

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.717/12/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168830-70
Impugnação: 40.010129284-70
Impugnante: ACOL Distribuidora de Combustíveis Ltda
IE: 040337322.01-25
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, baseado em informações da escrita fiscal da Autuada, bem como em controles extrafiscais de estoques, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado e, ainda, em análise de informações repassadas ao Fisco por fornecedores da Autuada, a entrada desacobertada de combustível (Gasolina “C” e Óleo Diesel) e saída desacobertada (Álcool Etilico Hidratado Combustível-AEHC). Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75. Para as entradas desacobertadas relacionadas à gasolina “C” e ao óleo diesel exigiu-se, também, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” da citada lei, enquanto que para a irregularidade relacionada à saída de álcool hidratado, exigiu-se, ainda, a Multa Isolada capitulada no inciso II do mencionado dispositivo. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ENTRADA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, baseado em informações da escrita fiscal da Autuada, bem como em controles extrafiscais de estoques, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado e, ainda, em análise de informações repassadas ao Fisco por fornecedores da Autuada, a entrada desacobertada de combustível (Álcool Etilico Hidratado Combustível-AEHC e Álcool Etilico Anidro Combustível-AEAC). Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Corretas as exigências remanescentes.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS. Constatada a falta de registro de notas fiscais nos livros Registro de Entrada e de Saída. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I e alínea “b” da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO. A Autuada deixou de atender a intimação fiscal. Exige-se a multa isolada capitulada

no art.54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Exigência cancelada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Trata a autuação de recolhimento a menor de ICMS/ST e descumprimento de obrigação acessória, nos exercícios de 2008 e 2009, em face da constatação de que a Autuada praticou as seguintes irregularidades:

1) promoveu entradas e saídas de combustíveis (Álcool Etílico Hidratado Combustível-AEHC, Álcool Etílico Anidro Combustível-AEAC, Gasolina “C” e Óleo Diesel) desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo.

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em face da constatação de reincidência.

2) Falta de registro de notas fiscais no livros Registro de Entrada e de Saída; Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, e alínea “b” da Lei nº 6.763/75.

3) Falta de atendimento de intimação fiscal. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Irregularidade excluída pelo Fisco conforme reformulação do crédito tributário efetuada às fls. 970/990.

O processo encontra-se instruído com Auto de Infração - (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 04); Relatório Fiscal (fls. 05/08); Resumo do levantamento quantitativo (fls. 09/12); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 13/14); Anexo I – Termo de Apreensão de Arquivos Eletrônicos (fls. 15/19); Anexo II – Duas Mídias em DVD-R não regravável contendo: SPED_ECD e ARQ.TEXTO: 2008 e 2009 enviados à Receita e documentos relacionados (fls. 21); Anexo III – Uma mídia em CD-R não regravável contendo os arquivos Sintegra 2008 e 2009 enviados à receita e os arquivos trabalhados (fls. 30); Anexo IV – AAD nº 003720 e Doc. Estoque Paralelo (fls. 32/45); Anexo V – AAD nº 021964 (fls. 47/48); Anexo VI – Termos de Intimações (fls. 50/61); Anexo VII – Diversos: Consulta (inutilização NFe; Reincidência); PMPF; Inventários: 2007/2008/2009; RUDFTO, cópia das notas fiscais citadas no item II do relatório fiscal (fls. 63/93); Anexo VIII – Relação e Cópia das NFs de Entrada 2008/2009 e situação atual da NF (94/157); Anexo IX – Relação e situação atual das NFS de Saída 2008 não registradas no livro registro de Saídas – LRS - (159/191); Anexo X – Relação e Situação Atual das NFs de Saída 2009 não registradas no LRS (fls. 193/248); Anexo XI – Cópia do livro Registro de Entrada – LRE - e LRS dos anos de 2008/2009 (fls. 250/363).

Da Impugnação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 367/388 e documentos de fls. 389/967.

Requer, ao final, a procedência de sua peça de defesa com o consequente cancelamento das exigências fiscais.

Da Reformulação do Crédito Tributário

Acatando parcialmente a impugnação apresentada, o Fisco promove reformulação do crédito tributário conforme Termo de Rerratificação do Lançamento de fls. 974.

Ressalte-se que o Fisco acatou parcialmente as razões da defesa no que se refere ao levantamento quantitativo, promoveu alterações nas exigências referentes à falta de registro de documentos fiscais nos livros próprios, bem como excluiu a acusação fiscal referente à falta de atendimento à intimação, conforme detalhado às fls. 970/973 dos autos.

Na oportunidade, a Fiscalização acostou aos autos novo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 975), Resumo do Levantamento Quantitativo (fls. 976/979), Demonstrativo do Crédito Tributário alterado em valores a menores em virtude de impugnação (fls. 980/981), Relatório Fiscal após impugnação, fls. 982/985 e Anexos (fls. 986/.1085).

Devidamente intimada (fls. 1.086) da reformulação do crédito tributário, a Autuada manifesta-se às fls. 1.089/1.110, juntando os documentos de fls. 1.111/1.300.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 1.302/1.315, refuta as alegações da Defesa pedindo pela procedência do lançamento, conforme reformulação do crédito tributário já mencionada.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG exarou o Despacho Interlocutório de fls. 1.322, que resultou na manifestação da Autuada às fls. 1.326 e juntada de documentos de fls. 1.328/1.566.

A Fiscalização, então, manifesta-se às fls. 1.568/1.574, mantendo o pedido pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do crédito tributário efetuada às fls. 970/989.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, às fls. 1.576/1.591, em bem elaborado parecer de mérito, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco.

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, salvo pequenas alterações.

Do Mérito

Conforme já mencionado, o lançamento em análise, após a reformulação do crédito tributário, versa sobre as seguintes irregularidades praticadas pela Autuada:

1) entradas e saídas de combustíveis (Álcool Etílico Hidratado Combustível-AEHC, Álcool Etílico Anidro Combustível-AEAC, gasolina “C” e óleo diesel) desacobertas de documentação fiscal, nos exercícios de 2008 e 2009, apuradas mediante levantamento quantitativo.

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o §2º, III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II e alínea “a”, todos da Lei nº 6763/75. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em face da constatação de reincidência.

2) Falta de registro de notas fiscais em livros próprios.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I, e alínea “b” da Lei nº 6763/75.

Passa-se, então, à análise das irregularidades mencionadas.

1) entradas e saídas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal

Cuida este item do Auto de Infração de entradas e saídas de combustíveis (Álcool Etílico Hidratado Combustível-AEHC, Álcool Etílico Anidro Combustível-AEAC, Gasolina “C” e Óleo Diesel) desacobertas de documentação fiscal.

As irregularidades mencionadas foram apuradas mediante levantamento quantitativo, baseado em informações da escrita fiscal da Autuada, bem como em controles extrafiscais de estoques, devidamente apreendidos no estabelecimento autuado (AAD nº 003720 – docs. de fls. 31/45), e, ainda, em análise de informações repassadas ao Fisco por fornecedores da Impugnante.

Ressalte-se que foram utilizados os estoques de álcool hidratado constantes nos documentos extrafiscais de fls. 34/45, bem como estoques dos combustíveis informados nos Registros de Inventários de fls. 66/76.

Consta nos autos que a Autuada armazena seus produtos em dois locais: um nos tanques denominados “G8”, cuja localização é nas dependências da própria empresa, e o outro, em poder de terceiros, nas instalações da Petrobras Transporte S/A Transpetro, em Uberlândia-MG. Deste modo, as quantidades de combustíveis armazenadas na Transpetro deixaram de ser consideradas no levantamento quantitativo realizado pelo Fisco, vez que as análises foram feitas apenas em relação às entradas, os estoques e às saídas referentes aos citados tanques do “G8”.

Destaca o Fisco que as aquisições dos combustíveis são acrescentadas no estoque do “G8” e, quando ocorre a remessa para armazenagem nos tanques da Transpetro, computa-se como saída do estoque do “G8”. Já o retorno do produto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

armazenado na Transpetro é tratado como entrada, sendo que as quantidades são acrescentadas no estoque do “G8”.

Assim, corretamente as quantidades de combustíveis estocados na Transpetro não foram consideradas no levantamento quantitativo. Tais observações constam às fls. 12 e 979 do “Resumo do levantamento quantitativo”.

Conforme já mencionado, o Fisco acatou parte dos argumentos trazidos na peça defensiva, o que resultou na reformulação do crédito tributário de fls. 974 e justificativas de fls. 970/973.

Os demonstrativos das entradas e saídas desacobertas dos combustíveis encontram-se relacionados nas planilhas A a K constantes na mídia eletrônica acostada às fls. 990 (após a reformulação do crédito tributário) e nas planilhas impressas “Resumo do levantamento quantitativo” de fls. 976/979.

Os cálculos das exigências encontram-se demonstrados nas planilhas de fls. 980/981.

Em síntese, foram acatados todos os argumentos da Defesa no que tange a quantidade de combustível constante nos documentos fiscais, descrição de mercadoria, inclusão de documentos fiscais, exclusão de documento fiscal em duplicidade, bem como exclusão das notas fiscais referentes ao CFOP 1949, que porventura foram incluídas no levantamento quantitativo, conforme Relatório Fiscal de fls. 982/985.

No aditamento da impugnação (fls. 1.089/1.109) em razão da reformulação do crédito tributário, a Impugnante questiona, em resumo:

- que foram detectadas notas fiscais de entrada emitidas em 2008 pela empresa Coopersucar, com natureza da operação venda para entrega futura, que extraviaram na remessa postal, mas que todas as notas fiscais referentes às entregas parceladas das mesmas operações foram anexadas (doc. 14) para devida comprovação, tendo os produtos acobertados sido registrados nos controles de estoques, não configurando assim, falta de recolhimento de ICMS, uma vez que a operação se encontra ao abrigo da substituição tributária;

- que foram consideradas no levantamento quantitativo notas fiscais eletrônicas de saída canceladas conforme informações constantes no Sintegra;

- que foram consideradas no levantamento quantitativo notas fiscais de entrada desconhecidas pela Impugnante e cujos estoques nunca chegaram ao estabelecimento da empresa.

Dentre os argumentos da Impugnante, não acatados pelo Fisco ao reformular o crédito tributário, encontram-se aqueles relacionados às notas fiscais eletrônicas, que estão com *status* de canceladas nas informações contidas no Sintegra e nos documentos de controles internos do estabelecimento autuado, entretanto, encontram-se ativas, conforme consultas ao portal da nota fiscal eletrônica.

Mencione-se que a Impugnante sustenta que tais notas fiscais eletrônicas encontram-se canceladas conforme informações por ela transmitidas via arquivos Sintegra. Com intuito de corroborar suas alegações apresenta declarações, anexadas às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fls. 1.110/1.300, que segundo ela foram emitidas pelos destinatários constantes em tais documentos fiscais, nas quais constam os seguintes dizeres “*as notas fiscais abaixo, de emissão da Acol Distribuidora Ltda (...), não deram entrada em nossos estoques e que as mesmas não se encontram escrituradas em nossos livros fiscais conforme pode ser verificado em nossos arquivos do Sintegra*”.

Lado outro, sustenta o Fisco que tais notas fiscais de saída estão ativas, conforme consulta ao Sistema Público de Escrituração Digital-SPED (docs. de fls. 94, 158, 192, 991/1085, etc.), computando tais documentos fiscais de saída no levantamento quantitativo efetuado.

E, acosta consulta efetuada no portal da nota fiscal eletrônica na qual consta que, no período autuado, não houve inutilização de numeração de nota fiscal eletrônica para o estabelecimento autuado (fls. 63 e 64).

Refutando as declarações apresentadas pela Impugnante, acima mencionadas, o Fisco destaca que:

- nos controles extrafiscais, apreendidos no estabelecimento autuado, consta a nota fiscal eletrônica nº 3239, registrada como saída do estoque de hidratado no tanque de armazenamento “G8”, constando, em tal documento, a placa do veículo que entregou o produto, o número da ordem de carregamento, bem como a baixa do estoque e a transposição do saldo deste para o mês seguinte (fls. 34), e que agora o Sujeito Passivo anexa declaração, conforme modelo padrão adotado para todos os seus clientes, de que o destinatário não recebeu a mercadoria, com intuito de demonstrar que a operação constante no citado documento não ocorreu;

- o Sujeito Passivo ora quer que o Fisco acate sua Defesa no sentido de que as notas fiscais eletrônicas foram informadas no Sintegra como canceladas, apesar de estarem normais no SPED público; outra vez quer cancelar tais documentos informados como normais no Sintegra e no SPED público;

- a título de exemplo, a NFe de saída nº 4154 de 18/4/09, emitida em contingência, destinada ao Posto Yakasilo-Udi, informada à Receita Estadual como cancelada no Sintegra (CD - fls. 30). Entretanto, tal documento não consta no SPED público, conforme previsão na legislação para as notas emitidas em contingência;

- as NFe de saídas nº 4884, 10/6/09 e nº 4913, 12/6/09, ambas, destinadas à Transpetro, estão informadas à Receita Estadual como normais no Sintegra (CD - fls. 30) e ativas no SPED-público. Todavia, a Autuada junta declaração do destinatário (fls. 1.300) de que tais documentos não foram escriturados pelo mesmo, no intuito de cancelar tais documentos;

- que não foram apresentadas tais declarações para as NFe nºs 3632, 4742 e 3809;

- que foi acostada declaração da Acol sediada em Uberaba, mas em tal documento consta a inscrição estadual do Posto Yakasilo.

Ressalta, ainda, o Fisco, que a empresa teve 168 horas (sete dias) para cancelar as notas fiscais, em comento, no SPED Público, com as devidas justificativas,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme legislação, e assim não o fez, citando o art. 1º do Ato Cotepe/ICMS nº 33/08 e o Ajuste SINIEF nº 07/05.

Sustenta, também, que a Impugnante não procedeu aos registros das ditas notas fiscais canceladas no livro de Registro de Saída, conforme previsto no art. 172, parágrafo único, inciso II do Anexo V do RICMS/02.

Neste diapasão, cabe esclarecer que o art. 11-A do Anexo V do RICMS/02 prevê que a nota fiscal eletrônica (modelo 55) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, destinado a documentar operações e prestações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso da Secretaria de Estado de Fazenda.

Vale mencionar, ainda, que o art. 11-F do Anexo V do RICMS/02, com a redação dada pelo Decreto nº 44.765 de 28/03/08, prevê:

Art. 11-F. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria ou prestação de serviço.

§ 1º O cancelamento da NF-e será efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, observado o leiaute estabelecido em Ato COTEPE, transmitido via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, pelo emitente à Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 2º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o CNPJ do estabelecimento emitente ou da matriz, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 3º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 4º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a "chave de acesso", o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela Secretaria de Estado de Fazenda e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da Secretaria de Estado de Fazenda ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

1134) Efeitos a partir de 1º/04/2008 - Acrescido pelo art. 2º, IV, e vigência estabelecida pelo art. 3º, ambos do Dec. nº 44.765, de 28/03/2008.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe ressaltar, por oportuno, as condições e prazos para cancelamento dos documentos fiscais eletrônicos, conforme pergunta/resposta disponível em http://portalnfe.fazenda.mg.gov.br/respostas_III.html, previsto para o período autuado, confira-se:

12. Quais são as condições e prazos para o cancelamento de uma NF-e?

Somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo “Autorização de Uso”) e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, em regra, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento. **Atualmente o prazo para cancelamento é de 7 dias ou 168 horas contados a partir da autorização da NF-e.**

Para proceder ao cancelamento, o emitente deverá fazer um pedido específico gerando um arquivo XML para isso. **Da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela SEF.** O Layout do arquivo de solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte.

O status de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultada no site da Secretaria de Fazenda do Estado de jurisdição da empresa emitente ou no site nacional da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br). (grifou-se).

Analisando todos os documentos/argumentos trazidos aos autos pela partes, verifica-se que assiste razão ao Fisco, uma vez que não foram observados pela Autuada os procedimentos previstos para o correto cancelamento das notas fiscais eletrônicas que se encontram devidamente autorizadas.

Mencione-se que as notas fiscais eletrônicas encontram-se com *status* de autorizadas conforme consultas realizadas pelo Fisco no portal da nota fiscal eletrônica, conforme protocolos de autorização e consultas da situação dos documentos fiscais (fls. 94-Anexo VIII, 158-Anexo IX, 192-Anexo X, e 991/1.085, etc.).

Imperioso salientar que, ao longo de 02 (dois) anos, exercícios de 2008 e 2009, período ora autuado, a Impugnante não observou os ditames previstos para o cancelamento dos documentos fiscais em análise.

Destaque-se, ainda, que o fato de existir notas fiscais emitidas para o mesmo destinatário e, até mesmo, com a mesma mercadoria, não significa que tais notas estejam substituindo as possíveis notas fiscais canceladas, principalmente, se for levado em consideração a inobservância reiterada da Autuada em não observar os procedimentos previstos na legislação tributária para tal mister.

Ressalte-se, também, que a Autuada não efetuou o registro de tais documentos no livro próprio como determina a legislação tributária (inciso II do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

parágrafo único do art. 172, Anexo V do RICMS/02), conforme concluiu o Fisco ao analisar o livro de Registro de Saída acostado às fls. 302/363.

Esclareça-se que o conjunto de requisitos relacionados na legislação tributária, se observados pelo contribuinte, demonstraria a real ocorrência do fato que menciona, qual seja, a não ocorrência das saídas das mercadorias. Contudo, a inobservância desses requisitos pela Autuada milita a favor do Fisco, uma vez que há evidências da ocorrência das operações.

Assim, corretamente agiu o Fisco ao considerar irregular o cancelamento dos documentos fiscais, estando, pois correto em computar as saídas das mercadorias consignadas nas notas fiscais canceladas para fins do levantamento quantitativo.

Ademais, vale mencionar que a Assessoria deste Conselho exarou o Despacho Interlocutório de fls. 1.322, para que a Impugnante trouxesse aos autos cópia das notas fiscais de saída que porventura tenham sido emitidas em substituição aos documentos fiscais ditos cancelados, informando, se fosse o caso, qual documento cancelado se refere, e ainda, juntasse cópia das notas fiscais de saída nas quais foram utilizados os lacres citados nas informações complementares dos documentos fiscais cancelados.

Em atendimento ao Despacho Interlocutório mencionado, a Impugnante apresentou os documentos de fls. 1.328/1.566.

Entretanto, compulsando tais documentos, verifica-se que não há como vincular os lacres que seriam utilizados nas notas fiscais eletrônicas, tidas como canceladas pela Autuada, e aqueles que foram utilizados nas notas fiscais que supostamente as substituíram ou em outros documentos fiscais.

É que, nas notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada, não consta, no campo dos dados adicionais, a informação de quais lacres utilizados. Ressalte-se que tais informações constam apenas em controles extrafiscais acostados aos autos pela Defesa.

Portanto, a documentação mencionada não tem o condão de afastar a inclusão das citadas notas fiscais eletrônicas no levantamento quantitativo efetuado.

Quanto às notas fiscais de entrada de álcool hidratado, incluídas no levantamento quantitativo, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 97/121 e 138/151, a Impugnante apenas alega que desconhece tais documentos fiscais.

As notas fiscais de entrada retromencionadas foram emitidas pelos seguintes contribuintes:

- DAMFI – Destilaria Antônio Monti Filho Ltda – CNPJ: 17.869.587/0001-72 ;
- Destilaria Cachoeira Ltda – CNPJ: 19.680.743/0001-88;
- U.S.A. Usina Santo Ângelo Ltda – CNPJ: 19.537.471/0001-61.

Destaca-se que, constam nos livros de Registros de Entradas, acostados aos autos, vários registros de notas fiscais emitidas pelos fornecedores DAMFI – Destilaria Antônio Monti Filho Ltda e Destilaria Cachoeira Ltda (cf. fls. 262, 274, 278, 279, 284, 20.717/12/3ª

285, 287, 289, 291, 293, 294, 296 e 299 dos autos). Tal fato demonstra a existência de relação comercial (compra/venda) entre a Autuada e as empresas supracitadas.

Portanto o argumento da Autuada de que desconhece os documentos fiscais, por si só, não tem o condão de infirmar que as mercadorias constantes nos documentos fiscais em análise não foram a ela remetidas.

Soma-se ao exposto, o fato de não constar na defesa apresentada que a Autuada tenha tomado alguma providência contra tais fornecedores, por terem esses supostamente utilizado a sua inscrição estadual indevidamente em documentos fiscais que acobertaram operações com mercadorias cujo imposto é diferido para a subsequente saída.

Ressalte-se que, em relação às notas fiscais emitidas pela Copersucar – Cooperativa dos Produtores de Cana, Açúcar e Alcool, série 9, referentes à “venda para entrega futura”, foi exigida apenas a multa isolada pela falta de registro de notas fiscais em livros próprios, que será tratada logo adiante. No levantamento quantitativo foram computados apenas os documentos fiscais série 10, emitidos pela citada empresa, referente à “remessa para entrega futura...”.

Assim, não há qualquer reparo a ser feito no levantamento quantitativo efetuado, além daquelas já efetuadas conforme reformulação do crédito tributário pelo Fisco.

Tendo em vista as peculiaridades das exigências em relação a cada tipo de combustível, conforme demonstrativos constantes na mídia eletrônica acostadas às fls. 990 (após a reformulação do crédito tributário) e nas planilhas impressas “Resumo do levantamento quantitativo” de fls. 976/979, passa-se a análise conforme se segue.

Irregularidades/exigências fiscais referentes ao álcool anidro e hidratado apuradas por meio de análise de controles extrafiscais e escrita fiscal.

Sobre as entradas desacobertas de álcool anidro e hidratado apuradas, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, majorada em 50%, em face da constatação da reincidência.

Sobre as saídas desacobertas de álcool hidratado, exige-se o ICMS/ST (25%), Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III do mesmo dispositivo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da mesma lei, esta majorada em 50%, em face da constatação da reincidência.

Ressalte-se que está se exigindo com relação aos combustíveis acima mencionados, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória pelas entradas/saídas desacobertas de documentação fiscal, o ICMS devido por substituição tributária, nas operações de saídas desacobertas constatadas.

No caso dos autos, tem-se que o recolhimento do imposto referente ao álcool anidro ocorre no momento da saída da distribuidora da gasolina resultante da mistura com anidro. Assim, constatada a entrada desacoberta de documentação fiscal correta é a exigência apenas da multa isolada mencionada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao álcool hidratado, em que o recolhimento do imposto ocorre no momento da saída do estabelecimento autuado, conforme legislação abaixo mencionada, corretas as exigências do imposto e demais penalidades já mencionadas, uma vez constatadas saídas desacobertas de documentação fiscal e apenas a multa isolada quando constatado a entrada desacoberta.

Anexo XV do RICMS/02

Art. 73. Os contribuintes abaixo relacionados são responsáveis, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS incidente nas saídas subseqüentes de combustíveis, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinados a este Estado:

(...)

II - o distribuidor situado neste Estado, em relação a:

a) álcool etílico hidratado combustível;

Art. 89. Fica diferido o imposto incidente na saída de:

I - álcool etílico anidro combustível, em operação interna e interestadual, quando destinado a distribuidor de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com aquele produto, promovida pelo estabelecimento destinatário;

II - álcool etílico hidratado combustível, em operação interna, promovida pela refinaria de petróleo ou suas bases, usina ou destilaria, com destino à refinaria de petróleo ou suas bases ou a estabelecimento distribuidor, para o momento em que ocorrer:

a) a retenção do imposto de que trata o art. 73, II, "a", e III, desta Parte;

b) a saída do Estado;

Vale observar que no levantamento quantitativo foi observado pela Fiscalização o percentual de anidro misturado à gasolina (obs. de fls. 979).

irregularidades/exigências fiscais referentes ao óleo diesel apuradas por meio de análise da escrita fiscal

Sobre as entradas desacobertas de óleo diesel apuradas, exige-se ICMS/ST (12%), Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III do mesmo dispositivo e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a" (20%) da mesma lei, majorada em 50%, em face da constatação da reincidência.

Ressalte-se que se exige, com relação ao óleo diesel no presente feito fiscal, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória pelas entradas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacobertadas de documentação fiscal, o ICMS devido por substituição tributária, nas operações entradas realizadas sem lastro em documentos fiscais.

Originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento do imposto referente ao óleo diesel é o contribuinte eleito pelo legislador como substituto tributário. Entretanto, se este imposto não é retido/recolhido pelo substituto, aquele que recebeu a mercadoria sem a devida retenção/recolhimento é responsável pelo recolhimento do imposto não pago, conforme disposto nos §§ 18 e 19 do art. 22 da Lei n.º 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 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 óleo diesel está sendo exigido da Autuada, na qualidade de responsável tributário, por ter recebido a mercadoria sem documento fiscal e, via de consequência, sem a devida retenção e recolhimento do imposto devido.

irregularidades/exigências fiscais referentes à gasolina “C” apuradas por meio de análise da escrita fiscal

Sobre as entradas desacobertadas de gasolina “C” apuradas, exige-se o ICMS/ST (25%), Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III do mesmo dispositivo e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a” (20%) da mesma lei, majorada em 50% (cinquenta por cento), em face da constatação da reincidência.

Conforme já mencionado no item anterior, o ICMS-ST referente às entradas desacobertadas de documentação fiscal de gasolina também está sendo exigido da Autuada na condição de responsável solidário nos termos do disposto nos §§ 18 e 19 do art. 22 da Lei 6.763/75.

Destarte, a Fiscalização exigiu corretamente o ICMS/ST, não havendo que se falar que nos presentes autos há exigência de imposto que já foi recolhido anteriormente, como tangenciado pela Defesa.

Vale salientar que o ICMS/ST devido pelas entradas/saídas de combustíveis, conforme o caso, desacobertadas de documentação fiscal, foi apurado da seguinte forma:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido, 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:

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.

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 410 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 e alínea “a” conforme se verifica nos demonstrativos do crédito tributário colacionados às fls. 981, 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 por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

Destaque-se que a multa isolada exigida no percentual de 20% (vinte por cento), prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55, conforme já mencionado acima, foi exigida nas hipóteses em que a Fiscalização apurou as infrações com base **exclusivamente** em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

Assim, a penalidade isolada em relação ao álcool anidro e hidratado, cujas irregularidades foram apuradas por meio de análise de controles extrafiscais e também da escrita fiscal, a Fiscalização corretamente exigiu a penalidade isolada no percentual de 40% (quarenta por cento).

A base de cálculo adotada para aplicação da penalidade isolada foi corretamente adotada pela Fiscalização, pois foi utilizado o preço médio de aquisição/venda praticado no período autuado (vide demonstrativo de fls. 980).

Com relação à majoração da multa isolada aplicada, vale destacar a autuação que a fundamentou foi a referente ao PTA nº 04.002071873-66, cuja penalidade isolada foi idêntica a dos presentes autos (art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75), reconhecida pela Autuada em 13/08/07, conforme documentos de fls. 65 e 1.320 dos autos.

Ressalte-se que a constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos arts. 54 e 55 da Lei nº 6.763/75, 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.

Logo, correta a majoração da penalidade em 50% (cinquenta por cento) conforme demonstrativo de fls. 981.

Por fim, ressalte-se que o procedimento fiscal adotado está respaldado no art. 194 do RICMS/02, a saber:

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;

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

2) falta de registro de notas fiscais em livros próprios

Trata este item do lançamento acerca da falta de escrituração de documentos fiscais nos livros de Registro de Entradas e de Saídas.

Exigência da Multa Isolda prevista no art. 55, inciso I e alínea “b” da Lei nº 6763/75.

Os documentos fiscais de saída não escriturados encontram-se listados às fls. 986/989 dos autos (após a reformulação do crédito tributário). Já os documentos fiscais de entrada encontram-se relacionados às fls. 95/96.

Observe-se que constam em tais relações as notas fiscais emitidas pela Copersucar série 9, já mencionadas, as notas fiscais eletrônicas tidas como canceladas pela Autuada, bem como os documentos fiscais de entrada não escriturados pela Autuada.

As cópias dos livros de Registro de Entradas e de Saídas, exercícios de 2008/2009, encontram-se acostadas às fls. 250/363.

Infração caracterizada nos termos do art. 16 que da Lei nº 6763/75, *in verbis*:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

A penalidade pelo descumprimento de tal preceito é estatuída também pela Lei nº 6763/75 que diz:

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:

I - por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento - 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;

Ressalte-se que foi exigida inicialmente a penalidade prevista no inciso I, alínea “b” retomada (5%) pela falta de escrituração dos documentos fiscais de saída de gasolina “C” e óleo diesel (fls. 193/194).

Entretanto, devido à reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização, apurou-se em relação ao óleo diesel e a gasolina ‘C’ entrada desacobertada (fls. 976 e 977), em vez de saída desacobertada, como inicialmente detectado (fls. 09 e 10).

Desta forma, corretamente entendeu a Fiscalização que não era cabível, então, a penalidade na forma prevista na alínea “b” supracitada, passando tal exigência para 10% (dez por cento) com relação apenas ao óleo diesel (fls. 972), nos termos do inciso I do mencionado dispositivo.

Por fim, é fato incontroverso que a Impugnante não promoveu o registro das notas fiscais nos livros próprios e, portanto, em se tratando de infração objetiva e devidamente constatada a conduta deve ser mantida a exigência relativa à multa isolada conforme demonstrativo de fls. 981.

Registra-se por derradeiro, não ser passível o acionamento do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional, uma vez não constatada nenhuma dúvida quanto às circunstâncias materiais ou capitulação legal dos fatos narrados, quanto à autoria, imputabilidade, punibilidade, natureza ou graduação das penalidades exigidas.

Quanto ao pedido da Impugnante para o acionamento do permissivo legal, cabe mencionar que há constatação de reincidência para a penalidade prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75. Já em relação à Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso I da mencionada lei, a irregularidade refletiu no levantamento quantitativo, ocasionando falta de recolhimento de ICMS/ST, o que obstaculiza a aplicação do permissivo.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 970/989. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 27 de novembro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente / Relator**

E