

Acórdão: 14.345/00/3^a
Impugnação: 40.10101534-71
Impugnante: Iguatinga Postos de Serviços Ltda
Advogado: Milton Teotônio Pereira dos Santos/Outra
PTA/AI: 01.000112740-59
Inscrição Estadual: 313.679047.0034 (Autuada)
Origem: AF/Ipatinga
Rito: Ordinário

EMENTA

Mercadoria - Entrada Desacobertada - Gasolina - Álcool - Óleo Diesel - Constatou-se a entrada de gasolina, álcool e óleo diesel desacobertada de documento fiscal apurada no confronto entre o Livro de Registro de Entradas e respectivas notas fiscais e o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Infração caracterizada. Lançamento parcialmente procedente nos termos da reformulação de fls. 47/48 e 55 dos autos. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Valor: R\$295.942,52 (adequado à Lei n.º 12.729/97).

Parcelas exigidas: ICMS, MR (50%), MI (20%).

Motivos da autuação:

Constatou-se a entrada desacobertada de documentação fiscal de gasolina, álcool e óleo diesel, no período de janeiro/96 a outubro/96, apurada no confronto entre o Livro de Registro de Entradas e respectivas notas fiscais e o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), conforme quadros 1 a 24 anexos ao TO.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 36/39), por intermédio de procurador regularmente constituído, alegando que:

1. a peça fiscal fere frontalmente o disposto nos incisos III e IV do art. 59 da CLTA, porque o relato feito é genérico, constituindo-se em inaceitável cerceamento de defesa;
2. estipula o art. 192 do Anexo IX do RICMS/96, citado pela fiscalização como substrato da exigência fiscal, que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, é atribuída, por substituição tributária, (...) à Petrobrás..

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. conclui que todos os derivados de petróleo quando dão saída dos distribuidores, com destino aos postos de serviço, já estão com o imposto estadual recolhido ou pago, não podendo a Fazenda proceder à exigência de seu pagamento sob pena de estar locupletando-se;
4. Diz que não é por outro motivo que a Fazenda Estadual jamais exigiu que as vendas realizadas pelos postos de serviço fossem acobertadas por documentação fiscal, pelo simples fato de que não tem interesse em acompanhar tais operações, uma vez que o ICMS já foi recolhido integralmente;
5. Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

A taxa de expediente foi recolhida conforme DAE de fls. 41.

Houve uma adequação dos valores exigidos nos meses de abril e maio de 1996, não importando esta adequação em alteração no total final do crédito tributário exigido, conforme fls. 48, c/c 27 dos autos. Mesmo assim, intimou-se o Impugnante, nos termos de fls. 50 e AR de fls. 51, não se manifestando.

Houve juntada de documentos no PTA a saber: cópia do Livro de Registro de Entradas do período fiscalizado; cópia do Livro de Registro de Apuração do ICMS; cópias dos Livros de Movimentação de Combustível (LMC) dos produtos levantados (Gasolina, Óleo Diesel e Álcool). Os documentos estão nos autos de fls. 57/198.

Intimou-se, novamente, o Impugnante para “vistas” e pagamento do crédito tributário com as reduções legais, ressaltando que a fiscalização reformulou o crédito tributário para aplicar a multa de revalidação normal (50%), em substituição à multa de revalidação que estava sendo exigida (ST - em dobro); vide fls. 55, 200 e AR de fls. 201; o Impugnante não se manifestou.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal exarou Despacho Interlocutório para que o sujeito passivo cumprisse o solicitado, conforme fls. 205 (AR de fls. 207), não sendo atendido pelo Impugnante.

A Auditoria Fiscal determinou a realização da Diligência de fls. 209, para que fosse providenciada manifestação fiscal à Impugnação de fls. 36/39, nos termos do art. 100 da CLTA/MG;

O Fisco, na Réplica de fls. 211/215, refuta as alegações da defesa, argumentando que:

- a) o fisco procedeu a alteração no crédito tributário, reabrindo-se prazo para pagamento ou manifestação, anexando novo Demonstrativo do Crédito Tributário e comunicando as alterações ao Impugnante; A DRCT sugeriu a alteração do crédito para redução da multa de revalidação por entender não ser cabível a cobrança em dobro; alteração feita, comunicou-se o Impugnante, sem ocorrência de pagamento ou manifestação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- b) de acordo com o § 4º do art. 192 do Anexo IX do RICMS/96, vigente à época, o varejista que receber mercadoria sem retenção do imposto, será responsável pelo recolhimento da parcela devida a este Estado, quando da entrada do produto em seu estabelecimento, devendo observar o que determina o § 7º do art. 195. A base de cálculo foi formada conforme art. 195, § 7º, do Anexo IX, onde ficou estabelecido que seria o valor médio de venda praticado pelo varejista nos últimos 10 (dez) dias anteriores à aquisição sem a retenção do imposto;
- c) que não tem cabimento a afirmação de que a Fazenda jamais exigiu que as vendas realizadas por postos de combustíveis fossem acobertadas por notas fiscais; esta obrigação está prevista na Lei 6.763/75;
- d) o trabalho consistiu no levantamento da quantidade de litros entrada sem documento fiscal, com a aplicação da alíquota sobre o preço de venda, ou seja, quantidade de litros vezes o valor de venda, aplicada a alíquota para cada caso, resultando no valor do imposto devido.
- e) Descabida a alegação de que houve cerceamento de defesa, pois todos os prazos previstos na legislação foram dados ao contribuinte; nos autos constam a intimação do Impugnante, a ocorrência, as infringências, penalidades, quadros demonstrativos, etc. O que falta, sim, completa o fisco, são as notas fiscais de entradas, que em momento algum foram apresentadas, e o pagamento do imposto que em momento algum fora efetuado;
- f) requer a manutenção integral das exigências fiscais.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Do cerceamento de defesa

Improcede a tese esposada pela defesa, quando alega que a peça fiscal fere os incisos III e IV do art. 59 da CLTA/MG, e estas omissões, segundo diz, caracterizariam cerceamento do direito de defesa.

Podemos verificar no Auto de Infração de fls. 31/32 que o fato que motivou a autuação fiscal e as circunstâncias em que foi praticado foi descrito de maneira clara e precisa. Diz o relatório da citada peça o seguinte:

“Trabalho desenvolvido: conferência das entradas de combustíveis lançadas no livro de registro de entradas a partir de confronto com o livro de movimentação de combustíveis;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Irregularidades apuradas: constatou-se a entrada desacobertada de documentação fiscal de gasolina, álcool e óleo diesel;

Em anexo ao TO: demonstrativos das diferenças, recomposição da conta gráfica e demonstrativo do crédito tributário.”

Verifica-se, também, no Auto de Infração de fls., a indicação correta dos dispositivos legais infringidos e dos que cominam as respectivas penalidades: Art. 55, inciso XXII da Lei 6.763/75, referente à multa isolada aplicada pela entrada desacobertada das mercadorias objeto do levantamento; Art. 56, inciso III, referente à multa de revalidação que incidiu sobre o imposto devido.

Portanto, opinamos pelo não acolhimento desta preliminar argüida.

DO MÉRITO

Conforme já relatado, tratam os autos de exigência de ICMS, MR e MI devidos pelo Impugnante, tendo em vista que a fiscalização levada a efeito na escrituração fiscal da empresa apontou a entrada desacobertada de documentação fiscal de gasolina, álcool e óleo diesel. As diferenças estão claramente demonstradas nos quadros que instruem o Termo de Ocorrência de fls. 3, e foram apuradas no confronto dos Livros de Movimentação de Combustível com as notas fiscais de aquisição devidamente lançadas no Livro Fiscal de Registro de Entradas.

O Livro de Movimentação de Combustível (LMC), instituído com a finalidade de propiciar controle da movimentação física das mercadorias comercializadas (entrada nos tanques de depósito, saídas através das bombas medidoras (encerrantes), aferição, estoques de abertura e encerramento, etc.) por força de Portaria do Departamento Nacional de Combustíveis, da Secretaria Nacional de Combustíveis, hoje Agência Nacional de Petróleo, escriturado por todos os postos revendedores de combustíveis no varejo, como é o caso do Impugnante, foi recepcionado pela legislação tributária mineira como sendo um Livro Fiscal de escrituração obrigatória.

Diz o art. 160 da Parte Geral do RICMS:

Art. 160 – O contribuinte do imposto deverá manter, em cada um dos seus estabelecimentos, os seguintes livros fiscais, cujas regras gerais de escrituração e de lançamento são as estabelecidas no Anexo V:

I – Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A;

.....

IX – Livro de Movimentação de Combustíveis;

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 9º - O livro de Movimentação de Combustíveis será utilizado pelo Posto Revendedor para registro diário das movimentações de compra e venda de gasolina, óleo diesel, álcool etílico hidratado carburante e mistura metanol/etanol/gasolina, devendo ser observadas, quanto à sua escrituração e modelo, as normas do Departamento Nacional de Combustíveis, da Secretaria Nacional de Combustíveis.

Pelo que ficou demonstrado nos quadros de fls. 4/20, onde a fiscalização detalha as entradas conforme lançamentos no Livro de Registro de Entradas, entradas conforme LMC, e finalmente, o quadro de fls. 21, com o confronto entre os dois Livros Fiscais, realmente restou apurada a entrada sem acobertamento fiscal das mercadorias ali discriminadas. Conferimos os Livros de Registro de Entradas e os Livros de Movimentação de Combustível trazidos à colação pelo fisco e constatamos que os dados inseridos nos quadros que instruem a peça fiscal estão em consonância com os dados lançados nos livros fiscais.

Apenas observamos que no LMC referente ao mês de janeiro/96, algumas entradas de combustível foram registradas, com o Impugnante consignando um número qualquer no campo próprio destinado ao número da nota fiscal. Por exemplo, citamos a cópia do LMC de fls. 121, onde foi consignado o número 057821, como número da nota fiscal correspondente à entrada de 5.000 litros de gasolina. Idem fls. 127, onde foi consignado o número 056751, como número da nota fiscal correspondente à entrada de 2.500 litros de gasolina; e outras. Todas as supostas notas fiscais citadas pelo sujeito passivo no LMC foram relacionadas no Despacho Interlocutório de fls. 205, onde a Auditoria solicitou a juntada de cópia da 1ª via de tais documentos, não sendo atendido pelo Impugnante. Ressaltamos que nenhum dos citados números consta registrado no Livro de Registro de Entradas constante dos autos, e a não apresentação dos mesmos para apreciação leva-nos a concluir que, realmente, aquelas notas fiscais não existem, restando corretas as diferenças apuradas pelo fisco.

Os quadros de fls. 22/24 trazem o demonstrativo do imposto devido, separadamente por espécie de mercadoria, tendo em vista as diferentes bases de cálculo e alíquotas incidentes. O demonstrativo do crédito tributário está nos autos de fls. 27, com a retificação que restou exigida conforme fls. 55 deste PTA.

Considerando que as operações com as mercadorias levantadas, por se tratarem de combustíveis, são tributadas na origem por substituição tributária e que, em tendo sido adquirida a mercadoria sem documento fiscal, como restou comprovado nos autos, resta, por consequência, desconhecida sua origem e, em se desconhecendo a origem, não procede a afirmação de que o imposto devido a Minas Gerais fora efetivamente recolhido pela Petrobrás, como quer o Impugnante em sua defesa apresentada. Não foi carreada aos autos qualquer prova neste sentido. Legítima, portanto, se torna a exigência fiscal do ICMS devido na operação junto ao destinatário, ora Impugnante, conforme disposto no artigo 29, § 1º do RICMS/96.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à responsabilidade tributária pela infração torna-se importante citar os artigos 21, inciso VII e 207, § 1º da Lei 6.763/75, que dispõe:

“Art. 21 – São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

VII – a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacobertada de documento fiscal;”

“Art. 207 – Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º - Respondem pela infração:

1) conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte...”

A base de cálculo do ICMS devido a título de substituição tributária apurada pela fiscalização obedeceu as disposições regulamentares, ou seja, foi considerado como valor unitário das mercadorias **o preço de venda no varejo**, pois desta forma a tributação alcançará os valores agregados em todas as etapas de circulação das mercadorias, até sua saída para consumo final. Procedimento previsto no § 7º do art. 195 do Anexo IX, vigente à época.

Quanto à alegação do Impugnante de que o fisco jamais exigiu a emissão de nota fiscal na saída de combustível, sob o argumento de que o imposto devido já fora retido na fonte por ST, esclarecemos que a Lei 6.763/75 que instituiu o ICMS no Estado de Minas Gerais, bem como o Regulamento do ICMS, em alguns casos dispensava a emissão de nota fiscal nas saídas de mercadorias, como por exemplo na apuração do imposto pelo regime simplificado de Estimativa, atualmente revogado. Entretanto, nos casos de comércio varejista de combustível, como é o presente caso, esta hipótese jamais foi aventada. De qualquer forma, este argumento não tem o condão de ilidir o crédito tributário apurado decorrente de entradas desacobertas de documentos fiscais de produtos sujeitos à substituição tributária, nos termos da legislação vigente.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento de defesa. No mérito, também, à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento nos termos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do bem elaborado parecer da autoria fiscal, conforme reformulação de fls. 47/48 e 55 dos autos . Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia, Edwaldo Pereira de Salles e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato.

Sala das Sessões, 05/10/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator**

/h

CC/MIG