

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.400/10/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000153563-19
Impugnação: 40.010119893-78
Impugnante: Auto Diesel Miradouro Ltda
IE: 421990790.00-90
Proc. S. Passivo: André Luiz Montesano de Carvalho/Outros
Origem: DF/Ubá

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatou-se saídas de combustíveis desacobertadas de documentos fiscais, apuradas mediante documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada. Exigência da MI prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento). Acolhidas, em parte, as razões de defesa. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. No entanto, devem ser consideradas no levantamento fiscal, no tocante ao mês de dezembro/05, as operações interestaduais acobertadas por documentos fiscais os quais se encontram registrados no livro Registro de Saídas (CFOP – 6.403). Exigência parcialmente mantida.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatou-se entradas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal apuradas mediante documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada. Exigências de ICMS/ST, MR e MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento). Acolhidas, em parte, as razões de defesa. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. No tocante ao valor remanescente, as provas dos autos não autorizam a imputação de entrada de mercadoria sem documento fiscal. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Constatou-se a emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de mercadoria. Irregularidade apurada mediante documentos extrafiscais regularmente apreendidos no estabelecimento da Autuada, confrontados com os valores lançados nas DAPIs. Exigência da MI capitulada no art. 55, inciso III da Lei n.º 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Todavia, a irregularidade remanescente não se mostrou suficientemente comprovada nos autos. Exigência cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAÍDA DESACOBERTADA – NOTA FISCAL INIDÔNEA. Constatou-se a utilização de notas fiscais inidôneas, nos termos do art. 134, inciso III, Parte Geral do RICMS/02 c/c art. 1º, § 4º da Resolução n.º 2.929/98, para acobertar operações de saídas de combustíveis. Exigência da MI estatuída no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75. O crédito tributário,

no entanto, deve ser excluído, com fulcro no art. 112, inciso II do CTN, e para se evitar dupla exigência fiscal, uma vez que outras saídas desacobertadas já foram apuradas no exercício de 2005. Exigência fiscal cancelada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL. Constatou-se a falta de registro de livros fiscais na repartição fazendária. Exigência da MI capitulada no art. 54, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Infração reconhecida pela Impugnante.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

Saídas de mercadorias sem a emissão de notas fiscais; entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal; emissão de documentos fiscais sem a efetiva saída das mercadorias; emissão de notas fiscais em desacordo com as normas contidas na Resolução n.º 2.929/98 e falta de registro na repartição fazendária dos livros: Movimentação de Combustíveis – LMC, Registro de Entradas - LRE e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multas Isoladas previstas no art. 54, inciso II, art. 55, incisos: II, II, alínea “a” e III, ambos da Lei n.º 6.763/75. As multas isoladas relativas às saídas e entradas desacobertadas foram majoradas em 50% (cinquenta por cento) , em virtude de reincidência.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.030/1.059, acompanhada dos documentos de fls. 1.060/1.200; 1.202/1.500 e 1.502/1.604.

O Fisco acolhe, em parte, as razões de defesa promovendo a primeira reformulação do crédito tributário (fls. 1.607/1.618).

Concedida vistas dos autos ao Sujeito Passivo (documentos de fls. 1.620/1.622) este não se manifesta.

A Assessoria do CC/MG determina a realização da Diligência de fls. 1.633/1.634, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 1.635/1.637 e juntada de documentos de fls. 1.638/1.800 e 1.802/1.859.

Concedida vistas dos autos ao Sujeito Passivo (fls. 1.860/1.863) este não se manifesta.

O Fisco promove a segunda reformulação do crédito tributário (fls. 1.864/1.879). Alerta-se que no Termo de Rerratificação de Lançamento (fls. 1.864/1.865) o Fisco refere-se aos meses de abril a agosto/05, outubro/05 e dezembro/05. Porém, as alterações de valores concernentes aos meses de abril a agosto/05 e dezembro/05 já haviam sido efetuadas quando da 1ª reformulação do crédito tributário. Certamente a referência e os esclarecimentos fornecidos pelo Fisco na 2ª reformulação, relativamente a estes períodos, deram-se em virtude da ausência destas informações no Termo de Rerratificação do Auto de Infração (fls. 1.607/1.608).

Cientificada da medida (fls. 1.885) com reabertura do prazo de 30 (trinta) dias, a Autuada manifesta-se às fls. 1.887/1.897, com o Fisco contrapondo-se às fls. 1.904/1.931.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.934/1.961, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade e pelo indeferimento da realização de prova pericial e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1 – Nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa e pelo descumprimento do Princípio da Objetividade da Ação Fiscal.

Argumenta a Impugnante que se sente prejudicada em fazer sua defesa, uma vez que não recebeu os Anexos IX e X do Auto de Infração.

Afirma que o Auto de Infração não é claro, bem como não contém elementos suficientes para determinar, com segurança, a natureza da infração arguida, caracterizando cerceamento de defesa.

Sustenta que o Princípio da Objetividade da Ação Fiscal exige que o termo de início de fiscalização delimite o objeto a ser fiscalizado, o que não se deu no caso em tela.

Adverte que a ação fiscal apresenta-se eivada de vícios que maculam a sua validade, já que se procedeu a uma autêntica devassa, sem relacionamento detalhado e sem observância da Súmula 439 do STF que limita o exame de pontos objeto da fiscalização.

Razão não lhe assiste, uma vez que os Anexos IX e X do Auto de Infração compõem-se de livros e documentos da própria Autuada, tratando-se de cópias dos termos de abertura e encerramento dos livros fiscais não registrados na repartição fazendária, bem como cópias do LMC referente aos períodos de janeiro, outubro e dezembro/05 (Anexo IX) e cópias das notas fiscais de entradas de mercadorias referentes aos meses de janeiro, outubro, novembro e dezembro/05 (Anexo X).

Ademais, após as 02 (duas) reformulações do crédito tributário a Impugnante teve vista dos autos (fls. 1.620/1.861). Alerta-se que na segunda reformulação foi lhe reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para aditar a Impugnação ou pagar/parcelar o crédito tributário com as reduções previstas na legislação (fls. 1.861/1.865).

O presente Auto de Infração é perfeitamente válido, consubstanciando um lançamento que atende ao disposto no artigo 142 do CTN, uma vez que seus aspectos formais estão de acordo com as exigências discriminadas nos arts. 57 e 58 da CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84 (vigente à época) e, posteriormente, mantida no art. 89 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, de 04.03.2008.

Conforme exige a norma legal mencionada, o Auto de Infração contém descrição clara e precisa do fato que motivou a sua lavratura e as circunstâncias em que

foi praticado, bem como a citação expressa dos dispositivos legais infringidos e daqueles que cominam as penalidades.

Além do relatório constante no Auto de Infração, as irregularidades bem como a capitulação legal das infringências e penalidades encontram-se descritas no Relatório Fiscal e nos Anexos do AI, os quais compõem o lançamento, tendo sido a Autuada, regularmente intimada de todo procedimento fiscal.

Adverte-se que as 02 (duas) únicas omissões detectadas na peça acusatória, as quais poderiam prejudicar o perfeito entendimento, em parte, de 02 infrações constantes do AI, foram sanadas pelo Fisco, quando do cumprimento da diligência.

Após esta providência o Fisco reabriu ao Sujeito Passivo o prazo de 30 (trinta) dias, conforme mencionado.

Frisa-se que a busca e apreensão dos documentos e do equipamento descritos nos TADs de fls. 07/ 11 foi amparada pelo Mandado de Busca e Apreensão (fls. 479) expedido em 02/06/05 pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Miradouro.

Depreende-se, do exposto, que as razões apontadas pela Impugnante para sustentar a ilicitude das provas coletadas não procedem.

O Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF (fls. 02) foi lavrado em consonância com o disposto no art. 51, inciso I da CLTA/MG vigente à época.

Nesse sentido, incabível a preliminar arguida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou nulidade no lançamento fiscal.

2 – Da improcedência da autuação por estar fundada em meros indícios e presunções.

A Impugnante cogitou a improcedência da autuação por estar fundada em meros indícios e presunções. Entretanto, esta questão não será enfrentada em preliminar, posto que relativa ao mérito.

3 – Do Pedido de Produção de Prova Pericial

Requer a Impugnante a realização de prova pericial no programa (*software AutoXPert*) utilizado no seu microcomputador, o qual emitiu os Relatórios de Vendas que compõem o Anexo III do Auto de Infração.

Depreende-se da leitura dos 10 (dez) quesitos – fls. 1.058/1.059 dos autos – que os mesmos se referem à confiabilidade do mencionado *software*.

No entanto, a confiabilidade do *software (AutoXPert)* desenvolvido pela XPert Empreendimentos Eletrônicos Ltda. encontra-se atestada desde dezembro/97, ocasião em que foi autorizado sua adaptação em bombas medidoras mecânicas pela Portaria INMETRO n.º 135 de 1997 (ainda em vigor). Esta portaria pode ser consultada no *site* do INMETRO.

Ademais, a utilização do citado *software* pela própria Impugnante, no mínimo demonstra que este programa era uma ferramenta confiável e que lhe atendia.

Questionar o desempenho e a funcionalidade deste *software*, após a ação fiscal, afigura-se como uma medida meramente protelatória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em face do exposto e com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alíneas “a” e “c” do RPTA (aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08), há de se indeferir o pedido de realização de prova pericial.

Do Mérito

Cumprе ressaltar, de início, que as infrações cometidas pela Autuada foram descritas de forma sintética no Relatório do Auto de Infração e detalhadamente no Relatório Fiscal (fls. 13/29), optando o Fisco por descrever e apurar as irregularidades por período, mas que serão nesta decisão, enfrentadas por infração.

Acrescenta-se, ainda, que as 03 (três) primeiras irregularidades apontadas no Auto de Infração foram detectadas mediante confronto entre informações contidas nos documentos e livros fiscais da Autuada e aquelas constantes de documentos extrafiscais (Relatórios de Vendas, Resumos Financeiros, dentre outros) apreendidos em seu estabelecimento, por meio dos Termos de Apreensão e Depósito – TAD anexados às fls. 07/10.

Oportuno destacar que antes de contestar cada infração descrita no AI a Impugnante se insurge contra alguns documentos utilizados pelo Fisco na apuração dos valores das operações relativas às 03 (três) primeiras infrações descritas no AI.

Em virtude deste fato, torna-se necessário, de início, examinar as razões de defesa no tocante a tais documentos.

Segundo a Impugnante, os Relatórios de Vendas (Anexo III do AI) não podem servir de base para presumir que seus números representem vendas paralelas, haja vista que nestes relatórios estão indevidamente somados os valores das notas de acompanhamento juntamente com os valores dos cupons fiscais que são referentes às próprias notas. Ou seja, há uma duplicidade de valores decorrente desta soma.

Acrescenta que uma perícia no referido programa atestará o erro cometido pelo Fisco. Assegura que os Relatórios de Vendas incluem indevidamente notas fiscais e vendas canceladas, pois o Fisco ao imprimi-lo equivocou-se na escolha dos filtros e o emitiu indevidamente. Alega que o programa utilizado pelo Fisco registra um total com comprovante menor do que o real, citando os exemplos destacados pela Assessoria em seu Parecer (fls. 1.939).

Entretanto, a Impugnante não anexou aos autos provas de que nos Relatórios de Vendas (documentos extrafiscais que compõem o Anexo III do AI) estão efetivamente incluídos valores em duplicidade e/ou vendas canceladas.

As alegações relativas ao equívoco do Fisco na escolha dos filtros para impressão dos relatórios também não podem ser acolhidas, uma vez que a busca e apreensão dos documentos e equipamentos deu-se na presença do representante legal da Autuada, conforme atestam os TADs.

Certamente, se os Relatórios de Vendas impressos e apreendidos por meio do TAD n.º 023421 (fls. 09) tivessem algum dado incorreto este fato teria sido levada a conhecimento do Fisco pelo representante legal da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto aos exemplos citados, relativos aos meses de janeiro e setembro de 2005, vale esclarecer que, as saídas com comprovantes consignadas nos Relatórios de Vendas são de R\$ 363.891,24 (fls. 399) e R\$ 226.699,79 (fls. 454), respectivamente.

Os valores de R\$ 5.653,87 e 1.494,67, apontados pela Impugnante, referem-se somente a uma parcela das vendas com comprovantes, informadas nos Relatórios de Vendas (Anexo III). A outra parcela, não computada pela Impugnante, consta da penúltima coluna do Relatório de Vendas, cujo título é: “C. Av. Venda R.”.

Alerta-se que, ao final do Relatório de Vendas há menção das quantias relativas a: “Total Comprovantes Emitidos”, “Total sem Comprovantes” e “Total com Comprovantes e sem Comprovantes”.

Os valores das DAPIs informados pela Impugnante nos citados períodos foram os mesmos utilizados pelo Fisco no seu levantamento (fls. 1.866 – mês de janeiro/05 e fls. 1.869 - mês de setembro/05).

O Relatório de Análise Técnica emitido por Bacharel em Ciência da Computação (apresentado pela Impugnante – fls. 1.076/1.200 e fls. 1.202/1.245) referente aos relatórios emitidos pelo sistema *AutoXPert*, não fragiliza as provas trazidas pelo Fisco acerca dos valores reais das vendas realizadas pela Impugnante constantes dos Relatórios de Vendas – Anexo III do AI (extraídos de microcomputador da Autuada e impressos durante a ação de busca e apreensão) pelas seguintes razões:

a) consta ao final do Relatório/Parecer Técnico que: “Baseado nas informações apresentadas, sob uso da metodologia de análise proposta e utilizada, o parecer foi de que as funcionalidades de emissão de relatórios do sistema *AutoXPert*, na data de realização desta análise, demonstraram possuir falhas críticas que levam à inconsistência dos dados calculados e emitidos nestes relatórios. Isto faz com que os valores presentes nos relatórios testados não tenham qualquer credibilidade.” No entanto, o mencionado Relatório/Parecer foi emitido em fevereiro/06, ou seja, (dois) meses após a emissão/impressão dos Relatórios de Vendas utilizados pelo Fisco.

b) não se pode admitir que uma empresa do porte da Autuada, arque mensalmente com uma despesa para utilização de um *software* (*AutoXPert*) que gera relatórios sem qualquer credibilidade.

c) a confiabilidade do *software* (*AutoXPert*) desenvolvido pela XPert Empreendimentos Eletrônicos Ltda foi atestada pelo próprio INMETRO, conforme já ressaltado.

Questiona, ainda, a Impugnante sobre a utilização pelo Fisco dos relatórios emitidos pelo *software* defeituoso, mesmo verificando sua divergência com o relatório dos frentistas.

Todavia, conforme bem observou o Fisco, a diferença entre as quantidades vendas nos Relatórios de Vendas (Anexo III) em relação às vendas constantes dos apontamentos dos frentistas representam vendas sem o controle destes funcionários.

As razões de defesa relativas ao equívoco na inserção dos valores das DAPIs no levantamento foram acolhidas pelo Fisco. As retificações dos valores destas declarações refletiram no crédito tributário, conforme se demonstrará.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contesta também a Impugnante a utilização pelo Fisco dos Mapas de Controle dos Frentistas, salientando que é normal ocorrer divergências entre os dados inseridos nos relatórios dos frentistas e aqueles constantes do LMC, haja vista que o horário de medição das bombas realizado pelo frentista não é exatamente quando ele chega.

Sustenta que os Mapas de Controles dos Frentistas utilizados pelo Fisco como meio comprobatório de quase todo seu trabalho, são na verdade, simplesmente uma forma de os mesmos sentirem monitorados pela empresa. Não representando nada de real, sendo um meio indireto de coerção para a verificação do desempenho dos funcionários. Aponta às fls. 1.038 e 1.039 erros nas anotações contidas nos referidos mapas, no tocante aos dias 01 e 02 de dezembro de 2005.

No entanto, conforme advertiu o Fisco, não se pode admitir os frentistas gastassem tanto tempo com anotações cuja finalidade seria apenas de monitorá-los.

Os erros de apontamentos dos frentistas indicados pela Impugnante, referentes aos dias 01 e 02 de dezembro de 2005 são irrelevantes para o deslinde da questão, haja vista que tais dados não foram utilizados pelo Fisco.

Frisa-se que o Fisco utilizou no levantamento (Anexo I do AI) apenas os dados registrados nos Mapas de Controles dos Frentistas relativos ao último dia de cada mês.

O erro nas anotações dos frentistas, no tocante aos apontamentos do 3º turno do dia 31/10/05 foi acolhido pelo Fisco na primeira reformulação do crédito tributário. Alterado o estoque de diesel de 30.722 litros para 3.722 litros.

A Impugnante cogitou a improcedência da autuação por estar fundada em meros indícios e presunções. Sem razão, no entanto.

No presente caso, como se vê dos autos, as 03 (três) primeiras irregularidades relacionadas no AI (saídas e entradas desacobertas, bem como a emissão de documentos fiscais sem a efetiva saída das mercadorias) foram apuradas mediante o cotejo dos valores e demais dados consignados nos documentos apreendidos com os registros constantes da escrituração fiscal da Autuada, registrando-se que, como bem esclarece a Fiscalização, os referidos documentos, denominados: “Resumo Financeiro”, “Relatório de Vendas” e “Planilhas escritas manualmente pelos frentistas”, anexados às fls. 57/300 e 302/477, trazem em si elementos que não deixam nenhuma dúvida em relação à concretização das operações de saída das mercadorias, tais como:

- identificação dos cheques recebidos,
- formas de pagamento,
- quantidades de combustíveis vendidas, por turno,
- valores das vendas com comprovantes,
- valores das vendas sem comprovantes.

Assim, pode-se afirmar, com absoluta convicção, que as anotações e os documentos paralelos guardam perfeita sintonia com a comercialização de combustíveis efetuada pela ora Impugnante.

Irregularidades apontadas no Auto de Infração

I - Saídas de combustíveis sem a emissão de notas fiscais.

Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento), em virtude de reincidência, conforme demonstrado na rerratificação do Auto de Infração de fls. 1.864/1.884.

Em razão das saídas desacobertadas terem sido apuradas pelo Fisco de formas distintas em alguns dos períodos supracitados, torna-se necessário descrever como foram levantadas as saídas desacobertadas e as exigências fiscais em relação a cada um dos períodos autuados.

No mês de janeiro/05, as saídas desacobertadas de óleo diesel, gasolina e álcool foram apuradas através de anotações nos controles de vendas, nos 03 (três) turnos de trabalho, dia a dia, efetuadas pelos funcionários frentistas (Anexos I e II), no Relatório de Vendas Paralelo (Anexo III) extraídos do Microcomputador, os quais foram impressos durante a ação de busca e apreensão, na DAPI e Arquivos Sintegra.

Consoante se extrai do Relatório Fiscal (fls. 14), o Fisco apurou as saídas sem documento fiscal, por produto, mediante levantamento do montante das saídas desacobertadas, com confronto entre o valor das vendas constante do Relatório de Vendas e o constante da DAPI, conforme demonstrado nos quadros elaborados pela Assessoria deste Conselho que integram o parecer de fls. 1.942/1.947.

Como os combustíveis comercializados pela Autuada não são tributados pela mesma alíquota, o Fisco apurou a proporção de saídas desacobertadas por produto, a partir das vendas nas bombas por produto: gasolina, diesel e álcool, utilizando-se da fórmula utilizada: $EI + C - EF$.

Após o levantamento da proporção entre o valor global das “Vendas na Bomba” em janeiro e o valor da venda de cada combustível (diesel, gasolina e álcool), foram apurados os seguintes percentuais: diesel (55,52%), gasolina (41,64%) e álcool (2,84%).

Em seguida, o Fisco promoveu a aplicação dos referidos percentuais sobre o valor da “Diferença Apurada” (R\$ 549.179,03) para obtenção do valor da saída desacobertada, por produto.

Os valores das saídas desacobertadas por produto e respectivas exigências estão demonstrados no Relatório Fiscal (fls. 14) e foram utilizados não para exigência do ICMS, mas sim para definição do valor mínimo da multa isolada a ser exigida, em decorrência do disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75.

Em relação aos meses de fevereiro e março e outubro de 2005, as saídas desacobertadas foram apuradas através das anotações dos controles de vendas, nos 03 (três) turnos de trabalho, dia a dia (Anexo I e II), no Relatório de Vendas Paralelo (Anexo III) extraídos do microcomputador e impressos durante a ação de busca e apreensão, na DAPI e Arquivos Sintegra, estando os valores das vendas desacobertadas demonstrados no Relatório Fiscal (fls. 15).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para apurar as vendas reais, por produto, o Fisco utilizou as médias de saídas dos meses de janeiro, outubro, novembro e dezembro de 2005, utilizando-se de critério idêntico ao do mês de janeiro/05.

Oportuno destacar que, em alguns casos, o somatório das saídas desacobertadas, por produto, aponta ligeira diferença, em favor da Autuada, em decorrência das casas decimais (arredondamento ou falta dele).

Para o mês de dezembro/05, as saídas desacobertadas foram apuradas somente no período de 01 a 19 de dezembro/05, posto que a busca e apreensão dos documentos e equipamentos foram efetuadas no dia 20/12/05.

A diferença entre as vendas reais e as registradas pela Autuada, neste período, foi apurada mediante confronto dos dados constantes do Relatório de Vendas (documento extrafiscal – fls. 467/470) e valores registrados no livro Registro de Saídas.

No quadro que compõe o Anexo VIII do AI (fls. 529) o Fisco informa os valores das vendas diárias realizadas no período de 01 a 19/12/05, tanto no Relatório de Vendas como no LRS, bem como aponta a diferença global e por produto.

A Impugnante sustenta que no mês de janeiro/05, os valores referentes ao “Consumo” e “Total de Vendas” apurados pelo Fisco no Anexo I do AI (fls. 34/36) são bem próximos dos resultados por ela apurados nos demonstrativos acostados às fls. 1.246/1.248 (diesel), fls. 1.284/1.286 (gasolina) e fls. 1.320/1.322 (álcool), donde se conclui que os dados transcritos em seus livros são bastante reais.

Todavia, os dados relativos ao Anexo I do AI foram utilizados pelo Fisco apenas para calcular a proporção das saídas, por produto. Outrossim, a quase totalidade dos dados inseridos no Anexo I são originários da escrita fiscal da Autuada, conforme já esclarecido. Os resultados aproximados apurados pela Impugnante se prestam a ratificar as proporcionalidades (percentuais de vendas de cada produto, por período) levantadas pelo Fisco. Porém, não induzem à conclusão de regularidade da escrita fiscal da Autuada.

Alega, ainda a Impugnante que os Anexos I e II mencionados pelo Fisco no Relatório Fiscal jamais foram base de análise dos meses de fevereiro e março de 2005.

Acrescenta que as saídas desacobertadas destes períodos foram apuradas exclusivamente no Anexo III - Relatório de Vendas, o qual não é elemento suficiente e capaz de servir de base para se apurar vendas, pelas razões já expostas.

Adverte que todas as saídas foram acobertadas por notas fiscais e cupons fiscais, cujos valores constam do livro Registro de Saídas e DAPI. Contesta os valores “aleatoriamente” utilizados pelo Fisco.

No entanto, não procedem as alegações da Impugnante, consoante restou demonstrado, uma vez que os dados constantes do Anexo I e II do AI foram utilizados pelo Fisco na apuração da proporcionalidade de saídas por produto. O montante das vendas constantes dos Relatórios de Vendas (Anexo III) não consta da escrita fiscal da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação às saídas desacobertadas do mês de outubro/05, a Impugnante repete as razões de defesa apresentadas referentes à janeiro/05, bem como reforça que houve equívoco do Fisco ao apontar a anotação dos frentistas – 3º turno do dia 31/10/2005 – estoque correto de diesel seria de 3.722 litros, ao invés de 30.722.

Ocorre, no entanto, que o engano do Fisco apontado pela Impugnante foi corrigido quando da primeira reformulação do crédito tributário.

Relativamente às saídas desacobertadas de dezembro/05, afirma a defesa que o Fisco incluiu no Anexo VIII do AI valores de saídas, registradas no livro Registro de Saídas, inferiores às reais. Alerta que o montante de saída no período de 01 a 19/12/05 é R\$ 462.849,38.

O Fisco acolheu, em parte, as razões de defesa, alterando o valor das saídas acobertadas com documento fiscal para R\$ 334.019,31 (fls. 1.616/1.872) que corresponde aos valores de saídas constantes do arquivo SINTEGRA – Registro 60 A - transmitido pela Autuada – fls. 1.875.

Todavia, no montante de saídas acobertadas, considerado pelo Fisco, não estão inclusos os valores das saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária acobertadas por documento fiscal (CFOP 6.403), no valor de R\$ 1.903,49, as quais foram acobertadas por notas fiscais, consoante se extrai da cópia do LRS apresentado pela Impugnante (fls. 1.472/1.481). Alerta-se que estas operações não se encontram inseridas dentre aquelas constantes do arquivo SINTEGRA retro mencionado, por força das disposições contidas no art. 6º, inciso III, alínea “g” e art. 16, inciso III, alínea “d”, ambos do Anexo VI do RICMS/02, vigentes à época.

Em vista deste fato as saídas acobertadas, no período de 01 a 19/12/05 devem ser alteradas para R\$ 335.922,80, resultando, por consequência, em alteração da penalidade exigida.

Oportuno destacar que no valor de saídas acobertadas apontado pela Impugnante estão incluídas as importâncias relativas às operações com os CFOPs 5.929 e 6.929, os quais se prestam para registrar documentos fiscais emitidos em operações ou prestações que também tenham sido registradas em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF. A inclusão destes valores no montante das saídas acobertadas, como pleiteado pela Impugnante, acarretaria duplicidade de valores, posto que os valores referentes aos cupons fiscais foram computados pelo Fisco no levantamento.

Assim, após as três alterações do crédito tributário efetuadas pelo Fisco, restaram as exigências transcritas na peça de fls. 1.864/1.884.

Vale acrescentar que após a alteração dos valores das saídas consignadas nas DAPIs (redução de valores), o Fisco detectou que em outros períodos (abril a setembro de 2005) ocorreram também saídas desacobertadas de documentação fiscal.

As saídas desacobertadas destes períodos (abril a setembro de 2005) foram apuradas através dos mesmos critérios utilizados para calcular as saídas desacobertadas dos meses de fevereiro e março de 2005, ou seja, confronto entre vendas apontadas nos Relatórios de Vendas (documentos extrafiscais – fls. 413/454) e as saídas constantes das DAPIs, sendo que, dos valores das saídas informados nas DAPIs (fls. 517/522),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foram excluídas os valores lançados em duplicidade (notas fiscais globais e cupons fiscais).

Extrai-se do exposto que, a exigência da MI (art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75), com majoração de 50% (cinquenta por cento) recaiu originalmente sobre fatos geradores dos meses de janeiro, fevereiro, março, outubro e dezembro de 2005. Após a 1ª reformulação do crédito tributário a acusação de saídas desacobertas contemplou também fatos geradores ocorridos nos meses de abril a setembro/05, conforme demonstrado às fls. 1.610/1.613.

Para alicerçar a majoração da MI supracitada o Fisco trouxe aos autos as telas SICAF (fls. 1.018 a 1.020), as quais compõem o Anexo XI do AI. Constam destes documentos que a Autuada quitou em 16/05/03 crédito tributário contendo esta penalidade (DAF n.º 04.000290842.05). O PTA n.º 01.000146360.24 descrito nas telas SICAF n.º 1.019 e 1.020 foi quitado em 21/07/05, segundo se extrai da tela SICAF anexada às fls. 1.628.

Nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei n.º 6.763/73 e em face da comprovação de reincidência, afigura-se legítima a exigência da majoração da MI em apreço.

Por outro lado, contrariamente ao alegado pela Impugnante a penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei n.º 6.763/75 foi aplicada com observância das disposições contidas no § 2º do mencionado artigo. No Relatório Fiscal e nos Termos de Rerratificação do Lançamento estão detalhadamente demonstrados os cálculos desta penalidade.

No caso, por exemplo, de combustível sujeito a alíquota de 12% (doze por cento), a MI exigida não foi de 40% (quarenta por cento), mas sim de valor igual a 2,5 o valor do imposto devido na operação (embora não integrante do crédito tributário), nos termos da legislação retro citada e da IN SUTRI n.º 03/06.

Relativamente à reclamação da Impugnante da não computação no levantamento fiscal das quantidades de litros de combustíveis decorrentes de perdas ou sobras, vale esclarecer novamente que os únicos dados extraídos do LMC referem-se a “Estoque Abertura” no início e final de cada mês (valores inseridos no Anexo I do AI), conforme já explicado quando do exame das primeiras infrações descritas no AI. Repita-se, por oportuno, que os dados extraídos do Anexo I foram utilizados para levantamento da proporcionalidade de saída desacoberta de cada combustível.

Vê-se, pois, que as mencionadas perdas ou sobras não influenciaram na apuração das exigências fiscais ora em discussão.

As alegações da Impugnante referentes ao declive dos tanques são inócuas, haja vista que para a apuração infrações apontadas no Auto de Infração não houve necessidade de qualquer medição por parte do Fisco.

Em face da legislação citada anteriormente, relativa às penalidades exigidas e, ainda, em razão do disposto no art. 110, inciso I do RPTA/MG, não serão apreciadas as alegações da Impugnante acerca da desproporcionalidade e falta de razoabilidade das multas exigidas, bem como do efeito confiscatório das mesmas.

Noutra linha de argumentação, defende a Impugnante a redução do percentual de 40% (quarenta por cento) para 20% (vinte por cento) da MI capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75. Tal redução, entretanto, somente é autorizada quando houver atendimento das condições estatuídas nas alíneas “a” e “b” deste dispositivo legal. No caso dos autos, as exigências foram apuradas com base nos documentos extrafiscais da Autuada, sendo legítima a exigência da penalidade com o percentual de 40% (quarenta por cento).

No tocante ao requerimento da Impugnante de acionamento do permissivo legal estatuído no art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 para cancelamento da penalidade, cumpre esclarecer que a reincidência no tocante a MI do art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75 resta caracterizado nos autos, inclusive alicerçou a majoração desta penalidade.

Neste caso não há se falar em aplicação do permissivo legal, por força do disposto no art. 53, § 5º, item 1 da Lei nº 6.763/75.

Corretas, portanto, as exigências fiscais apuradas pelo Fisco após as reformulações do crédito tributário, exceto no tocante ao mês de dezembro/05, em que deve ser feita a adequação do valor das saídas acobertadas para R\$ 335.922,80 (com reflexo no valor da MI).

II - Entrada de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Irregularidade apurada através do confronto entre os valores de entradas de combustível apontados nos “Relatórios Financeiros” (documentos extrafiscais anexados às fls. 472/477, os quais integram o Anexo IV do AI) e os descritos nas notas fiscais apresentadas ao Fisco (cópias juntadas às fls. 795/900 e fls. 902/1.016).

Exigência de ICMS/ST, MR e MI (art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75), majorada em 50% (cinquenta por cento), conforme demonstrado no Relatório Fiscal (fls. 18, 19 e 21).

Os preços dos combustíveis utilizados na base de cálculo do ICMS/ST foram extraídos dos Atos Cotepe ICMS, os quais compõem o Anexo XI do AI (fls. 1.022/1.024).

A Impugnante discorda das exigências originárias desta infração sustentando que a irregularidade foi apurada através de dados extraídos do Relatório “Resumo Financeiro”, sendo calcada unicamente em informações obtidas aleatoriamente através de anotações vagas, que não representam efetivamente uma entrada de mercadoria, uma vez que não consta data, pagamento ou outro elemento capaz de comprovar uma efetiva aquisição do produto.

Acrescenta que o Fisco deixou de considerar, no mês de outubro/05 a entrada de 10.000 (dez mil) litros de gasolina relativa às NFs nº 73.534 e 73.535. Observa, ainda, que o produto da NF nº 72.720 foi inserido no levantamento fiscal como sendo gasolina, quando verdadeiramente se trata de diesel.

Os equívocos apontados no levantamento fiscal foram sanados quando da reformulação do crédito tributário (fls. 1.864 e 1.865).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As informações da Impugnante acerca do registro no LMC das Notas Fiscais n.º 73.907, 106.541, 74.643, 74.644, 146.055, 146.054, 146.053, 74.685, 106.749, 106.750, 106.753 não provocam qualquer alteração no crédito tributário, posto que tais documentos foram considerados no levantamento fiscal, conforme ressalta o Fisco (fls. 22).

A primeira reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco não refletiu nas exigências referentes a esta infração.

Entretanto, na segunda reformulação do crédito tributário (fls. 1.864/1.879), o Fisco, após acolhimento dos argumentos de defesa relativamente às Notas Fiscais n.º 72.720, 73.534 e 73.535, excluiu as exigências relativas às “Entradas desacobertas de gasolina” – referentes ao mês de outubro/05.

A Impugnante requer, ainda, a exclusão da majoração da MI, justificando que o PTA n.º 01.000146626.24 que alicerça a majoração não trata do mesmo fato.

Entretanto, a caracterização da reincidência definida no § 6º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75 leva em consideração a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela anterior. No caso em apreço a penalidade é idêntica (art. 55, inciso II da mencionada lei).

A responsabilidade da Autuada pelo recolhimento do ICMS/ST encontra-se prevista no art. 21, inciso VII da Lei n.º 6.763/75 e art. 362 do Anexo IX do RICMS/02, vigente à época.

A questão que se apresenta é verificar se as informações transcritas nos documentos paralelos são suficientes para caracterizar aquisição de mercadoria sem documento fiscal.

Segundo o Fisco, as anotações contidas no verso dos documentos extrafiscais não são vagas, haja vista que informam a quantidade do produto adquirido, o fornecedor e a importância paga.

Oportuno destacar que ao apurar a base de cálculo, o Fisco adotou o valor do produto na saída da bomba, com a utilização do PMPF. Neste caso, a base de cálculo está correta para a apuração do valor do ICMS/ST devido e respectiva multa de revalidação. No caso da multa isolada, no entanto, a base de cálculo deve ser equivalente ao valor de entrada das mercadorias e não o PMPF que se refere ao valor de saída.

Para a multa isolada, portanto, o valor deve ser o preço médio das entradas nos respectivos períodos de apuração, caso não se tenha o valor exato da operação.

Por outro lado, analisando as informações do Fisco e o quadro elaborado pela Assessoria (fls. 1.950/1.951), percebe-se que os fornecedores seriam; “Décio”; “S. Alerta” e “R. Doce”. Noutra linha, as quantidades seriam de 1.000 até 8.500 litros.

Efetivamente, não se trata de autorizar a pequena sonegação, mas admitir que um posto revendedor iria adquirir apenas 1.000 (mil) litros de álcool de um fornecedor chamado “Décio”, não se revela muito coerente. Assim, as informações lançadas nos relatórios não são suficientes para caracterizar a acusação de entrada de

mercadorias desacobertadas de documento fiscal, diante da falta de maiores elementos que permitam aferir as supostas aquisições.

Pode ser que os registros dos nomes dos supostos fornecedores não tenham acompanhado a exata “razão social” do remetente, o que limitaria a análise do Fisco no confronto entre os dados extrafiscais e as aquisições regularmente acobertadas.

Assim, cancelam-se as exigências remanescentes decorrentes das entradas desacobertadas.

III – Emissão de documentos fiscais sem a efetiva saída das mercadorias.

Neste item foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso III da Lei n.º 6.763/75, a seguir transcrita.

“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:

(...)

III - por emitir documento fiscal que não corresponda efetivamente a uma saída de mercadoria, a uma transmissão de propriedade desta ou ainda a uma entrada de mercadoria no estabelecimento - 40% (quarenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;”

A irregularidade foi apurada mediante confronto entre valores de saídas apontadas nos Relatórios de Vendas (documentos extrafiscais – Anexo III do AI) com aquelas consignados nas DAPIs e Arquivos Sintegra, conforme demonstrado no Relatório Fiscal (fls. 16), sendo que os Relatórios de Vendas (documentos extrafiscais) encontram-se acostados às fls. 413/448 e as DAPIs às fls. 517/521.

O Fisco ao calcular a MI, desmembrou as diferenças apuradas mensalmente, por produto, adotando os percentuais de: 28,04% (gasolina), 2,56% (álcool) e 69,39% (diesel) apurados quando do levantamento das saídas desacobertadas referentes aos meses de fevereiro e março/05.

O Fisco acolheu, em parte, os argumentos da Impugnante, promovendo a reformulação do crédito tributário, e, após a terceira reformulação, conclui-se, que somente remanescem as exigências de novembro/05, com valores menores que os exigidos originalmente, porém, com acréscimo da majoração da MI (em 50%).

A majoração da penalidade (50%) deve ser excluída do crédito tributário, independente da decisão de mérito, em virtude da não caracterização da reincidência em relação à Multa Isolada do art. 55, inciso III da Lei n.º 6.763/75, uma vez que a reincidência indicada pelo Fisco diz respeito ao inciso II do mesmo artigo da mencionada lei.

Quanto ao mérito, entretanto, melhor sorte não tem o lançamento. Como se observa pelos cálculos apresentados pelo Fisco, o resultado apurado decorre do confronto entre o valor do DAPI e o controle paralelo. Neste caso, considerando o documento paralelo como o verdadeiro valor das vendas, teriam sido emitidos cupons e notas fiscais em valores superiores à comercialização realizada.

Ocorre, no entanto, que o próprio item seguinte do Auto de Infração indica anomalia na emissão de documentos fiscais, situação que pode ter resultado em emissão de nota fiscal e cupom para uma mesma operação.

Assim, por se tratar de pequeno valor e uma única ocorrência no exercício, não há certeza de que a acusação fiscal reflete os fatos narrados nos documentos extrafiscais da Impugnante.

Neste caso, sem um acurado exame da documentação fiscal emitida no período, não é possível consagrar a acusação fiscal, devendo a exigência remanescente ser cancelada.

IV - Emissão de notas fiscais em desacordo com as normas contidas na Resolução n.º 2.929/88.

Esta infração é narrada no Relatório Fiscal (fls. 24) da seguinte forma:

“Caracterização de saídas de combustíveis sem cobertura hábil, em decorrência da qualificação de notas fiscais como inidôneas, emitidas com descumprimento das obrigações contidas na Resolução n.º 2.929 de 24 de julho de 1998 e Anexo V, artigo 12, parágrafo 3º, itens I e II.”

As irregularidades encontradas, segundo o Fisco são:

a) no campo “Informações Complementares” da Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, autorizada para o contribuinte não encontra-se impresso tipograficamente, de forma destacada, a expressão “ESTE DOCUMENTO ACOBERTA SOMENTE OPERAÇÃO DESTINADA A CONSUMIDOR”.

b) não informa no campo “Informações Complementares” a placa do veículo abastecido.

c) a quantidade de litros informada não corresponde a apenas um abastecimento, sendo que não há referência aos cupons fiscais emitidos para aquela nota fiscal que, por conclusão, é global. (Anexo V, art. 12, § 3º incisos I e II do RICMS/02).

d) há vendas antecipadas, onde foi emitida a nota fiscal modelo 1, e indicado no campo “CFOP” o código de saída de mercadoria (6404 e 5403), sendo que não houve tal saída. E, no momento em que houve as saídas correspondentes, não ocorreu a emissão dos cupons fiscais.

e) há emissão de notas fiscais modelo 1 com a seguinte descrição “Nota referente a créditos do dia xx-xx-2005” sendo o dia indicado anterior a data de emissão.

f) há vendas antecipadas, onde foi emitida a nota fiscal modelo 1, e indicado no campo “CFOP” o código 6922, 5929 ou 6929), sendo que não houve a referência aos cupons fiscais.

Em decorrência das irregularidades apontadas, exigiu-se a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, conforme demonstrado no Relatório Fiscal (fls. 26 e 27).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As notas fiscais objeto desta irregularidade, emitidas no período compreendido entre abril/03 a novembro/05, estão relacionadas no Anexo VI do AI (fls. 482/492).

Cópias, por amostragem, destes documentos constam dos autos (NFs anexadas quando da lavratura do AI - fls. 493/512 e NFs anexadas em outra fase do processo - fls. 1.691/1.752).

No Relatório Fiscal (fls. 25/26) são citadas, por amostragem, algumas das notas fiscais autuadas com a correspondente irregularidade detectada pelo Fisco.

Em virtude da impossibilidade da análise da ocorrência (ou não) desta infração, pela não juntada aos autos de todas as notas fiscais, bem como pela ausência de identificação pelo Fisco das irregularidades detectadas em relação a cada documento fiscal, a Assessoria do CC/MG solicitou através do item 1 da Diligência (fls. 1.633/1.634) que o Fisco elaborasse planilha contendo as seguintes informações, no tocante aos documentos fiscais objeto desta infração: N.º e Data da NF, Destinatário, Descrição e Quantidade do Produto, Irregularidade Detectada (dentre aquelas listadas às fls. 24 - “a” a “f”).

Frisa-se que, para cumprimento da diligência, o Fisco necessitou examinar novamente as notas fiscais objeto desta irregularidade, para tanto intimou a Autuada a apresentar-lhe tais documentos (Intimação de 02/06/08 – fls. 1.659).

Parte destes documentos, porém, não foi apresentada pela Autuada, em virtude de não terem sido localizados, consoante se extrai da informação contida na última coluna das planilhas de fls. 1.639/1.657. Quanto a esses documentos o Fisco deixou de prestar a informação solicitada no item 1 da diligência.

Todavia, algumas das notas fiscais não localizadas pela Autuada já haviam sido juntadas aos autos pelo Fisco quando da lavratura do Auto de Infração ou, pela Autuada, na fase de impugnação.

Os itens identificados pelo Fisco e anteriormente descritos, compõem a própria Resolução nº 2929/98, cujo texto adiante se transcreve, *in verbis*:

RESOLUÇÃO Nº 2.929, DE 24 DE JULHO DE 1998

(MG de 25)

Dispõe sobre o acobertamento de operações realizadas por Posto Revendedor de combustíveis e Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis, e dá outras providências.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no Decreto-lei nº 395, de 29 de abril de 1938, nas Portarias do Ministério de Minas e Energia números 009 e 010, de 16 de janeiro de 1997, que disciplinam o exercício das atividades de Revendedor Varejista de combustíveis e de Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis e na Lei Federal nº 8.176, de 08 de fevereiro de 1991, que define crimes contra a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ordem econômica e cria o Sistema de Estoques de Combustíveis, RESOLVE:

Art. 1º - O documento fiscal autorizado para contribuinte que exerça a atividade de Posto Revendedor de combustível ou Transportador Revendedor Retalhista (TRR) de combustíveis acoberta exclusivamente operação com mercadorias destinadas ao consumo do adquirente, inclusive em processo de industrialização.

§ 1º - No campo "Informações Complementares" da Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, autorizada para o contribuinte de que trata o "caput", será impresso tipograficamente, de forma destacada, a expressão "ESTE DOCUMENTO ACOBERTA SOMENTE OPERAÇÃO DESTINADA A CONSUMIDOR".

§ 2º - O contribuinte que possuir formulário para emissão de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, cuja autorização ocorreu anteriormente à data de publicação desta Resolução, deverá apor, mediante carimbo, em todas as vias dos documentos, no campo "Informações Complementares", a expressão a que se refere o parágrafo anterior.

§ 3º - O Posto Revendedor de combustível que acobertar as operações de que trata este artigo utilizando-se da Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, informará no campo "Informações Complementares" a placa do veículo abastecido.

§ 4º - O disposto no parágrafo anterior não se aplica na hipótese de emissão de nota fiscal na forma prevista no § 3º do artigo 12 do Anexo V do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 38.104, de 28 de junho de 1996.

§ 4º - Considera-se inidôneo o documento fiscal que não atender ao disposto neste artigo.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, relativamente às obrigações do contribuinte, 10 (dez) dias após essa data.

Art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário.

Secretaria de Estado da Fazenda, em Belo Horizonte, aos 24 de Julho de 1998.

JOÃO HERALDO LIMA

Secretário de Estado da Fazenda

Aplicando a literalidade do disposto no § 4º da Resolução, considerou o Fisco os documentos inidôneos, aplicando-se em seguida a regra do art. 134, III e 149, I do RICMS/02 a saber:

Efeitos de 07/08/03 a 15/03/06 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo Dec. nº 43.577, de 09/09/03:

"Art. 134 - Considera-se inidôneo o documento fiscal:"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"III - que for assim considerado em Resolução do Secretário de Estado de Fazenda."

.....
Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

Efeitos de 15/12/2002 a 15/03/2006 - Redação original:

"I - com documento fiscal falso ou inidôneo;"

No caso dos autos, porém, é preciso uma análise mais aprofundada sobre a questão, de modo a identificar a finalidade do ato normativo em discussão e sua aplicação ao caso concreto.

Com efeito, a Resolução nº 2929/98 foi editada com o intuito de impedir a comercialização de combustíveis entre postos revendedores, uma vez que tal prática é vedada pelo órgão federal fiscalizador, o antigo DNC e hoje a ANP.

Tanto é verdade que a regra contida no art. 1º da Resolução autoriza a emissão da nota fiscal modelo 1 na comercialização de combustíveis para acobertamento das mercadorias nas operações destinadas ao consumo do adquirente, inclusive em processo de industrialização.

De modo mais direto, o documento somente será considerado inidôneo quando destinar mercadorias para terceiros para fins comerciais.

No caso dos autos, no entanto, resta evidenciado que os documentos fiscais foram emitidos em favor de empresas prestadoras de serviços e outros consumidores finais dos produtos, não se aplicando, assim, a inidoneidade mencionada na resolução e aplicada pelo Fisco.

Analisando os documentos fiscais verificam-se as seguintes características:

- informação de se tratar de abastecimento quinzenal;
- informação de que as notas se referentes a vários abastecimentos;
- quantidade adquirida típica de um único abastecimento (372 litros de óleo diesel);
- destinatários pessoas jurídicas de direito público, como o Município de Vieiras (CNPJ 17.947.599/0001-78)
- nota fiscal indicando a placa do veículo abastecido.
- notas fiscais autuadas cujas cópias “**não**” constam dos autos e para as quais o Fisco “**não**” informou, expressamente, quais irregularidades;
- diversas notas fiscais de “Simplex Faturamento” emitidas nos termos do § 3º do art. 12, do Anexo V do RICMS/02, com informação dos números dos cupons fiscais relativos a cada abastecimento;
- diversas notas fiscais contendo no campo “Informações Complementares” a expressão: “Este documento acoberta somente operação destinada a consumidor”.

Assim, a hipótese dos autos não se coaduna de forma inequívoca com a pretensão da resolução, estando tais documentos, é evidente, emitidos com diversos equívocos, situação extremamente comum até que o Fisco viesse a exercer um controle maior sobre a emissão de documentos fiscais pelos postos revendedores de combustíveis.

Nesse sentido, com fulcro no art. 112, inciso II do Código Tributário Nacional, deve ser excluída a exigência fiscal.

Além do mais, ao aplicar a regra do então inciso I do art. 149 do RICMS/02, o Fisco caracterizou tais saídas como desacobertadas. Ocorre, no entanto, que em período equivalente, outra técnica fiscal fora adotada para apuração de saídas desacobertadas, conforme o primeiro item deste Auto de Infração. Neste caso, não pode o Fisco apurar, em um mesmo período, saídas desacobertadas mediante duas técnicas fiscais, sob pena de aplicação de multa em duplicidade.

V – Falta de registro na repartição fazendária dos livros: Movimentação de Combustíveis – LMC, Registro de Entradas - LRE e Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO.

No Relatório Fiscal (fls. 24) estão relacionados, detalhadamente, os livros fiscais não registrados na repartição fazendária nos exercícios de 2004 e 2005.

O cálculo da MI exigida, capitulada no art. 54, inciso II da Lei n.º 6.763/75, também consta do Relatório Fiscal (fls. 24).

A falta de registro dos livros fiscais é justificada pela Impugnante como sendo descontrole de funcionário que deixou de encaminhar os livros mais recentes para registros, porém sem qualquer intuito de má fé, o que equivale a reconhecer o ilícito apontado pelo Fisco.

Assim, a justificativa apresentada pela Impugnante torna-se frágil, em face do disposto no art. 136 do CTN, estando, portanto, correta a penalidade exigida.

Pelas telas SICAF anexadas aos autos fls. 1.627/1.632 percebe-se que a Impugnante não é reincidente nesta infração (art. 54, inciso II da Lei n.º 6.763/75). No contexto dos autos, no entanto, e considerando o diminuto valor deste item, não se recomenda a aplicação do denominado permissivo legal, uma vez que o valor da penalidade é coerente com o ilícito praticado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.864/1.882, e ainda: a) em relação às saídas desacobertadas, deduzir da base de cálculo do mês de dezembro/05 as saídas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, acobertadas por documento fiscal (CFOP 6.403), no valor de R\$ 1.903,49; b) cancelar as exigências decorrentes: de entradas desacobertadas; emissão de documentos sem a efetiva saída de mercadorias e emissão de notas fiscais em desacordo com a Resolução nº 2.929/98. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

juízo, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 29 de janeiro de 2010.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente / Relator**

CC/MG