

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.414/12/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000170613-32
Impugnação: 40.010130418-86
Impugnante: Auto Posto Fortaleza Ltda
IE: 001051584.00-09
Proc. S. Passivo: Marcos Almeida Junqueira Reis/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS – COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES. Constatou-se, mediante cotejo dos documentos extrafiscais, regularmente apreendidos no estabelecimento autuado, com a escrita fiscal da Contribuinte, a entrada desacoberta de documentação fiscal de mercadoria sujeita à substituição tributária (combustível). Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c o § 2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75. Entretanto, a base de cálculo da multa isolada deve ser adequada levando-se em consideração o preço médio mensal do litro do combustível adquirido no período.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTOS EXTRAFISCAIS – COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES. Constatou-se, mediante cotejo dos documentos extrafiscais, regularmente apreendidos no estabelecimento autuado, com a escrita fiscal do contribuinte, a saída desacoberta de documentação fiscal de combustível (álcool/gasolina/diesel). Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – SAÍDA FICTÍCIA. Constatado que a Autuada emitiu nota fiscal que não correspondeu a uma efetiva saída de mercadoria (álcool/gasolina) do seu estabelecimento. Infração caracterizada nos termos do art. 15, Anexo V do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso III da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades praticadas pela Autuada no período de 14/07/08 a 26/02/09 e de 01/01/10 a 25/04/10:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - entrada desacobertada de documentação fiscal de combustível (álcool, diesel e gasolina).

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o § 2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75.

2 - saída desacobertada de documentação fiscal de combustível (álcool, diesel e gasolina).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75.

3 - emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de combustível (álcool/gasolina).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III da Lei nº 6763/75.

Tais irregularidades foram constatadas por meio do confronto dos documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento comercial autuado, em cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão Judicial, acostado às fls. 17/18, e os dados da escrita fiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1316/1326 e documentos de fls. 1333/2906.

A Fiscalização em manifestação de fls. 2913/2927, refuta as alegações da defesa, requerendo a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 2932/2945 opina pelo indeferimento do pedido de perícia e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, adequando a base de cálculo da multa isolada, relativa às entradas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal, ao valor do preço médio das aquisições mensais dos combustíveis ocorridas no período fiscalizado.

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, com pequenas alterações de estilo.

Da Preliminar

A Impugnante requer a realização de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 1322/1326 e indicando Assistente Técnico às fls. 1326.

A realização de prova pericial consiste em uma vistoria ou exame de caráter técnico especializado, capaz de suprir as dúvidas daquele que não é o especialista no assunto sob análise.

Vale destacar que a técnica fiscal adotada tratou do cotejo diário das vendas realizadas pela Contribuinte e declaradas em seus controles extrafiscais com os LMCs –

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Livros de Movimentação de Combustíveis, acusando as diferenças objeto deste Auto de Infração.

No caso dos autos, os quesitos apresentados versam sobre fatos ou situações de conhecimento pleno da Fiscalização e da própria Autuada, trazidos à baila com o intuito de reforçar convicções já afirmadas pela defesa, como por exemplo:

- qual o estoque inicial de óleo diesel em 14/07/08 no LMC; qual é o quantitativo adquirido de óleo diesel no SINTEGRA no período autuado; qual o estoque final de diesel em 25/04/10 inscrito no LMC; qual é o quantitativo de diesel escriturado no LMC no período autuado; qual o marco inicial da venda de diesel em 14/07/08 inscrito no caderno paralelo; qual o marco final de diesel em 25/04/10 no caderno paralelo; qual o quantitativo de vendas de diesel conforme caderno paralelo nos 02 (dois) anos autuados; qual a diferença entre a venda escriturada e a do controle paralelo.

Como se pode observar, a Impugnante tenta, via respostas aos quesitos, comprovar que no levantamento mensal as diferenças entre as vendas do LMC e do controle paralelo são menores. Todavia, vale lembrar que o levantamento efetuado pelos Autuantes nos presentes autos foi diário.

Vale destacar, por oportuno, que todo o procedimento adotado no presente lançamento é tecnicamente idôneo, encontrando supedâneo nos incisos I e V do art. 194 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal;

Ademais, a Fiscalização demonstra que todos os questionamentos encontram respostas no PTA ou nos documentos da própria empresa, o que retira a necessidade de perícia.

Com efeito, os quesitos formulados foram todos tratados pelo Fisco por ocasião da Manifestação Fiscal (fls. 2913/2927).

O art. 142 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 assim dispõe:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

Diante do exposto, resta comprovada a desnecessidade da produção da prova pericial.

Do Mérito

Consoante relatório inicial, o presente lançamento trata da apuração de entradas e saídas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal, bem como versa sobre emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de combustível.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III e das Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso II (c/c o § 2º e majorada em 100% - art. 53, §§ 6º e 7º) e inciso III, todos da Lei nº 6763/75.

Inicialmente cumpre destacar que a Fiscalização constatou as irregularidades a partir do confronto entre as informações contidas nos controles extrafiscais, apreendidos mediante busca e apreensão judicial, realizada no dia 27/04/10, na sede da empresa autuada, e os dados da escrita fiscal.

Os documentos extrafiscais apreendidos foram, naquela oportunidade, discriminados no Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 006031, acostado às fls. 19 dos autos.

Posteriormente, quando da deslacrção dos invólucros, estes documentos apreendidos foram detalhadamente relacionados conforme Anexo ao AAD nº 006031 datado de 03/05/10 (fls. 22/23).

Ressalte-se que todos os procedimentos de lacração dos documentos, efetuados durante a busca e apreensão, foram acompanhados por funcionária da empresa autuada que recebeu o AAD nº 006031 (fls. 19/verso), bem como também recebeu o “Auto de Intimação” de 27/04/10 para acompanhar a deslacrção dos invólucros contendo o material apreendido na citada operação.

Já o procedimento de deslacrção dos volumes contendo os documentos apreendidos, bem como a discriminação dos mesmos foram acompanhados por procurador da Autuada, conforme termos de fls. 22/24.

Portanto todos os controles extrafiscais que embasaram o lançamento em análise, a saber: formulários denominados “Resumo do dia” e “Movimento do dia”, acostados às fls. 800/1279, nos quais o contribuinte discrimina diariamente o movimento de venda por produto, por turno e até a venda acumulada do mês, estavam acondicionados inicialmente nos sacos plásticos que posteriormente foram deslacrados, tendo sido relacionados conforme “Anexo ao AAD 006031 série 001”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Imperioso salientar que a SEF/MG obteve autorização judicial para o compartilhamento das provas obtidas na citada busca e apreensão conforme documentos de fls. 25/27.

Na peça de defesa, notadamente às fls. 1319, a própria Impugnante afirma que os formulários apreendidos pela Fiscalização são meros “acertadores” de repasse de turnos de trabalho no Posto de Combustível e controles de vendas a prazo.

Alega, ainda, a Impugnante que o controle paralelo apreendido é o encerramento e rendição dos três turnos diários, que se encerram às 06:00, 14:00 e às 22:00 hs e anotações de venda a prazo.

Compulsando os documentos extrafiscais intitulados de “Movimento do dia” verifica-se que neles constam por bomba de combustível o encerrante de fechamento e o de abertura, a quantidade em litros de combustível comercializada e o valor em reais por bomba e o somatório das vendas efetuadas por dia.

Já nos controles paralelos denominados de “Resumo do dia” constam além de outras informações as vendas diárias em litros por tipo de combustível.

Observe-se que a Fiscalização descreve as informações registradas dos controles extrafiscais em anexo ao Auto de Infração denominado de “Anexo Explicativo sobre as provas compartilhadas”, fls. 81/82.

Assim, é fato incontroverso que os documentos extrafiscais foram preenchidos pelos empregados da Autuada e que se referem ao controle da real movimentação de combustível no estabelecimento, não havendo margem de dúvida quanto a sua propriedade e finalidade.

A alegação da defesa de que tais controles extrafiscais referem-se ao grupo econômico da Autuada não prospera, haja vista que todos contêm no cabeçalho a razão social da empresa autuada “Auto Posto Fortaleza”.

Desse modo, não há como acatar o argumento da Impugnante de que tais documentos se prestam para outros fins que não o de controlar a movimentação de combustíveis realizada no posto autuado.

Reitere-se, pela importância, que as provas, utilizadas pelo Fisco mineiro, foram coletadas, apuradas e utilizadas no procedimento administrativo do lançamento, acobertadas por autorização judicial em todas as suas fases.

Nessa linha de raciocínio, merece destaque as disposições do art. 226 do Código Civil Brasileiro:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos. (Grifou-se)

Feitas as considerações acima passa-se a análise das irregularidades constatadas.

1 e 2 – entradas e saídas de combustíveis (álcool, gasolina e diesel) desacobertadas de documentação fiscal.

Conforme já relatado, os documentos extrafiscais utilizados pela Fiscalização, nos presentes autos, para o cotejo com a escrita fiscal da empresa autuada, foram os formulários intitulados “Resumo do Dia” e “Movimento do dia”, acostados às fls. 800/1279.

A Fiscalização confrontou os dados das diversas anotações contidas em tais controles extrafiscais, nos quais o Contribuinte discrimina diariamente o movimento de venda por produto, por turno e até a venda acumulada do mês, com as informações de vendas/aquisições declaradas na escrita fiscal no mesmo período, apurando-se entradas e saídas de mercadorias (álcool/gasolina/diesel) desacobertadas de documentação fiscal.

Apurou-se, também, a emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de mercadorias (álcool/gasolina), no período 14/07/08 a 26/02/09 e de 01/01/10 a 25/04/10.

Saliente-se que a Fiscalização detalhou em anexo ao Auto de Infração, acostado às fls. 1309/1311, os cálculos efetuados para levantamento das irregularidades constatadas, bem como na manifestação fiscal, nos seguintes termos:

A fórmula abaixo apura a saída de mercadorias com base nos registros do LMC:

ESTOQUE INICIAL + COMPRAS – ESTOQUE FINAL + PERDAS – SOBRAS = SAÍDA APURADA.

Com base nos dados da fórmula acima e das saídas do controle paralelo, realizamos o cálculo das entradas desacobertadas, através da seguinte fórmula:

(ESTOQUE FINAL + SAÍDA REAL DO CONTROLE PARALELO – ESTOQUE INICIAL) – COMPRAS - PERDAS + SOBRAS = **ENTRADAS DESACOBERTADAS**.

Das quantidades diárias de mercadorias comercializadas e constantes dos controles paralelos, deduzimos as quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais emitidos: NF mod. 2 e Cupons Fiscais. Se houver diferença positiva teremos saídas desacobertadas, eis que as quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais é inferior à quantidade efetivamente comercializada, conforme a fórmula:

SAÍDA REAL DO CONTROLE PARALELO – SAÍDAS NF SÉRIE D – SAÍDAS DOS CUPONS FISCAIS = **SAÍDA DESACOBERTADA**.

Se da mesma fórmula acima encontrarmos diferença negativa, teremos emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída, isso porque as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais é superior à quantidade efetivamente comercializada.

Se a quantidade de mercadoria comercializada e informada no controle paralelo for inferior à quantidade informada no LMC, teremos saída de mercadorias fora do encerrante. Isso porque as quantidades comercializadas e informadas nos controles paralelos foram obtidas com base nas anotações dos encerrantes, conforme fórmula:

SAÍDA APURADA - SAÍDA REAL DO CONTROLE PARALELO
= **SAÍDAS FORA DO ENCERRANTE.**

Não é por acaso que quando existem saídas fora do encerrante teremos também emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de mercadorias ou notas fiscais graciosas, vez que as mercadorias não passaram pelos bicos das bombas de combustíveis, conforme se comprova da análise das planilhas “Levantamento das Entradas e Saídas Desacobertadas de Documentação Fiscal”, Fls. 030 a 056.

As entradas e saídas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal constam na planilha anexa ao Auto de Infração denominada de “Levantamento das entradas e saídas desacobertadas de documentação fiscal em litros do produto gasolina/álcool/diesel” (fls. 29/56).

Sobre as entradas desacobertadas foram exigidos o ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o §2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75.

Com relação às saídas desacobertadas exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, c/c o §2º, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6763/75.

Assim, o que está se exigindo no presente feito fiscal, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória pelas entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, é o ICMS devido por substituição tributária pelas aquisições de combustíveis.

Destaque-se que o regime da substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes está previsto no Convênio 110/07.

Originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento de tal imposto é o contribuinte eleito pelo legislador como substituto tributário. Entretanto, se este imposto não é retido pelo substituto, o destinatário da mercadoria é responsável pelo recolhimento do imposto não pago, conforme disposto nos §§ 18 e 19 do art. 22 da Lei 6.763/75, *in verbis*:

Art. 22 - (...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Desta forma, autorizado que foi pela legislação que rege a matéria acima reproduzida, o imposto devido por substituição tributária nas operações com combustíveis está sendo exigido da Impugnante, na qualidade de responsável tributário, por ter adquirido a mercadoria sem documento fiscal e, via de consequência, sem a devida retenção e recolhimento do imposto devido.

Cabe salientar que o ICMS/ST devido pelas entradas de combustíveis (álcool, gasolina e diesel) desacobertas de documentação fiscal foi apurado da seguinte forma:

ICMS-ST = Aquisições desacobertas de documentação fiscal (em litros) x PMPF x alíquota interna

Conforme destacado pela Fiscalização (fls. 12), o volume do combustível apurado em outros lançamentos foi por ela deduzido do cálculo do imposto, evitando-se duplicidade de exigências fiscais.

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido sobre as entradas desacobertas, cumpre esclarecer que o imposto foi exigido tomando por base as disposições previstas na legislação para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme disposto na alínea "b", item 1, do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

(...)

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

No caso dos autos, que cuida de operações com combustíveis, o valor da base de cálculo do imposto é aquele previsto e divulgado mediante Ato COTEPE, publicado no Diário Oficial da União (ver Anexo acostado às fls. 236/240), conforme previsto no Capítulo II, Cláusulas Sétima e Oitava do Convênio 110/07, *in verbis*:

CAPÍTULO II

DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula sétima - A base de cálculo do imposto a ser retido é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

Cláusula oitava - Na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, pelo valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

§ 1º Na hipótese em que o sujeito passivo por substituição tributária seja o importador, na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo valor da mercadoria constante no documento de importação, que não poderá ser inferior ao valor que serviu de base de cálculo para o Imposto de Importação, acrescido dos valores correspondentes a tributos, inclusive o ICMS devido pela importação, contribuições, frete, seguro e outros encargos devidos pelo importador, adicionado, ainda, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado também previstos em Ato COTEPE.

§ 2º O Ato COTEPE que divulgar os percentuais de margem de valor agregado deverá considerar, dentre outras:

I - a identificação do produto sujeito à substituição tributária;

II - a condição do sujeito passivo por substituição tributária, se produtor nacional, importador ou distribuidor;

III - a indicação de que se trata de operação interna ou interestadual;

IV - se a operação é realizada sem os acréscimos das seguintes contribuições, incidentes sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível:

a) Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE -;

b) Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS -;

c) Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP -;

d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS -.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º Nas operações com gasolina automotiva resultante da adição de Metil Térci-Butil Éter - MTBE -, o Ato COTEPE contemplará esta situação na determinação dos percentuais de margem de valor agregado.

§ 4º O ICMS deverá ser incluído no preço estabelecido por autoridade competente para obtenção da base de cálculo a que se refere o caput.

A alíquota aplicável no cálculo do ICMS-ST para as mercadorias (álcool/gasolina), conforme art. 42, inciso I, alínea "a", subalínea "a10" da Parte Geral do RICMS/02, com a redação vigente à época dos fatos geradores, foi de 25% (vinte cinco por cento).

Já para o produto óleo diesel a alíquota aplicada foi de 12% (doze por cento) nos termos do art. 42, inciso I, alínea "b13" da Parte Geral do RICMS/02, de acordo com a redação vigente à época.

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e da respectiva Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III do mesmo dispositivo da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

Foi aplicada também a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º da Lei nº 6763/75, conforme se verifica nos demonstrativos do crédito tributário colacionados às fls. 79/80, com a seguinte redação:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - **40% (quarenta**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos (...)

(...)

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não-incidência. Grifou-se.

Verifica-se nos demonstrativos de cálculo do crédito tributário que fora devidamente observado o limitador para tal penalidade no que tange às entradas desacobertas de óleo diesel, de acordo com o § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75.

Entretanto, a base de cálculo para aplicação da penalidade isolada relativa às entradas desacobertas deve ser o valor das aquisições referente ao período autuado. Observe-se que o Fisco utilizou como parâmetro para a citada exigência a mesma base de cálculo do ICMS-ST (quantidade de entradas de combustível x Preço Médio Ponderado Fiscal - PMPF), vide fls. 1310.

Assim, o trabalho fiscal merece reparo para adequar a base de cálculo da multa isolada relativa às entradas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal ao valor do preço médio das aquisições mensais de álcool/gasolina e diesel ocorridas no período fiscalizado, conforme a escrita fiscal do Contribuinte.

No tocante às saídas desacobertas, correta a base de cálculo adotada, qual seja, o preço praticado pelo Contribuinte para cada combustível, de acordo com as vendas escrituradas.

Saliente-se que foi devidamente observado o limitador, previsto no art. 55, § 2º da Lei nº 6763/75, para tal penalidade no que tange às saídas desacobertas de óleo diesel.

Não merece reparo, portanto, a exigência da multa isolada aplicada sobre as saídas desacobertas.

Com relação à majoração da penalidade isolada aplicada pelas entradas e saídas desacobertas, vale citar as seguintes autuações que a fundamentaram, conforme “Relatório da Comprovação da Reincidência” acostado às fls. 183/184:

- PTA nº 04.002104063-59 – data do pagamento da exigência em 16/04/08;
- PTA nº 04.002123761-12 – data do pagamento da exigência em 15/09/08.

Verifica-se que a primeira reincidência ocorreu em 16/04/08 e a segunda em 15/09/08.

Não obstante pudesse a Fiscalização majorar a penalidade em 50% (cinquenta por cento) a partir dos primeiros fatos geradores autuados ocorridos em julho/08 (data da 1ª reincidência em 16/04/08), conforme por ela descrito às fls. 1310 dos autos, constata-se que a citada majoração só foi exigida a partir de outubro de 2008 em 100% (cem por cento), conforme se extrai dos demonstrativos de fls. 79/80.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos arts 54 e 55 da Lei nº 6763/75, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes, *ex vi* do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Art. 53. (...)

§ 6º - Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subsequentes.

Assim, parcialmente corretas as exigências fiscais.

3 – emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de combustível (álcool/gasolina).

Trata-se este item do auto de infração da acusação fiscal de emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de combustível (álcool/gasolina).

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III da Lei nº 6763/75.

Verifica-se que a Fiscalização neste item do lançamento comparou as saídas diárias constantes nos controles extrafiscais com as saídas escrituradas. Resultando diferença negativa, conclui-se, corretamente, que houve emissão de documentos fiscais que não correspondem a uma efetiva saída de mercadoria.

Note-se que o Fisco utilizou-se para apurar a base de cálculo da penalidade exigida o preço praticado pelo Contribuinte para cada combustível, de acordo com as vendas escrituradas. Deste modo, correta a exigência da multa isolada, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

III - por emitir documento fiscal que não corresponda efetivamente a uma saída de mercadoria, a uma transmissão de propriedade desta ou ainda a uma entrada de mercadoria no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento - 40% (quarenta por cento) do valor da operação indicado no documento fiscal;

O questionamento da defesa de que não é possível haver venda desacobertada e simulação de venda ao mesmo tempo é procedente. Isso é exatamente o que foi apurado pela Fiscalização conforme observa-se na planilha “Levantamento das Entradas e Saídas Desacobertadas de Documentação Fiscal”, (colunas “Saídas Desacobertadas” e “Emissão de documento fiscal que não corresponde a uma efetiva saída”, fls. 30/56).

Finalmente, frise-se, pela significância, que no dia em que se constatou saída desacobertada não se apurou emissão de documento fiscal que não corresponde a uma efetiva saída e, vice versa.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para adequar a base de cálculo da multa isolada, relativa às entradas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal, ao valor do preço médio das aquisições mensais dos combustíveis ocorridas no período fiscalizado. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 14 de março de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**