

Acórdão: 14.587/00/1^a
Impugnação: 40.10058303-03
Agravo Retido: 40.30002561-80
Impugnante/Agravante: Magazine Demanos Ltda
Advogado(a): Márcia Gomes Nunes/Outra
PTA/AI: 01.000126110-59
Inscrição Estadual: 367.928158.0102
Origem: AF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

Recurso de Agravo - Perícia - A realização da perícia requerida é desnecessária ao deslinde da questão. Recurso de agravo não provido. Decisão unânime.

ICMS - Escrituração Incorreta - Constatada a escrituração incorreta de documentos fiscais nas seguintes situações, ensejando recolhimento a menor do imposto: apropriação indevida de crédito de ICMS, vendas por ECF registradas a menor nos livros fiscais, vendas com emissão de Notas Fiscais registradas a menor nos livros fiscais, vendas por ECF cujas fitas detalhe foram extraviadas e não registradas nos livros fiscais, vendas por ECF não registradas nos livros fiscais, extravio de nota fiscal de saída cujo valor foi arbitrado pelo Fisco. Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado em face da documentação apresentada pela Impugnante. Exigências fiscais mantidas, em parte.

Obrigação Acessória - Extravio de fitas detalhes com os respectivos registros emitidos por emissor de cupom fiscal – ECF. Infração caracterizada. Exigência fiscal parcialmente cancelada, em face da documentação apresentada pela Impugnante.

Obrigação Acessória - Falta de registro nos livros fiscais dos valores das vendas acobertadas por emissor de cupom fiscal. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

Obrigação Acessória - Falta de discriminação das mercadorias nos registros emitidos por emissor de cupom fiscal - ECF - Exigência de penalidade isolada, prevista na legislação, pelo descumprimento da obrigação de emitir o cupom fiscal com a discriminação da mercadoria, conforme estabelecido no artigo 55-VIII do Anexo VI do RICMS/96. Relativamente ao exercício de 1998, a multa deverá ser de 48,98 UFIR por documento, de acordo com o estabelecido no inciso VI, "d" do artigo 215 do RICMS/96. Exigência fiscal mantida, em parte.

Obrigação Acessória - Falta de registro nos livros fiscais de notas fiscais de entrada. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

Alíquota de ICMS - Diferencial - Falta de recolhimento do valor do ICMS resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual na entrada, no estabelecimento, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação e destinada a uso, consumo e imobilização. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Obrigação Acessória - Extravio de Nota Fiscal - Restando comprovado que as vias da nota fiscal não haviam se extraviado, além de ter sido excluído o ICMS e correspondente MR, cancela-se também, a exigência de penalidade isolada pelo extravio, na verdade, não ocorrido.

Mercadoria - Estoque, Entrada e Saída Desacobertada - Levantamento Quantitativo - Irregularidades apuradas por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro, método tecnicamente idôneo, previsto no artigo 194, inciso III, do RICMS/96. No caso em exame, considerando a diversidade de produtos, a intensa movimentac o de mercadorias no período fiscalizado, e ainda, a disparidade de valores, conforme se observa das listagens que compõem o levantamento fiscal, para efeito de apurac o das bases de cáculo das exigências fiscais deve ser observada a média ponderada dos preços unitários de saída, conforme previsto no inciso IX do artigo 54 do RICMS/96. Reduzidas as multas isoladas capituladas incisos II e XXII da Lei 6.763/75 para os percentuais de 20% e 10%, respectivamente. Exigências fiscais mantidas, em parte.

Acionado o permissivo legal, artigo 53,   3 , da Lei n.  6.763/75, para reduzir as penalidades isoladas relativas às penalidades que não impliquem em falta de recolhimento do tributo a 5% (cinco por cento) de seu valor. Lançamento parcialmente procedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autua o versa sobre as seguintes irregularidades:

01) - Recolhimento a menor do ICMS, apurado através de Verifica o Fiscal Analítica, nos exercícios de 1996, 1997 e 1998, conforme quadros demonstrativos anexos, pelo que se exige o pagamento de ICMS e MR;

02) -Extravio das fitas detalhes com os respectivos registros emitidos por emissor de cupom fiscal – ECF – registradas nos livros fiscais, nos exercícios de 1996, 1997 e 1998, conforme quadros demonstrativos anexos, pelo que se exige o pagamento de MI;

03)- Falta de registro nos livros fiscais dos valores das vendas acobertadas por emissor de cupom fiscal – ECF – no exercício de 1996, conforme quadro demonstrativo anexo, pelo que se exige o pagamento de MI;

04)-Falta de discrimina o das mercadorias nos registros emitidos por emissor de cupom fiscal – ECF, nos exercícios de 1996, 1997 e 1998, pelo que se exige o pagamento de MI;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

05)-Falta de registro nos livros fiscais de notas fiscais de entrada no exercício de 1996, conforme quadro demonstrativo anexo, pelo que se exige pagamento de MI;

06)-Falta de recolhimento de ICMS referente à diferença de alíquota, em decorrência de aquisição interestadual de mercadorias para uso, consumo e/ou imobilização nos exercícios de 1996 e 1997, conforme quadros demonstrativos anexos, pelo que se exige o pagamento de ICMS e MR;

07)-Extravio das 1ª, 3ª, 4ª e 5ª vias da nota fiscal 000.035, mod.1 de abril/98, sendo que a 2ª via encontrava-se cancelada no bloco de notas fiscais sem valor, sendo este arbitrado, pelo que se exige o pagamento de MI;

08)-Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas por meio de LQFD, efetuado relativamente ao período de 01/01/98 a 01/08/98, pelo que se exige o pagamento de ICMS, MR e MI;

09)-Estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurado por meio de LQFD, no período de 01/01/98 a 01/08/98, pelo que se exige pagamento de ICMS, MR e MI;

10)-Entradas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, apuradas por meio de LQFD, no período de 01/01/98 a 01/08/98 pelo que se exige o pagamento de MI.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 3.374), por intermédio de procurador regularmente constituído.

Argumenta ser impossível a aplicação de multa isolada em UPFMG, conforme previsão da Lei 6.763/75 vigente à época das infrações (exercícios de 1996 e 1997), uma vez que a Medida Provisória n.º 1.205 de 24/11/95, extinguiu, à partir de 1º de janeiro de 1996, as unidades monetárias de contas fiscais estaduais, municipais e do Distrito Federal.

Diz que o Decreto Estadual n.º 37.716, de 29/12/95, que visou adaptar a legislação mineira ao comando da norma federal, não pode, em respeito ao princípio da reserva de lei (artigo 97-V, do CTN), fixar penalidades para as ações ou omissões contrárias aos dispositivos da legislação tributária.

Citando o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, lembra que na hierarquia das normas jurídicas, um decreto jamais pode modificar ou restabelecer dispositivos de lei revogadas.

Acrescenta que, nos termos do artigo 5º-II, da C.F./88, não pode o Fisco obrigar a Impugnante a pagar penalidade com base na UPFMG que se encontrava extinta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que, somente à partir de 30/12/97, quando, através da Lei n.º 12.729, a Lei n.º 6763/75, em seu artigo 224, passou a adotar a UFIR como parâmetro para imposição de multas, o Fisco pode exigir as penalidades insculpidas nos artigos 53-I e 54-VI.

Esclarece que emitiu cupons fiscais sem discriminação de mercadoria em virtude de problema técnico de operação com os emissores de cupons fiscais, aliado à falta de orientação adequada, por parte do Fabricante e Assistência Técnica Autorizada, quanto à utilização dos recursos informatizados dos mesmos.

Sustenta que todo o seu procedimento resguardava a correta tributação e que, todas as vezes em que era solicitada pelo adquirente, emitia nota fiscal de saída discriminando a mercadoria constante do cupom fiscal.

Questiona a aplicação da penalidade máxima do artigo 54-VI (1 UPFMG nos exercícios de 1996 e 1997 e 100 UFIR no exercício de 1998), visto que não agiu com dolo, má-fé ou fraude, mas apenas por erro em virtude da falta de orientação.

Afirma que a multa imposta é confiscatória e não pode ser admitida por estar desproporcional com o faturamento da empresa.

Sustenta que, relativamente ao LQFD, as penalidades impostas não podem prevalecer, visto que suas aplicações não obedeceram às reduções estabelecidas nos artigos 55-II, "a" e 55-XXII, da Lei 6763/75.

Argumenta que as infrações foram apuradas a partir dos documentos e lançamentos efetuados na escrita fiscal da Empresa e que a redução é imperativo legal e não ato discricionário da autoridade fiscal.

Assevera que o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário é inconfiável e nulo, pois desprezou todas as saídas promovidas com a emissão de cupons fiscais que se encontravam sem discriminação de mercadoria.

Salienta que, a despeito de constar nos referidos cupons fiscais a menção "troca", é indubitável tratar-se de operações de saída de mercadoria, cujo imposto devido foi recolhido a tempo e modo.

Alega que a omissão, além de criar fato gerador inexistente, desrespeitando o artigo 142 do CTN, penaliza o contribuinte com o "bis in idem".

Menciona que seria aplicável o artigo 112-II, do CTN, em face do resultado falso apurado no LQFD.

Discorda do procedimento do Fisco em tributar estoque desacobertado, posto que não existe previsão legal para enquadrá-lo como fato gerador do ICMS.

Requer, se forem mantidas as exigências fiscais, a redução da MI, por ter o Levantamento Quantitativo se amparado fundamentalmente na sua escrita fiscal e comercial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Defende, relativamente a imputação de entrada desacobertada, que o Fisco deveria conceder-lhe o crédito de ICMS, sob pena de se ferir o princípio constitucional da não cumulatividade.

Protesta contra a aplicação de penalidade por extravio de fitas detalhe, alegando que a responsabilidade não pode ser-lhe atribuída, vez que as entregou ao Fisco em atendimento às intimações.

Apresenta como prova da apresentação de todas fitas detalhe, o fato de que o Fisco em nenhum momento lhe aplicou a penalidade descrita no artigo 54-VII, da Lei 6763/75.

Complementa que se extravio houve, este ocorreu quando elas se encontravam sob a guarda do Fisco durante o longo período em que a ação fiscal teve curso.

Alega que provará o não cometimento das demais infrações mediante a farta prova documental e pericial.

Sintetiza todos os argumentos já expostos e conclui que o feito fiscal não pode prosperar.

Requer a produção de prova pericial, indicando assistente técnico e formulando 21 quesitos.

Solicita seja acionado o permissivo legal previsto no artigo 53, § 3º da Lei n.º 6763/75.

Apresenta XIV Anexos e requer a procedência da Impugnação.

Manifestando-se em fls. 4.477/, o Fisco refuta as alegações da defesa.

Sustenta a legalidade da aplicação de multas isoladas calculadas com base na UPFMG, citando o artigo 97-V, do CTN.

Explica que a prescrição da multa pecuniária não é de competência da Constituição, mas de lei ordinária e que a Lei mineira que rege a matéria é a 6.763/75 em seu artigo 54.

Discorda da alegação de que a penalidade imposta pela emissão de cupom fiscal tenha assumido caráter confiscatório.

Demonstra, somando o valores declarado e apurado pelo Fisco, que o faturamento real da Impugnante foi muito superior do que o levado à tributação, não cabendo a alegação de que a penalidade teve caráter desproporcional.

Esclarece que a multa isolada exigida de 40% foi devidamente aplicada, vez que a utilização da escrita fiscal foi apenas referencial, sendo preponderante as informações contidas no LQFD.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nega a afirmação de que o Fisco não levou em consideração a quantidade de mercadorias vendidas mediante emissão de cupons fiscais sem discriminação das mercadorias, vez que todos eles foram relacionados no LQFD sob o código 037 – ARTIGO SEM DISCRIMINAÇÃO – e o total de saídas apuradas, fls. 2.816 dos autos, foi deduzido no Demonstrativo Global, às fls. 328.

Aduz que, nos termos do artigo 56-III do RICMS/96, é exigido o recolhimento de ICMS e demais penalidades nos casos de manutenção em estoque de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Assevera, quanto ao extravio das fitas detalhe, que as intimações sempre foram atendidas em parte, sendo que as fitas foram consideradas extraviadas por nunca terem sido apresentadas no correr do prazo estipulado, nem até o término dos trabalhos fiscais.

Acrescenta que os documentos apresentados foram devolvidos à Contribuinte no final dos trabalhos fiscais.

Julga desnecessária a perícia requerida em razão do feito fiscal estar suficientemente claro.

Pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal determinou a realização da Diligência de fls.4.489, que resultou na manifestação do Fisco de fls. 4.491 a 4.503 e juntada de documentos de fls. 4.504 a 4.574.

O crédito tributário foi reformulado, ensejando alteração no relatório fiscal, quadros demonstrativos e DCMM (fls. 4.575 a 4.649).

Em face do acima relatado, foram abertos os prazos previstos nos artigos 100, §1º e 113, §2º da CLTA, tendo resultado na Manifestação da Autuada de fls. 4.647 a 4.653.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante foi indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 4.655.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 4.659/4.672).

Inicia reforçando as considerações já expostas quando da Impugnação de que o Fisco, ao não identificar quais as mercadorias que teriam saído mediante as emissões de cupons fiscais sem discriminação destas, mas optando por realizar um mero levantamento físico das mercadorias, culminou por laborar em flagrante erro, tornando insustentável a ação fiscal.

Destaca que, embora o levantamento tenha sido nominado de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, na realidade, não se procedeu à análise financeira da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sua escrituração fiscal e contábil, e, por essa razão, o LQFD levado a efeito tornou-se imprestável e nulo para servir de base à autuação perpetrada.

Questiona a utilização do maior preço como valor unitário.

Entende que a omissão do Fisco em identificar as mercadorias constantes dos cupons fiscais que não tiveram a discriminação destas, não está suprida pela simples dedução do valor a elas correspondente (código 037) da base de cálculo total apurada, posto que não se identificou as mercadorias e, por conseguinte, a sua exata quantidade e o valor de cada unidade.

Recorre objetivamente do indeferimento da perícia alegando, relativamente aos quesitos 01 a 08, que os mesmos buscam o conhecimento do expert com o fito de comprovar que sem o conhecimento exato da quantidade e das espécies de mercadorias que saíram acobertadas pela emissão de cupons fiscais sem discriminação de mercadorias, impossível seria o levantamento quantitativo físico (mercadorias, por espécie) como, afinal, procedeu o Fisco.

Expõe que o lançamento tributário, sob pena de nulidade, não pode conter vícios e nem ser constituído sobre dúvidas quanto à determinação da matéria tributável.

Acrescenta que os quesitos 13 a 15 têm a mesma finalidade de provar os vícios insanáveis do LQFD.

Sustenta que o indeferimento dos quesitos e da perícia sob a alegação de “desnecessários em face do relatório do LQFD” cerceia o direito de defesa da Agravante e fere o artigo 5º-LV, da C.F.88, uma vez que esta é indispensável, diante da complexidade da matéria fática, para a comprovação dos vícios do relatório fiscal e do próprio LQFD.

Apresenta laudo técnico concluindo que, se procedido o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário do exercício de 1998, conforme artigo 194-II do RICMS/96, a base de cálculo, para fins de tributação, seria de R\$ 257.409,70, vale dizer, uma diferença de R\$ 4.527.050,09 em relação aos R\$ 4.784.459,79 encontrados pelo Fisco.

A Auditoria Fiscal manteve a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 4.675/4.676, opina em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo. No mérito, pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os elementos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constantes dos autos permitem plena apreciação do trabalho fiscal, como se verá adiante.

O quesitos propostos confundem-se com o próprio mérito das exigências, na medida em que objetivam invalidar as técnicas utilizadas pelo Fisco, bem como justificar as irregularidades que lhe foram imputadas.

A motivação do indeferimento de cada um dos quesitos foi esclarecida quando do correspondente despacho.

Outrossim, não merece acolhida a tese de que o indeferimento cerceia o direito de defesa da Impugnante uma vez que, como já dito, os elementos constantes dos autos permitem a análise e esclarecimento de toda a matéria.

Quanto o mérito, a 1ª Irregularidade relatada no A.I refere-se a Recolhimento a menor de ICMS, constatado através de VFA, decorrente de:

a) - Créditos de ICMS apropriados indevidamente (Exercícios de 1996 e 1997 - itens 6.1.1.a e 6.2.1.a do Relatório Fiscal)

Constatou o Fisco o aproveitamento de crédito referente à aquisição de materiais de uso e consumo (quadros demonstrativos de fls. 39 e 66).

O inciso III do artigo 70 do RICMS/96 veda expressamente o creditamento de imposto originado da entrada de bens de uso e consumo.

Assim, estando a irregularidade caracterizada nos termos da norma vigente e considerando que a Impugnante não a contestou objetivamente, corretos foram os estornos procedidos.

b) - Vendas por ECF registradas a menor nos livros fiscais (Exercícios de 1996 e 1998 – itens 6.1.1.b e 6.3.1.a do Relatório Fiscal)

A exigência de ICMS decorre da verificação de que a Impugnante lançou a menor nos livros fiscais valores de vendas registradas no ECF.

A Autuada busca comprovar, através dos documentos juntados no Anexo VIII de sua defesa (fls. 4.157) e do quesito 11 da perícia requerida, que o levantamento do Fisco é equivocado, exigindo, inclusive, imposto correspondente a seqüência numérica que já teria sido lançada em data anterior.

Com o objetivo de dirimir as dúvidas a respeito, foi solicitado ao Fisco, através de diligência (fls. 4.489), manifestação acerca dos documentos anexados e, ainda, esclarecimento específico quanto a possível duplicidade de lançamentos (item 2 da diligência).

A resposta se mostrou bastante elucidativa, uma vez que as cópias de fitas detalhe - fls. 4.504 a 4.508 e 4.551 a 4.571 – demonstram claramente que a numeração no CTNR reduzia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este fato deixa evidente que a conferência pelo CDMMR é mascarada e que somente o manuseio das fitas detalhe, o que efetivamente foi feito, tornou possível a conferência das vendas reais.

Também não oferece mais dúvida que, relativamente à máquina 4, a seqüência do dia 24/08/96 não está inserida na do dia 22/08/96. Além dos documentos anexados fazerem a prova necessária, o resultado lógico da redução do CTNR é a existência de mesma numeração em dias diferentes.

Relativamente ao exercício de 1998, a Impugnante juntou, no Anexo XIV, documentos que assegura comprovarem a correta escrituração dos cupons fiscais.

Verifica-se que boa parte dos documentos foram acatados (fls. 4.500), ensejando reformulação do crédito (fls.4.578).

Esclarecida esta situação, a Impugnante, na abertura de vistas concedida em razão da juntada de documentos, ainda tenta esquivar-se da imputação alegando problemas técnicos nos equipamentos.

A responsabilidade quanto qualquer problema técnico ocorrido com os equipamentos é irrelevante. Constatado recolhimento a menor de imposto, e isto ficou comprovado, legítima é sua exigência, observadas as exclusões procedidas pelo Fisco conforme reformulação acima citada.

c) Vendas com emissão de Notas Fiscais registradas a menor nos livros fiscais (Exercício de 97 --item 6.2.1.b do Relatório Fiscal)

O Quadro Demonstrativo de fls. 67 deixa claro que a Autuada lançou a menor não só valores de base de cálculo, como também alíquota do imposto.

Em ambos os casos, a irregularidade resultou em recolhimento a menor de ICMS e, não foi contestada pela Defendente.

Caracterizada a infração, correta a autuação.

d) Vendas por ECF cujas fitas detalhe foram extraviadas e não registradas nos livros fiscais (Exercício de 97 – item 6.1.1.c do Relatório Fiscal)

A penalidade isolada por extravio de documento foi lançada em irregularidade específica, a qual será tratada mais adiante, ficando a apreciação deste item restrita à exigência de ICMS pelo não registro de vendas no ECF nos livros fiscais.

Embora as questões levantadas pela Impugnante acerca do extravio, o fato é que foram constatadas vendas registradas no ECF sem o correspondente lançamento nos livros fiscais. Dada a inexistência das fitas detalhe, o Fisco procedeu o arbitramento dos registros, utilizando como parâmetro os valores médios de registros nos dias respectivos (fls. 42).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Através do quesito 12 da perícia requerida, a Impugnante novamente tenta induzir que o levantamento está marcado de erro. Sua tese é de que os valores constantes dos Controles Diários de Movimento de Máquina Registradora contemplam todos os registros e, por conseguinte, todas as vendas.

Conforme se vê na Resposta ao item 3 da Diligência e nos esclarecimentos contidos nos itens 1.a) e 2 desta primeira, a simples conferência dos CDMMR não permite ao Fisco constatar extravios ou faltas de registro. Somente a conferência de cada fita detalhe e de cada numeração dos CTNR possibilitou detectar as irregularidades de registro a menor, extravio e falta de registro.

Está também comprovada esta irregularidade, cabendo ressaltar que, mediante a análise do Anexo IX de Impugnação (fls. 4.163), o Fisco excluiu alguns cupons fiscais que não correspondiam a saída de mercadoria (fls. 4.492 a 4.494), alterando o crédito tributário correspondente (fls. 4.575).

e) Vendas por ECF não registradas nos livros fiscais (Exercício de 1996 – item 6.1.1.d do Relatório Fiscal)

As considerações imediatamente anteriores acerca da tese de defesa da Impugnante também são pertinentes a esta irregularidade e, conforme já analisado, não elidem o feito fiscal.

Os documentos juntados no Anexo X da Defesa (fls. 4.288) objetivam a exclusão de diversos cupons sob a alegação de que os mesmos estariam registrados.

A análise pormenorizada procedida pelo Fisco dos documentos (fls. 4.494 a 4.497) deixa claro que a redução do CTNR, mais uma vez, ocasionou o recolhimento a menor de ICMS.

Observe-se que nenhum dos documentos deste Anexo X comprovam o registro de cupons ora atuados.

Legítima, portanto, a exigência.

f) Extravio de nota fiscal de saída (Exercício de 98 – item 6.3.1.b do Relatório Fiscal)

Ao constatar o extravio da 1^a, 3^a, 4^a e 5^a vias da NF 000.335, Modelo 1 de abril de 98, cuja 2^a via encontrava-se cancelada no bloco, o Fisco entendeu que a mesma referia-se a saída de mercadoria, arbitrou o valor da operação pela média das notas fiscais de saída emitidas durante o mês respectivo e cobrou, em seguida, o ICMS tido como devido.

Contudo, a Impugnante juntou as vias faltantes da NF (fls. 4.471 a 4.475 – Anexo XIV da Impugnação) e logrou comprovar que não houve nenhuma operação comercial dela correspondente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em vista disto, foi excluída a exigência de imposto (fls. 4.500 e 4.578) e reformulada a VFA relativa ao exercício de 1998.

A 2ª Irregularidade refere-se a extravio das fitas detalhes com os respectivos registros emitidos por emissor de cupom fiscal – ECF – registrados nos livros fiscais (exercícios de 1996/ 97/98 - itens 6.1.3, 6.2.2 e 6.3.3 do Relatório Fiscal)

Preliminarmente, é importante esclarecer que, a despeito de o Fisco ter descrito a irregularidade como *Extravio ... registrados nos livros fiscais*, esta alcança também os *extravios não registrados* que, conforme item 6.1.1.c do Relatório Fiscal, já ensejaram a exigência de ICMS.

Esta omissão não causa nenhum prejuízo à compreensão do trabalho, posto que o relatório fiscal e os demonstrativos são bastante elucidativos, notadamente o correspondente ao item 6.1.3 acima citado (fls.11) que distingue claramente fitas detalhe extravaiadas e não registradas de fitas detalhes extravaiadas registradas.

Ademais, este fato não foi questionado pela Impugnante, o que comprova o seu perfeito entendimento.

A propósito, o argumento da defesa é simplesmente o de afirmar que atendeu a todas as intimações para entrega das fitas detalhe (fls. 21 a 24 e 28 a 37), apresentando como prova o fato de não ter sido penalizada com a multa específica para falta de entrega de documentos.

Tal argumentação não merece acolhida, vez que a interpretação que o Fisco deu ao fato de a Contribuinte não ter entregue as fitas detalhe solicitadas, foi a de que as mesmas haviam se extraviado.

E é o que parece realmente coerente, já que não foi apresentada nenhuma prova da efetiva entrega dos documentos. Ao contrário, o recibo de devolução da documentação que se encontrava em poder do Fisco consta expressamente a ressalva dos “Cupons de Fitas Detalhe ... extravaiadas conforme intimações diversas” (fls.4.573, item 1). Recibo este que foi devidamente assinado pelo representante da Empresa.

Assim, restando caracterizado o extravio, correta a exigência da multa correspondente.

Cabe destacar que houve alteração do crédito tributário (fls. 4.497 e 4.576) face aos documentos juntados pela Impugnante no Anexo XI de sua defesa –fls. 4.341- (relativo ao item 6.1.3 – Exercício 1996) que apresentavam fitas detalhes antes tidas como extravaiadas.

Relativamente aos documentos do Anexo XII da Impugnação (item 6.2.2 - Ex.97), o Fisco demonstrou que a numeração constante na página 7 do Quadro Demonstrativo dos Cupons Extraviados e Registrados correspondente à máquina 5 no dia 03/03 (fls. 75) foi digitada com erro. Assim, os documentos apresentados, na verdade, não estavam extravaiados e nem foram autuados como tal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Auto de Infração menciona também a falta de registro nos livros fiscais dos valores das vendas comprovadas por emissor de cupom fiscal (Exercício de 1.996 – item 6.1.2 do Relatório Fiscal)

Esta infração, em que o Fisco aplica penalidade isolada, está vinculada ao item 6.1.1.d do Relatório Fiscal que já exigiu o imposto não recolhido.

Conforme analisado anteriormente, o ilícito fiscal está plenamente caracterizado e nenhum dos documentos juntados no Anexo X da Defesa foram capazes de comprovar registros dos cupons ora autuados.

Portanto, correta a exigência da multa isolada.

A 4ª irregularidade citada na peça fiscal corresponde à emissão de cupom fiscal sem discriminação das mercadorias (Exercícios de 1996/97/98 – itens 6.1.4, 6.2.3 e 6.3.4 do Relatório Fiscal)

A Impugnante contesta essa exigência arguindo a inaplicabilidade de multa isolada em UPFMG - em face da Medida Provisória nº 1.205 de 24/11/95 que extinguiu as unidades monetárias de contas fiscais estaduais, municipais e do Distrito Federal à partir de janeiro de 1996.

Argumenta que, nos termos do artigo 97-V do CTN, somente a lei pode instituir penalidade, não se permitindo, jamais, que um decreto modifique ou restabeleça dispositivo de lei revogado, qual seja, o artigo 224 da Lei 6.763/75. No caso, o Decreto é o 37.716, de dezembro de 1995, baixado pelo Governo Estadual que, adequando-se à norma federal, substituiu a UPFMG pela UFIR.

É indubitoso que a penalidade aplicada respeitou o disposto no artigo 97-V do CTN, já que consubstanciada na Lei 6.763/75 em seu artigo 54-VII.

Quanto a pretensão da Impugnante de negar a aplicação do Decreto Estadual 37.716/95, que adaptou a legislação mineira ao comando federal, o artigo 88-I da CLTA é expresso ao vedar ao Conselho de Contribuintes a apreciação de questões desta natureza.

A alegação de confisco, da mesma forma, não merece acolhida. Estando a multa exigida amparada em dispositivo da Lei 6.763/75, não pode o Órgão Julgador negar-lhe aplicação.

A Impugnante defende-se, ainda, aduzindo que problemas técnicos no equipamento e falta de orientação adequada ocasionariam a emissão de cupons fiscais sem discriminação da mercadoria.

Alega que utilizou-se de recurso disponibilizado nos equipamentos, todos eles vistoriados e autorizados pelo Fisco.

Fala, também, em sua boa-fé e no fato de que o valor das operações eram corretamente registrados e o imposto devidamente destacado e recolhido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se discute que o imposto relativo a esses cupons foi corretamente recolhido. Não está o Fisco exigindo ICMS dessas operações. Está, sim, exigindo penalidade isolada, prevista na legislação, pelo descumprimento da obrigação de emitir o cupom fiscal com a discriminação da mercadoria, conforme estabelecido no artigo 55-VIII do Anexo VI do RICMS/96.

Considerando que problemas técnicos podem ocorrer nos emissores de cupom fiscal, o regulamento permite a emissão de nota fiscal de venda a consumidor quando ocorrer anormalidade no funcionamento do equipamento (artigo 29, §4º do Anexo V c/c art. 4º-I, "a" do Anexo VI, ambos do RICMS/96).

Este deveria ter sido o procedimento da Impugnante. Se não o fez, se utilizou função desvirtuando o uso descrito descrito no manual, há que arcar com a penalidade imposta pela emissão de cupons fiscais com falta de requisito exigido em regulamento.

Quanto a multa que foi efetivamente aplicada, nos exercícios de 1997 e 1997, a penalidade prevista no artigo 54-VI correspondia a *1/20 a 1 UPFMG*, e o Fisco aplicou a multa de 1 UPFMG.

Já no exercício de 1998, a penalidade correspondia a *1 a 100 UFIRs*, e o Fisco aplicou a multa de 100 UFIRs.

A Impugnante, sustentando-se na tese do confisco e de sua boa-fé, contesta a aplicação da penalidade em seu limite máximo.

Vê-se que a Lei 6.763/75 não estabelece um valor exato, mas, sim, um intervalo entre valores que podem ser aplicados, fazendo-se mister que se busque no RICMS/96 a precisão deste. O parâmetro deve ser o regulamento. Aliás, sua função é esclarecer, explicitar e detalhar o que está previsto na lei.

Nesse sentido, a penalidade a ser aplicada deverá ser a de 48,98 UFIRs, de acordo com o estabelecido no inciso VI, "d" do artigo 215 do RICMS/96.

Conforme se vê nos autos, a exigência relativa aos exercícios de 1996 e 1997 foi 1 UPFMG (fls.11 e 13), que equivale a 48,98 UFIRs. Correta, portanto.

Todavia, no exercício de 1998, o Fisco não seguiu este parâmetro e aplicou a multa de 100 UFIRs, a qual, pelas colocações acima, é incorreta.

Assim, relativamente ao exercício de 1998, o crédito tributário referente a esta infração deverá ser apurado da seguinte forma:

Considerando que 1 UFIR equivale a = R\$ 0,9611

$48,98 \times 0,9611 = 47,08$

Quantidade de registros emitidos por ECF sem discriminação = 5.930

Multa Isolada = $5.930 \times 47,08 = R\$ 279.184,40$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Merece destaque que o Fisco, após analisar os documentos constantes do Anexo XIII da Impugnação (fls. 4.373), excluiu diversos cupons relativos ao exercício de 1997 que possuíam nota fiscal correspondente com a devida identificação dos produtos (fls. 4.498 a 4.500).

A 5ª irregularidade constitui-se falta de registro nos livros fiscais de notas fiscais de entrada (Exercício de 1996 - item 6.1.5 do Relatório Fiscal)

Na análise da escrita fiscal da Contribuinte, a fiscalização identificou 3 notas fiscais sem o correspondente lançamento no livro de entrada (quadro de fls.63), desrespeitando, portanto, o disposto no artigo 96-III do RICMS/96.

Em vista disto, aplicou a penalidade prevista no inciso I do artigo 55 da Lei 6.763/75.

Não tendo a Impugnante contestado a imputação, legítima é a autuação em face do artigo 109 da CLTA.

A Irregularidade de n.º 6 refere-se a falta de recolhimento de ICMS devido pela diferença de alíquota, em aquisições interestaduais de mercadorias para uso, consumo e/ou imobilização (exercícios de 1996 e 1997 – itens 6.1.6 e 6.2.4 do Relatório Fiscal)

O § 1º do artigo 43 do RICMS/96 é objetivo ao estabelecer a obrigação do contribuinte mineiro de recolher o valor do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas hipóteses de entrada de mercadoria em decorrência de operação interestadual.

Assim, estando a exigência de imposto prevista na legislação e, novamente, não tendo a Impugnante apresentado provas do recolhimento devido, correta é a autuação.

Segundo o relatório do Auto de Infração, a irregularidade seguinte, de nº 7, corresponde ao extravio das 1ª,3ª,4ª e 5ª vias da nota fiscal 000.035. modelo 1, de abril de 98, sendo que a 2ª via encontrava-se cancelada no bloco de notas fiscais sem valor, sendo este arbitrado.

Conforme já salientado, a Impugnante, através dos documentos juntados no Anexo XIV da Defesa, logrou comprovar que as vias da nota fiscal não haviam se extraviado.

Além de ter sido excluído o ICMS e correspondente MR, já que restou caracterizada a inexistência de operação comercial, foi também abolida a exigência de penalidade isolada pelo extravio, na verdade, não ocorrido.

Foi, portanto, excluída a respectiva exigência, conforme reformulação de fls. 4.579.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As irregularidades nºs 8, 9 e 10 foram apuradas por meio de LQFD, e referem-se estoque, entrada e saída de mercadorias sem acobertamento de documentação fiscal (exercício de 1998 – itens 6.3.5, 6.3.6 e 6.3.7 do Relatório Fiscal).

A Impugnante objetiva invalidar o procedimento técnico adotado pelo Fisco.

Inicialmente aduz que o LQFD é inconfiável e nulo, pois desprezou as saídas promovidas com a emissão de cupons fiscais sem discriminação de mercadorias.

Os quesitos 1 a 8 da perícia requerida conduzem para a conclusão de que as mercadorias saídas através de cupons fiscais sem identificação foram desconsideradas, o que acabou por resultar na prática do “bis in idem”.

A análise dos quadros do LQFD, em especial, o relativo ao código 37 – artigo sem discriminação – (fls. 2.816) e o Demonstrativo Global (fls. 328), deixam evidente que as saídas de mercadorias sem identificação foram deduzidas do total de saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal.

Exatamente por este motivo foi justificado o indeferimento dos quesitos 1 a 8.

Não obstante a Autuada, ainda pretendendo invalidar o LQFD, quando do Recurso de Agravo, alegou que essa simples dedução não convalidaria o trabalho, posto que o Fisco não identificou as mercadorias e nem suas quantidades e valores.

Argumenta que o Fisco desprezou a técnica do levantamento quantitativo-financeiro para utilizar, ao arrepio do grande número de cupons fiscais sem discriminação, um mero levantamento quantitativo de mercadoria (fls.4.650).

Adiante, sugere que o procedimento correto seria a conclusão fiscal na conta mercadoria (fls. 4.651) e, ao final do recurso de Agravo, apresenta um laudo, chamado “LQDF”, que apura base de cálculo bastante inferior à levantada pelo Fisco.

A opção do Fisco foi pelo Levantamento Quantitativo Financeiro Diário de mercadoria, procedimento tecnicamente idôneo nos termos do artigo 194, inciso III do RICMS/96.

Não compete à Impugnante eleger qual a técnica de fiscalização a qual deverá ser submetida, assim como não tem qualquer validade o laudo apresentado que apura resultado com base em técnica não contemplada no trabalho fiscal.

O levantamento apresentado pela Autuada, chamado de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, na verdade, é uma conclusão fiscal na conta mercadoria, cujo resultado, curiosamente, é apurado sem agregar nenhum valor ao CMV.

Este parecer não abstrai que o LQFD é uma técnica objetiva, na qual deve-se contemplar, fundamentalmente, *quantidade de mercadoria*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim foi feito, e apurada a base de cálculo das saídas desacobertadas, o Fisco deduziu, desse valor, a importância correspondente às saídas acobertadas com cupons fiscais sem discriminação de mercadoria.

Não se vislumbra, com isso, nenhum prejuízo à Impugnante.

Cabe comentar que, ainda relativamente à validade do LQFD, os quesitos 9 e 10 da perícia indeferida são eminentemente protelatórios.

Revela-se absolutamente despropositado argüir a validade da Declaração de Estoque obtida através da contagem física realizada no estabelecimento da Autuada.

Tendo o Fisco respeitado os procedimentos contidos no § 1º do artigo 194 do RICMS/96 e, mais, considerando que o representante legal da Impugnante assinou os documentos da contagem física, legítimos são os dados constantes da mesma.

O três quesitos restantes da perícia – 13, 14 e 15 – que a Impugnante diz serem pertinentes aos seus questionamentos acerca do LQFD, todos eles referem-se às *quantidades* de mercadorias que estariam contidas nos cupons sem discriminação.

Incoerente é dizer que os quesitos 13 e 14 dizem respeito ao LQFD, uma vez que reportam-se aos exercícios de 1996 e 1997, onde nem foram desenvolvidos o roteiro acima citado.

Se o questionamento disser respeito à penalidade isolada, também não há fundamento, posto que o parâmetro para aplicá-la não é *quantidade de mercadoria*, mas *quantidade de documento*.

Quanto ao quesito 15, relativo ao exercício de 1998, a matéria – quantidade em quantitativo – já foi esgotada.

Assim, válido e legítimo o procedimento adotado pelo Fisco.

Além dos questionamentos acerca da validade do procedimento técnico adotado pelo Fisco, já superados, a Impugnante discorda da aplicação da penalidade isolada sem a redução prevista na Lei, uma vez que a infração foi levantada à partir dos documentos e lançamentos efetuados na escrita fiscal da Impugnante.

É certo que o artigo 55-II, "a" da Lei 6.763/75 impõe a redução da multa para 20% do valor da operação, quando a irregularidade for apurada com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

No caso em exame, a diferença apurada se origina da contagem física das mercadorias realizada em 01/08/98, como também, do confronto entre os documentos e os lançamentos efetuados na escrita fiscal do Contribuinte, que constitui parte indispensável ao levantamento e determinante do resultado apurado, cabendo assim a redução da penalidade isoladas nos termos da alínea "a" do inciso II do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outra argüição levantada pela Impugnante, diz respeito ao preços adotados pelo Fisco para efeito de apuração das base de cálculo das exigências fiscais.

A Impugnante inconforma-se com o procedimento adotado que, segundo o Fisco, estaria a beneficiá-la, mas que, ao seu entendimento, mostrou-se uma aberração, a exemplo do produto de código 059, onde se despreza o valor de R\$3,00 e aplica-se o preço maior - R\$ 9,13 - relativo ao produto 006.

De acordo com o § 4º do artigo 194, constatada a saída de mercadoria sem emissão de documento fiscal, o valor da operação ou da prestação será arbitrado pela autoridade fiscal para fins de exigência do imposto e multas, tomando como critério o preço unitário das saídas *mais recentes no período*.

Em respeito a este dispositivo, o Fisco utilizou como valor unitário das mercadorias o último preço praticado das mesmas, conforme declaração do gerente da empresa (fls. 312 a 320).

Todavia, para um critério mais justo, considerando a disparidade de valores conforme se observa das listagens que compõem o levantamento fiscal deve-se encontrar uma média entre os preços praticados pela Impugnante.

De fato, o § 4º do artigo 194 não veda o disposto no artigo 54 do RICMS, que prevê como parâmetro para arbitramento – como neste caso em que ficou comprovado que o Contribuinte não emite regularmente documento fiscal nas suas operações de saída (artigo 53-IV do RICMS/96) – o valor médio das operações realizadas no período de apuração (artigo 54-IX).

Portanto, em relação ao Levantamento Quantitativo, deve-se adotar, na apuração das base de cálculo das respectivas exigências fiscais, a média ponderada dos preços praticados, razão pela qual, em relação a este tópico, a decisão mostra-se ilíquida, para cálculos a serem efetuados nos termos do artigo 69, § 5º, do R.I do CC/MG.

A comentar que, no LQFD dúvidas haviam quanto a dedução do resultado final das saídas desacobertadas, do montante relativo às saídas cujas fitas detalhe foram extraviadas mas os registros haviam sido lançados nos livros fiscais.

O item 4 da diligência de fls. 4.489 buscava essa resposta, já que a dedução seria devida em razão do imposto pago.

Verificou-se que não houve essa dedução e o Fisco, reconhecendo seu equívoco (fls. 4.502), reformulou o crédito tributário, conforme fls. 4.580.

A Impugnante levanta ainda outra questão, qual seja, a de inexistir previsão legal que enquadre estoque desacobertado como fato gerador do ICMS.

No entanto, a legislação, através do artigo 21, inciso VII da Lei 6.763/75, atribui a responsabilidade solidária à pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada

ou *mantém em estoque* mercadoria, sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal.

Legítimo, portanto, o procedimento de tributar o estoque mantido desacobertado de documento fiscal.

Relativamente à constatação de entradas desacobertadas, a Impugnante insiste em dizer que o LQFD encontra-se viciado por ter desconsiderado as saídas mediante cupons fiscais sem discriminação – argumento já superado – e, mais uma vez, contesta a não redução da penalidade isolada.

Diferentemente das multas isoladas previstas para saída e estoque de mercadoria desacobertada, a penalidade descrita no artigo 55, inciso XXII para entrada desacobertada impõe, como condição de sua redução, a mercadoria sair acobertada com documento fiscal e o imposto ter sido regularmente recolhido.

Tratando-se de levantamento quantitativo, só é possível identificar entrada desacobertada se a mercadoria tiver saído com a correspondente emissão de nota fiscal. Além disso, no caso em exame, o Fisco não fez cogitou de o imposto correspondente a essas saídas não ter sido recolhido.

Desta forma, atendidos os pressupostos para a redução da penalidade, esta se mostrou um imperativo legal. Portanto, se legítima a aplicação da penalidade isolada, a mesma em razão do atendimento das condições impostas na Lei, deve ser reduzida para 10% do valor da operação.

A Impugnante ainda defende que, em sendo mantida a exigência de multa isolada, deve o Fisco, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, conceder-lhe o crédito de 18% relativo à entrada destas mercadorias.

Tal tese, porém, não merece acolhida, uma vez que o regulamento é taxativo, salvo exceções previstas na legislação, ao permitir o abatimento do valor do imposto, sob a forma de crédito, somente mediante apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal.

In casu, não existe nem primeira via de documento; quanto mais, a certeza de que houve débito na origem que pudesse gerar crédito a ser compensado com o débito da saída e, assim, aperfeiçoar o princípio constitucional invocado.

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, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que, além das exclusões feitas pelo Fisco e as reduções propostas pela Auditoria Fiscal em seu parecer, no que se refere ao LQFD, seja considerada para efeito de apuração da base de cálculo, a média ponderada dos preços de saída, conforme previsto no artigo 54, inciso IX, do RICMS/96, reduzindo-se ainda, a multa isolada capitulada no artigo 55, inciso II da Lei 6.763/75 ao percentual de 20% (vinte por cento). Em seguida, à unanimidade, em acionar o permissivo legal, artigo 53, § 3º,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da Lei n.º 6.763/75, para reduzir as penalidades isoladas relativas às penalidades que não impliquem em falta de recolhimento do tributo a 5% (cinco por cento) de seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão. Pela Impugnante, sustentou oralmente, a Dra. Márcia Gomes Nunes e, pela Fazenda Pública Estadual, O Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

Sala das Sessões, 16/11/00.

Windson Luiz da Silva
Presidente/revisor

Edmundo Spencer Martins
Relator

JP

CC/CMG