

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.821/12/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000166099-11
Recurso de Revisão: 40.060131082-68
Recorrente: Posto Betão Ltda
IE: 001022298.00-36
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Antônio Ribeiro Farage/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do RPTA/MG, portanto não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o recurso. Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada de álcool etílico hidratado desacobertada de documento fiscal, no período de abril de 2007 a junho de 2009, constatada mediante Levantamento Quantitativo, em que procedeu-se a confrontação das entradas declaradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) com aquelas reveladas por documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Recorrente, quando da realização de operação conjunta da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais (SEF/MG) com o Ministério Público Estadual, denominada *octopus*.

Exigem-se o ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no inciso III do § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mencionada lei.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.643/11/1ª, julgou parcialmente procedente o lançamento, para que a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, seja calculada sobre o valor médio mensal das entradas do período, relacionadas na planilha de fls. 22/26, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, Recurso de Revisão (fls. 1.081/1.096).

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nº 18.023/08/2ª e nº 17.989/08/2ª, indicados como paradigmas.

Requer, ao final, o conhecimento e o provimento do recurso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer acostado às fls. 1.100/1.106, opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso interposto e, no mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar

Quanto aos pressupostos de admissibilidade, superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/2008, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

1. Quanto ao Acórdão nº. 18.023/08/2ª (fls. 1.092/1.093):

Confrontando-se o Acórdão em epígrafe (nº. 18.023/08/2ª) com a decisão recorrida (Acórdão nº. 20.643/11/1ª) não se verifica qualquer divergência quanto à aplicação da legislação tributária.

Conforme demonstram as ementas abaixo, em ambas as decisões as exigências fiscais relativas às entradas desacobertadas de documentação fiscal, no tocante às mercadorias sujeitas à substituição tributária, foram aprovadas pelas Câmaras de Julgamento, havendo apenas um ajuste na base de cálculo da multa isolada exigida, no caso da decisão recorrida, por ter sido calculada com base no Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) da mercadoria, quando o correto seria a utilização, como parâmetro, dos preços relativos às aquisições (entradas).

Decisão Paradigma (Acórdão nº. 18.023/08/2ª)

Ementa:

MERCADORIA – ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATADA, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (LQFD), A OCORRÊNCIA DE ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ENSEJANDO AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO DE 50 (CINQUENTA) E 100% (CEM POR CENTO) SOBRE O VALOR DO IMPOSTO E MULTA ISOLADA, PREVISTA NA ALÍNEA “A”, DO INCISO II, DO ART. 55, DA LEI 6763/75. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE, PELO FISCO, RESULTANDO EM REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DAS EXIGÊNCIAS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO, REFERENTES A ENTRADA E ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS, EXCETO NOS CASOS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, BEM COMO ADEQUAÇÃO DA MULTA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ISOLADA, REFERENTE ÀS CITADAS OPERAÇÕES, AO PERCENTUAL DE 15% (QUINZE POR CENTO), NOS TERMOS DO § 2º, DO ART. 55, DA LEI 6763/75. EXCLUSÃO, TAMBÉM, DAS EXIGÊNCIAS REFERENTES A ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS NOS CASOS RELACIONADOS A SSE (SAÍDA SEM ESTOQUE), NO LQFD, NOS QUAIS AS MERCADORIAS DERAM ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA ATÉ O 3º DIA APÓS A VENDA, EXCLUINDO-SE, PARA EFEITO DE CONTAGEM, O DIA DA VENDA. INFRAÇÃO, EM PARTE, CARACTERIZADA. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. (GRIFOU-SE)

Decisão Recorrida **(Acórdão nº. 20.643/11/1ª)**

Ementa:

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. CONSTATOU-SE, MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO, PROCEDIMENTO IDÔNEO PREVISTO NO ART. 194, INCISO III DO RICMS/02, APÓS ADOÇÃO DAS SAÍDAS REAIS DO ESTABELECIMENTO, LANÇADAS EM DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS REGULARMENTE APREENDIDOS E ARBITRAMENTO REGULAR PARA O PERÍODO INTERCALADO ENTRE AS RELAÇÕES DE VENDAS, ENTRADA DE MERCADORIA SUJEITA AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO (100%) E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75. HÁ DE SE ADEQUAR, NO ENTANTO, A MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO II DA LEI Nº 6763/75, PARA QUE SEJA CALCULADA SOBRE O VALOR MÉDIO MENSAL DAS ENTRADAS NO PERÍODO. (GRIFOU-SE)

Entretanto, não caracteriza divergência jurisprudencial a particularidade existente no acórdão paradigma, no caso a exclusão das exigências “referentes a entrada, estoque e saída de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais nos casos relacionados a SSE (saída sem estoque), no LQFD, nos quais as mercadorias deram entrada no estabelecimento da Recorrente até o 3º dia após a venda, excluindo-se, para efeito de contagem, o dia da venda”, pois, as retificações efetuadas tiveram origem em fatos específicos, não comuns nos respectivos processos.

Essa “particularidade” foi muito bem narrada no acórdão paradigma, da seguinte forma:

Decisão Paradigma **(Acórdão nº. 18.023/08/2ª)**

MERECE DESTAQUE A ALEGAÇÃO DA AUTUADA INTITULADA COMO “VENDA PELA LOJA COM ESTOQUE ZERO” (FLS. 119/121).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ALEGA QUE SENDO UM ESTABELECIMENTO VAREJISTA, REALIZA VENDAS A CONSUMIDOR FINAL, COM EMISSÃO DO RESPECTIVO CUPOM FISCAL (OU NOTA FISCAL), SEM QUE HAJA A MERCADORIA EM ESTOQUE, A QUAL É TRANSFERIDA DE SEU CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO NO DIA SEGUINTE.

[...]

NÃO OBSTANTE, COMPULSANDO A PLANILHA DE RESUMO GERAL DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO DIÁRIO (FLS. 10/26, REFORMULADO ÀS FLS. 165/181), BEM COMO O LEVANTAMENTO PROPRIAMENTE DITO EM MEIO MAGNÉTICO (“CD” ÀS FLS. 105), CONCLUI-SE, SEM MUITO ESFORÇO, QUE GRANDE PARTE DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS RELACIONA-SE, REALMENTE, COM MERCADORIAS VENDIDAS, COM EMISSÃO DE CUPONS FISCAIS (OU NOTAS FISCAIS), SEM QUE HOUVESSE AS MESMAS EM ESTOQUE, SENDO QUE ELAS DERAM ENTRADA NO ESTABELECIMENTO NO DIA OU DIAS SEGUINTE.

[...]

CONSIDERANDO-SE O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, UM DOS SUSTENTÁCULOS DO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO, E CONSIDERANDO-SE, TAMBÉM, A LOCALIZAÇÃO DO CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO, ORIGEM DAS MERCADORIAS VENDIDAS, NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, ESTADO DE SÃO PAULO, CONCLUI-SE, EM RELAÇÃO AO CASO ORA SOB ANÁLISE, QUE AS ENTRADAS DAS MERCADORIAS ATÉ O 3º (TERCEIRO) DIA APÓS A VENDA, EXCLUINDO-SE, PARA EFEITO DE CONTAGEM, O DIA DA VENDA, PODEM SER ADMITIDAS COMO ENTRADAS RELATIVAS ÀS REFERIDAS SAÍDAS (VENDAS).

É DE BOM ALVITRE SALIENTAR QUE ESTA CONCLUSÃO RELACIONA-SE ESTRITA E ESPECIFICAMENTE AO CONJUNTO PROBATÓRIO DESTES AUTOS.

DESSA FORMA, NESSAS SITUAÇÕES, CONSIDERANDO-SE QUE ESSAS OPERAÇÕES DE ENTRADA ENCONTRAM-SE INTRINSECAMENTE RELACIONADAS ÀS RESPECTIVAS OPERAÇÕES DE SAÍDA ORA ANALISADAS, CONCLUI-SE QUE NÃO DEVEM SER EXIGIDOS PARA ESSE FATO (GERADOR) MAIS DOIS FATOS GERADORES DE ENTRADA (OU ESTOQUE) E SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS, QUE SÃO AS CONSEQÜÊNCIAS INEVITÁVEIS DO LQFD PARA A SITUAÇÃO EM FOCO. (GRIFOU-SE)

Observe-se que na própria decisão consta a observação de que a sua conclusão aplicava-se especificamente ao conjunto probatório dos autos, não se estendendo a outros casos, pelo menos não de forma automática.

Há que se ressaltar, porém, que no caso do Acórdão recorrido não há a mínima possibilidade da ocorrência de “venda pela loja com estoque zero”, já que a Recorrente é um “Posto Revendedor de Combustíveis”, não podendo este abastecer sem que tenha combustíveis em estoque.

Cabe destacar, também, que a decisão paradigmática se refere a levantamento quantitativo fechado, procedimento que se baseia, exclusivamente, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, enquanto que na decisão recorrida foram utilizados documentos extrafiscais no levantamento levado a efeito.

Observe-se, ainda, que no Acórdão paradigma a adequação da multa isolada ao percentual de 15% (quinze por cento) se restringiu às mercadorias tributadas pelo sistema normal de débito e crédito, adequação esta que foi assim motivada:

SENDO ASSIM, NO PROGRAMA LQFD, EXERCÍCIO FECHADO, QUANDO SE APURA ENTRADA/ESTOQUE DE MERCADORIA DESACOBERTADA, TAL OCORRÊNCIA ALICERÇA-SE NA CONSTATAÇÃO DE QUE A MESMA MERCADORIA DEU SAÍDA ACOBERTADA POR DOCUMENTO FISCAL.

NESSE SENTIDO, CONSIDERANDO-SE QUE O IMPOSTO JÁ FOI APURADO NA SAÍDA ACOBERTADA NÃO FAZ SENTIDO SUA EXIGÊNCIA NA ENTRADA. CABE AQUI APENAS A RESSALVA DAS MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, EM QUE NÃO HÁ DESTAQUE DE ICMS NAS SAÍDAS. NESSES CASOS, MANTÉM-SE A EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO NAS ENTRADAS.

DESSA FORMA, CONSIDERANDO-SE QUE O IMPOSTO REFERENTE ÀS ENTRADAS/ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS JÁ FOI DEBITADO NAS SAÍDAS, UTILIZANDO-SE BASE DE CÁLCULO QUE CONTEMPLA TODA A CADEIA (PREÇO A CONSUMIDOR FINAL), DEVEM SER EXCLUÍDOS DESSAS EXIGÊNCIAS (ENTRADAS E ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS) O ICMS E A RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO.

[...]

NESSE SENTIDO, CONSIDERANDO-SE A PREVISÃO CONTIDA NO § 2º, DO ART. 55, DA LEI 6763/75 C/C A INSTRUÇÃO NORMATIVA SUTRI Nº 03/2006, CONCLUI-SE QUE A MULTA ISOLADA REFERENTE ÀS ENTRADAS E ESTOQUE DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DEVE SER ADEQUADA AO PERCENTUAL DE 15% (QUINZE POR CENTO), EXCETO, COMO JÁ ESCLARECIDO, EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES (MERCADORIAS) SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NAS QUAIS NÃO FORAM EXCLUÍDOS O ICMS E A MULTA DE REVALIDAÇÃO. (GRIFOU-SE)

Não se pode olvidar que, em verdade, as decisões são convergentes, pois em ambos os casos foram mantidas as exigências relativas às entradas desacobertas referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária.

2. Quanto ao Acórdão nº. 17.989/08/2ª (fl. 1.094):

Inexiste, também, qualquer divergência, quanto à aplicação da legislação tributária, entre a decisão recorrida e o Acórdão nº. 17.989/08/2ª (paradigma), pois, além de tratar de matéria totalmente distinta (recursos não comprovados na conta “Bancos”), no acórdão paradigma houve o cancelamento das exigências fiscais em função de “dúvidas quanto à conclusão de saídas desacobertas”.

Decisão Paradigma

(Acórdão nº. 17.989/08/2ª)

Ementa:

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - CONTA CAIXA/BANCO – INGRESSO DE RECURSOS NÃO COMPROVADOS. CONSTATAÇÃO DE DEPÓSITOS EM CHEQUES EM CONTA BANCÁRIA SEM ORIGEM COMPROVADA, AUTORIZANDO A PRESUNÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, DE CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ARTIGO 194, INCISO I, § 3º DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ARTIGO 55, INCISO II, ALÍNEA “A” DA LEI 6.763/75. INFRAÇÃO NÃO COMPROVADA VEZ QUE HÁ DÚVIDAS QUANTO À CONCLUSÃO DE SAÍDAS DESACOBERTADAS E A PRESUNÇÃO PRETENDIDA PELO FISCO PODE CARACTERIZAR “*BIS IN IDEM*”. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Na decisão recorrida a irregularidade apurada foi entrada e não saída desacobertada. Além disso, na decisão ficou expressamente consignado que era inaplicável ao caso analisado o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), pois inexistiam dúvidas que pudessem macular a aplicação das penalidades impostas no lançamento, *verbis*:

Decisão Recorrida

(Acórdão nº. 20.643/11/1ª)

DESTAQUE-SE, TAMBÉM, QUE NOS PRESENTES AUTOS NÃO HÁ QUE SE FALAR EM APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 112 DO CTN, POIS NÃO EXISTEM DÚVIDAS QUE POSSAM MACULAR A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES IMPOSTAS NO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

CORRETAS, PORTANTO, AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST E DA RESPECTIVA MULTA DE REVALIDAÇÃO EM DOBRO, PREVISTA NO ART. 56 DA LEI Nº 6763/75, COM A SEGUINTE REDAÇÃO:

[...]

CONFIGURADA A ENTRADA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL E SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, CORRETA SE REVELA A MULTA DE REVALIDAÇÃO APLICADA. (GRIFOU-SE)

Por todo o exposto, verifica-se que inexistente qualquer divergência, quanto à aplicação da legislação tributária, entre as decisões acima citadas.

Diante disso, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), o que frustra a exigência de preenchimento cumulativo das condições previstas no referido dispositivo. Portanto, não se configuram os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa e, pela Recorrente, assistiu ao julgamento o Dr. Antônio Ribeiro Farage. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Mauro Heleno Galvão e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 16 de março de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**José Luiz Drumond
Relator**

AV

CC/MG