

Acórdão: 14.225/00/3^a
Impugnação: 57.947
Impugnante: Eletrolar Comercial Ltda.
Advogado: Márcio Trindade Santos/Outro
PTA/AI: 01.000135423-10
Inscrição Estadual: 480.052463.09-70
Origem: AF/ Patos de Minas
Rito: Ordinário

EMENTA

Mercadoria - Saída Desacobertada - Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - Constatada mediante levantamento quantitativo financeiro diário a realização de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Ativo Fixo - Constatado o aproveitamento indevido de crédito do ICMS decorrente de aquisição de bens para o ativo fixo amparado pela não incidência do imposto. Infração caracterizada nos termos do artigo 135, inciso I, do RICMS/91. Exigências fiscais mantidas.

Impugnação improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de apropriação de imposto não destacado na Nota Fiscal de Entrada n.º 003796, no exercício de 1995 e vendas de botijões de gás desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1996 a 1998.

Originariamente, tinha sido emitido o Auto de Infração n.º 01.000123979-25, relativo à mesma matéria e incluindo exigência por saídas abaixo do custo, detectadas no LQFD, sendo posteriormente cancelado, em razão de medida liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n.º 1.951, em 13/10/99, suspendendo a eficácia do artigo 51, do RICMS/96, o qual determina não poder ser o valor tributável inferior ao custo da mercadoria ou da prestação do serviço.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 35/51 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- cita o artigo 142 do CTN;

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- acrescenta que para a eficácia do lançamento tributário, como um dos elementos essenciais para a constituição da exigibilidade do ICMS, há de estar inequivocamente provada a ocorrência de operações de saída de mercadorias, não podendo serem tidas existentes através de mera presunção de ocorrência de fato gerador;

- cita o artigo 5º, inciso I, da Lei n.º 6.763/75;

- alega que a presunção da ocorrência do fato gerador, doutrinária e jurisprudencialmente, é entendida como meio e forma inidônea para constituir lançamento tributário, conforme acórdãos do Conselho de Contribuintes deste Estado;

- é unicamente considerada mercantil a compra e venda de produtos móveis ou semoventes para revendê-los por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso, compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhia e papéis de créditos comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou revendedor seja comerciante;

- cita os artigos 197, 206, 23, 77, 191 todos do Código Comercial e elenca legislação acerca do regime de substituição tributária e do regime tributário do ICMS/MG;

- diz que no levantamento quantitativo, não foram incluídos os botijões de comodato, pelo autuante. Os mesmos ilidem as diferenças e são coincidentes com a escrituração fiscal comercial permanente;

- a diferença física autuada no levantamento quantitativo por espécie “de mercadorias”, na realidade, inexistente, conforme planilha elaborada por contador e auditor (docs. 4, 5 e 6);

- na operação de comodato de coisa fungível não incide ICMS;

- mesmo se houvesse diferença no resultado do levantamento quantitativo, não haveria tipificação como diferenças de saídas de mercadorias novas sem emissão de documento fiscal, visto estarem classificadas e contabilizadas como bens do ativo fixo, não se caracterizando como mercadorias;

- o valor da operação de revenda do GLP foi correspondente à base de cálculo da substituição tributária da distribuidora para venda até consumidor final, ou seja, operação CIF;

- o destaque do ICMS é mera formalidade para aproveitamento de crédito pelo destinatário. Tratando-se de consumidor final não há prejuízos para a Fazenda Pública Estadual;

- a apuração do ICMS é mensal não havendo previsão legal para o LQFD, mesmo porque não se constatou estouro de caixa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Fisco não corrigiu os saldos credores, na conta gráfica, além de ter cometido erros no levantamento e aplicado multa de 40% e não 2%.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 67/73 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- inquirida sobre o não recolhimento de diferencial de alíquota por aquisições interestaduais de vasilhames, a Contribuinte respondia que todas as aquisições destinavam-se a revenda, empregando para a comercialização de gás apenas os cedidos pelas distribuidoras em regime de comodato;

- o levantamento fiscal restringe-se aos botijões P-13, adquiridos para comercialização, tendo apurado e exigido tributo por saídas desacobertas, no período de 1996/1998, donde inaproveitáveis as alegações relacionadas com saídas em comodato, saídas de ativo permanente e abaixo do custo, substituição tributária de GLP e outras de caráter genérico;

- o Auto de Infração goza de presunção de legitimidade até prova em contrário, porém, a Impugnante não apresentou prova que pudesse ilidir o feito fiscal;

- o LQFD é procedimento técnico e idôneo para apuração de regularidade na escrita fiscal do contribuinte, tendo referência expressa na legislação tributária;

- informações firmadas pela Contribuinte dão conta de que os inventários de finais de exercícios não incluem botijões do ativo permanente, nem em poder do estabelecimento sob regime de comodato, porém contemplam também os próprios em mãos de terceiros;

- a pleiteada correção monetária de saldos credores para a composição da conta gráfica não possui amparo legal;

- a Contribuinte não confronta o estoque declarado com os números dos inventários;

- não houve contestação da imputação de aproveitamento indevido de ICMS durante o exercício de 1995.

Ao final pede a manutenção integral do feito fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 76/80, propugna pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de apropriação de imposto não destacado na Nota Fiscal de Entrada n.º 003796, no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exercício de 1995; vendas de botijões de gás desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1996 a 1998.

Originariamente, tinha sido emitido o Auto de Infração n.º 01.000123979-25, relativo à mesma matéria e incluindo exigência por saídas abaixo do custo, detectadas no LQFD, sendo posteriormente cancelado, em razão de medida liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN n.º 1.951, em 13/10/99, suspendendo a eficácia do artigo 51, do RICMS/96, o qual determina não poder ser o valor tributável inferior ao custo da mercadoria ou da prestação do serviço.

Excluída, portanto, a parcela controversa acima descrita, do presente feito fiscal, temos que qualquer alegação da defesa quanto a saídas abaixo do custo fica prejudicada. Ademais, em nada interfere no mérito em análise, senão vejamos:

Apropriação indevida do imposto

No que se refere à apropriação de imposto não destacado na Nota Fiscal de Entrada n.º 003796, no exercício de 1995, devemos nos atentar para as disposições contidas no artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 155 – (...)

§ 2º – o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

.....”

Tal disposição também está contida no RICMS/91, vigente à época da ocorrência do fato gerador, especificamente no artigo 135, inciso I, a saber:

“Art. 135 – Não implicarão crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou prestações subsequentes:

I – a operação ou prestação beneficiadas por isenção ou não-incidência do ICMS, salvo previsão em contrário da legislação tributária;

.....”

Desta forma e considerando que o remetente (alienante) não destacou o ICMS na operação, de modo a não ensejar o direito de creditamento do imposto a adquirente (impugnante), e que o documento acostado aos autos à fl. 11, ou seja, cópia

do Registro de Entrada, faz prova da apropriação indevida do imposto, por parte da Impugnante, assim não podem ser admitidas as suas alegações.

Corroborando tal entendimento temos que o imposto a ser abatido, para efeito de escrituração, precisa corresponder, na hipótese de recebimento de mercadoria, ao montante cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação (artigo 145, “caput”, do RICMS/91), o que não se verificou no caso em tela.

Temos por corretas as exigências fiscais quanto a este ponto.

Vendas de botijões de gás desacobertas de documentação fiscal

No que tange a imputação feita à Impugnante de vendas de botijões de gás P-13 desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 1996 a 1998, cumpre salientar que a matéria em enfoque não é saída a baixo custo, conforme já explicitado, tampouco abarca vasilhame para envasamento ou operações com gás liquefeito de petróleo.

Quanto ao Levantamento Quantitativo, utilizado pela fiscalização para as apurações em apreço, faz-se necessária a explicitação do artigo 838, inciso I do RICMS/91:

“Art. 838 - Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

.....

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

.....”

As mesmas disposições estão contidas no artigo 194, inciso II, do RICMS/96, neste sentido temos por perfeitamente cabível o procedimento adotado pela fiscalização.

Por meio de solicitação, conforme fl. 21 dos autos, a Impugnante informou os estoques de botijões disponíveis à comercialização (inventários fls. 13 a 15, 18/19), fazendo constar que os registros de inventários não incluíam os botijões de terceiros em seu poder (fl. 23), mas os de posse dos mesmos (terceiros - fl. 24). Dessa forma, a alegação da defesa de que no levantamento fiscal não foram considerados os botijões cedidos em comodato não deve prevalecer.

Neste sentido, com base em controles de estoque e esclarecimentos fornecidos pela Contribuinte (fls. 27/29), bem como nos livros da escrita fiscal, corretamente o Agente Fazendário detectou diferenças nos exercícios de 96 a 98, imputando-as como saídas desacobertas de documentação fiscal (fls. 06/10), tendo por base o artigo 195, inciso V, da Parte Geral do RICMS/96, lançou o preço unitário

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ponderado de custo/saída dos finais do exercício do botijão P-13 e embutiu o ICMS à alíquota de 18%, chegando à base de cálculo tributável.

Segundo a Auditoria Fiscal o fisco levantou diferenças, atribui-as como saídas sem cobertura fiscal, porque outra dedução lógica daí não resulta, cabendo à Impugnante desconstituir o direito da Fazenda Pública, através de prova inequívoca, o que não ocorreu.

Portanto, afastam-se quaisquer alegações da defesa de presunção da fiscalização para as operações em análise.

No que diz respeito à não correção de saldos credores mensais, explicita-se o teor do artigo 55, inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 6.763/75:

“Art. 55 - As multas, para as quais se adotar o critério a que se refere o inciso II do artigo 53, serão as seguintes:

.....

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

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

.....”

Da inteligência do artigo supra, depreende-se o correto procedimento fiscal tanto na aplicação da pena, quanto na sua redução a 20%.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente a Impugnação, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Evaldo Lebre de Lima (Revisor), José Mussi Maruch e Antonio Leonart Vela.

Sala das Sessões, 06/07/00.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/ Relatora