

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.032/09/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000157944-99
Impugnação: 40.010123039-17
Impugnante: Rocha & Roquete Ltda.
IE: 470732348.00-90
Origem: DF/Unai

EMENTA

MERCADORIA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - COMBUSTÍVEL – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA. Apuração, por meio de levantamento quantitativo de mercadoria, de entrada e saída de combustíveis sem documento fiscal. Exigência de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75, com as adequações previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo. Corretas as exigências inerentes às entradas desacobertadas, apuradas mediante confronto entre os estoques, as aquisições e as saídas registradas nas bombas de combustíveis. Entretanto, a acusação de saída desacobertada, não restou demonstrada nos autos, devendo tal exigência ser cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO – FALTA DE ENTREGA. Constatado que o Contribuinte, mesmo após intimado, deixou de entregar, no prazo e na forma legal, os arquivos eletrônicos com os registros fiscais de entradas e saídas de mercadorias, conforme previsão dos artigos 10, § 5º, 11, § 1º e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02, inclusive o aplicativo GAM57. Aplicação da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV, do artigo 54, da Lei 6763/75. Corretas as exigências relativas à falta de entrega dos arquivos vinculados ao SINTEGRA. Quanto ao aplicativo GAM57, no entanto, a penalidade capitulada não se subsume ao conteúdo do referido aplicativo, devendo ser afastada a exigência fiscal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE CUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO. Imputação fiscal decorrente do não atendimento das intimações para entrega dos arquivos eletrônicos e do aplicativo GAM57. Exigência da penalidade prevista no artigo 54, XXXIV, da Lei nº 6763/75. Entretanto, por se tratar de atos conexos, a cobrança da falta de entrega dos arquivos impede a exigência de penalidade por não atendimento da intimação. Além do mais, a multa isolada capitulada é imprópria para a acusação fiscal. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVRO E DOCUMENTO FISCAL. Constatação do não cumprimento de intimação para entrega de livros e documentos fiscais. Esgotado o prazo lançado na intimação, fica caracterizado o não atendimento, estando correta a penalidade capitulada no artigo 54, VII, da Lei nº 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Acionado o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a Multa Isolada prevista no artigo 54, XXXIV da mencionada lei a 20% (vinte por cento) do seu valor, em relação à falta de entrega dos arquivos eletrônicos do SINTEGRA. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a entrada e saída de mercadoria (combustíveis) desacobertada de documento fiscal; à falta de entrega de arquivos eletrônicos (SINTEGRA e GAM57); não cumprimento de intimações e a falta de apresentação de livros fiscais e documentos fiscais.

As exigências fiscais relativas às mercadorias compreendem o período de 04/01/07 a 01/11/07, enquanto aquelas inerentes aos arquivos eletrônicos referem-se ao período de novembro de 2003 a outubro de 2007.

Exige-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro e Multas Isoladas capituladas nos artigos 55, II e § 1º, 54, XXXIV e 54, VII, alínea “a”, da Lei 6763/75, sendo que, a multa isolada relativa às saídas desacobertadas foi adequada ao disposto no § 2º, do art. 55, da citada lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 132/133, alegando apenas falta de prazo para apresentação dos documentos e a abusividade da multa de revalidação.

O Fisco ao analisar a peça de defesa, acabou por entender indevida a redução da multa isolada referente à saída desacobertada, reformulando o lançamento, passando a aplicar a multa de 40% (quarenta por cento) sem qualquer adequação, conforme documento de fls. 139.

A Impugnante retorna aos autos (fls. 147/150) alegando, de modo adicional, a nulidade do lançamento, em razão da não adequação da multa ao disposto no § 2º, do art. 55, da Lei nº 6763/75.

O Fisco se manifesta às fls. 152/158, pleiteando a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A bem da verdade, a preliminar de nulidade aviada pela defesa confunde-se com o mérito do lançamento, uma vez que a análise quanto à correção da penalidade aplicada não é matéria de arguição preliminar.

Assim, rejeita-se o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Entrada e Saída de Mercadoria sem Documento Fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste aspecto, o trabalho fiscal teve por finalidade verificar o acobertamento por documento fiscal das operações de compra e venda de combustíveis, no período de 04/01/07 a 01/11/07.

Segundo o Fisco, foram apuradas entradas e saídas de gasolina comum, óleo diesel e álcool hidratado, sem cobertura fiscal, conforme narrado no Relatório Fiscal de fls. 10/12.

Trata-se de levantamento aberto, instruído com as contagens físicas dos produtos nas respectivas datas, conforme documentos de fls. 20/31.

Às fls. 33/35, o Fisco demonstra as entradas das mercadorias com o lançamento das respectivas notas fiscais, bem como as saídas dos produtos, apuradas pela análise dos registradores das bombas (bicos), na venda a varejo dos combustíveis.

Finalmente, às fls. 37/39, carrega-se aos autos a comparação do movimento da Autuada, demonstrando, segundo o Fisco, as entradas e saídas desacobertas.

Conforme explica a autoridade lançadora, a apuração se faz pela equação: EI + compras – EF. O resultado será comparado com as saídas registradas nos bicos, podendo-se apurar entrada ou saída do produto sem documento fiscal, casos as quantidades não se igualem.

Assim, tomando-se como exemplo o documento de fls. 37, constata-se, para o produto gasolina comum, os seguintes números: EI + compras – EF = 482 + 365.000 – 1.230 = 364.252.

Compreende-se, então, que o volume máximo de comercialização seria igual ao resultado obtido. Ao contrário, saiu no período a quantidade de 441.862 litros, apontando, no caso, para uma entrada desacoberta de 77.610, estando, portanto, corretas as exigências fiscais em relação às entradas desacobertas.

Entretanto, para o mesmo produto, o Fisco aponta uma saída desacoberta de 76.380, que em suma, parece ser o resultado das entradas desacobertas menos o estoque final do produto (77.610 – 1.230 = 76.380).

Desta forma, não resta demonstrada a acusação de saídas desacobertas, devendo a penalidade isolada a elas inerente ser cancelada.

Com isso, fica prejudicada a discussão sobre a adequação ou não da pena ao disposto no § 2º, do art. 55, da Lei nº 6763/75.

Da Falta de Transmissão dos Arquivos Eletrônicos do SINTEGRA

A autuação compreende o período de novembro de 2003 a outubro de 2007, estando os cálculos demonstrados às fls. 12/13, com utilização correta dos valores das UFEMGs em seus respectivos períodos.

Em relação a esta matéria, nada trouxe a Impugnante, senão a reclamação quanto ao curto prazo para apresentação.

Com efeito, há um reconhecimento tácito da não entrega dos arquivos eletrônicos, estando assim, corretas as exigências fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em questão, a obrigatoriedade de entrega de arquivos eletrônicos, conforme especificações, encontra-se prevista no Anexo VII do RICMS/02:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

(...)

§ 5º - O contribuinte, observado o disposto nos artigos 11 e 39 desta Parte, fornecerá o arquivo eletrônico de que trata este artigo, atendendo às especificações descritas no Manual de Orientação previsto na Parte 2 deste Anexo, vigente na data de sua entrega.

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o artigo anterior, observado o disposto o artigo 39 desta Parte, será realizada, mensalmente, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet.

Por oportuno, cabe ressaltar que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito pode advir do não pagamento do tributo ou do não cumprimento dos deveres instrumentais ou formais, como no caso. Em qualquer das hipóteses, verifica-se a não prestação de uma obrigação imposta por lei.

Como restou provado, o Contribuinte não cumpriu sua obrigação, de entregar os arquivos eletrônicos, na forma e nos prazos previstos em regulamento (art. 11 do Anexo VII do RICMS/02), até o dia 15 do mês subsequente ao das operações ou prestações.

Nesse sentido, a falta de entrega dos arquivos acarreta a aplicação da penalidade prevista no inciso XXXIV, do art. 54, da Lei 6763/75:

No que diz respeito às alegações de inconstitucionalidade da lei e confiscatoriedade das multas, aplica-se ao caso o disposto no art. 110, do RPTA, *in verbis*:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Considerando, porém, o elevado valor total da penalidade às condições econômico-financeiras da Contribuinte, visualizadas em seu conta-corrente fiscal, é possível a aplicação do permissivo legal (artigo 53, § 3º, da Lei 6763/75), de forma a abrandar o rigor da pena, aproximando-a da capacidade financeira da Autuada.

Da Falta de Transmissão dos Arquivos Gerados pelo Aplicativo GAM57.

A autuação compreende o período de novembro de 2003 a outubro de 2007, estando os cálculos demonstrados às fls. 13 dos autos.

Também neste caso, nada trouxe a Impugnante, senão a reclamação quanto ao curto prazo para apresentação.

De igual modo, há um reconhecimento tácito da não entrega dos arquivos eletrônicos, o que em tese legitimaria as exigências fiscais.

Entretanto, a penalidade aplicada pelo Fisco merece uma melhor análise.

Nos termos do art. 104, do Anexo XV, do RICMS/02, as informações relativas à revenda ou consumo de combustíveis, serão prestadas ao Fisco da seguinte forma:

Art. 104 - As usinas ou as destilarias de álcool, o revendedor varejista de combustíveis, o atacadista de GLP e o consumidor de combustíveis inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS deste Estado, deverão informar à Secretaria de Estado de Fazenda, utilizando-se do programa de computador denominado "Gerador de Arquivo Magnético - GAM-57", mensalmente, as operações com combustíveis derivados de petróleo, gás natural, álcool etílico anidro combustível, álcool etílico hidratado combustível e álcool etílico para outros fins, comercializados ou adquiridos para consumo, observado o seguinte:

I - o revendedor varejista de combustíveis informará as operações de entrada, as saídas acobertadas por Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou NF-e, e o estoque inicial e final do mês de referência das informações prestadas, em relação aos produtos anteriormente mencionados

No presente caso, não há qualquer informação nos autos quanto a emissão dos documentos fiscais indicados no dispositivo, sob a responsabilidade da Autuada, uma vez que o levantamento quantitativo tomou, como referência, as saídas registradas nos bicos das bombas, normalmente acobertadas por cupons fiscais.

Por outro lado, dispõe o inciso XXXIV, do art. 54, da Lei nº 6763/75:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

Com efeito, as informações lançadas no aplicativo GAM57 não se referem à emissão de documentos fiscais da Autuada, no caso em exame, nem tampouco à escrituração de livros fiscais.

Logo, a penalidade aplicada pelo Fisco não se coaduna com as informações contidas no GAM57, não se prestando para penalizar a falta de entrega desses arquivos magnéticos, devendo a exigência ser cancelada.

Não Atendimento às Intimações para Entrega dos Arquivos Eletrônicos e GAM57

Exige o Fisco a penalidade prevista no art. 54, XXXIV, da Lei nº 6763/75, equivalente a 5.000 UFEMGs por cada intimação não atendida, ou seja, aquelas intimações que exigiram a entrega dos arquivos eletrônicos (124/2007 e 148/2007 – fls. 3/5 dos autos).

No caso vertente, verifica-se a conexão entre as irregularidades, ou seja, a não entrega dos arquivos é o resultado efetivo do não atendimento às intimações. Assim, deve-se aplicar a penalidade mais gravosa, já analisada nesta decisão.

Por outro lado, a penalidade imposta não se aplica ao não atendimento de intimações, mas sim por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação os arquivos eletrônicos.

A penalidade cabível, na hipótese, seria aquela prevista no inciso VII, do artigo 54, da mencionada lei, que contém a seguinte tipificação:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

VII - por deixar de manter, manter em desacordo com a legislação tributária, deixar de entregar ou exibir ao Fisco, em desacordo com a legislação tributária, nos prazos previstos em regulamento ou quando intimado:

a) livros, documentos, arquivos eletrônicos, cópias-demonstração de programas aplicativos e outros elementos que lhe forem exigidos, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos III, VIII e XXXIV deste artigo - 1.000 (mil) UFEMGs por intimação;

Desta forma, há de se cancelar a penalidade isolada.

Não Apresentação de Livros Fiscais e Documentos Fiscais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mediante Termo de Intimação nº 113/2007, de 17/07/07 (fls. 6), o Fisco exigiu a apresentação dos livros e documentos fiscais destacados na referida intimação, para entrega no prazo de 10 (dez) dias.

Em 01/11/07, ultrapassado, em muito, o prazo concedido, sem atendimento, lavrou-se o TIAF nº 10.070001260-08, materializando a não entrega e encerrando eventual hipótese de denúncia espontânea.

Exige o Fisco a penalidade capitulada no art. 54, VII, da Lei nº 6763/75, demonstrada nos autos, estando correta a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas às saídas desacobertadas; à falta de entrega de arquivos do aplicativo GAM57 e à falta de atendimento às intimações. Em seguida, por maioria de votos, em acionar o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a multa isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV, da referida Lei, a 20% (vinte por cento) do seu valor. Vencido o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que não o acionava. Participaram do julgamento, além do signatário, e do Conselheiro supracitado, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 08 de abril de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator