

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.257/19/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001011240-64
Impugnação: 40.010146744-91
Impugnante: Companhia Ultragaz S.A.
IE: 298002298.31-45
Proc. S. Passivo: Rodrigo Alexandre Lázaro Pinto/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES/SIMILARES - EMISSÃO DE NOTA FISCAL QUE NÃO CORRESPONDE A UMA EFETIVA SAÍDA DE MERCADORIA. Evidenciado nos autos que a Autuada emitiu notas fiscais que não correspondem a uma saída, de fato, para outra unidade da Federação, de gás liquefeito de petróleo, ocorrendo, portanto, dedução indevida do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, nos moldes do art. 94, do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL. Comprovado nos autos a emissão de nota fiscal que não corresponde a uma efetiva saída de mercadoria, ensejando, assim, a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III da Lei 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o Sujeito Passivo emitiu notas fiscais para outras unidades da Federação, que não correspondiam a uma efetiva saída da mercadoria - Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), tendo em vista que constam nestes documentos, peso de mercadoria superior ao limite da capacidade do veículo transportador, verificado no sistema do Departamento de Trânsito do Estado de Minas Gerais (DETRAN/MG), bem como em Certificados de Inspeção Veicular (CIV), apresentados pela Contribuinte, em atendimento à intimação.

Ademais, foi constatada a mesma data de saída para fora do estado, de cinco notas fiscais, para um mesmo veículo transportador.

Nos termos dos arts. 94 e 98 do Anexo XV do RICMS/02, a inserção de notas fiscais de operações que não correspondam a uma efetiva saída de mercadoria, leva a uma dedução indevida de ICMS/ST do estado de Minas Gerais e consequente repasse de ICMS/ST à unidade da Federação de destino, informada nas respectivas notas fiscais.

Dessa forma, exige-se o ICMS/ST, deduzido indevidamente, acrescido da Multa de revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 139/166, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 262/265.

Junta os documentos de fls. 266/273 e reabre vista à Impugnante, que comparece novamente aos autos, às fls. 285/288.

A Fiscalização se manifesta novamente, às fls. 291/296.

A Autuada complementa sua Impugnação, às fls. 303/308 e a Fiscalização se manifesta, mais uma vez, às fls. 353/356.

DECISÃO

Ressalta-se, de início, que a Impugnante requer a realização de prova pericial sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

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:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

(...)

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos constantes dos autos.

Conforme acima relatado, a autuação versa sobre a constatação de que o Sujeito Passivo emitiu notas fiscais para outras unidades da Federação, que não correspondiam a uma efetiva saída da mercadoria - Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), tendo em vista que constam nestes documentos, peso de mercadoria superior ao limite da capacidade do veículo transportador, verificado no sistema do Departamento de Trânsito do Estado de Minas Gerais (DETRAN/MG), bem como em Certificados de Inspeção Veicular (CIV), apresentados pela Contribuinte, em atendimento à intimação.

Ademais, foi constatada a mesma data de saída para fora do estado, de cinco notas fiscais, para um mesmo veículo transportador.

Nos termos dos arts. 94 e 98 do Anexo XV do RICMS/02, a inserção de notas fiscais de operações que não correspondam a uma efetiva saída de mercadoria,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

leva a uma dedução indevida de ICMS/ST do estado de Minas Gerais e consequente repasse de ICMS/ST à unidade da Federação de destino, informada nas respectivas notas fiscais.

Dessa forma, exige-se o ICMS/ST, deduzido indevidamente, acrescido da Multa de revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III da mesma lei.

Os Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs, objeto da autuação, foram juntados às fls. 71/78 dos autos.

A Autuada, em sua Impugnação, apresenta as seguintes alegações:

- que houve, primeiramente, um equívoco, ao emitir, indevidamente, notas fiscais constando, como origem, os Estados de SP e RJ, com destino a MG e, posteriormente, emissão de Notas Fiscais de transferências para anular estas operações não realizadas anteriormente, por questões logísticas;
- que efetuou o recolhimento do ICMS referente às primeiras operações, sobretudo pelo fato das mencionadas NFs constarem no Scanc e que ao verificar o equívoco e diante da perda do prazo para cancelamento das notas, decidiu emitir as NFs de transferências, a fim de anular as operações anteriores;
- que se tratam de 8 NFs, apresentando quadro com a relação das NFs emitidas incorretamente e as emitidas para anulá-las, salientando que, apesar e se tratar de uma solução não ortodoxa, visou regularizar todos os problemas decorrentes das emissões incorretas efetuadas;
- que o trabalho fiscal afronta não só o princípio da boa-fé e a presunção de inocência, mas principalmente o princípio da verdade material, pois as respectivas mercadorias não ingressaram no estado de MG e que não houve qualquer simulação de sua parte;
- que MG recebeu o valor do ICMS das primeiras operações, conforme evidenciam os comprovantes em anexo, sendo possível identificar pagamento complementar e repasse, por meio de análise do SCANC
- que caso não se entenda pelo cancelamento da exigência, requer-se alternativamente a conversão do julgamento em diligência, para que sejam verificadas as informações prestadas no SCANC, para ratificação do equívoco cometido pela empresa, bem como para confirmar-se a inocorrência de qualquer lesão ao erário estadual.

- que o erro procedimental da empresa em corrigir a falha fiscal, não dá ensejo à sanção imposta, sobretudo por exigir pagamento de imposto e multa de 100%.

A Fiscalização, por sua vez, assim se manifesta:

- que o argumento da Impugnante corrobora com a ocorrência constatada, de que foram emitidas notas fiscais para outras unidades da federação, que não correspondiam a uma efetiva saída da mercadoria, pois a Impugnante relata que emitiu as notas fiscais para anular operações não realizadas anteriormente;

- que relativamente aos erros cometidos pelas filiais da Impugnante em outros estados, caberiam ser notificados ao Fisco e poderiam ser corrigidos somente pelo cancelamento de forma escritural, via denúncia espontânea e que, entretanto, as notas fiscais autuadas, no presente trabalho, foram emitidas em Ibitaré, Minas Gerais e não em outros estados;

- que as filiais de outros estados deveriam ter procedido à denúncia espontânea e escriturado as Notas Fiscais sem valores monetários.

- que a legislação nacional determina o procedimento correto, conforme AJUSTE SINIEF 7, DE 30 DE SETEMBRO DE 2005, que Institui a Nota Fiscal Eletrônica e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica;

- que o procedimento que a Impugnante alega que adotou, emitindo Notas Fiscais em Minas Gerais para corrigir erro cometido de emissão de Notas Fiscais indevidas pelos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, não faz sentido algum e dessa forma não merece ser considerado;

- que a diligência é desnecessária, pois ao se analisar os anexos II, III, X e XI do SCANC, apresentados pela Impugnante, constata-se que os documentos comprovam que ocorreu as saídas, em transferência das filiais de São Paulo e Rio de Janeiro, para a Impugnante, em momento anterior, na mesma quantidade consignadas nas Notas Fiscais autuadas, mas que não se pode atestar que as Notas Fiscais autuadas serviram para anular as operações supostamente não realizadas pelas filiais de São Paulo e Rio de Janeiro;

- que os documentos autuados emitidos pela Impugnante, constantes no Anexo 3 do presente Auto de Infração (fls. 70 a 78), não contêm consignadas

qualquer menção às Notas Fiscais emitidas anteriormente pelas filiais de outros estados;

- que ao se observar os Anexos do SCANC, apresentados pela Impugnante, ao contrário do que ele afirma, se observa que a alegação de que a Nota Fiscal autuada nº 401.965 emitida para anular a Nota Fiscal de SP nº 805.675, poderia também ser alegada que foi emitida para anular a Nota Fiscal de SP nº 805.659, conforme se vê nos Anexo II e X do SCANC da filial de SP (fls. 150), pois estes documentos contêm as mesmas informações de quantidade e valores;

- que a mesma alegação quanto à emissão da Nota Fiscal nº 427.925 para anular a Nota Fiscal nº 305.011, também poderia servir para as Notas Fiscais nº 304.968, 304.975, 305.015, 305.017 e 305.018. Da mesma forma, a alegação para a emissão da NF nº 427.926 para anular a NF nº 305.017, poderia servir para as NF's nº 304.968, 304.975, 305.011, 305.015 e 305.018. A mesma alegação da NF nº 427.928 para anular a NF nº 305.018, também serviria para as NF's nº 304.968, 304.975, 305.011, 305.015 e 305.017. Continuando a análise, verifica-se que a mesma alegação para emitir a NF nº 427.927 com o objetivo de anular a NF nº 305.016, também poderia servir para anular as NF's nº 305.010, 305.012, 305.013 e 305.014, e, por fim, a mesma alegação para emitir a NF nº 427.929 para anular a NF nº 305.014, também poderia ser utilizada para as NF's 305.010, 305.012, 305.013 e 305.016, conforme se vê nos Anexo II e X da filial de SP (fls. 160).

- conclui que vários documentos diferentes contêm as mesmas informações de quantidade e valores, comprometendo dessa maneira, relacionar as Notas Fiscais emitidas pela Impugnante com alguma das Notas Fiscais emitidas pelas filiais de outros estados, restando, de fato, comprovado que a alegação da Impugnante não merece ser considerada;

- que outro motivo também importante foi o fato de existir, em cinco Notas Fiscais, as mesmas datas de saída para fora do estado para um mesmo veículo transportador, algo irreal de se acontecer.

A Fiscalização, após a juntada dos documentos de fls. 266/273, reabre vista à Impugnante, que reitera os argumentos anteriormente apresentados, ressaltando que seu lapso, em confirmar a ocorrência de operações que, na realidade, não ocorreram, não deve ser motivo para a imposição de penalidades tão gravosas.

A Fiscalização se manifesta novamente, alegando:

- que os documentos que anexou, se refere a consultas ao Portal Nacional da NFe, onde se constatou que as operações anteriores (de SP e do RJ para MG) ocorreram de fato. Para as Notas Fiscais eletrônicas relacionadas pela Impugnante (fls. 143, 248 a 255), cujas operações alega não terem ocorrido, houve nos registros, não somente ciência da operação e confirmação da operação pelo destinatário, como também eventos da existência de CTe's Autorizados pelos órgãos de RJ, SP e MG, MDFe's Autorizados, e o mais importante neste caso, os Registros de Passagem NF-e e BRid pelos órgãos de SP (fls. 266 a 273);

- que o Registro de Passagem é um evento da NFe que tem como função registrar a circulação de mercadorias e acontece quando a Sefaz informa que a nota passou por uma barreira fiscal, onde são enviadas as informações do veículo, do local de leitura, e do horário de passagem, logo, a alegação da Impugnante de que as operações não se realizaram é descabida, da mesma forma que a emissão das NFs para anular as operações que não se realizaram;

- que o argumento de que "as notas fiscais autuadas no presente auto de infração foram emitidas com o objetivo de anular as operações não realizadas anteriormente, onde outras filiais dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro emitiram indevidamente Notas Fiscais destinadas a ela", corrobora com a ocorrência constatada pela fiscalização, de que o sujeito passivo emitiu notas fiscais para outras unidades da federação que não correspondiam a uma efetiva saída da mercadoria, pois a Impugnante relata que emitiu as notas fiscais para anular operações não realizadas anteriormente.

A Autuada apresenta, ainda, um complemento à sua Impugnação, apresentando as correlações de notas fiscais indevidamente emitidas e as correspondentes notas fiscais emitidas para anular as operações.

A Fiscalização, mais uma vez, se manifesta, sob os seguintes argumentos:

- que, dentre as notas fiscais relacionadas pela Impugnante e por ela declaradas como documentos indevidamente emitidos, constam as notas fiscais autuadas no presente Auto de Infração, portanto, a própria Impugnante declara que as notas fiscais autuadas são documentos indevidamente emitidos, o que corrobora com o constatado pela fiscalização.

- que, vários documentos diferentes contêm as mesmas informações de quantidade e valores, comprometendo dessa maneira relacionar as Notas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Fiscais emitidas pela Impugnante com alguma das Notas Fiscais emitidas pelas filiais de outros estados.

- que ao alegar, conforme o quadro apresentado, que emitiu a NF nº 427.927 em contrapartida com a NF nº 305.014, contraria totalmente o alegado na manifestação anterior (fls. 143), onde declara que emitiu a NF nº 427.927 com o objetivo de anular a NF nº 305.016. O mesmo se repete quando alega que emitiu a NF nº 427.929 em contrapartida com a NF nº 305.016, sendo que na manifestação anterior, alegou que emitiu a NF nº 427.929 para anular a NF nº 305.014.

Pela análise de toda a situação acima externada, fica patente que a acusação fiscal de *emissão de nota fiscal que não corresponde a uma efetiva saída da mercadoria*, é confirmada pela Defesa.

A justificativa para tal procedimento, todavia, não merece ser acolhida, por todas as razões evidenciadas pela Fiscalização, qual seja:

- não existe previsão legal para emissão de nota fiscal para anular operação anterior não realizada;
- não existe qualquer vinculação, nas notas fiscais autuadas, com as supostas notas fiscais da primeira operação;
- todas as evidências trazidas aos autos pelo Fisco, demonstram que a primeira operação, de fato, ocorreu, conforme documento de fls. 266/273 (ciência e confirmação da operação pelo destinatário, Conhecimento de Transporte Eletrônico - CT-e e Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais - MDF-e autorizados e Registro de Passagem);

Além disso, a Impugnante apresenta várias inconsistências em suas alegações, ao tentar vincular as operações, conforme bem detalhado pela Fiscalização, devendo ser ressaltado, ainda, conforme também afirmada na manifestação fiscal, que várias notas fiscais possuem as mesmas quantidades de mercadorias e os mesmos valores, o que, por si só, já impossibilitaria a comprovação das afirmativas da Defesa.

Assim, uma vez que as notas fiscais autuadas não se referem, de fato, a uma saída de Gás Liquefeito de Petróleo - GLP para outra unidade da Federação, houve dedução incorreta do ICMS/ST devido a Minas Gerais, em função da informação inexata prestada pela Autuada, a qual é de sua inteira responsabilidade, no Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis - SCANC, conforme previsto na legislação vigente, especialmente o art. 94, do Anexo XV do RICMS/02 e art. 98 do mesmo diploma legal, que prescrevem:

RICMS/02 / ANEXO XV / Seção VI

Das Informações Relativas às Operações com Combustíveis

Subseção I

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis - SCANC

Art. 93. A apuração e demonstração dos valores de repasse, dedução, ressarcimento e complemento do ICMS incidente nas operações interestaduais, com combustível derivado de petróleo ou com Gás Liquefeito Derivado de Gás Natural (GLGN), em que o imposto tenha sido retido anteriormente, com álcool etílico anidro combustível (AEAC) e biodiesel B100, cujas operações tenham ocorrido com diferimento ou suspensão do imposto, serão efetuadas por meio do programa denominado "SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis", aprovado por meio do Ato COTEPE/ICMS nº 47, de 17 de dezembro de 2003.

§ 1º A utilização do SCANC será obrigatória para as operações ocorridas a partir de 1º de março de 2004, devendo os contribuintes substituto e substituído, quando realizarem as operações referidas no caput ou mesmo que não tenham realizado operações interestaduais, enviar as informações por transmissão eletrônica de dados nos prazos estabelecidos.

(...)

Art. 94. O imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino, decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo ou com GLGN, a parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível ou sobre o biodiesel-B100, destinada à unidade federada remetente desses produtos, e o valor a que se refere o art. 92-A desta Parte **serão calculados no SCANC, com base nos dados informados pelos contribuintes** e nos percentuais de agregação constantes deste Capítulo. (Destacou-se).

§ 1º Para o cálculo do imposto a ser repassado em favor deste Estado, o programa deverá:

I - tratando-se de mercadorias não destinadas à industrialização, adotar como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação pela Refinaria Gabriel Passos - Betim/MG, dele excluído o respectivo valor do ICMS, e adicionar o valor resultante da aplicação, sobre aquele valor, do percentual da margem de valor agregado à operação interestadual estabelecido para o substituto tributário;

II - multiplicar o preço obtido na forma do inciso anterior pela quantidade do produto; (570)

III - aplicar, sobre o resultado obtido na forma do inciso anterior, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria neste Estado.

§ 2º Para fins de se estabelecer a quantidade de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

combustível a que se refere o inciso II do parágrafo anterior será observado o seguinte:

I - tratando-se de gasolina, será deduzida a parcela correspondente ao volume de álcool etílico anidro combustível a ela adicionado, se for o caso; II - tratando-se do produto resultante da mistura do óleo diesel e B100, será deduzida a parcela correspondente ao volume de B100 a ela adicionado, se for o caso.

§ 3º Na operação interestadual com combustível derivado de petróleo ou com GLGN em que o imposto tenha sido retido anteriormente, o valor unitário médio da base de cálculo da retenção, para efeito de dedução deste Estado, será determinado pela divisão do somatório do valor das bases de cálculo das entradas e do estoque inicial pelo somatório das respectivas quantidades, observado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 4º O valor unitário médio da base de cálculo da retenção referido no parágrafo anterior deverá ser apurado mensalmente, ainda que o contribuinte não tenha realizado operações interestaduais.

§ 5º A indicação, em campo próprio da Nota Fiscal Eletrônica ou, na falta deste, no campo "Informações Complementares", do valor da base de cálculo utilizada para a substituição tributária na unidade federada de origem da mercadoria será feita com base no valor unitário médio da base de cálculo da retenção apurado no mês imediatamente anterior ao da remessa.

(...)

Art. 98. O disposto neste Capítulo não exclui a responsabilidade do distribuidor, do importador ou do transportador revendedor retalhista (TRR) pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido nas diversas etapas de circulação da mercadoria, a partir da operação por eles realizada até a última, com os respectivos acréscimos legais.

Os cálculos do ICMS/ST devido encontram-se demonstrados nos quadros de fls. 86/121 e 135/136.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso III, todos da Lei 6.763/75.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDÓ QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Lilian Cláudia de Souza (Revisora) e Erick de Paula Carmo.

Sala das Sessões, 22 de maio de 2019.

Cindy Andrade Moraes
Relatora

Eduardo de Souza Assis
Presidente

P

23.257/19/3ª