

Acórdão: 15.134/01/3^a
Impugnação: 40.10104399-27
Impugnante: JF Comércio de Combustíveis Ltda.
Proc. Suj. Passivo: Amanajós Pessoa da Costa
PTA/AI: 01.000138167-11
Inscrição Estadual: 062.076675-0034
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Constatou-se através de levantamento quantitativo que o sujeito passivo deu entradas em gasolina e álcool desacobertas de documentação fiscal. Infração caracterizada. Mantidas as exigências de ICMS/ST, MR e MI.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - Apuração de saídas desacobertas de álcool e gasolina, mediante levantamento quantitativo. Correta a exigência da multa isolada. À unanimidade acionou-se o permissivo legal previsto no art. 53, § 3º, da Lei 6763/75 para reduzir a MI capitulada no art. 55, Inciso II, da Lei 6763/75 à 5% (cinco por cento) de seu valor.

Lançamento Procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada, apuradas através de levantamento quantitativo no período de 01/08/00 a 14/03/01:

1 - Entradas de gasolina e álcool desacobertas de documentação fiscal. Exigências de ICMS/ST, MR (50%) e MI (prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75);

2 - Saídas de gasolina e álcool desacobertas de documentação fiscal. Exigência de MI (prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído Impugnação de fls. 431/440.

Após devolução dos documentos e livros que deram suporte à presente autuação, a Autuada comparece novamente aos autos, fls. 571/581, ratificando entendimento anteriormente externado.

O Fisco manifesta às fls. 583/587, refutando as alegações da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 591/598, opina pela procedência parcial do Lançamento, para reduzir a multa isolada relativa às saídas desacobertas à 20%, nos termos do art. 55, inciso II, alínea “a”, da Lei 6763/75.

DECISÃO

DA PRELIMINAR:

A Impugnante argüi a nulidade do AI, entendendo que houve cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o Fisco juntou apenas “amostragem” dos documentos que deram origem ao lançamento, bem como por estar em poder da Justiça documentos essenciais para sua defesa.

Entretanto, os documentos e livros fiscais que alicerçaram o presente Auto de Infração foram devolvidos à Impugnante, conforme comprova-se pelos documentos de fls. 442 e 568, sendo-lhe reaberto o prazo de 30 dias para apresentação de nova Impugnação. Desta forma, fora sanada a falha inicialmente existente no presente processo, não restando prejudicado o direito de ampla defesa.

Outrossim a juntada por “amostragem” de documentos fiscais pelos fiscais autuantes não prejudica o trabalho fiscal, uma vez que o contribuinte encontra-se de posse das notas fiscais de entradas e saídas relacionadas no levantamento quantitativo, desde 05/07/2001. (Inclusive consta, também, dos autos cópias dos Livros: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS e Movimentação de Combustíveis que deram suporte ao presente lançamento.)

Ademais, apesar de ser dispensável o manuseio dos documentos apreendidos (fls. 448/536 dos autos) para conferência do levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco, como a seguir será demonstrado, a requisição dos mesmos junto à autoridade competente deveria ter sido feita pela Autuada, não sendo atribuição deste órgão julgador.

Para que não paire dúvidas sobre a irrelevância da devolução dos documentos e livros apreendidos para feitura de um “Contralevante”, é pertinente os seguintes esclarecimentos:

1º) A apreensão se dera em função da Ação Cautelar nº 079.01.012.069.3 que o Ministério Público move contra as empresas Millem Química Industrial, Big Posto e Big Metais. (Não tendo sido apreendidos no estabelecimento da Autuada, nem em sua contabilidade.)

2º) Numa análise criteriosa de “todo” material apreendido, fls. 448/536 constata-se que:

- a) a quase totalidade dos documentos e livros apreendidos não pertenciam à empresa Autuada;
- b) quanto aos documentos e livros apreendidos relativos à empresa Autuada ocorrem quatro situações:
 - b.1 - a Autuada já dispunha de 1(uma) via dos mesmos;
 - b.2 - referiam-se a períodos posteriores aos da presente autuação;

b.3 - não guardam qualquer vínculo com o vertente trabalho fiscal;

b.4 - cópias acostadas aos autos.

Vejam os:

- **Fls. 469, 470 e 481**(Documentos: “**Fechamento do Dia**” da firma **JF. Comércio de Comb. Ltda.**); *Situação b.3*
- **Fls. 471** (Documentos: “**Intimações e Controles Quantitativos**”); *Situação b.3*
- **Fls. 472** (Documento: “**Relação**” de notas fiscais emitidas para contribuintes do ICMS da empresa **J F Com. de Comb. Ltda.**); *Situação b.1 (NFs de entradas e saídas devolvidas à empresa Autuada, fls. 568.)*
- **Fls. 477** (Documentos: **DECA e Alterações contratuais da Autuada**); *Situação b.3*
- **Fls. 453** (Documentos: **Blocos de notas fiscais série “D” nº 000.001 a 000.100 preenchido até 000.009, as demais em branco**). *Situação b.1 Impugnante recebeu “via da contabilidade” destes documentos, fls. 568;*
- **Fls. 453** (**Blocos de notas fiscais série “D1” nº 000.101 a 000.650 utilizados, à exceção das NFs 000.403 a 000.450, que estavam em branco**). *Situação b.1 Autuada recebeu “via da contabilidade” dos documentos de nº 000.002 a 000.530, os demais não dizem respeito a vertente autuação, conforme constata-se pelos registros do livro de Saídas, fls. 60.*
- **Fls. 472** (**NFs série “D1” nº 000.617 a 000.641, e 000.643 a 000.650**. *Situação b.2, conforme se comprova pelo Livro Registro de Saídas, fls. 60.*
- **Fls. 527** (**Reduções Z, período 01 a 19/04/01**). *Situação b.2 Período não compreendido na presente autuação;*
- **Fls. 527** (**Livros de Movimentação de Combustíveis**). *Situação b.4*

DO MÉRITO:

O procedimento adotado pelo Fisco para apurar as saídas desacobertas encontra previsão legal no art. 194, inciso II, do RICMS/96.

As quantidades de entradas e saídas desacobertas de álcool e gasolina estão demonstradas no Quadro II, (fls. 11).

Alicerçaram o levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco (fls. 16/36): a contagem física de mercadoria em estoque em 14/03/01 (fls. 86), as notas fiscais de aquisições de combustíveis, os documentos relativos às saídas (inclusive cupom fiscal), bem como os livros de Registro de Entradas, Saídas, Apuração do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As saídas apuradas no levantamento quantitativo correspondem ao EI + Entradas – Estoque Final.

As SAÍDAS DESACOBERTADAS apuradas pelo Fisco foram obtidas através da diferença existente entre : Saídas constantes do LMC ou do levantamento quantitativo (a que for maior) e aquelas apuradas através dos documentos fiscais emitidos pela Autuada.

ENTRADAS DESACOBERTADAS = Saídas constantes do LMC (ou saídas com NF) – Saídas pelo levantamento quantitativo.

A Impugnante não trouxe aos autos quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de forma objetiva, para contraditar o levantamento, no sentido de se demonstrar os pontos porventura conflitantes. Não foram questionadas em momento algum as quantidades adotadas e apuradas pelo Fisco.

No tocante ao arbitramento dos valores das operações (**Quadro III**), o procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelo artigo 194, § 4º, c/c os art. 53, inciso IV, e 54, inciso IX, todos do RICMS/96.

O § 4º do artigo 194 determina como parâmetro para arbitramento o preço unitário das saídas ou entradas mais recentes verificadas no período, sem prejuízo, entretanto, do disposto nos artigos 53 e 54 do RICMS/96.

O artigo 53, inciso IV determina o arbitramento dos valores das operações nos casos em que ficar comprovado a não emissão regular de documento fiscal.

O artigo 54, inciso IX, determina como parâmetro para arbitramento o **valor médio** das operações realizadas no período de apuração.

Nesse sentido, as bases de cálculo das penalidades isoladas foram obtidas mediante a seguinte equação:

BASES DE CÁLCULO DAS MULTAS ISOLADAS = VALOR MÉDIO DE SAÍDA (dos produtos) ou VALOR MÉDIO DE ENTRADA (dos produtos apurados em LQFD) x QUANTIDADE DE SAÍDAS DESACOBERTADAS ou QUANTIDADE DE ENTRADAS DESACOBERTADAS.

Em relação à metodologia utilizada pelo Fisco para o cálculo do ICMS-ST, o procedimento encontra-se de conformidade com o disposto no artigo 375, inciso II, do Anexo IX, do RICMS/96 (**Quadros V e VI**). Não há que se falar em abatimento do ICMS devido pelas operações anteriores, uma vez que as entradas das mercadorias se deram desacobertadas de documentação fiscal.

A responsabilidade da Contribuinte pelo ICMS-ST encontra-se prevista no artigo 29, § 1º, do RICMS/96:

“Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pela parcela do recolhimento devida ao Estado" (grifo nosso)

O disposto no artigo 21, inciso VII, da Lei nº 6763/75 reza ainda que:

"Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro desacompanhada de documento fiscal." (grifo nosso)

A Impugnante pleiteia a redução para 20% da MI aplicada relativa às saídas desacompanhadas, com fulcro no art. 55, inciso II, alínea "a" da Lei 6763/75.

No entanto, a redução de que trata a alínea "a" do dispositivo retro citado somente será aplicável "quando originada do confronto de documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte (aditivamente), salvo na hipótese de o contribuinte estar dispensado da escrituração e registro dos documentos fiscais".

No presente caso, por se tratar de levantamento quantitativo realizado no período de 01/08/00 a 14/03/01 (exercício aberto), os valores apurados não se originam simplesmente do confronto entre os documentos e os lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal da Autuada, mas envolve a contagem física de mercadorias efetuada pelo Fisco, que constitui parte indispensável ao levantamento e determinante do resultado apurado.

Correta, portanto, a penalidade de 40% do valor da operação, aplicada pelas saídas desacompanhadas.

Outrossim, deve ser mantido o percentual de 20% para multa isolada alicerçada no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75, uma vez que não foram atendidas as condições estatuídas neste inciso para redução desta penalidade. (A saída não fora acompanhada por documento fiscal, assim como não fora recolhido o ICMS devido.)

Os juros SELIC incidentes sobre o imposto e multas no vertente crédito tributário encontram-se previstos no art. 226, da Lei 6763/75 e na Resolução n.º 2.880 de 13/10/97 exarada pelo Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais.

Ademais o art. 88, inciso I, da CLTA/MG, Decreto n.º 23.780/84, determina, ainda, que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Vale acrescentar, ainda, que não há duplicidade na aplicação de penalidades para um mesmo fato gerador visto que exigiu-se pelas entradas desacompanhadas a multa isolada prevista no art. 55, inciso XXII, da Lei 6763/75 e multa isolada disposta no art. 55, inciso II, da mesma Lei, pelas saídas desacompanhadas. (Não há exigência fiscal relativa a manutenção de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a Terceira Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em rejeitar a arguição de nulidade do AI. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Vander Franciso Costa que acatavam tão somente a proposta de suspensão do julgamento para momento posterior. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o Lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros retro citados que o julgavam parcialmente procedente, para reduzir a MI prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75, a 50% (cinquenta por cento) de seu valor. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, previsto no art. 53, § 3º, da Lei 6763/75, para reduzir a MI prevista no art. 55, inciso II, da Lei 6763/75, a 5% (cinco por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros anteriormente mencionados, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Amanajós Pessoa da Costa e pela Fazenda Pública a Dra. Gleide Lara Meirelles Santana.

Sala das Sessões, 21/11/01.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora**