

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.111/13/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168680-62
Impugnação: 40.010129025-43
Impugnante: Auto Posto Petrogás Ltda
IE: 367168281.00-12
Proc. S. Passivo: Tatiana Silva Monteiro de Barros Lawall
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES. Acusação fiscal de entrada de mercadoria (combustível) desacobertada de documentação fiscal. A irregularidade foi apurada mediante a constatação de que os valores constantes nas reduções "Z" eram superiores aos valores de vendas de combustíveis conforme Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC e livro Registro de Saídas, sendo que no mesmo período não se constatou divergência nos estoques finais da mercadoria entre o livro de Registro de Inventário e os demais livros fiscais que comportasse a existência de tais vendas. 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, alínea "a", todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Trata a presente autuação de entrada de mercadoria (combustível) desacobertada de documentação fiscal, nos meses de julho, setembro, outubro a dezembro de 2005.

A irregularidade foi apurada mediante a constatação de que os valores constantes nas reduções Z em tal período eram superiores aos valores de vendas de combustíveis conforme Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC e livro Registro de Saídas, sendo que no mesmo período não foi apurada divergência nos estoques finais da mercadoria entre o livro de Registro de Inventário e os demais livros fiscais que comportasse a existência de tais vendas.

Exigência de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, III e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea "a", todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 145/166.

Na oportunidade, junta os documentos de fls. 175/442.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização anexa aos autos os documentos de fls. 445/525 e mídia eletrônica de fls. 526.

É reaberto prazo de vista dos autos à Autuada (fls. 527/528) que se manifesta às fls. 530/563. Na oportunidade, junta os documentos de fls. 564/878.

A Fiscalização, acata parcialmente as alegações da Defesa e rerratifica o lançamento (fls. 880/882). Na oportunidade, anexa os documentos de fls. 883/958 e mídia eletrônica de fls. 959.

É reaberto prazo de vista à Autuada (fls. 960) que não se manifesta.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 963/995.

A Autuada acosta aos autos os documentos de fls. 998/1038.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 1039.

A 1ª Câmara defere (fls. 1040) o requerimento de juntada aos autos de documentos (fls. 1041/1214) que foram protocolados na Administração Fazendária de Juiz de Fora e encaminhados pela Fiscalização a este Conselho. Os autos retornam à origem para vista à Fiscalização da documentação juntada.

A Fiscalização junta os documentos de fls. 1220/1223.

Aberta vista dos autos à Impugnante, ela não se manifesta.

A Fiscalização retorna aos autos às fls. 1225/1236.

A 1ª Câmara exara a diligência de fls. 1239, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 1241/1246.

A Autuada manifesta-se às fls. 1249/1251 e fls. 1259/1265. Na oportunidade, junta os documentos de fls. 1268/1340.

A Fiscalização novamente manifesta-se às fls. 1342/1355.

Na sessão realizada em 28/02/13, a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitou as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, indeferiu o pedido de perícia. Ainda em preliminar, à unanimidade, deferiu o pedido de vista formulado pelos Conselheiros: Ivana Maria de Almeida e Carlos Alberto Moreira Alves, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, ficando proferido o voto do Conselheiro Antônio César Ribeiro, que julgava improcedente o lançamento, nos termos do art. 112, inciso II do CTN.

DECISÃO

Das Preliminares

Da arguição de nulidade do lançamento

A arguição de nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa abordada pela Autuada diz respeito ao mérito do lançamento, uma vez que ela questiona a metodologia utilizada pela Fiscalização para apuração do crédito tributário e, desse modo, será tratada no mérito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, necessário aduzir que na instrução do trabalho fiscal ocorreram diversas intervenções no processo, nas quais tanto a Impugnante como a Fiscalização acostaram novos documentos aos autos, dos quais foi dada ciência às partes, propiciando a defesa plena do lançamento ora examinado.

Nesse sentido, constata-se que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa da Impugnante, pois, é exatamente no momento da impugnação que esta pode exercer plenamente o seu direito.

Requer a Defesa, também, o cancelamento do Auto de Infração em razão da apresentação das 02 (duas) autodenúncias, nas quais há informação de perda de alguns dados dos cupons fiscais, extravio de outros, dentre outras situações.

Vale mencionar, que de fato foram protocolizadas em 13/08/10 (fls. 283/286) e em 18/08/10 (fls. 06/07) 02 (duas) autodenúncias. Tais denúncias espontâneas tratam, exclusivamente, da recomposição dos arquivos Sintegra, não tendo nenhuma relação com a matéria tratada nos presentes autos, cujos dados foram retirados de livros e documentos fiscais.

Frise-se que em nenhum momento os dados contidos no arquivo Sintegra foram utilizados para a apuração das exigências em comento.

Ademais, vale destacar que o prazo solicitado pela Autuada para o refazimento do arquivo Sintegra foi deferido pela Fiscalização.

No que se refere à alegação da Defesa de que os arquivos eletrônicos apreendidos, também utilizados como comprovação das irregularidades apuradas nos presentes autos, estavam em poder do Fisco há mais de um ano, tal argumento não tem o condão de macular o lançamento.

É que o procedimento de cópiagem e transformação dos arquivos em imagem é um processo de informática detalhado. E foram vários os estabelecimentos alvos do Mandado de Busca e Apreensão Judicial que culminou com a apreensão de diversos arquivos para análise.

Não obstante discordar a Impugnante, o presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos nos arts. 85 e 89 do RPTA - Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários (RPTA) aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, e ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Dessa forma, estando presentes no lançamento todos os requisitos e pressupostos necessários a sua formalização, afastam-se as preliminares arguidas.

Da prova pericial requerida

Pede a Impugnante a produção de prova pericial, formulando os quesitos listados às fls. 164/165 e 561/562.

Todavia, o exame pericial no presente caso mostra-se absolutamente desnecessário, na medida em que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório acostado aos autos pelas partes ou se referem à matéria não objeto da auditoria realizada.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Vale citar, a propósito, decisão já proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG).

Nesse diapasão, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA:

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;

Desse modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, o que não é o caso dos presentes autos.

Assim, indefere-se o pedido de prova pericial.

Do Mérito

A autuação decorre da constatação de entrada de mercadoria (combustível) desacobertada de documentação fiscal, nos meses de julho, setembro, outubro a dezembro de 2005.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A irregularidade foi apurada mediante a constatação de que os valores constantes nas reduções “Z” em tal período eram superiores aos valores de vendas de combustíveis conforme o LMC e livro Registro de Saídas, sendo que no mesmo período também se constatou que não houve divergência nos estoques finais da mercadoria entre o livro de Registro de Inventário e os demais livros fiscais que comportasse a existência de tais vendas.

Exigência 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, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75.

Necessário aduzir, que na instrução do trabalho fiscal ocorreram algumas intervenções no processo nas quais tanto a Impugnante quanto a Fiscalização acostaram novos documentos aos autos, dos quais foi dada ciência às partes.

Nas diversas oportunidades, a Fiscalização demonstrou que os argumentos da Defesa não tiveram o condão de afastar a acusação posta, pelo que devem ser mantidas as exigências fiscais.

Inicialmente, convém destacar a metodologia do lançamento fiscal em exame, em face do questionamento da Defesa de que a Fiscalização somente demonstrou a proporcionalidade dos valores das saídas das mercadorias, quando entende que o correto seria fazer uma distribuição proporcional aos valores das entradas de mercadorias.

Conforme já relatado, a irregularidade foi apurada em razão da constatação de que foram emitidos cupons fiscais em valores superiores à soma das vendas constantes no LMC e do livro Registro de Saídas, esse último relativamente às vendas de lubrificantes, única mercadoria comercializada além dos combustíveis.

Mencione-se que as vendas registradas no Emissor de Cupom Fiscal-ECF foram apuradas por meio da análise das leituras Z diárias, contidas no espelho da memória fiscal, este obtido do próprio equipamento e fornecido pela Impugnante, tendo em vista que o *software* do equipamento Bematech, tipo ECF-IF, utilizado pelo estabelecimento autuado, na época dos fatos geradores em análise, não possuía memória de fita-detalle e, que diversos cupons fiscais foram extraviados ou encontravam-se ilegíveis, conforme consta na denúncia espontânea apresentada.

A Fiscalização, após ter constatado que os valores dos cupons fiscais emitidos eram superiores às vendas registradas, partiu da premissa de que para a ocorrência de uma saída não registrada seria necessário que houvesse uma entrada de mercadorias, também não registrada, pois caso as aquisições fossem acobertadas por documentos fiscais elas estariam registradas no LMC e, os estoques finais apresentariam valores divergentes dos consignados no livro Registro de Inventário, o que não ocorreu.

Dessa forma, como não foi possível estabelecer quais foram as mercadorias que tiveram vendas/aquisições maiores que as registradas nos livros fiscais, haja vista a perda dos dados dos cupons fiscais, a Fiscalização utilizou a proporção das saídas das mercadorias consignadas nos livros fiscais para estabelecer quais as mercadorias foram

adquiridas sem documento fiscal, tendo em vista que a Autuada emitiu cupons fiscais com valores maiores do que aqueles escriturados.

Destaque-se que a metodologia utilizada pela Fiscalização não trouxe nenhum prejuízo à Autuada, tratando-se apenas de um rateio dos valores apurados.

No que tange às alegações da Autuada acerca do combustível gás natural, vale mencionar as observações efetuadas pela Fiscalização:

“A respeito da alegação de que somente é possível adquirir gás natural da Petrobrás Distribuidora Ltda, combustível que também foi autuado, cabe ressaltar mais uma vez que não se afirma que o Impugnante adquiriu gás natural veicular sem Nota Fiscal, mas sim que, na impossibilidade de se afirmar qual foi o combustível adquirido irregularmente, adotou-se como critério de arbitramento a divisão proporcional por todos os combustíveis.

Ainda assim, a afirmação de que também se verifica emissão de cupons fiscais em duplicidade no gás natural, apesar de ser impossível adquirir gás sem Nota Fiscal, não foi comprovada, frise-se, não é apresentada nenhuma prova desse fato, por isso, não deve ser levada em consideração.

Aponta, ainda, como evidência de falha do sistema, a geração dos cupons n.ºs. 11577 e 11578 relativos à venda de GNV elencados no “dito relatório”, os quais foram emitidos às 12:25:45 hs. e 12:12:45 hs., respectivamente, sem tempo hábil para que efetivamente ocorresse a venda. Ocorre que esses documentos fiscais se referem a período anterior ao presente feito fiscal, ou seja, 02/2005. Além disso, esse fato somente corrobora a afirmação de que os frentistas emitiam cupons fiscais em momento posterior ao da venda, e por isso em intervalo de tempo tão exíguo, fato esse admitido textualmente pelo Impugnante.”

Reitere-se que o fato da Autuada não concordar com a metodologia utilizada pela Fiscalização não tem o condão de macular o trabalho fiscal, uma vez que foram várias as oportunidades concedidas à Impugnante para apresentar comprovação de que os fatos não são aqueles apurados, o que, repita-se, não ocorreu nos presentes autos.

Ressalte-se que a Fiscalização acostou aos autos documentos extraídos do computador da empresa autuada durante a Operação Tiradentes (planilhas “Leitura e Caixa”), realizada em 27/04/10, em cumprimento a Mandado de Busca e Apreensão Judicial, os quais revelam a aquisição de álcool e gasolina comum desacobertada de documentação fiscal, conforme informações constantes às fls. 445/446 dos autos.

Da análise dos dados contidos nas citadas planilhas “Leitura e Caixa”, a Fiscalização efetuou um novo rateio das aquisições desacobertadas entre todos os combustíveis, na medida em que as operações com álcool etílico hidratado e gasolina

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comum foram comprovadas por meio dos arquivos citados. Os demais valores foram rateados entre todos os combustíveis, proporcionalmente às saídas registradas no LMC, conforme verifica-se às fls. 447/448.

Naquela oportunidade, ressaltou a Fiscalização que se os controles extrafiscais tivessem chegado ao seu conhecimento antes do período decadencial, o valor original do crédito seria superior ao do lançamento em epígrafe.

Destaque-se que tais arquivos foram utilizados como comprovação adicional da infração cometida, conforme consignado pela Fiscalização. Todavia, não tiveram o condão de alterar o crédito tributário exigido em razão da decadência.

Vale observar que às fls. 880/881 dos autos, a Fiscalização acatou parcialmente os argumentos da Impugnante e promoveu ajustes nos demonstrativos referentes aos documentos extrafiscais (Planilhas “Caixa e Leitura”) que, repita-se, vieram aos autos para corroborar as irregularidades apuradas pela Fiscalização.

Dessa forma, não procede a alegação da Autuada de que a Fiscalização alterou a base de dados que motivou a autuação fiscal, uma vez que os elementos que motivaram o crédito tributário permanecem inalterados. O que houve foi o acréscimo de provas novas, surgidas após o lançamento, que vieram corroborar a infração detectada.

Efetivamente, os relatórios obtidos na cópia dos computadores da Impugnante contêm arquivos nos quais eram registradas as vendas diárias, por turno, combustível a combustível. Esses dados revelam a aquisição de combustíveis sem documento fiscal.

Cabe lembrar que o Auto de Infração não se baseou em um estoque inconsistente de combustível, como alegado pela Defesa, mas sim, nos valores das saídas de combustível constantes na redução “Z” superiores aos lançados no LMC, para os quais não havia entrada acobertada.

Ainda que os dados dos mencionados controles extrafiscais não tenham servido de embasamento para as exigências fiscais, vale destacar que foram eles extraídos do *software* TALENT GDA, que foi desenvolvido para auxiliar os administradores dos postos revendedores no controle das suas vendas e do numerário recebido.

Já o *software* TALENT GDA – PISTA é o programa utilizado para emissão de cupom fiscal.

Nesse sentido, ressalta-se que os controles extrafiscais acostados ao autos foram extraídos do TALENT GDA – PROGRAMA GERENCIAL que foi desenvolvido para auxiliar os administradores dos postos revendedores no controle das suas vendas e do numerário recebido.

Acrescente-se que tal *software* gerencial foi adquirido pela Autuada sem qualquer interferência da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais (SEF/MG)..

Assim, não há que se falar que tal programa teria sido homologado pela SEF/MG e depois cassado, como alega a Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O que se constata é que a Impugnante confunde em suas alegações o Sistema Gerencial Talent GDA com o sistema Talent ECF. Embora ambos sejam desenvolvidos pela empresa Talent Informática Ltda, CNPJ: 00.404.928/0001-31, são *softwares* distintos.

Importante mencionar os seguintes apontamentos da Fiscalização sobre tais softwares:

“Ainda que comercializado sob um único nome, como se fossem módulos de um único programa, trata-se, na realidade, de dois programas distintos, sendo um o aplicativo de administração de postos de combustíveis, denominado **POSTOS – Sistema Para Controle de Postos de Combustíveis**, e o outro o software de ECF, denominado **TALENT GDA – PISTA**, com funções diversas, gerando bancos de dados próprios e manuseados por pessoas diferentes. Enquanto o primeiro é atribuição do responsável pelo posto e último é de uso do frentista.

Não bastasse isso, cada um possui um número da versão distinto, comprovando tratar-se de dois aplicativos: o Programa **TALENT GDA – PISTA**, programa de ECF versão nº 3.05.11a, fls. 187 a 195 e 1148 a 1156, e o programa **POSTOS – Sistema para Controle de Postos de Combustíveis**, que inclui todas as demais funcionalidades elencadas às fls. 180, 181, 1141 e 1142, versão nº 3.09.02-Ax, fls.1227. A versão nº 3.05.11a consta entre as versões dos programas de ECF autorizadas pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, enquanto que a versão nº 3.09.02-Ax, não. Esse fato pode ser claramente visto às fls. 653 a 658, 1189 a 1191. O Contribuinte é passível de autuação se não possuir um software de ECF, mas nada lhe acontecerá se não for detentor de um programa gerencial.”

Com razão a Fiscalização, pois conforme consulta ao cadastro de programa aplicativo de ECF, disponível no endereço http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/ecf/informacoes/empresas_desenvolvedoras_p_af_ecf_05_12_2012.pdf, a versão 3.09.02-Ax não se encontra dentre aquelas versões de programa aplicativo fiscal homologado pela SEF/MG, conforme consulta a seguir reproduzida:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

		Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais Subsecretaria da Receita Estadual Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais Diretoria de Controle Administrativo Tributário		CADASTRO DE ECF EMPRESAS DESENVOLVEDORAS	
TCR: 002291	Nome: TALENT INFORMÁTICA LTDA			CNPJ: 00.404.928/0001-31	
Endereço: Av. Barão DO Rio Branco, 871 - Sala 502		Bairro: Manoel Honório	Cidade: Juiz de Fora		
UF: MG	CEP: 38045120	Telefone: (32)3217-5999	E-mail: talent@powerline.com.br		
PAF - ECF Cadastrados					
MD5	Descrição	Versão	Situação:	Motivo	Prazo Atualização
C80EC82495001D8999AF9AE44	TALENT ECF	3.04.04	CANCELADO	NOVA VERSÃO	20/11/2008
11C10A2074E5245E52B22FD422	TALENT ECF	3.05.11a	CANCELADO	Portaria 81/09	31/12/2011
C55D758370B7B995312F832C9	TALENT ECF	3.04.03	CANCELADO	NOVA VERSÃO	20/11/2008
87FECC81B80FBBC86CF44D5F	TALENT PAF-ECF	9.11.03 B	ATIVO		
F8D339492558F2E422EBE8EC9	TALENT ECF	3.05.11	CANCELADO	Portaria 81/09	31/12/2011
2252F59CC1134C184E39FC98B	TALENT PAF-ECF	9.11.03A	ATIVO		
8532D974B806782922D172BD77	TALENT ECF	3.05.05	CANCELADO	NOVA VERSÃO	20/11/2008
FF1ADB2559317D4C778D404	TALENT PAF-ECF	9.11.03 C	ATIVO		

Vale ressaltar que o banco de dados utilizado para comprovação da aquisição de álcool combustível sem cobertura fiscal nos presentes autos foi o TALENT GDA, PROGRAMA GERENCIAL que foi desenvolvido para auxiliar os administradores dos postos revendedores no controle das suas vendas e do numerário recebido.

Quanto aos questionamentos da Defesa sobre distorções no *software* utilizado pelos postos de combustíveis, deve-se mencionar que a Portaria nº 73, de 27/05/09, não visou corrigir tais distorções, e sim, trata da utilização de sistema de bombas abastecedoras interligadas ao ECF, objetivando evitar a manipulação intencional das informações das vendas nas bombas pelos comerciantes varejistas de combustíveis.

Ademais, como bem salienta a Fiscalização, a tela contendo as informações de cancelamentos de programas trazidas aos autos pela Autuada refere-se à substituição das versões dos programas do Emissor de Cupom Fiscal – ECF, bem como nela consta o cancelamento da última versão devido à entrada em vigor da Portaria nº 81/09, que estabelece prazos para cessação de uso de ECF sem Memória de Fita Detalhe (MFD) e para adequação de Programa Aplicativo Fiscal - Emissor de Cupom Fiscal (PAF-ECF). Confira-se:

PORTARIA SRE Nº 81, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2009

(MG de 19/12/09)

Estabelece prazos para cessação de uso de Emissor de Cupom Fiscal (ECF) sem Memória de Fita Detalhe (MFD) e para adequação de Programa Aplicativo Fiscal - Emissor de Cupom Fiscal (PAF-ECF).

(...)

Art. 1º O equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) que não possua Memória de Fita Detalhe (MFD) deverá ter seu uso cessado nos termos do disposto na Seção II do Capítulo VIII da Portaria SRE nº 68, de 4 de dezembro de 2008, no prazo estabelecido no Anexo I desta Portaria, conforme

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a receita bruta anual do contribuinte usuário relativa ao ano de 2008.

(...)

Outrossim, a afirmação da Autuada de que o desenvolvedor dos mencionados sistemas foi autuado em razão de irregularidade no *software* do ECF também não procede, uma vez que não consta autuação para Talent Informática Ltda, CNPJ: 00.404.928/0001-31, no âmbito da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais.

Destaque-se, também, que o cupom fiscal, datado de 19/07/08, que registrava a venda de 111.111 (cento e onze mil, cento e onze) litros de gasolina supra, citado nas defesas apresentadas, não se refere ao período autuado, como bem abordado pela Fiscalização.

Mencione-se, ainda, que não houve descredenciamento da empresa Talent Informática Ltda, pois o mencionado desenvolvedor possui cadastro ativo na SEF/MG para as versões de *software* de ECF em vigor.

Relativamente aos pareceres acostados às fls. 177/224 e 569/603, nos quais se baseia a Defesa com intuito de afastar as exigências fiscais em comento, vale destacar os seguintes apontamentos efetuados pela Fiscalização:

“Relativamente ao parecer emitido pela empresa contratada para examinar o *software* gerencial, o Contribuinte reproduz as conclusões do laudo da empresa INFOMOB Tecnologia da Informação Ltda. em que, em tese, respaldaria o entendimento de que o programa foi o único responsável pelas vendas a maior. Dos pontos elencados, os itens “a” e “f” se referem a inconsistências do arquivo SINTEGRA, que não será abordado por não ter relação com o presente feito fiscal.

O item “c” trata da questão da emissão de cupons fiscais em momento posterior ao da venda e já foi abordado anteriormente.

Os itens “b” e “d” do laudo tratam do mesmo assunto: o programa não possui uma trava que iniba a emissão de um cupom fiscal com litragem incompatível com o armazenamento máximo dos tanques de combustíveis. Para ilustrar esse fato aponta a emissão do cupom nº 125222, fls. 183 e 223, de 2008, emissão do cupom fiscal de 111.111, o qual foi anteriormente citado na explanação inicial.

Apesar de o Contribuinte considerar um desestímulo a produção haja vista pagar seus impostos sempre em dia, a falta da trava com relação à quantidade de litros máxima passíveis de estar contida num cupom fiscal não invalida o programa nem transfere ao Estado a responsabilidade dos administradores do Posto pelo mau uso que seus empregados fazem. Além disso, há

que se ter em conta que o presente Auto de Infração trata de fatos ocorridos em 2005 e episódios isolados ocorridos três anos depois, não podem ser usados como justificativa para afastar o feito fiscal em tela.

Ressalte-se que o referido cupom retirado da autuação anteriormente citada não constitui evidência de que o software não atende as necessidades do ramo de atividade, mas sim que esse cupom não poderia ser considerado num levantamento quantitativo. Entretanto, como o mesmo nunca foi cancelado pelo emitente, foi objeto de outra autuação, a de nº 01.000166199.92, em 19/07/2010, por não corresponder a uma efetiva saída de mercadoria. Esse Auto foi pago pelo Impugnante.

O item “e” merece uma atenção especial. O responsável pelo laudo técnico aponta, às fls. 187 a 195, que, em tese, poderia ocorrer a emissão de cupons fiscais em duplicidade quando o frentista não fizesse, no software gerencial, o fechamento do turno no momento correto e o fizesse em momento posterior, colocando informações retroativas. Nesse caso, o software apontaria uma diferença negativa de litros o qual o frentista não adotaria nenhuma providência, mas quando a diferença fosse positiva, ele emitiria a mesma quantidade de litros em novos cupons, os quais já teriam sido emitidos, gerando uma possível duplicidade.

Tudo isso aconteceria por conta da imprecisão de dados de encerrantes com valores menores que aqueles verdadeiros. Lembramos que o próprio Impugnante informa, fl. 157, que era cadastrado encerrante anterior aquele existente no momento, ou seja, conforme afirma, retroagia o encerrante do software.

Esse fato causa ainda mais estranheza que a emissão dos cupons *a posteriori*. Por que motivo a Administração do Posto aceitaria essa forma de atuar? Sócios Gerentes com tanta experiência nesse ramo de atividades teriam tão pouco controle sobre seu negócio? Por que ocorreram tantas falhas, em período tão longo e nenhuma providência foi adotada pela administração da empresa para saná-la?

A empresa TALENT Informática Ltda, desenvolvedora do programa gerencial, informou que sempre que os cupons fiscais não eram emitidos, era gerado um alerta de erro, mas que caso a mensagem fosse ignorada, a situação descrita poderia acontecer no software gerencial. Informou, ainda, que a manipulação do programa era atribuição do responsável pelo turno e não do frentista. Portanto, existia uma ação deliberada

de negligência em relação às mensagens de erro do programa em nível de gerência sempre que os cupons não eram emitidos, mas não há nenhuma comprovação de que de fato isso implicou em emissão de cupons em duplicidade, pois seria necessário que o gerente mandasse o frentista utilizar o sistema do ECF (outro programa) com a finalidade de emitir os cupons fiscais faltantes em dobro, situação pouco verossímil.

As únicas afirmações categóricas existentes no parecer consistem em que o programa gerencial gerava os arquivos SINTEGRA automaticamente e não possuía trava para inibir a emissão de cupons fiscais com litragens excessivas. Somente isso. Todas as demais conclusões são genéricas e tiradas com base na narrativa dos usuários do sistema e dos administradores, colhidas em entrevistas.

A falha de geração das informações é narrada em tese, através de uma simulação, em que os dados seriam colocados manualmente quando as informações dos fechamentos dos turnos não fossem inseridas no momento da troca. Em momento nenhum foi informado quais foram os dias em que isso ocorreu, nem os valores precisos das inserções incorretas. Entretanto, situações hipotéticas não podem ser objeto de apreciação por esta fiscalização, mas tão somente fatos concretos.

Por outro lado, considerando que, conforme informado categoricamente pelo próprio Contribuinte, os cupons eram emitidos em momento posterior, a repetição de tantos valores em intervalos que não correspondem a uma operação de venda, demonstra uma intencionalidade de regularizar os cupons anteriores faltantes e não uma falha de sistema. Ainda que mal treinado, um funcionário pode cometer um erro eventual, em dias aleatórios, o qual seria corrigido por uma administração diligente, e não tantos equívocos cometidos diariamente, anos a fio, sem que nenhuma providência fosse tomada.

Assim sendo, além de o parecer ter sido elaborado com vistas a atender a demanda do Contribuinte com relação às inconsistências do arquivo SINTEGRA, em nenhum momento ele prova efetiva e indubitavelmente que nos meses de julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2005, tais fatos aconteceram. Para tanto seria necessário que fosse demonstrado quais cupons estão em duplicidade em virtude da impositação de dados tardia no software gerencial, em tais dias, em tais horários, em tais valores e a perfeita correspondência entre as duplicidades e os valores a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

maior das vendas. Alegar que falhas podem acontecer não comprovam que efetivamente ocorreram e nem elidem a infração fiscal.”

Ressalte-se que o novo parecer acostado pela Autuada às fls. 1138/1183 acrescenta novas simulações efetuadas, desta feita, no programa TALENT GDA.

Vale destacar que as simulações efetuadas em tal parecer não lograram êxito para infirmar a acusação posta, como bem analisado pela Fiscalização nas manifestações fiscais acostadas aos autos.

Entretanto, não se pode perder de vista que restou constatado nos presentes autos, a emissão de cupons fiscais para todas as vendas, independentemente se os produtos foram adquiridos com ou sem documentação fiscal.

As argumentações da Defesa, bem como a documentação repetidamente anexada e os pareceres apresentados não lograram êxito em demonstrar a não ocorrência do fato gerador de aquisição de combustível sem documentação fiscal. Ao contrário, a lógica de funcionamento do programa gerencial da Autuada permitiu a visualização da infração à legislação tributária em que o operador do sistema não pode, ou não conseguiu apagar.

A Impugnante perquire, ainda, o fato das informações constantes nos controles gerenciais de estoque de combustível, em determinados dias, apresentarem volumes superiores à capacidade dos tanques do Posto.

Em relação a tal argumento, é fundamental o esclarecimento prestado pela Fiscalização de que na conduta da Autuada encontra-se a causa do valor constante como estoque não condizer com o existente na realidade, tendo em vista as manipulações efetuadas nos controles gerenciais, uma vez que no Posto em questão, o estoque do tanque era controlado manualmente. No período autuado, os estoques em tais controles eram negligenciados.

Ademais, reitere-se que o lançamento em comento não se fundamenta nos estoques informados no banco de dados, mas sim, na constatação de que os valores constantes nas reduções “Z” em tal período eram superiores aos valores de vendas de combustíveis conforme o LMC e livro Registro de Saídas.

Quanto à afirmação da Impugnante acerca da impossibilidade de adquirir combustível desacobertado, uma vez que somente adquiriu combustíveis da Petrobras, e que jamais teve reclamação da qualidade do combustível que revende no PROCON, vale ressaltar que tais fatos não foram suficientes para coibi-la da prática de aquisição e venda de combustível sem acobertamento fiscal, conforme verifica-se em diversas autuações fiscais lavradas em decorrência de tais irregularidades e já quitadas/parceladas. Confira-se:

S I C A F SEF/MG
Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais
Consulta Autuações por Envolvido
Inscrição Estadual: 367168281 00 12

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nome: AUTO POSTO PETROGAS LTDA

Numero PTA	Qualificacao	Dt Autuacao	Situacao PTA
01 000153154 93	SUJ.PASS.PRINC	14.06.2006	QUITADO
01 000163113 35	SUJ.PASS.PRINC	17.11.2009	QUITADO PARCEL.
01 000169533 61	SUJ.PASS.PRINC	25.03.2011	PARCELADO
01 000170393 29	SUJ.PASS.PRINC	15.06.2011	PARCELADO

Pertinente destacar que o questionamento da Câmara de Julgamento quando da diligência de fls. 1239, sobre o erro de digitação da quantidade de combustível constante na Nota Fiscal de Entrada nº 78.525 de 19/12/05 (50.000 litros em vez de 5.000), restou esclarecido pela Fiscalização às fls. 1241/1246 e fls. 1342/1355.

Ademais, a Fiscalização expurgou tal diferença dos dados contidos nos controles extrafiscais trazidos aos autos como comprovação da acusação fiscal (vide fls. 880 dos autos).

Assim, o que está se exigindo no presente feito fiscal, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória pelas entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal é o ICMS por substituição tributária, devido pelas aquisições de combustíveis.

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

Originariamente, o responsável pela retenção e recolhimento do 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 nº 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.

Dessa forma, autorizado que foi pela legislação que rege a matéria, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante à base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido sobre as entradas desacobertas, cumpre esclarecer que o imposto foi exigido considerando 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.

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, conforme previsto no Capítulo II, Cláusulas Sétima e Oitava do Convênio nº 110/07.

As alíquotas aplicáveis no cálculo do ICMS/ST para as mercadorias autuadas foram as previstas no art. 42, inciso I, alíneas “a”, subalínea “a10”, “b13” e “e” da Parte Geral do RICMS/02, com a redação vigente à época dos fatos geradores.

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 6.763/75, *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 corretamente a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c a alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 28/02/13. ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas no mérito. Ainda em preliminar, à unanimidade, indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 880/959. Vencidos, em parte, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Relator) e Carlos Alberto Moreira Alves, que o julgavam improcedente nos termos do art. 112, inciso II do CTN. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Participou do julgamento, além da signatária e dos conselheiros vencidos, a Conselheira Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de março de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora designada**

CC/MIG