

Acórdão: 16.100/04/2<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010113389-20  
Impugnante: Revendedora de Gás M.M. Ltda.  
Proc. S. Passivo: Carlos Eduardo Ávila Couto  
PTA/AI: 16.000094553-76  
Inscr. Estadual: 687.642998.00-99  
Origem: DF/Ipatinga

**EMENTA**

**RESTITUIÇÃO – MERCADORIA – ENTREGA DESACOBERTADA - ICMS, MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - Exigência fiscal calcada na acusação de entrega de mercadorias desacobertas de documentos fiscais. Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Exigências parcialmente mantidas para restituir os valores inerentes ao ICMS e à MR. Impugnação parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.**

**RELATÓRIO**

A ora Impugnante pleiteia da Fazenda Pública Estadual, a restituição da importância de R\$4.768,07 , ao argumento de que:

- as circunstâncias fáticas que envolveram aquela operação e que se encontram cabalmente comprovadas nos autos acabaram sendo desconsideradas pelo Fisco, tanto no momento da exigência originária, quanto no pedido de restituição;

- seguindo-se com cuidado, passo a passo os acontecimentos relatados, confrontando os documentos dos autos, tem-se perfeitas condições de perceber que foi indevido o recolhimento levado a efeito, no qual se pretende a restituição;

- dedica à revenda de gás liquefeito de petróleo e que serve-se dos sistemas de vendas direta e venda ambulante, utilizando-se manifesto nas vendas ambulantes;

- Garante que no caso em tela a empresa adquiriu as mercadorias da Shell Gás em 11/08/2003, emitindo a nota fiscal n.º 010969 nesta mesma data, que seria o manifesto. A mercadoria foi retirada da Shell no dia 12/08/2003 que emitiu a nota fiscal n.º 289362;

- as notas fiscais n.º 006236 e 006237, que acompanhavam o manifesto citado, emitidas em 13/08/2003 referem-se à totalidade das mercadorias constantes da nota fiscal n.º 289362 emitida pela Shell Gás.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ao retornar com os vasilhames ocorreu a abordagem do veículo, quando o fisco entendeu que houvera entrega de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

- nenhum prejuízo foi causado ao Fisco pela emissão do manifesto em 11/08/2003 com data anterior à de emissão da nota fiscal da Shell Gás, com data de 12/08/2003, e que não havia a menor necessidade de esperar a chegada da mercadoria em seu estabelecimento em Timóteo para, então, emitir o manifesto;

- mesmo se existisse alguma eventual irregularidade na escrita do contribuinte, na forma como passou a ser sustentado pela fiscalização, não seria esta a justificativa que naquela operação teria ocorrido "entrega desacoberta de documento fiscal;

- presunção não é fato gerador (cita o Acórdão 9.709/91/3ª do CC/MG e trechos deste, bem como Apelação Civil n.º 131.086-1/00 do TJMG);

- as operações com gás liquefeito de petróleo é cobrado e recolhido por substituição tributária, o que prejudicaria qualquer eventual interesse de se promover sua entrega desacoberta de documentação fiscal;

- quanto a base de cálculo utilizada pelo fiscal, afirma que não conseguiu identificar a origem dos valores atribuídos para se chegar ao ICMS e penalidades;

- o transporte de botijões (vasilhame) encontra-se ao abrigo da letra "b" do Inciso I do art. 1º da Resolução 3.111, de 01/12/2000.

- cita Acórdão 15.303/03/2ª do CC/MG, cuja decisão cancelou-se as exigências fiscais relativas pela não caracterização do fato gerador no transporte de vasilhame.

O Chefe da AF/III/ Ipatinga, em despacho de fls. 32, decide indeferir o Pedido.

Inconformada com a decisão supra, a Requerente, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, apresenta Impugnação de fls.34/42, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 50/52.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 54/58, opina pela procedência parcial da Impugnação.

---

### **DECISÃO**

A ação fiscal, que culminou com a lavratura do DAF n.º 04.315485.12, teve como acusação a entrega de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacobertas de documentos fiscais, vez que no veículo transportador estava a nota fiscal n.º 289362, desacompanhada das mercadorias.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Contribuinte, após efetuar o pagamento do tributo e multas, protocolou pedido de restituição de indébito do ICMS e das penalidades, indeferido pela autoridade fiscal.

A legislação tributária vigente à época dos fatos, nas operações com gás liquefeito de petróleo, previa o regime de substituição tributária, e nos art. 360 e 362 do Anexo IX do RICMS/02, determinava:

"Art. 360 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

I - ao produtor nacional de combustíveis, situado nesta ou em outra unidade da Federação, em relação a gasolina automotiva, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP) e álcool etílico anidro combustível (AEAC) adicionado à gasolina pelas distribuidoras, ainda que o álcool não tenha saído de seu estabelecimento, observado o disposto no inciso I do caput do artigo 379 desta Parte;

(...)

Art. 362 - O adquirente dos produtos de que tratam os artigos anteriores deste Capítulo, ressalvadas as hipóteses neles previstas, sem retenção do imposto por substituição tributária, no todo ou em parte, ainda que desobrigado o remetente, fica responsável pela referida retenção."

A nota fiscal n.º 289362, emitida por Shell Gás (LPG) Brasil S/A, cuja mercadoria não se encontrava no veículo transportador no momento da ação fiscal, consta no campo "dados adicionais" os valores de Base de Cálculo ICMS/ST origem R\$14.525,50 e o respectivo ICMS/ST origem R\$2.019,42, que em momento algum foi contestado o seu não recolhimento pelo Fisco.

Na exigência fiscal está plenamente caracterizada a entrega das mercadorias constantes da nota fiscal n.º 289362, cujo destinatário é o estabelecimento da Impugnante em Timóteo, sem emissão de notas fiscais quando da entrega dos produtos aos respectivos destinatários por parte daquela, infringindo as disposições do artigo 16, Incisos VI e VII da Lei 6763/75.

Entretanto, é razoável que sendo as mercadorias sujeitas à substituição tributária, que a exigência recaia tão-somente quanto a falta de emissão de documentos

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais, ou seja, seja aplicada a penalidade isolada prevista no art. 55, Inciso II da Lei 6763/75, cujo valor da base de cálculo foi extraído do valor total da NF n.º 289362.

É entendimento deste CC/MG, como podemos verificar nos Acórdãos n.º 15.347/03/2ª, 15.043/02/2ª e 2.099/00/CE, que nos casos em que há previsão de recolhimento do ICMS pelo regime de substituição tributária, tem-se excluído a exigência do ICMS e Multa de Revalidação, quando se trata de entrega de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem o respectivo documento fiscal, uma vez presumir-se a retenção e o recolhimento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação para que sejam restituídos os valores inerentes ao ICMS e à MR. Vencidos, em parte, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Antônio César Ribeiro, que julgavam procedente a Impugnação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Aparecida Gontijo Sampaio.

**Sala das Sessões, 30/11/04.**

**Francisco Maurício Barbosa Simões**  
**Presidente/Relator**

*Mr*

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

---

Acórdão: 16.100/04/2<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010113389-20  
Impugnante: Revendedora de Gás M.M. Ltda.  
Proc. S. Passivo: Carlos Eduardo Ávila Couto  
PTA/AI: 16.000094553-76  
Inscr. Estadual: 687.642998.00-99  
Origem: DF/Ipatinga

---

Voto proferido pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Pelo relato do Fisco de fls. 25/26, como poderia a Autuada ter entregue a mercadoria da Shell desacobertada de documento fiscal, considerando-se o entendimento do Fisco de que os botijões encontrados no veículo, no ato da abordagem, serviram para a entrega da mercadoria referente à nota fiscal manifesto da própria empresa?

Se o Fisco entende que a mercadoria entregue em 13.08 era a referente à nota fiscal manifesto, de 11.08, como ele poderia ter entregue, sem nota fiscal, uma mercadoria que saiu da Shell em 12.08?

Poder-se-ia dizer tratar-se de “crime impossível”.

Diante do exposto, julgo procedente a Impugnação.

**Sala das Sessões, 30/11/04.**

**Edwaldo Pereira de Salles  
Conselheiro**