

Acórdão: 16.639/04/1ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110849-87
Impugnante: Distribuidora de Petróleo Montes Claros Ltda
Proc. S. Passivo: Luciana Soares Santos
PTA/AI: 01.000140958-99
Inscr. Estadual: 433.198629.00-54
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÁLCOOL HIDRATADO - ENTRADA DESACOBERTADA. Infração caracterizada pela inexistência, no estabelecimento do contribuinte, de notas fiscais de entrada de álcool hidratado relativas às notas fiscais de saída. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para acatar a reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco e, ainda, excluir a parcela de imposto e respectiva Multa de Revalidação, correspondentes à diferença entre o valor declarado e o arbitrado pelo Fisco, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Legítima a Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso XXII, da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter promovido a entrada desacobertada de 1.419.175 litros de álcool hidratado, em setembro de 2002, no estabelecimento autuado, sem o devido recolhimento do ICMS/ST.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 350/353, aos argumentos seguintes:

- apresentou a documentação exigida por TIAF, ainda que parcialmente;
- tanto as aquisições quanto as saídas de álcool se deram com notas fiscais;
- realmente não recolheu o ICMS incidente nas operações, todavia, não admite o valor arbitrado nas saídas, dado que foi tomado o preço de consumidor, enquanto opera como atacadista;
- não acata a multa isolada, em face da existência dos documentos relacionados com as aquisições;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- deve ser afastada a multa de revalidação pois não agiu com má-fé;
- grande parte das irregularidades se deve à falta de contabilista responsável pelo estabelecimento por ocasião dos fatos geradores;
- cumpriu todas as obrigações acessórias.

Ao final, pede a procedência parcial do lançamento.

O Fisco, em manifestação de fls. 460/469, refuta as alegações da defesa, nos termos que se seguem:

- da primeira vez em que esteve no estabelecimento, nenhum documento ali se encontrava e aqueles entregues em 20 de setembro de 2002, força do TIAF nº 136319, eram apenas parte dos solicitados;
- nova visita, em 24 de setembro de 2002, permitiu constatar a inexistência de estoque de combustíveis e o desuso, até então, da tancagem, donde a conclusão de não recebimento de uma gota de álcool sequer;
- é absurdo que uma empresa operante nesse setor não tenha um contador responsável;
- a emissão de várias notas em 13 de setembro de 2002, data da primeira visita, contraria afirmação impugnatória de inexistência de pessoa responsável no estabelecimento, que pudesse entregar a documentação requisitada;
- analisando as circunstâncias factuais e as notas fiscais juntadas com a Impugnação, diversas delas 2ªs vias, outras de compras e transferências de São Paulo, porém, sem qualquer carimbo fiscal, decidiu por desclassificar todas as de aquisição, por entendê-las fruto de ajuste com fornecedores, devendo-se a emissão para encobrir a ausência real, por ocasião das visitas fiscais ao estabelecimento, o que resultou em alteração do crédito tributário para maior;
- elaborou planilha para, por amostragem, permitir a visualização da concatenação das notas fiscais de aquisição com as de revenda, não se explicando onde o estoque de álcool poderia estar armazenado;
- justifica a alteração do crédito alegando não modificação da natureza jurídica do lançamento, mas revisão, para tanto invoca os artigos 145, 147 e 149 do Código Tributário Nacional.

Pede, ao final, a improcedência da impugnação.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fl. 481, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 482/484, importando em nova alteração do crédito tributário, agora para menor.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mesmo após ter sido devidamente notificado desta alteração, o sujeito passivo não se manifestou.

A Auditoria Fiscal, em Parecer de fls. 490/494, opina pela procedência parcial do lançamento para que seja mantida a aplicação da multa isolada.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter promovido entrada desacoberta de 1.419.175 litros de álcool hidratado, em setembro de 2002, no estabelecimento autuado, sem o devido recolhimento do ICMS/ST.

Para análise de mérito do lançamento ora em apreciação faz-se imprescindível fornecer mais esclarecimentos sobre as circunstâncias de fato e sobre as alterações procedimentais de autoria do Fisco.

Nesta linha cumpre esclarecer que a fiscalização levada a efeito no estabelecimento da Impugnante foi movida em decorrência do bloqueio da matriz, em Paulínia – SP, como substituta tributária nas operações com combustíveis para Minas Gerais.

Pelas informações nos autos, o estabelecimento autuado não armazenava combustível, certamente revendendo-o diretamente aos destinatários quando da compra junto aos fornecedores. Frise-se que de conformidade com tal procedimento sequer os blocos de notas fiscais lá se encontravam por ocasião da primeira visita fiscal, nem mesmo a documentação relativa às aquisições, não havendo como comprovar sua existência face a não apresentação.

A partir daí temos que parte da documentação foi entregue em 20 de setembro de 2002 e parte em 24 de setembro de 2002, quando do retorno do Fisco ao estabelecimento, conforme TIAF 136320. Tais documentos ensejaram a emissão do Auto de Infração, alicerçado nas planilhas de fls. 08/16.

O procedimento adotado pela fiscalização foi o cotejo das notas de entrada com as de saída.

Por meio deste procedimento a Fiscalização apurou entrada desacoberta de 1.419.175 litros de álcool hidratado, tributando-o à alíquota de 25%, e cobrando a Multa de Revalidação correspondente. Para tanto adotou-se o preço a consumidor na praça, conforme atestam os documentos de fls. 35/42.

Para efeito da base para cálculo da Multa Isolada por entradas sem notas, a Fiscalização empregou a média unitária das notas fiscais de entrada a que teve acesso (R\$0,57 por litro).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como destacou a Auditoria Fiscal, encabeçam o Auto de Infração as seguintes ocorrências:

- ICMS – Circulação de mercadoria – Entrada, saída e/ou estoque desacoberto – código 1198 – Levantamento Quantitativo;

- ICMS – Circulação de mercadoria – Obrigação Acessória – código 1248 – Falta de apresentação de livro/doc. fiscal/arquivo magnético;

- ICMS – Circulação de mercadoria – ST – TELHAS - código 1392 – Falta de retenção/recolhimento do ICMS/ST.

Não obstante, o histórico relatou “entradas desacobertas e não recolhimento do ICMS/ST”.

Na verdade, esta é a acusação que salta aos olhos, analisando a documentação inserta nos autos.

Desta forma entendemos que, das ocorrências acima citadas, deve prevalecer apenas a primeira.

Posteriormente, quando de Manifestação Fiscal, após a Impugnação, o Autuante entendeu não se prestasse qualquer nota fiscal de entrada para comprovar as aquisições, seja por falta de carimbo, por falta da primeira via, ou por não ter havido armazenamento, ou mesmo por entender resultassem de mero arranjo com os fornecedores, desclassificando-as na totalidade, para considerar entrado desacoberto todo o álcool constante das notas fiscais de venda. Isso implicou na majoração do crédito tributário, conforme se vê às fls. 472/473.

Só após a diligência movida pela Auditoria Fiscal em 28 de outubro de 2003, é que o Fisco trouxe aos autos a notícia de que teria sido lavrado outro PTA, de natureza não contenciosa, em 06 de março de 2002, com crédito já inscrito em dívida ativa, para exigência de débito declarado em DAPI, correspondente às vendas objeto das notas fiscais de saída presentes neste PTA.

Optou, então, por excluir o ICMS declarado, mantendo, entretanto, exigência de imposto complementar e das multas, de Revalidação e Isolada, por entradas desacobertas.

Justifica a exigência do imposto e da respectiva Multa de Revalidação (complementares), ao argumento de que o valor declarado (do DAPI) era inferior ao arbitrado pelo Fisco (R\$0,89 por litro).

Este procedimento obviamente resulta em alteração de critério jurídico. Em nenhum momento houve acusação, nos autos, de subfaturamento de base de cálculo nas saídas ou de utilização de base de cálculo inferior à prevista na legislação, para efeito de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas saídas de álcool hidratado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É bem verdade que o DAPI referente a setembro/02 (período autuado) só fora transmitido em 17 de novembro de 2002, após o recebimento, pelo sujeito passivo, do Auto de Infração. Mas houve admissão, por parte da Fazenda Pública, do débito declarado, tanto que lavrou o PTA de Omisso.

A exigência fiscal de tributo em dois libelos, um contencioso e outro não contencioso, caracteriza *bis in idem*. Como o não contencioso já se encontra inscrito em Dívida Ativa, evidentemente resta prejudicado o contencioso, quanto à exigência desse imposto.

Correta não se faz a manutenção da exigência da diferença entre o valor declarado e o arbitrado pelo Fisco, força de mudança de critério jurídico, exigência sem acusação, que não poderá prevalecer.

Tocante a Multa Isolada por entradas desacobertas, relacionada com o total das aquisições, entendemos acertado o feito fiscal.

À exceção das notas fiscais 043985 e 043986, nenhuma outra de compra possui carimbos de fiscalização de trânsito.

Das 75 (setenta e cinco) notas relacionadas no Livro Registro de Entradas (fls. 361/362), 31 (trinta e uma) são 2^{as} vias. Onde as primeiras, 24 (vinte e quatro) daquelas com primeira via são de transferência da matriz, contudo, saindo de Paulínia – SP para Montes Claros – MG sem nenhum visto de fiscalização. Ademais, as notas fiscais de fls. 384, 386, 389, 390, 397, 399 e 400 trazem como data de emissão 12 de setembro de 2002, mas constam do Livro Registro de Entradas (fls. 361/362) como se emitidas em 23 de setembro de 2002.

Dessarte, resta caracterizada a acusação de entradas desacobertas, ensejando a correta aplicação da Multa Isolada do artigo 55, inciso XXII, da Lei nº 6.763/75, com a redação vigente à época dos fatos, *in verbis*:

"Art. 55- As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

.....

XXII - por dar entrada a mercadoria desacoberta de documento fiscal, 20% (vinte por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 10% (dez por cento), na hipótese de a saída ter sido acobertada com documento fiscal e o imposto regularmente recolhido.

....."

Quanto à exigência do ICMS complementar, decorrente do arbitramento, não deverá prevalecer, mesmo porque efetuada sem fundamentação legal e caracterizadora de inovação no contencioso.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 13/07/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ

CC/MG