

Acórdão: 14.798/02/2^a
Impugnação: 40.010058801-31
Impugnante: Evandro Bogo
PTA/AI: 01.000109319-35
Inscrição Estadual: 479.685502.0093 (Autuado)
Origem: AF/Passos
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÓLEO LUBRIFICANTE E GRAXA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Saídas de óleos lubrificantes e graxas sem destaque do ICMS nos respectivos documentos fiscais acobertadores, cujas entradas ocorreram sem retenção e sem recolhimento do ICMS/ST. Correta a exigência do ICMS devido na operação. Entretanto, a Multa de Revalidação deve ser trazida ao percentual de 50% (cinquenta por cento), uma vez que a responsabilidade que subsistia ao Autuado era apenas de recolher o imposto não retido e não recolhido pelos remetentes das mercadorias. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Acusação de entradas e saídas de óleos lubrificantes e graxas desacobertadas de documento fiscal, constatadas mediante LQFD, exigindo-se o ICMS/ST, MR (normal e em dobro) e Multas Isoladas capituladas nos incisos II, "a" e XXII do art. 55 da Lei 6763/75. A técnica fiscal adotada pelo Fisco não legitima as exigências fiscais, haja vista que as mercadorias objeto do feito foram recebidas no estabelecimento de forma variada, ou seja, parte delas com o imposto retido e outra não. Neste caso, o LQFD se presta para detectar entradas e saídas desacobertadas, mas não admite a exigência do ICMS sobre este último grupo, tendo em vista que as mercadorias lançadas no Registro de Inventário não possuem indicação quanto à modalidade de tributação utilizada na entrada. Assim, a utilização da proporcionalidade pode não refletir a real situação tributária. Neste caso, devem ser excluídos os valores relativos ao ICMS e Multas de Revalidação, tanto a normal quanto aquela aplicada em dobro, subsistindo apenas as exigências relativas às penalidades isoladas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, compreendendo o período de janeiro de 1995 a novembro de 1996, versa sobre saídas de óleos lubrificantes e graxas sem destaque do ICMS nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

respectivos documentos fiscais acobertadores, cujas entradas ocorreram sem retenção e sem recolhimento do ICMS/ST, bem como exigências relativas a entradas e saídas de mercadorias sem documento fiscal, constatadas mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário - LQFD.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.061/1.065, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.070/1.071.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.097/1.101, opina pela procedência parcial do Lançamento, para que seja adequada a MR ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do ICMS devido.

DECISÃO

Versa o presente feito fiscal sobre saídas de óleos lubrificantes e graxas sem destaque do ICMS nos respectivos documentos fiscais acobertadores, cujas entradas ocorreram sem a retenção e sem recolhimento do ICMS/ST. Constatou-se, ainda, mediante LQFD, entradas e saídas de mercadorias sem o documento fiscal correspondente. A verificação fiscal compreende o período de janeiro de 1995 a novembro de 1996.

De início, cumpre identificar o teor dos documentos colacionados pelo Fisco às fls. 1.072/1.095. Tratam-se de cópias do Livro Registro de Inventário dos exercícios de 1994 e 1995; a petição referente ao Mandado de Segurança impetrado pelo Autuado; a decisão de primeira instância judicial que o denegou; e o despacho do Juiz que recebeu o recurso interposto contra a decisão denegatória. Todos de pleno domínio e conhecimento do Impugnante, por diversas vezes mencionados nos autos por ambas as partes, razão pela qual não se abriu vista dos autos ao Autuado.

A peça defensiva ataca em duas vertentes: primeiro acusa falhas na escrituração do LRI a macular o LQFD; depois, invoca a medida liminar em Mandado de Segurança concedida à Autuada, que, segundo seu entendimento, tornaria as operações imunes ao ICMS/ST.

Deveras, nenhuma, porém, socorre o Impugnante.

Os valores lançados no LRI, que servem de partida para cada período apurado mediante LQFD, são, a priori, representativos da realidade dos estoques. A legislação tributária lhes confere presunção de veracidade, porque determina ao contribuinte o registro exato qualitativo e quantitativo das mercadorias existentes na data do levantamento (arts. 515, RICMS/91 e 196, Anexo V, RICMS/96).

A descontinuidade da veracidade atribuída ao inventário carece de prova cabal de que são imprecisos os registros efetuados. Isso, todavia, não alcançou o Impugnante demonstrar. É que à vista dos lançamentos no LRI, para os exercícios de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1994 e 1995, as unidades de medida em que se apresentam os produtos são perfeitamente compatíveis com as adquiridas pelo Autuado, uma vez que todos os produtos apresentam correspondência do padrão de unidade com os ingressados no estabelecimento.

Ademais, os registros apontados pela defesa e identificados como “evolução do estoque final” não apresentam discrepâncias significativas, exceto quanto ao exercício de 1997, que não se encontra dentro do período fiscalizado.

De se ressaltar ainda, que a redução do estoque final, como quer o Autuado, provoca reflexo imediato nas saídas desacobertadas, de forma a aumentar a base de cálculo apurada pelo Fisco e, por conseguinte, as exigências fiscais.

Por outro lado, a liminar em Mandado de Segurança, invocada pelo Defendente, por sua vez, fora cassada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Passos, em sentença proferida em 21 de outubro de 1996, ocasião em que, inclusive, denegou-se a Segurança impetrada (fls. 1.077/1.083). Neste caso, uma vez cassada a medida liminar e denegada a Segurança, fica restabelecido o *status quo ante*, de modo que os atos combatidos, até então suspensos, recompõem o pleno vigor que naquele interregno possuíam.

Nem se diga que a interposição de recurso contra a decisão judicial restabeleceu a força da medida liminar (fls. 1.084). Celso Agrícola Barbi¹, examinando a vigência da liminar quando denegado o Mandado de Segurança, ensina:

“(…) se o ato não é passível de recurso com efeito suspensivo, não há nenhum princípio jurídico ou regra legal que o torne sujeito a recurso com aquele efeito, apenas, porque, eventualmente, foi colocado dentro de uma sentença ou surgiu como decorrência desta. (...)”

Concluindo, o autor afirma:

“(…) entendemos que o recurso interposto contra a decisão denegatória de mandado de segurança não revive a medida liminar, quer tenha esta sido revogada expressamente, ou apenas implicitamente, na sentença recorrida.”

Vencida, pois, a improcedibilidade da sustentação defensiva, urge focalizar o trabalho fiscal, propriamente.

¹ In Do Mandado de Segurança, 5ª edição, Forense, págs. 287 e 288.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As irregularidades imputadas pelo AI emergiram de técnicas idôneas de que se valeu o Fisco para apurar as operações levadas a cabo pelo Autuado; sendo a VFA e o LQFD, autorizados pelos arts. 838 do RICMS/91 e 194 do RICMS/96.

A primeira delas revelou ingressos de óleos lubrificantes e graxas acobertados por documentos fiscais sem o destaque do ICMS/ST incidente nas operações. Quando da comercialização desses produtos, a Impugnante também não destacou o imposto.

A incidência do ICMS/ST, nessa hipótese, está resguardada pelos arts. 673 do RICMS/91 e 192, do Anexo IX, do RICMS/96, e à Impugnante recai a responsabilidade pelo pagamento do imposto não retido e não recolhido, por força dos arts. 44 do RICMS/91 e 29 do RICMS/96.

Os valores, após a reformulação do crédito tributário em fase de Termo de Ocorrência, compreendem os montantes de R\$ 816,47 e R\$ 37.368,69 para os exercícios de 1995 e 1996, respectivamente, e encontram-se inseridos de forma unificada no Auto de Infração, quando, em sua parte inicial, acusa o não recolhimento de R\$ 38.185,16 a título de ICMS/ST. Tais valores encontram-se analiticamente demonstrados às fls. 718 (1995) e 789 (1996), nas colunas "ICMS total"..

Entretanto, a majoração da Multa de Revalidação, determinada pelo art. 56, § 2º, da Lei 6763/75, não deve prevalecer, por ser inaplicável à espécie, uma vez que a obrigação imputada ao Impugnante restringia-se ao recolhimento do imposto não retido e não recolhido, e não a sua retenção ou recolhimento da parcela já retida, como tipifica o dispositivo sancionante.

O LQFD, por seu turno, apontou entradas e saídas desacobertadas de documentação fiscal. Neste caso, mediante proporção, cuidou o Fisco de exigir o ICMS/ST apenas em relação às mercadorias entradas sem o destaque do ICMS/ST.

Neste caso porém, em relação a apuração de saídas desacobertadas, a técnica fiscal do LQFD permite apenas a exigência da penalidade isolada por descumprimento de obrigação acessória, ou seja, a falta da regular emissão de notas fiscais. Aqui, considerando que o Autuado promoveu entradas de mercadorias com e sem retenção do imposto, a regra da proporcionalidade não se aplica perfeitamente ao caso dos autos. Como se nota pela declaração prestada ao Fisco pela Empresa (fls.20), no registro das mercadorias em LRI não se pode definir qual delas entrou no estabelecimento com ou sem a retenção do imposto.

Assim, o ICMS deve ser exigido como na cobrança anterior, ou seja selecionando-se os documentos fiscais que deram entrada sem a retenção do imposto por substituição tributária, cujo recolhimento é de responsabilidade do adquirente, acrescentando-se, ainda, o imposto devido pelas entradas desacobertadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe esclarecer, que neste feito, quando apurado entradas desacobertas em LQFD, o Fisco exigiu apenas a Multa Isolada capitulada no inciso XXII do art. 55 da Lei 6763/75.

Desta forma, a exigência do ICMS relativo às saídas desacobertas revela-se incorreto, uma vez que o montante apurado não indica, de maneira insofismável, tratar-se de entradas sem a retenção do imposto e que, ao contrário, o próprio Fisco confirma que parte das mercadorias ingressou no estabelecimento com o imposto já retido. Evidentemente, então, que no montante de saídas desacobertas e nos estoques iniciais e finais, não se pode precisar qual o volume de mercadorias com imposto retido.

Assim, deve-se excluir o ICMS apurado via LQFD, bem como as Multas de Revalidação (normal e em dobro), subsistindo a penalidade isolada no valor de R\$ 106.604,58, conforme lançado no campo “Demonstrativo do Crédito Tributário” do Auto de Infração (igual valor encontra-se lançado no DCMM de fls. 1.059).

Deve-se ressaltar apenas, que ocorreu equívoco na lavratura do AI, quando, ao mencionar no corpo da peça as penalidades isoladas relativas ao LQFD, foi informado o montante de R\$ 108.580,78. Tal equívoco é originário da alteração do crédito havida na fase de Termo de Ocorrência. Entretanto, não se constitui hipótese de nulidade, uma vez que os quadros anexos ao trabalho fiscal permitem identificar o valor de R\$ 106.604,58 lançado do AI e DCMM, partindo-se dos Demonstrativos Globais de fls. 777 e 1.049.

In casu, o crédito tributário fica assim constituído:

EXERCÍCIO	ICMS	MR	MI	TOTAL
1995	816,47	408,23	13.632,81	14.857,51
1996	37.368,69	18.684,34	92.971,77	149.024,80
TOTAIS	38.185,16	19.092,57	106.604,58	163.882,31

As Multas Isoladas acima indicadas foram extraídas das seguintes bases de cálculo:

EXERCÍCIO	ENTRADAS DESACOBERT. (1)	SAÍDAS DESACOBERT. (2)	MI - 20% s/ (1) + (2)
1995	9.880,97	58.283,11	13.632,81
1996	5.693,83	459.165,00	92.971,77

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS			
--	--	--	--

TOTAIS	15.574,80	517.448,11	106.604,58
--------	-----------	------------	------------

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

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para: 1) adequar a Multa de Revalidação ao percentual de 50% de acordo com o art. 56, inciso II, da Lei 6763/75; 2) excluir o ICMS e as Multas de Revalidação aplicadas em relação às exigências do levantamento quantitativo, permanecendo apenas os valores relativos às Multas Isoladas aplicadas. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 14/02/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Roberto Nogueira Lima
Relator

JLS