, é obvio.”

Portanto, devem ser excluídas as exigências quanto ao item 1.

Irregularidade 2

Da análise dos autos depreende-se que o enquadramento no Regime de Estimativa ocorreu em 01/11/95; que o valor mensal das saídas tributáveis foi estimado em 1.594,17 UPFMG; que o débito do imposto é o valor do lançamento em UPFMG (reduzida a 60% de seu valor), no mês de referência, convertido em Reais. Deste valor são abatidos os créditos das notas fiscais e no DAPI será aposta a palavra “Estimativa” (documento de fl. 25).

A Fiscalização constatou que a Impugnante, no período de 1996/1997, no campo “saídas tributáveis”, lançou nos DAPI's, valor menor que 1.597,17 UPFMG (reduzidas a 60% de seu valor), conforme estabelecido no Enquadramento do Regime de Estimativa (fl. 25).

Contudo, da análise do documento de fl. 12, verificou-se que a Defendente não atualizou o valor da UPFMG, de acordo com o previsto no documento de fl. 25, portanto, a Fiscalização, ao refazer os cálculos das saídas tributáveis utilizando a UPFMG do mês de referência (reduzida a 60%), encontrou uma diferença de ICMS a recolher, a qual não se refere a pagamento a menor de ICMS por débito/crédito.

A Fazenda Pública Estadual está autorizada a cobrar o imposto pelo Regime de Estimativa, nos termos do disposto no artigo 35, incisos I e II, da Lei n.º 6.763/75, a saber:

“Art. 35 - Em função do porte ou da atividade do estabelecimento, o imposto poderá, na forma como dispuser o Regulamento, ser calculado com base na estimativa do movimento econômico do contribuinte, nas seguintes hipóteses:

I - quando se tratar de estabelecimento de funcionamento provisório;

II - quando, pela natureza das operações ou das prestações realizadas pelo contribuinte ou pelas condições em que elas se realizarem, o Fisco julgar conveniente a adoção do critério.

.....”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da inteligência do dispositivo acima transcrito depreende-se a legitimidade dos trabalhos realizados pela Fiscalização.

A alegação da defesa de que o Fisco exigiu a diferença entre o ICMS recolhido e o apurado com base nas saídas reais lançadas no Livro Diário não procede, uma vez que este levantamento não foi realizado pela Fiscalização, não se referindo às irregularidades demonstradas no presente Auto de Infração.

Quanto à alegação da defesa que não existe no RICMS/MG ou em resoluções, referência a prazos e à datas pré-fixadas, para recolhimento de tal diferença, conforme reza o artigo 2º, § 2º, item 1, da citada Resolução n.º 1.263/84, temos:

“Art. 2º - (...)

§ 2º - O contribuinte que optar pelo acobertamento fiscal de todas suas operações deverá, anualmente, proceder à apuração do valor real de suas operações e do imposto correspondente, observando:

1) Na hipótese de haver sido o imposto pago com insuficiência, recolher a diferença apurada até 31 de março do ano seguinte;

.....”

Destacamos, ainda, o disposto nos artigos 167 e 165 do RICMS/91, bem como o artigo 8º, § 2º, do Anexo X, do RICMS/96:

RICMS/91

“Art. 167 - O contribuinte sob o regime de estimativa que optar pela emissão de documentos fiscais para o acobertamento das saídas que promover, ou dos serviços que prestar, fica obrigado a comunicar a opção à repartição fazendária a que estiver circunscrito e a escriturar o Registro de Saídas.

Parágrafo Único - No caso de opção, o valor constante dos documentos fiscais, ou o lançado nos livros fiscais ou contábeis, se for o caso, prevalecerá sobre o valor estimado, se superior, respeitado o acerto previsto no parágrafo único do artigo 165.”

“Art. 165 - O valor a recolher será apurado mensalmente mediante o confronto entre o imposto devido, calculado sobre o valor estimado das operações e prestações, e os créditos fiscais correspondentes às mercadorias entradas para comercialização ou industrialização e aos serviços de transporte e de comunicação utilizados, desde que corretamente destacados nos documentos fiscais.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/96

“Art. 8º - A base de cálculo mensal do imposto será o produto do número de UFIR pelo seu valor, vigente no mês de referência:

.....
§ 2º - O valor constante nos documentos fiscais ou o valor lançado nos livros fiscais ou contábeis, desde que superior, prevalecerá sobre o valor estimado.”

Da análise dos dispositivos ora transcritos, temos por legítimas as exigências fiscais quanto a este ponto.

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir o item "1" do Auto de Infração, mantendo-se o item "2". Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida (Relatora) que o julgava procedente. Designada Relatora a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão. Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual o Procurador Dr. Élcio Reis e pela Impugnante o Dr. Norman Joel Souza Vieira. Participaram do julgamento, além das supramencionadas e dos signatários, o Conselheiro José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 13/03/01.

**Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

MLR/ES