

Acórdão: 14.935/01/1^a
Impugnação: 40.10102608-89
Impugnante: Canelhas Comércio, Importação e Exportação Ltda.
Advogado: Ronaldo Fonseca Ribeiro
PTA/AI: 01.000136587-25
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO - Imputação de realização de saída de esmeralda, bruta e lapidada, sem os documentos fiscais hábeis para o acobertamento da operação e sem o recolhimento do imposto. Entretanto, não restou comprovada a saída desacobertada de esmeralda lapidada. Redução da multa isolada (artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75) a 20%. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de, no período de 01/01/2000 a 17/08/2000, ter promovido saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal e sem o recolhimento do imposto – ICMS – incidente nestas operações.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 54/56.

Com relação à alegada saída de 1.949,00 gramas de esmeralda bruta sem acompanhamento de nota fiscal, argumenta que:

- no momento da fiscalização, os sócios não se encontravam na empresa;
- os fiscais foram atendidos por pessoa não qualificada, a qual, além de não ser funcionário da empresa e não possuir as chaves do cofre, não teve condições de prestar os esclarecimentos necessários e de exhibir a mercadoria em estoque;
- a suposta saída de 1.949,00 gramas de esmeralda bruta desacoberta de documentação fiscal corresponde à quantidade da mesma mercadoria entrada no estabelecimento através da nota fiscal nº 001779 de 04/08/00 (fl. 60), mais o estoque de 695,00 gramas existente em 01/08/00;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- como a fiscalização ocorreu em 17/08/00 a mercadoria encontrava-se em estoque, tendo sido objeto de saída apenas em 01/09/00, por meio da nota fiscal nº 000270 (fl. 61), para lapidação;

- como a mercadoria estava guardada no cofre da empresa e a pessoa que recebeu a fiscalização não tinha meios para destrancá-lo, não foi possível a constatação do estoque da mesma.

Com relação à diferença de 99,940 quilates de esmeralda lapidada observa que:

- a quantidade correta constante da nota fiscal nº 000252 é de 3.402,25 quilates e não 3.302,25, e tal fato pode ser comprovado através da multiplicação da quantidade constante da 4ª linha da descrição dos produtos desta nota fiscal pelo valor unitário de R\$ 242,00, donde se percebe que a quantidade parcial certa é 1.109,92 cts e não 1.009,92 cts, ou seja, houve um equívoco no momento da extração da nota;

- o Fisco ao analisar a nota fiscal nº 000593 e elaborar seu levantamento quantitativo afirmou que a quantidade constante da mesma era de 1.670,00 cts, enquanto na realidade a quantidade correta é de 1.670,06 quilates (fl. 63);

- tendo em vista estas observações nota-se que inexiste a diferença supracitada apontada no Auto de Infração.

Ao final, requer a improcedência do lançamento.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 84/87 dos autos, às seguintes assertivas:

- a contagem física de mercadorias realizada na empresa Autuada constatou a existência de zero gramas de esmeralda bruta e zero quilates de esmeralda lapidada em estoque;

- não tem como aceitar a defesa da Impugnante que afirma que a pessoa (Sr. Abinadab Geraldo) que estava na empresa quando da fiscalização não tinha condições de verificar o estoque das mercadorias pois esta encontrava-se naquele instante na guarda e responsabilidade da empresa e de seu patrimônio, respondendo por ela e emitindo as notas fiscais necessárias;

- foi o Sr. Abinadab quem acompanhou a contagem das mercadorias e afirmou que não havia mercadoria alguma em estoque, assinando neste momento a declaração de estoque, além disso não ressaltou em momento algum qualquer tipo de impedimento para acompanhar a fiscalização;

- no tocante à nota fiscal nº 000252 (fl. 62), observa que o somatório da quantidade foi corretamente lançado nos demonstrativos, 3.302,25 quilates, o erro encontrado está no valor da mercadoria declarado pela Autuada no momento da emissão da nota fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- procedeu à correção solicitada pela Impugnante com relação às quantidades constantes da nota fiscal nº 000593.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 102/106, opina pela procedência parcial da Impugnação, para se cancelar as exigências fiscais em relação à saída de esmeralda lapidada desacobertada de documentação fiscal.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de, no período de 01/01/2000 a 17/08/2000, ter promovido saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS incidente nestas operações. O trabalho fiscal realizado foi o levantamento quantitativo financeiro diário.

A Impugnante salienta em sua defesa que no momento da fiscalização, os sócios não se encontravam na empresa e a pessoa (Sr. Abinadab Geraldo) que recebeu os fiscais não era qualificada para representá-la.

Contudo, temos que não há registro de que em instante algum em que o fiscais estiveram no estabelecimento da Impugnante o Sr. Abinadab Geraldo tenha salientado que não tinha poderes para representar a mesma. Ao contrário, realizou todos os atos solicitados pelos fisco, assinou a declaração de estoque, além de ter demonstrado que há vários anos é responsável pela emissão das notas fiscais que acobertam as operações realizadas pela Impugnante.

Na peça impugnatória percebemos a intenção da Autora em proceder a desconsideração da contagem física realizada tendo em vista a observação de que o Senhor supramencionado não tinha competência para acompanhar a fiscalização, como já foi dito, e por não ter ele as chaves do cofre da empresa. Pois ressaltou a Impugnante que neste cofre estavam guardadas 1.949,00 gramas de esmeralda bruta, as quais correspondiam à diferença apurada pelo Fisco.

Entendemos necessário expor o disposto no artigo 194 do RICMS/MG pois o mesmo retira a fundamentação da justificativa da Impugnante de que o Sr. Abinadab Geraldo não era responsável pelo estabelecimento.

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

.....
III - levantamento quantitativo-financeiro;

.....
V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

.....
§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, será observado o seguinte:

1) antes de iniciada a contagem física das mercadorias, a autoridade fiscal intimará o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contribuinte, seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

2) a intimação será feita em 2 (duas) vias, ficando uma em poder do Fisco e a outra em poder do intimado;

3) o contribuinte, seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento aporará o "ciente" na via da autoridade fiscal e, nessa oportunidade, indicará, por escrito, a pessoa que irá acompanhar a contagem física de mercadorias e que poderá, durante a mesma, fazer por escrito as observações convenientes;

4) terminada a contagem, o contribuinte, seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinará, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada; (grifos nossos)

....."

Do exposto depreende-se que se o Sr. Abinadab não fosse o responsável pelo estabelecimento naquele instante não teria assinado o documento relativo à declaração de estoque. Portanto, foi correta a contagem física das mercadorias procedida pela fiscalização vez que foi devidamente acompanhada pela pessoa que se apresentou como responsável. Além disso, poderia este Senhor, como mencionado do item 3 do artigo 194 acima transcrito, ter feito as observações que entendia convenientes, e estas não foram feitas.

Não tendo os fiscais encontrado estoque algum de esmeralda bruta no estabelecimento fiscalizado, não tendo sido apresentadas provas suficientes para comprovar a afirmação de que este estoque existia, e tendo constatado a diferença de 1.949,00 gramas de esmeralda bruta pela análise das notas fiscais de entrada e de saída da mesma no período fiscalizado, temos como correta a autuação relativa a esta diferença encontrada, visto comprovar a saída destas desacobertadas de documentação fiscal, e sem o devido recolhimento do ICMS.

Com relação à saída de 99,94 quilates de esmeralda lapidada desacobertada de nota fiscal constatada pela fiscalização, observamos que pela análise da nota fiscal nº 000252 (fl.62) é possível concluir que ocorreu efetivamente um erro por parte da Impugnante ao emitir esta nota fiscal pois pela multiplicação dos valores constantes de sua linha 04 encontra-se um valor inferior ao discriminado. E ao acrescentar 100 quilates à quantidade 1.009,92 e multiplicá-lo pelo valor unitário constante da mesma chegamos ao valor em Real exato discriminado na nota fiscal. Entendemos assim, que houve um erro relativo à quantidade da mercadoria e não ao valor da mesma.

O questionamento efetuado pela Impugnante acerca da quantidade lançada na nota fiscal nº 000593 foi acatado pelo Fisco, que procedeu à correção pleiteada. Esta correção alterou a quantidade de esmeralda lapidada que saiu desacobertada de nota fiscal de 99,94 quilates para 100,00 quilates.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, por compreendermos que realmente houve um erro da emissão da nota fiscal nº 000252, ou seja constou 100,00 quilates a menos do que o que efetivamente saiu e tendo em vista a correção supra citada entendemos que não restou comprovado que foram realizadas as saídas de 100,00 quilates de esmeralda lapidada desacobertada de notas fiscais. Não procede a alegação do Fisco de que o equívoco teria ocorrido no valor da mercadoria, vez que o mesmo não trouxe aos autos elementos comprobatórios de tal afirmação.

As penalidades previstas na Lei nº 6.763/75 aplicadas à Contribuinte estão corretas com relação às saídas da mercadoria esmeralda bruta, visto que o conjunto de provas dos autos não conduz a entendimento diverso da imputação fiscal, qual seja, a saída de esmeralda bruta sem a emissão da devida nota fiscal e o não recolhimento do ICMS incidente nesta operação.

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

I -
II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-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: (grifos nossos)
.....

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

I -
II - havendo ação fiscal a multa será de 50% do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do §9º do artigo 53.
.....”

No que tange à Multa Isolada por estoque e saídas desacobertadas de documentação fiscal, relativamente ao Levantamento Quantitativo Aberto, verifica-se que, interpretando-se literalmente o dispositivo pertinente (artigo 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75), conclui-se que o percentual deve ser reduzido de 40 para 20%, uma vez que o levantamento quantitativo, ainda que aberto, foi levado a efeito utilizando-se dos documentos do contribuinte (fiscais ou não) e verificando-se os lançamentos de sua escrita fiscal. O entendimento referente à redução em questão é simples, objetivo e literal, não cabendo interpretações tais como: o Fisco é que procedeu à contagem física das mercadorias, constatou-se estoque e saídas de mercadorias desacobertadas, utilizou-se da escrita fiscal apenas como referencial ou que os valores apurados não o foram apenas pelo confronto dos documentos com a escrita fiscal do contribuinte.

No nosso entendimento, a resposta à Consulta Fiscal Direta 709/96 não espelha precisamente a questão quando justifica a não aplicação da redução do

percentual da multa, justificando que no caso do levantamento quantitativo aberto os valores apurados não se originaram simplesmente do confronto entre os documentos e os lançamentos na escrita fiscal do contribuinte, mas envolveram, ainda, contagem física de mercadorias ou apresentação da mesma pelo contribuinte. Ora, os pressupostos do dispositivo em comento para redução do percentual são objetivos, não dando margem a interpretações outras. A interpretação do dispositivo deve ser literal. Assim, se atendidos os pressupostos objetivos da alínea a de que as infrações foram apuradas com base em documentos e nos lançamentos na escrita fiscal do contribuinte, irrelevante, dispensável e desnecessário que, além destes pressupostos, tenha sido feita contagem física das mercadorias pelo Fisco ou apresentada contagem de estoque realizada pelo contribuinte. Ratificando, se os pressupostos foram satisfeitos, obrigatoriamente deve a Multa Isolada em questão ser reduzida no Lançamento.

Acrescente-se que segundo o Dicionário Aurélio, o vocábulo **‘base’** tem o seguinte significado, dentre outros: *“tudo quanto serve de fundamento, apoio ou sustentáculo”*(gn). Assim, tendo em vista que para a realização de seu trabalho o Fisco se *apoiou* também nos documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte e que a alínea “a” do artigo 55, inciso II, da Lei n.º 6.763/75, não estabelece que a redução se aplicaria quando as infrações fossem apuradas exclusivamente com base nos citados documentos, entendemos que a Contribuinte faz jus ao benefício.

Nesse sentido, entendemos que se pode aplicar ao caso em comento o princípio da hermenêutica segundo o qual “onde a lei não distingue, não compete ao intérprete fazer distinção”, ou mesmo o disposto no artigo 112, inciso IV, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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

.....
IV - à natureza da penalidade, ou à sua graduação.”

Tendo em vista a forma de cálculo de referidas multas consideramos necessário excluir destas bases de cálculo o valor relativo às ditas saídas de esmeralda lapidada desacompanhada de documentação fiscal porque ficou comprovado que as mesmas foram realizadas em consonância com a nossa legislação tributária, ou seja, foram emitidas as devidas notas fiscais com o conseqüente recolhimento do ICMS.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para cancelar as exigências fiscais em relação à saída de esmeralda lapidada desacobertada de documentação fiscal e, ainda, reduzir a Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) para 20% (vinte por cento), nos termos da alínea “a”, do inciso II, do artigo 55, da Lei n.º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

6.763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, o Conselheiro José Eymard Costa (Revisor).

Sala das Sessões, 07/06/01.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

LFM

CC/MG