

Acórdão: 15.001/01/3^a
Impugnação: 40.010101897-85
Impugnante: Supermercado do Alípio Ltda
Advogado: Janir Adir Moreira/Outros
PTA/AI: 02.000134593-13
Inscrição Estadual: 480.050511.0380 (Autuada)
Origem: AF/Bom Despacho
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - CONTAGEM FÍSICA DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO - Acusação fiscal de saída de mercadorias sem emissão de documento fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo originário de contagem física de mercadorias em trânsito. Configurada a comercialização das mercadorias constantes da Nota Fiscal-Manifesto e de outras duas recargas junto à distribuidora de GLP. O quantitativo demonstra a saída desacobertada de 13.758 quilogramas de GLP, sobre os quais deve incidir apenas a Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 55 da Lei 6763/75, excluindo-se, via de consequência, o ICMS e a Multa de Revalidação, tendo em vista que as aquisições ocorreram com o imposto retido por substituição tributária. Por outro lado, a acusação fiscal em relação à saída desacobertada de botijões vazios deve ser integralmente excluída, uma vez que tais botijões sempre estiveram acobertados pela NF n° 003501, de 03.07.00

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – A saída de vasilhames sem comprovação de seu efetivo retorno, anteriormente remetidos para recarga, não restou comprovada nos autos, uma vez que a acusação fiscal não se coaduna com a fiscalização do trânsito de mercadorias, resultando em técnica fiscal inadequada, ensejando o cancelamento das exigências fiscais.

NOTA FISCAL – DESTINATÁRIO DIVERSO – Saída de mercadoria com entrega a destinatários diversos daqueles constantes dos documentos fiscais, sem o pagamento do imposto devido por ST. Não obstante a existência da primeira via das notas fiscais no veículo transportador, não cuidou o Fisco em diligenciar junto aos supostos destinatários o recebimento ou não da mercadoria. Exigências fiscais canceladas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação, em trabalho de fiscalização do trânsito de mercadorias, versa sobre as seguintes irregularidades:

1) saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apurada através de levantamento quantitativo de mercadorias em trânsito e CFE, conforme quadro demonstrativo;

2) saída de vasilhames sem comprovação de seu efetivo retorno, anteriormente remetido para recarga, conforme relação de notas fiscais;

3) saída de mercadorias a destinatários diversos daqueles constantes em documentos fiscais, sem o respectivo pagamento do ICMS devido por substituição tributária, conforme relação de documentos (fls. 02/03).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 84/96, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 135/137.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 140/145, opina pela procedência parcial da Impugnação, para cancelar o ICMS e a MR, subsistindo a Multa Isolada prevista no art. 55, II, da Lei nº 6763/75, em relação à saída desacoberta de 541 botijões com GLP P13 e 05 botijões com GLP P45.

DECISÃO

1- Saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal

A Impugnante questiona o levantamento quantitativo de mercadorias em trânsito, vez que listou notas fiscais de entradas e saídas emitidas em datas variadas.

Alega que a diferença apurada pelo Fisco na contagem física, 9 botijões P13 e 5 P45, é mínima em relação ao estoque encontrado no veículo.

Afirma que por ser mercadoria sujeita à substituição tributária, o ICMS já foi retido e recolhido e invoca decisão proferida pelo CC/MG, mediante Acórdão nº 12.733/98/2ª.

Argumenta que a NF nº 003501 foi emitida no momento de remessa das mercadorias para venda fora do estabelecimento, para acobertar o retorno dos vasilhames recebidos em troca nas diversas vendas realizadas no período da viagem.

Assevera que o Fisco utilizou-se de documentos fiscais diversos que se encontravam no veículo, os quais não têm nenhuma relação com o momento da ação fiscal. Discorre sobre as notas fiscais 234609, 234730, 015820 e 004836, relativas às operações realizadas com a empresa Petrogaz Distribuidora S/A.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argüi que é impossível efetuar um levantamento quantitativo sem considerar a movimentação global da empresa, assim compreendidos, por espécie, valores e quantidades de estoques iniciais, entradas, saídas e estoque final.

Recorda que o caminhão tem capacidade para transportar, de uma só vez, apenas uma quantidade determinada de mercadorias, ou seja, aproximadamente 505 botijões cheios, sendo 500 P13 e 5 P45, chegando-se ao máximo de 555 unidades; portanto, resta evidente que as notas fiscais referem-se às várias viagens do mesmo caminhão.

Não obstante as alegações da defesa, verifica-se que o feito fiscal encontra-se parcialmente correto. Pela movimentação das mercadorias, percebe-se que o veículo transportador partiu de Patos de Minas com 500 botijões de GLP P13 e 5 botijões de GLP P45, em data de 03.07.00. Junto, seguiu o talonário de notas fiscais de n°s 015817 a 015850. Ainda no dia 03.07.00, as mercadorias em estoque no veículo foram comercializadas sem documento fiscal, permitindo ao veículo transportador dirigir-se à Shell Gás e efetuar a recarga (ou troca) dos botijões vazios, retornando ao comércio com as mercadorias constantes da NF 234.609, cuja saída da Shell Gás ocorreu às 09.39.44 do dia 04.07.00.

Até aqui, portanto, a Autuada deu saída a 6.725 KG de GLP (500 botijões P13 e 05 botijões P45) sem emissão de documento fiscal.

Prosseguindo na comercialização, agora das mercadorias constantes da NF 234.609, a empresa fez emitir as Notas Fiscais de n°s 015817 (04.07.00) e 015818 (05.07.00), totalizando a saída de 380 botijões P13 e 05 botijões P45.

Em seguida, o vendedor emitiu a NF 0015820 (as Notas Fiscais 015819 e 015821 foram canceladas pelo Fisco), de 06.07.00, destinando 550 botijões vazios P13 e 05 botijões vazios P45 para a empresa Shell Gás para recarga. Com isto, verifica-se que toda a carga anterior foi comercializada, resultando, assim, em saída desacobertada de 1.560 Kg (500 P13 - 380 P13 = 120 P13 x 13 = 1.560 e 05P45 - 05 P45 = 0).

Até o momento, portanto, temos a título de saídas desacobertadas o montante de 8.285 Kg de GLP (620 (500 + 120) botijões P13 e 05 botijões P45).

Retornando com o GLP para o mercado consumidor, acobertado agora pela NF 234730, de 06.07.00, com saída às 09.40.03, o veículo foi abordado no dia seguinte (07.07.2000). Na ocasião, em Contagem Física de Mercadorias em Trânsito, constatou-se o estoque de 129 botijões P13 com GLP e 05 botijões P45 com GLP, enquanto outros 371 botijões P13 encontravam-se vazios. Verifica-se, então, que em relação à terceira remessa pelo mesmo veículo, ocorreu a saída desacobertada de 5.473 Kg de GLP, equivalentes a 421 botijões P13 (550 P13 - 129 P13).

Somando-se as três ocorrências, portanto, encontramos a saída desacobertada de notas fiscais de 13.758 Kg de GLP (6.725 da 1ª remessa; 1.560 da 2ª e 5.473 da 3ª remessa), oriundos de 1.041 botijões P13 e 05 botijões P45 (1.041 x 13 = 13.533 + 05 x 45 = 225).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma, a alegação da defesa no tocante à diferença apurada não pode prevalecer, pois ao contrário da tese da Impugnante, todas as três notas fiscais (011.404; 234.609 e 234730) devem ser consideradas, deduzindo-se do montante as notas emitidas de nºs 015817 e 015818.

Relativamente às saídas de botijões vazios imputadas pelo Fisco, tal irregularidade não se justifica, uma vez que o montante de botijões (exceto a quantidade de 50 deles apontados na terceira operação) sempre esteve acobertados pela Nota Fiscal de nº 003501 (fl.14).

Entretanto, tendo ficado demonstrado nos autos a origem das mercadorias, as quais foram adquiridas da Empresa Petrogaz Distribuidora S/A (Shell Gás), depreende-se que o ICMS foi retido e recolhido, conforme as normas instituídas no Capítulo XLIX, do Anexo IX, do RICMS/96.

Destarte, no que tange à irregularidade demonstrada, somente pode-se concluir legítima a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 55, II, da Lei 6763/75, correspondente ao valor de R\$ 7.512,67, equivalente ao percentual de 40% aplicado sobre o valor da operação de R\$ 18.781,69 (1.041 P13 x R4 17,89 = R\$ 18.623,49 + 05 P45 x R\$ 31,64 = R\$ 158,20).

2- Saída de vasilhames sem comprovação do efetivo retorno, anteriormente remetido para recarga

No tocante a esta irregularidade, a Impugnante assegura que não tem por atividade a venda de botijões, e sim a prática de distribuição de GLP. E, Para demonstrar que inexistente a possibilidade de remessas de vasilhames sem retorno, elucida que emite duas notas fiscais quando o veículo sai com os produtos para distribuição, sendo uma para acompanhar a mercadoria no seu transporte (à medida em que as respectivas mercadorias vão sendo vendidas o motorista vai emitindo a correspondente nota fiscal de venda); e a outra para acobertar os vasilhames, bem como o retorno dos mesmos, vazios. Acresce que, para buscar os produtos nas distribuidoras de gás, emite uma nota fiscal para acobertar o transporte dos vasilhames.

Afirma que é possível acontecer da empresa fazer uma remessa de botijões vazios para recarga e ao chegar à distribuidora não conseguir carregar, caso em que o caminhão volta com os vasilhames.

Recorda que a saída de botijões vazios destinados ao acondicionamento de gás liquefeito de petróleo (GLP) é isenta de ICMS (art. 56, do Anexo I, do RICMS/96), invocando o Acórdão nº 10.683/94/2ª/CC/MG, afirmando ser inerente à matéria.

Tal irregularidade, deriva dos documentos fiscais acostados aos autos (fls. 34/44), encontrados no veículo transportador. De fato, alguma irregularidade aconteceu, uma vez que a 1ª via das notas fiscais foram encontradas no veículo. Ao contrário do ocorrido, tais documentos deveriam ter sido entregues aos destinatários ou, em caso de inoportunidade da recarga, deveriam ter sido anexados às notas fiscais de

entrada que deveriam ter sido emitidas por ocasião do retorno dos botijões ao estabelecimento.

Entretanto, não obstante a certeza da irregularidade praticada pela Autuada, a acusação fiscal não guarda pertinência com o fato concreto. Poderia, *in casu*, o Fisco ter lavrado acusação fiscal de entrega de mercadoria sem documento fiscal, o que restaria devidamente caracterizado. Assim, a acusação de saída de mercadoria sem documento fiscal não pode prosperar, haja vista que não foram desenvolvidos os roteiros de fiscalização que pudessem comprovar a acusação do Fisco.

Assim, as exigências deste item devem ser canceladas.

3- Saída de mercadorias a destinatários diversos daqueles constantes nos documentos fiscais

Relativamente a esta irregularidade, a defesa argumenta que a ação fiscal se deu no trânsito, portanto não pode se referir a uma verificação fiscal de obrigações do contribuinte, compreendendo períodos passados. Afirma, também, que o ICMS já foi retido e recolhido, razão pela qual pede a aplicação do disposto no art. 112 do CTN.

Traz várias decisões do CC/MG em casos análogos, em que são julgadas procedentes as impugnações por não haver flagrante de entrega de mercadorias a destinatários diversos, tão pouco declaração negativa de recebimento.

Neste caso, os documentos que dão suporte à acusação encontram-se nos autos às fls. 46/65 e referem-se a remessas para supostos redistribuidores, sem lançamento de inscrição estadual dos destinatários. Também neste caso, as primeiras vias das notas fiscais encontravam-se no veículo transportador.

Mais uma vez, entretanto, a acusação fiscal não restou caracterizada, haja vista que não foram realizadas as necessárias diligências junto aos supostos destinatários, no intuito de comprovar o recebimento ou não das mercadorias.

Também neste caso, a acusação correta seria de entrega de mercadorias sem documento fiscal, face a existência da primeira via dos documentos junto ao veículo. Divorciada a acusação fiscal do fato gerador, devem as exigências serem canceladas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir integralmente as exigências relativas aos itens 2 e 3 do Auto de Infração e manter apenas a Multa Isolada relativa ao item 1 do Auto de Infração, no tocante às saídas desacobertas de 13.758 quilogramas de GLP (1.041 botijões P13 + 05 botijões P45). Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Aparecida Gontijo Sampaio. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume.

Sala das Sessões, 20/09/01.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

CC/MIG