

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.499/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000167790-43
Impugnação: 40.010128617-91
Impugnante: Flak Importação e Comércio Limitada - EPP
IE: 525204767.00-40
Proc. S. Passivo: Roberta Maria Santos Rennó/Outro(s)
Origem: DFT/Pouso Alegre

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - PRODUTOS ÓPTICOS. Constatada, mediante levantamento quantitativo, a ocorrência de entrada e saída de produtos ópticos, mercadoria sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertas de documentação fiscal. Irregularidades apuradas por meio de procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inciso III, Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a", todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Entretanto, devem ser excluídas do relatório do LQFD as notas fiscais modelo 1, série "1", com CFOP 6.104. Lançamento parcialmente procedente. **Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação de falta de pagamento do ICMS/ST, devido na entrada de produtos ópticos, em face da constatação de entrada e saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de 01/01/07 a 31/12/08, apuradas por meio de levantamento quantitativo financeiro diário – LQFID, em exercício fechado.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) sobre o valor do imposto, prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III do mesmo artigo e Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", todos da Lei nº 6.763/75.

O processo foi instruído pelo Fisco com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 06); Levantamento Quantitativo – Termo de Intimação (fls. 20); Declaração de Estoque (fls. 21); Intimações para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 13,15 e 17); Solicitação de Agrupamento de Produtos (fls. 22); Auto de Infração - AI (fls. 02/03); Relatório Fiscal com Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 07/11 – Retificado as fls. 365/ 367); Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (fls. 129/158 – Retificado as fls. 369/398).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 165/185, pedindo pelo cancelamento das exigências fiscais.

Da Manifestação Fiscal e reformulação do trabalho

Diante das alegações da Impugnante na peça de defesa, o Fisco reformula o crédito tributário com o Termo de Rerratificação às fls. 365/368, refazendo o levantamento quantitativo, conforme relatórios de fls. 369/398.

Intimada da reformulação, fls. 399, a Impugnante não se manifesta.

O Fisco, em manifestação de fls. 400/406, refuta pontualmente as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento, nos termos da reformulação.

Da Instrução Processual

A 3ª Câmara de Julgamento em 30/06/11 determina a realização de diligência de fls. 411, para que o Fisco junte aos autos a mídia (CD) com o inteiro teor do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, devolvendo o prazo processual de impugnação ao Sujeito Passivo se, e somente se, uma via desta mídia não tiver sido a ele entregue quando da intimação do lançamento; elabore planilha demonstrativa relacionando todas as notas fiscais com CFOP 6.104, ordenada por data de emissão; manifeste-se expressamente sobre a planilha elaborada pela Autuada de fls. 258/27; e informe como ficaria o crédito tributário no caso de se admitir que as notas fiscais com CFOP 6.104 devam ser excluídas do levantamento quantitativo. Em seguida, vista à Impugnante.

Esta diligência resultou na manifestação do Fisco às fls. 413/416 e juntada de documentos de fls. 419/441.

Intimada às fls. 417/418 e 443, a Impugnante se manifesta às fls. 449/460, juntando os documentos de fls. 461/516.

O Fisco promove a segunda reformulação no crédito tributário, com novo Termo de Rerratificação às fls. 522/524, refaz o levantamento quantitativo (fls. 526/559) e junta os documentos de fls. 560/587.

Intimada da 2ª (segunda) Rerratificação do crédito tributário, fls. 588, a Impugnante se manifesta às fls. 589/591, contra a qual o Fisco se posiciona às fls. 592/596.

Em uma segunda assentada para apreciar o lançamento, a 3ª Câmara de Julgamento, na sessão de 31/01/12, às fls. 600, decide exarar despacho interlocutório para a Autuada/Impugnante junte aos autos cópia, por amostragem, 02 duas por mês, das notas fiscais, modelo 1, série "U", emitidas com CFOP 6.104 e da Nota Fiscal nº 000493, emitida em 24/12/08 com CFOP 3.102, e também para que o Fisco esclareça se a Nota Fiscal nº 001250, incluída no relatório do LEQFID, às fls. 567 dos autos, foi, de fato, emitida pela Impugnante.

Intimada para cumprir o despacho interlocutório, a Impugnante comparece aos autos às fls. 605/607, juntando cópias de notas fiscais de fls. 609/681.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco em sua última manifestação, fls. 684/693, sustenta que os argumentos apresentados pela Impugnante não alteram o feito fiscal, pedindo que seja julgado procedente o lançamento, nos termos do Termo de Rerratificação apresentado às fls. 522/524.

DECISÃO

Da Preliminar de produção de prova pericial

A Impugnante faz pedido de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária face aos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Do Mérito

Conforme relatado anteriormente, trata a presente autuação de falta de recolhimento de ICMS/ST, decorrente de entradas e saídas de mercadorias (produtos ópticos) desacobertas de documento fiscal, irregularidade apurada por meio de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) exercício fechado, no período compreendido entre 01/01/07 a 31/12/08.

Exigiu-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei nº 6.763/75.

Por serem as mercadorias (óculos, lentes e armações) sujeitas à sistemática da substituição tributária, exigiu-se o ICMS/ST apenas sobre as entradas desacobertas. Exigindo-se para as saídas somente a multa isolada.

O procedimento fiscal encontra lastro autorizativo na legislação mineira, em especial as disposições contidas no art. 194 da Parte Geral do RICMS/02, com a seguinte redação:

RICMS/02:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

VIII - auditoria fiscal de processo produtivo industrial.

(...)

§ 4º - Constatada, por indícios na escrituração do contribuinte ou por qualquer outro elemento de prova, a saída de mercadoria ou a prestação de serviço 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, se devidos, tomando como critério, conforme o caso, o preço unitário das saídas, das entradas ou das prestações mais recentes verificadas no período, sem prejuízo do disposto nos artigos 53 e 54 deste Regulamento.

Tal roteiro tem por finalidade a conferência pelo Fisco das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e de saídas, por produto, emitidas no respectivo período.

Neste procedimento é feita uma combinação de quantidades e valores (quantitativo financeiro), com a finalidade de apurar possíveis irregularidades, por meio da utilização da equação em quaisquer das duas formas apresentadas a seguir:

“VENDAS (SAÍDAS) = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – ESTOQUE FINAL”

“ESTOQUE FINAL = ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS – VENDAS (SAÍDAS)”

Infere-se que este levantamento consiste em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é objetivo e inquestionável, não se tratando, portanto, de meras suposições.

O Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID), por meio de um levantamento matemático representa exatamente toda a movimentação das mercadorias comercializadas e o estoque existente diariamente.

Logo, é possível verificar, por exemplo, quando ocorre à emissão de documento fiscal de saída de mercadoria sem que haja estoque suficiente para suprir tal saída naquele dia, neste caso, o levantamento informa que houve “saída sem estoque” (SSE), o que pressupõe a ocorrência de entrada de mercadoria desacoberta de documento fiscal.

Ou então, se ao final de um determinado período o levantamento quantitativo apresentar a apuração de estoque de mercadorias menor do que o declarado pelo Contribuinte no livro Registro de Inventário ou apurado em levantamento físico, pressupõe-se a ocorrência de saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal; caso a diferença seja maior, de que houve estoque desacoberto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que a contestação ao levantamento quantitativo financeiro diário pode ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento, com evidências e justificativas, das diferenças encontradas, fazendo-se acompanhar ainda dos elementos de prova que sustentem as alegações feitas.

Conforme informações trazidas aos autos, a Impugnante se dedica ao comércio varejista de produtos ópticos (óculos, lentes e armações), para tanto se utiliza do procedimento do comércio ambulante previsto nos arts. 78 a 80, Anexo IX do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 78 - Na saída de mercadoria para realização de operações fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículo, o contribuinte emitirá nota fiscal, em seu próprio nome, para acompanhar a mercadoria no seu transporte.

§ 1º - A nota fiscal conterá os números das notas fiscais a serem emitidas por ocasião da entrega das mercadorias e será o documento hábil para a escrituração no livro Registro de Saídas, com o respectivo débito do imposto.

§ 2º - O bloco utilizado para emissão da nota fiscal na entrega de mercadoria será distinto daquele em uso para emissão da nota fiscal com o fim de acobertar o transporte e para documentar o retorno da mercadoria, podendo, opcionalmente, ser adotada sérieção específica.

(...)

Art. 79 - Quando se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, para efeitos de emissão da nota fiscal, será observado o disposto no Anexo XV.

(...)

Art. 80 - Por ocasião do retorno do vendedor, será emitida, pelo estabelecimento, conforme o caso:

I - nota fiscal complementar, se o valor real da operação for superior ao lançado na primitiva nota fiscal de remessa;

II - nota fiscal pela entrada, para a recuperação do imposto relativo à mercadoria não vendida, ou na hipótese de o valor real da operação ser inferior ao consignado na nota fiscal de remessa.

Quando das saídas das mercadorias para venda ambulante, a Impugnante emite a nota fiscal com CFOP 6.904 (Remessa para venda fora do estabelecimento), sem, contudo, conforme afirmado pelo Fisco, indicar o número das notas fiscais a serem emitidas no momento da venda, conforme estabelece o § 1º do art. 78 retrocitados. Por ocasião da venda dos produtos, de acordo com que se depreende dos documentos e informações constantes nos autos, são emitidas notas fiscais, modelo 1, série "1", com CFOP 6.104 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetuada fora do estabelecimento), e no retorno, é emitida nota fiscal com CFOP 1.904 (Retorno de remessa para venda fora do estabelecimento).

O Fisco na realização do levantamento quantitativo considerou como entrada as notas fiscais com CFOP 1.904 e como saída, as com CFOP 6.904 e 6.104, além de outros CFOPs próprios de comercialização de mercadorias.

A Impugnante alega contagem em duplicidade no levantamento quantitativo quando da consideração das notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento (CFOP 6.904 do talonário série “U”) e das notas de venda da mercadoria remetida (CFOP 6.104 talonário série “1”).

O Fisco, por sua vez, não concorda com a alegação da Impugnante por entender que não é possível aceitar que as notas fiscais com CFOP 6.104 tenham sido emitidas no momento das vendas fora do estabelecimento, porque nas notas fiscais de remessa (CFOP 6.904) não foi indicada a numeração das notas que acompanharam o manifesto.

Contudo, com o devido respeito, o fato de o Contribuinte não indicar na nota fiscal manifesto o número das notas fiscais que a acompanha para emissão no ato da venda dos produtos não é suficiente para que seja considerado que todas as notas fiscais emitidas com CFOP 6.104 sejam de saídas de produtos do estoque da Impugnante. A ausência da indicação significa um descumprimento de obrigação acessória, e, como tal, enseja a aplicação de penalidade específica.

Ademais, verifica-se pelas cópias apresentadas pelo Contribuinte, às fls. 634/679, que as notas fiscais do talonário série “1”, emitidas com o CFOP 6.104, constam no campo Natureza da Operação “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, efetuada fora do estabelecimento”, o que é uma demonstração clara de que essas notas fiscais foram emitidas por ocasião da venda ambulante, cuja saída do produto do estoque se deu por meio da nota fiscal manifesto.

Assim, não obstante as notas fiscais emitidas por ocasião das remessas das mercadorias para venda fora do estabelecimento não indicarem a numeração das notas a serem emitidas no ato da venda, devem ser excluídas do levantamento quantitativo todas as notas fiscais, modelo 1, série “1”, com CFOP 6.104, uma vez que, ao emitir a nota fiscal do talonário série “1” na efetivação da venda, a saída desta mercadoria já se encontra contemplada quando da emissão da nota fiscal de CFOP 6.904 do talonário série “U”, no momento da sua saída do estoque.

Quanto às notas fiscais, série “U”, com CFOP 5.104, que o Fisco na diligência solicitada pela 3ª Câmara de Julgamento considerou como sendo CFOP 6.104, devem ser mantidas no levantamento quantitativo.

Em outro momento de sua defesa, a Impugnante argumenta que recolheu o ICMS/ST sobre todas as aquisições das mercadorias.

Sem razão o argumento, em face de como já discorrido anteriormente, trata-se de levantamento quantitativo em que se apurou entrada de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, portanto, não estando a mercadoria acompanhada da nota fiscal regular, não podendo admitir a existência de recolhimento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do tributo devido a título de substituição tributária, salvo prova em contrário, no que a Impugnante não logrou êxito em provar.

No que diz respeito as arguições de inconstitucionalidade apresentadas pela Impugnante, sabe-se que refoge à competência deste Órgão Julgador Administrativo apreciar questões tais, haja vista as limitações estatuídas no art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110, inciso I do RPTA, *in verbis*:

Lei 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

RPTA

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

No tocante à alegação da Impugnante de que as penalidades que lhe foram aplicadas são excessivas e extrapolam os princípios constitucionais, possuindo o caráter confiscatório, não possui procedência.

As penalidades impostas pelo Fisco coadunam-se perfeitamente com a infringências narradas, estando previstas na Lei nº 6.763/75, arts. 55, inciso II, alínea “a”, e 56, inciso II, c/c § 2º, inciso III, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

(...)

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Por fim, com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão de se tratar de infração que resultou em falta de pagamento de imposto.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação promovida pelo Fisco às fls. 522/524 e, ainda, para que sejam excluídas do relatório do LQFD, constante às fls. 526/559, as notas fiscais modelo 1, série "1", com CFOP 6.104. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Vinícius Jucá Alves e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**