

Acórdão: 14.752/01/3.^a
Impugnação: 40.010058925-03
Impugnante: Posto Verde e Amarelo Ltda.
PTA/AI: 01.000005927-80
Inscrição Estadual: 071.404.874.0048
Origem: AF/Varginha
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – DOCUMENTAÇÃO EXTRAFISCAL – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO FINANCEIRO – Constatadas entradas desacobertas de combustíveis porquanto apuradas saídas sem entradas correspondentes em trabalho de levantamento quantitativo financeiro efetuado com base em documentação extrafiscal regularmente apreendida no estabelecimento da Autuada. Exigência fiscal mantida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA- COMBUSTÍVEIS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – Comprovado nos autos que a Autuada deixou de recolher o ICMS devido a título de substituição tributária em aquisições interestaduais de combustíveis em que não houve a retenção do referido imposto, procedimento em desacordo com § 2º do art. 44 do RICMS/91. Exigência fiscal mantida.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre compra de combustíveis sem documentação fiscal, apurada através de documentação paralela, nos exercícios de 1991, 1992 e 1993 e aquisição de combustíveis de outra unidade da Federação sem a retenção do ICMS/ST no exercício de 1993.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração, em fls. 36 a 46, requerendo, ao final, a procedência integral da peça recursal e o cancelamento do Auto de Infração.

Alega que as aquisições de combustíveis foram todas registradas nos livros fiscais e correspondem, exatamente, àquelas descritas pelo Fisco e que as vendas de combustíveis também foram aquelas registradas nos livros fiscais e na escrituração contábil.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sustenta que jamais perpetrou qualquer venda irregular de combustíveis sem o necessário e indispensável controle fiscal.

Não reconhece como gerada em seu estabelecimento nenhuma documentação paralela que pudesse conter registros de vendas de combustíveis de maneira irregular, embora o Fisco não lhe tenha possibilitado o exame da aludida documentação.

Defende que, ainda que exista alguma documentação paralela informal em poder da fiscalização, não diz respeito a operações comerciais por ela levadas a cabo, haja vista que todas as operações de compra e venda de combustíveis e demais produtos inerentes às suas atividades operacionais sempre foram registradas *in totum* em suas escritas fiscal e contábil.

Salienta que não tem cabimento a pretensão fiscal de cobrar ICMS/ST, com acréscimos legais, com fundamento nos artigos 44, §§ 1º e 2º e art. 108, ambos do Decreto n.º 32.535, de 18/02/91 - RICMS/91 e no inciso II, do art. 56, da lei n.º 6.763/75.

Segundo seu posicionamento, não pode o Fisco, ancorando-se em mera e frágil presunção, pretender a cobrança de ICMS/ST sobre bases imponíveis alcançadas a partir da suposição de entradas de combustíveis, pois que o dispositivo legal de regência, ou seja, o § 1º, do art. 44, do Decreto n.º 32.535, de 18/02/91 - RICMS/91, é peremptório na direção de que a obrigação nasce para o substituto exclusivamente em função do ato de “receber mercadoria”, que precisa ser concreto, efetivo e real, nunca presumido ou suposto.

Afirma que o referido dispositivo legal não agasalha previsão de incidência tributária típica ou originária, com fato gerador específico e não tem o condão de autorizar a cobrança do imposto com espede no chamado levantamento quantitativo.

Entende que falece ao Fisco o direito de promover a cobrança de ICMS/ST fundando-se, unicamente, na suposição decorrente de levantamento quantitativo uma vez que, em se tratando da obrigação capitulada no § 1º, do art. 44, do RICMS/91, seria indispensável que se indicassem as fontes das supostas aquisições, especificando-se o fornecedor ou fornecedores, bem como os efetivos valores reais das indigitadas compras.

Registra sua absoluta discordância com a atualização monetária do débito fiscal, segundo índices de variações da Taxa Referencial de Juros – TR, “no interstício que medeia a extinção dos BTN’s e a adveniência da UFIR”, citando a decisão do STF na ADIN n.º 493-0.

Por fim, requer a realização de prova pericial, invocando o inciso LV, do art. 5º, da CF/88 e indicando assistente técnico e quesitos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A taxa de expediente não foi recolhida porque a data da impetração do recurso, 05/05/1995, é anterior a data em que se passou a exigir o recolhimento deste tributo (01/01/1997).

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 192 a 238, refuta as alegações da Impugnante, ratificando integralmente o Auto de Infração emitido, pugnando por justiça e pela improcedência da impugnação.

Afirma que é documento público todo aquele emitido no exercício da função pública gozando de fé pública e que a consequência da fé pública é a presunção de verdade, ilidível somente com provas concludentes em contrário.

Alega que foi exarado o relatório de fls. 58, pelos agentes fiscais autuantes, que confirmam ter sido feita a apreensão de documentos extracontábeis no estabelecimento do contribuinte e ressalta a coincidência dos valores contidos neles, referentes ao controle do pagamento de contas de água, luz e telefone e os efetivos valores pagos.

Sustenta que, não bastasse isto, existe um outro documento público, o Boletim de Ocorrência da Polícia Militar, em fls. 34 a 35, que prova que houve a apreensão de documentos extracontábeis no interior do estabelecimento da impugnante.

Ressalta que tanto as afirmações dos agentes fiscais, como a das autoridades policiais presentes, bem como o BO, são documentos que gozam de fé pública, consoante o que estabelece o art. 19, inciso II, da CF/88 e o art. 5º, inciso II, da Constituição Mineira.

Entende que estes documentos, por si só, são suficientes para inverter o ônus da prova exigindo da Impugnante prova robusta em sentido contrário.

Afirma que, ao contrário do alegado pela Impugnante, as aquisições de combustíveis desacobertas de documentação fiscal não são desprovidas de provas pois existem, em fls. 60 a 65, vários “pedidos” de combustíveis que tem por remetente o *Posto Beira-Lago* e por destinatário o estabelecimento da Impugnante. Neste sentido, destaca que, a partir destes documentos, é possível se provar que houve aquisições de combustíveis sem documentação fiscal.

Assegura a existência de vínculo entre o *Caderno de Controle de Vendas e Despesas*, de fls. 101 a 191, com as operações praticadas pela Impugnante apontando a coincidência de valores entre as despesas efetivamente pagas pela Impugnante e aquelas lançadas no referido controle.

Defende o procedimento usado no lançamento em lide, do levantamento quantitativo financeiro, como sendo hábil para a apuração das operações realizadas pelo contribuinte, legalmente previsto no art. 838, do Decreto n.º 32.535, de 18/02/91 - RICMS/91 e acolhido pela jurisprudência do CC/MG.

Argüi que é pacífica a aceitação pelo CC/MG de documentos extracontábeis e extrafiscais como hábeis a provar operações desacobertas de documentação fiscal e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que no presente caso foi demonstrado cabalmente o vínculo existente entre as operações registradas no caderno de controle de vendas e despesas do contribuinte e as operações por ele efetivamente praticadas.

Assevera que tanto a Impugnante como seu parceiro comercial, o *Posto Beira-Lago*, infringiram não só a legislação tributária mineira, mas também a legislação do D.N.C. que, em Portaria n.º 253, de 14/11/1991, publicada no DOU de 15/11/1991, veda a cessão de combustíveis entre postos revendedores.

Cita o art. 10, da Portaria n.º 61/1995, do MME, sucedânea da Portaria n.º 253 retro mencionada, que determina a vedação de alienação, empréstimo e permuta de combustíveis automotivos entre revendedores.

Contesta o uso da ADIN n.º 493-0, proposta pelo Distrito Federal, ao argumento de que a sua existência não foi demonstrada nos autos, tampouco também se já houve, ou não, seu trânsito em julgado.

Crê que, ainda que tal decisão existisse, não teria eficácia *erga omnes* porque não se tratando de Ação Direta de Constitucionalidade, só poderá haver a retirada do dispositivo legal do meio jurídico por resolução do Senado Federal.

Sustenta, ainda, que os precedentes judiciais proferidos pela justiça mineira consideram legítima a aplicação da TR como indexador citando jurisprudência do TJMG e salienta que a validade jurídica da legislação tributária mineira é matéria alheia a competência da esfera administrativa, consoante estatui o art. 88, da CLTA/MG - Decreto n.º 23.780, de 10/08/84.

Manifesta-se pela denegação da prova pericial requerida ao argumento de que ela só deve ser deferida quando não puderem ser demonstradas as alegações da Impugnante por outros meios, o que, na sua opinião, não se aplica ao caso em tela.

Ao final, clama por justiça propugnando pela improcedência da impugnação.

A 4ª Câmara do CC/MG determina a realização da Diligência de fls. 239, para que fosse entregue à Impugnante cópias dos documentos extra-fiscais apreendidos e reaberto prazo para pagamento ou apresentação de defesa.

A diligência é cumprida, conforme atesta Ofício ACT.AF n.º 280/2000, de fls. 240, sem a ocorrência de manifestação da Impugnante, pelo que o processo é remetido para a Auditoria Fiscal.

A Auditoria Fiscal, em fls. 242, exara despacho denegatório de perícia que provoca a interposição de Recurso de Agravo, em fls. 247, que é declarado deserto, pela AF de Varginha, por falta de comprovação do recolhimento da taxa devida por sua interposição, nos termos dos §§ 2º e 5º, do art. 130, da CLTA/MG – Decreto n.º 23.780, de 10/08/84.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 253/258, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Decorre a exigência fiscal da constatação de que a Impugnante promoveu a entrada de combustíveis em seu estabelecimento sem documentação fiscal, apurada a venda destas mercadorias, em levantamento quantitativo financeiro, através de documentação paralela. Também é exigido o imposto devido pela compra de combustíveis de outra unidade da Federação sem a retenção do ICMS/ST no período de Julho a Dezembro de 1993.

Inicialmente impende salientar que a Impugnante reconhece que “as aquisições de combustíveis foram todas registradas nos livros fiscais e correspondem, exatamente, àquelas descritas pelo Fisco”. Porém, não apresenta comprovação do recolhimento do ICMS/ST referente às aquisições de combustíveis da empresa *Comercial Petróleo NJF Ltda.*, recebidos sem a retenção e o recolhimento do imposto (documentos descritos em fls. 26).

Desta forma, conforme estabelecia o § 2º, do art. 44, do Decreto n.º 32.535, de 18/02/91 - RICMS/91, vigente à época, caberia à Impugnante, enquanto estabelecimento varejista, a responsabilidade pelo pagamento da parcela do imposto devida a este Estado, quando do recebimento de mercadoria sem a retenção do ICMS. Logo, correta a exigência fiscal discriminada no item 6.3.2 do Auto de Infração.

Quanto à documentação extra fiscal usada na elaboração do Levantamento Quantitativo Financeiro, não foi apresentada prova inequívoca de que não pertença à Impugnante. Ao contrário, observa-se que a referida documentação foi apreendida pelo Fisco no estabelecimento da Impugnante, através do TADO n.º 67.457, de fls. 59, devidamente assinado pelo sócio Alfredo Cezar Fonseca.

Destaca-se, também, que o *Caderno de Controle de Vendas e Despesas*, de fls. 101 a 191, apresenta lançamentos de valores de despesas coincidentes com as despesas efetivamente pagas pela empresa, conforme se depreende dos documentos acostados em fls. 66 a 100.

Quanto ao roteiro fiscal utilizado, Levantamento Quantitativo Financeiro, entende-se como revestido dos requisitos legais necessários para a comprovação da existência de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Observa-se que foram utilizadas informações contidas nos documentos extra fiscais, apreendidos no estabelecimento da Impugnante, para se apurar o recebimento de mercadorias gravadas pela ST desacobertadas de documentação fiscal.

Importante ressaltar que o tratamento tributário dispensado à mercadoria (substituição tributária, isenção, não incidência, etc.), não macula o uso de roteiro de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscalização consagrado. Portanto, ainda que a mercadoria esteja gravada pela substituição tributária, isto não desautoriza o cumprimento das obrigações acessórias previstas na legislação tributária (venda e aquisição com documento fiscal).

Quanto a discordância da atualização monetária do débito fiscal, segundo índices de variações da Taxa Referencial de Juros – TR, embora tratar-se de análise de matéria não incluída na competência da esfera administrativa, importa observar o mandamento contido no art. 127, da Lei n.º 6.763/75, que impõe a correção dos débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas segundo critérios adotados para a correção dos débitos federais.

Diante dos fundamentos aqui descritos, reputam-se corretas as exigências fiscais consubstanciadas no lançamento tributário sob lide.

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio e João Inácio Magalhães Filho.

Sala das Sessões, 12/06/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Wagner Dias Rabelo
Relator

Msvp/br