

Acórdão: 16.619/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010111052-83
Impugnante: Luciana Queiroz Menezes
Proc. S. Passivo: Maurício Mendonça Rodrigues
PTA/AI: 01.000142333-37
Inscrição Estadual: 169.039352.00-79
Origem: DF/ Uberaba

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTO EXTRAFISCAL. Constatado mediante confronto de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento da Impugnante com os documentos fiscais, a realização de entradas e saídas de mercadorias (álcool, diesel e gasolina) desacobertas de documentação fiscal, legitimando-se as exigências de ICMS, MR e MI's capituladas no artigo 55, incisos II, alínea "a" e XXII, da Lei nº 6763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Constatado mediante conferência de documentos e livros fiscais, que a Impugnante deixou de escriturar notas fiscais no Livro Movimentação de Combustíveis. Infração caracterizada. Exigência mantida.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Pelo presente lançamento exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas capituladas no artigo 55, incisos I, alínea "b"; II, alínea "a" e XXII da Lei nº 6.763/75, em face das seguintes imputações fiscais:

- entradas e saídas de mercadorias (álcool, diesel e gasolina) desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extra fiscais apreendidos por meio do Termo de Apreensão e Depósito – TAD 002556, de 04 de abril de 2003, com o documentos fiscais de entrada e saída referentes ao período de 01 de janeiro de 2003 a 31 de março de 2003, escriturados nos respectivos livros fiscais (Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Livro de Movimentação de Combustíveis);

- falta de escrituração no livro Movimentação de Combustíveis das notas fiscais nºs 11829, 12316, 12608, 21315, emitidas em 15 de janeiro, 13 de fevereiro, 27 de fevereiro e 20 de março de 2003. Importante ressaltar que consta do próprio Auto de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Infração que tais notas fiscais foram escrituradas no Livro Registro de Entradas e o ICMS foi retido e recolhido anteriormente por substituição tributária.

A base de cálculo do imposto devido foi arbitrada com base no preço corrente de cada mercadoria e a cada período, obtido por levantamento divulgado pelos Atos COTEPE n°s 36/02; 01/03; 02/03; 03/03; 04/03; 05/03, cujas cópias estão anexadas às fls. 112 a 117.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração às fls. 125/130, por intermédio de procurador regularmente constituído, apresentando os seguintes argumentos:

- é empresa do ramo de comércio de combustíveis;
- preliminarmente alega que o lançamento é nulo tendo sido ofendidos o princípio do não confisco e o direito de propriedade;
- argumenta ser esposa de um proprietário de outro Posto de Combustíveis em Frutal tendo o motorista do caminhão se equivocado e levado a nota fiscal relativa a descarga para este outro local;
- destaca que apenas a nota fiscal foi levada pois o transporte do combustível foi feito pela Petrobrás sendo que os motoristas da mesma são proibidos de descarregar em outro local que não o discriminado na nota fiscal;
- os frentistas do Posto, após adulterar os lacres das bombas passaram a fraudar a empresa. Para comprovar esta assertiva junta o Boletim de Ocorrência n° 942/02 (fl. 136);
- devido a este acontecimento “a parte contábil da empresa entrou em extrema bagunça, não sendo possível saber o quanto de combustível realmente existia nos reservatórios”;
- em face da ocorrência não havia controle da quantidade de combustível existente na bomba e a responsável pela contabilidade só registrava os documentos cujo combustível entrava efetivamente na bomba;
- houve uma troca do encerrante em 31 de janeiro de 2003, à noite e, em virtude desta troca, todo o combustível que estava no reservatório foi retirado e colocado novamente;
- se consultada a venda de álcool dia a dia verifica-se uma média diária de 200 litros de combustível e, naquela noite, foi vendido 5.029 (cinco mil e vinte e nove) litros de álcool;
- observadas as vendas na própria folha de fechamento do caixa percebe-se que elas não condizem com o dinheiro.

Ao final, pede a procedência de sua Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 140 a 143 dos autos refutando os argumentos da Impugnante nos seguintes termos em síntese:

- ressalta que a Impugnante reconheceu expressamente que deixou de escriturar notas fiscais, não podendo subsistir pois qualquer alegação contrária à ocorrência da irregularidade tributária;

- a diligência realizada no estabelecimento, que se constituiu no início da ação fiscal ocorreu no dia 04 de abril de 2003, conforme TIAF nº 148011 (fl. 12), lavrado naquela data, como expresso no relatório do Auto de Infração;

- não foi afirmado que as notas fiscais nº 141459 e 141913, destinadas a terceiros, foram encontradas no estabelecimento autuado;

- tais notas foram anexadas ao auto de infração e utilizadas para comprovar o preço corrente do álcool hidratado, na praça do contribuinte fiscalizado, adotado como parâmetro de arbitramento do valor de aquisições desacobertadas de documento fiscal, apuradas nos meses de janeiro e fevereiro de 2003;

- este procedimento foi adotado em virtude da falta de registro, nos livros próprios, de aquisições da mesma mercadoria pelo próprio sujeito passivo, nos referidos meses;

- o Boletim de Ocorrência nº 942/02, foi expedido pela 42ª Delegacia Regional da Polícia Civil/MG em 12 de dezembro de 2002, relatando ilícitudes atribuídas aos “frentistas” do estabelecimento, que teriam ocorrido pois em data anterior. Já os documentos denominados “Fechamento de Caixa”, que foram apreendidos e comprovam as irregularidades autuadas, referem-se à efetiva movimentação dos dias 31 de dezembro de 2002, 31 de janeiro de 2003, 28 de fevereiro de 2003 e 31 de março de 2003, independentemente da escrita contábil e fiscal;

- para troca do “encerrante”, não há necessidade de retirada do combustível armazenado no tanque correspondente. São realizadas apenas algumas aferições com amostras de 20 litros, o que não justificaria as diferenças apuradas;

- tal troca somente pode ser realizada por mecânico autorizado pelo INMETRO (ou órgão por ele credenciado), o qual deve emitir, imediatamente após a conclusão do serviço, um documento próprio com as informações necessárias à fiscalização. No presente caso, a Impugnante não apresentou qualquer documento comprobatório de tal ocorrência, na referida data;

- a ocorrência de uma saída em volume bem superior à média das vendas diárias e próximo de 5.000 litros é um indício de que o estabelecimento poderia estar fornecendo combustível para outros revendedores, o que é vedado pela legislação da Agência Nacional do Petróleo, não sendo objeto da presente autuação;

- quanto à afirmação da Impugnante sobre o dinheiro em caixa no dia 31/01/2003, o próprio “Fechamento” daquela data, indica que havia disponibilidade

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para pagamento de compras do estabelecimento no montante de R\$ 8.276,21 (valor indicado sob a rubrica “Notas”).

Requer, ao final, a improcedência da Impugnação.

DECISÃO

Pelo presente lançamento exige-se ICMS, Multa de Revalidação e Multas Isoladas capituladas no artigo 55, incisos I, alínea “b”; II, alínea “a” e XXII da Lei nº 6.763/75, em face das seguintes imputações fiscais:

- entradas e saídas de mercadorias (álcool, diesel e gasolina) desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto de documentos extra fiscais apreendidos por meio do Termo de Apreensão e Depósito – TAD 002556, de 04 de abril de 2003, com o documentos fiscais de entrada e saída referentes ao período de 01 de janeiro de 2003 a 31 de março de 2003, escriturados nos respectivos livros fiscais (Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário e Livro de Movimentação de Combustíveis);

- falta de escrituração no livro Movimentação de Combustíveis das notas fiscais nºs 11829, 12316, 12608, 21315, emitidas em 15 de janeiro, 13 de fevereiro, 27 de fevereiro e 20 de março de 2003. Importante ressaltar que consta do próprio Auto de Infração que tais notas fiscais foram escrituradas no Livro Registro de Entradas e o ICMS foi retido e recolhido anteriormente por substituição tributária.

Das Preliminares

Cumpra primeiramente discorrer sobre as questões argüidas pela Impugnante relativas a nulidade do Auto de Infração por estar esta peça, no seu entendimento, em desconformidade com as prescrições em seu procedimento formativo, bem como pela quebra do princípio do não confisco e ofensa ao seu direito de propriedade.

Inicialmente esclarecemos que a peça formalizadora do lançamento, na hipótese o Auto de Infração de fls. 02 a 04, encontra-se em perfeita consonância com as normas que regem o Processo Tributário Administrativo expressas na Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG aprovada pelo Decreto nº 23.780/84 que assim determina, *in verbis*:

“Art. 56 - A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....

II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamento de ICMS, ITCD, taxas e respectivas multas, inclusive por descumprimento de obrigação acessória;

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 58 - O Auto de Infração deverá conter os mesmos elementos da Notificação de Lançamento.

I - prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida;

II - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do prazo e data de seu início, assim como da repartição competente para recebê-la;

III - anotação de se tratar de crédito tributário não contencioso, quando for o caso;

IV - circunstância de a intimação do sujeito passivo ter sido feita por edital, quando for o caso.

§ 1º - Nos casos de lavratura de TRM ou TAD, uma via do termo lavrado deverá acompanhar o respectivo AI.

.....
§ 3º - Nos casos de crédito tributário não contencioso e de falta de entrega de documento fiscal, o AI poderá ser expedido por processamento eletrônico, ficando dispensada a lavratura do termo previsto no inciso I do artigo 51.

Art. 58-A - Prescindem de assinatura da autoridade fazendária o TA, o AI, a NL ou outro documento relacionado com o procedimento fiscal emitido por processamento eletrônico.

Art. 59 - O sujeito passivo será intimado ou comunicado da lavratura do AI ou da NL:

I - pessoalmente, mediante entrega de uma via do documento, contra recibo na 1ª via do mesmo pelo sujeito passivo, seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais;

II - por via postal, mediante Aviso de Recebimento (AR), com identificação do documento enviado;

III - por edital publicado no órgão oficial do Estado, quando o sujeito passivo se encontrar em local ignorado, incerto ou inacessível, quando não for possível a intimação ou comunicação nas formas previstas nos incisos anteriores, ou ainda, na hipótese de devolução destas pelo correio.

§ 1º - Considera-se efetivada a intimação ou a comunicação:

1) na hipótese do inciso I, na data do recebimento da via do AI ou NL;

2) na hipótese do inciso II:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) na data do recebimento do documento postado, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do sujeito passivo, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais;

b) 10 (dez) dias após a postagem da documentação fiscal na agência do correio, quando não constar assinatura no documento de recibo ou a data de seu recebimento;

3) na hipótese do inciso III, na data de sua publicação.

§ 2º - A assinatura e o recebimento da peça fiscal não importam em confissão da infração argüida.

Art. 60 - As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

Parágrafo único - Verificada a insubsistência ou vício não sanável do AI ou NL, o chefe da repartição fazendária lançadora do crédito tributário determinará, mediante despacho fundamentado, o seu arquivamento, e comunicará ao autuante a ocorrência."

Assim, a nosso ver, não merece prosperar a argüição de falta de requisitos legais para validade do lançamento até mesmo porque a Defendente não aponta especificamente qual o requisito não cumprido.

No que tange a quebra do princípio do não confisco e ofensa ao seu direito de propriedade, temos que pelo presente lançamento está sendo exigido o imposto devido e as multas previstas na Lei nº 6.763/75.

Quanto a questão relativa ao princípio do não confisco, até mesmo pelas citações doutrinárias trazidas pela Impugnante, verifica-se que este diz respeito ao tributo. No lançamento em análise está sendo exigido o ICMS e a fiscalização demonstra a base de cálculo utiliza e os parâmetros utilizados para o arbitramento. Assim, face a inexistência de provas em sentido contrário, entendemos que o tributo não está sendo utilizado com efeito de confisco.

Melhor sorte não alcança a argüição de ofensa ao direito de propriedade uma vez que o lançamento está mesmo a preservar tal direito.

Assim, uma vez preservados os direitos perqueridos pela Impugnante, não vemos como acolher as prefaciais argüidas, devendo as mesmas serem rejeitadas.

Do Mérito

De início destacamos que a Impugnante, não refuta veementemente a imputação de falta de registro de documento fiscais, outrossim, de conformidade com a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

manifestação impugnatória de fl. 128 (item II.4 da Impugnação), reconhece expressamente que deixou de escriturar notas fiscais. Busca justificar entretanto a falta pelos problemas causados pelos seus empregados (frentistas). Fica no entanto a clara afirmação de que efetivamente foram desprezadas “algumas notas para que o caixa da empresa batesse.”

Destacamos de pronto que a base de cálculo do imposto devido foi arbitrada com base no preço corrente de cada mercadoria e a cada período, obtido por levantamento divulgado pelos Atos COTEPE n°s 36/02; 01/03; 02/03; 03/03; 04/03; 05/03, cujas cópias estão anexadas às fls. 112 a 117. Em relação às saídas, o valor da operação foi apurado pela diferença entre o montante das vendas reais desacobertadas com documentos fiscais escriturados no registro de saídas. Estes valores não foram documentalmente refutados pela Impugnante e não havendo nos autos provas em valores diversos dos apontados pela Fiscalização.

Cumpramos ainda ressaltar que a diligência realizada no estabelecimento, que se constituiu no início da ação fiscal e levou à formação do presente Processo Tributário Administrativo, ocorreu no dia 04 de abril de 2003, conforme Termo de Início de Ação Fiscal n° 148011 (fl. 12), lavrado no mesmo dia 04 de abril de 2003, como consignado no relatório do Auto de Infração (fl. 02).

Quanto a alegação de Defesa relativa as notas fiscais n° 141459 e 141913, que teriam sido destinadas a terceiros, esclarecemos que as mesmas foram encontradas no estabelecimento da Defendente.

As notas fiscais n° 141459 e 141913 estão anexadas aos autos às fls. 110 e 111 tendo sido utilizadas pelo Fisco para comprovar o preço corrente da mercadoria (álcool hidratado), na praça do contribuinte fiscalizado, uma vez que houve arbitramento. O arbitramento levou portanto em consideração os valores expressos nas citadas notas fiscais tendo sido realizado conforme disposto no Regulamento do ICMS, artigo 54, inciso II), adotando-se o valor de aquisições desacobertadas de documento fiscal, apuradas nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, como demonstrado no item IV do Anexo Autuação Fiscal (fl. 09). Tal procedimento se fez necessário em virtude da falta de registro, nos livros próprios, de aquisições da mesma mercadoria pelo próprio sujeito passivo, nos referidos meses.

Assim, as notas fiscais n° 141459 e 141913 não foram objeto de lançamento.

Importante destacarmos também a documentação relativa ao Boletim de Ocorrência n° 942/02, principal linha de defesa da Impugnante.

O Boletim de Ocorrência n° 942/02 foi expedido pela 42ª Delegacia Regional da Polícia Civil/MG em 12 de dezembro de 2002, relatando procedimentos atribuídos aos empregados (“frentistas”) do estabelecimento autuado. Estes procedimentos teriam ocorrido pois em data anterior a 12 de dezembro de 2002 quando foram descritos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já os documentos denominados “Fechamento de Caixa”, que foram apreendidos e comprovam as irregularidades autuadas, referem-se à efetiva movimentação dos dias 31 de dezembro de 2002, 31 de janeiro de 2003, 28 de fevereiro de 2003 e 31 de março de 2003, independentemente da escrita contábil e fiscal.

Diante destas datas, destacamos:

- as irregularidades relatadas no Boletim de Ocorrência nº 942/02 resultariam em estoques reais menores que os estoques escriturais, como afirma a própria Impugnante, enquanto as irregularidades a ela imputadas foram apuradas pela constatação de estoques reais maiores que os estoques escriturais, ou seja o inverso do alegado pela Impugnante e que são decorrentes de aquisições sem notas fiscais ou cujas notas fiscais não foram registradas;

- os fatos objeto de autuação, tenham ou não relação direta com as ocorrências relatadas no referido Boletim de Ocorrência, no âmbito da legislação tributária, são de responsabilidade da Impugnante, considerando que os empregados do estabelecimento são prepostos do contribuinte.

Outro ponto de destaque na peça de Defesa diz respeito a troca da peça da bomba abastecedora de combustível, conhecida como “encerrante”. Quanto a este aspecto lembramos os dizeres da manifestação fiscal no que tange a desnecessidade de retirada do combustível armazenado no tanque correspondente para efetivação da troca. Ademais, ainda como ressaltado na manifestação fiscal, para tais trocas são realizadas apenas algumas aferições com amostras de 20 litros, o que não justificaria as diferenças apuradas. Esclareça-se ainda que tal troca somente pode ser realizada por mecânico autorizado pelo INMETRO (ou órgão por ele credenciado), o qual deve emitir, imediatamente após a conclusão do serviço, um documento próprio com as informações necessárias à fiscalização. No presente caso, a Impugnante não apresentou qualquer documento comprobatório de tal ocorrência, na referida data.

Outro ponto a ser considerado na Defesa é a ocorrência de uma saída em volume bem superior à média das vendas diárias e próximo de 5.000 litros. Diz a Fiscalização que este procedimento corresponde a uma típica divisão dos tanques para transporte de combustível, sendo um indício de que o estabelecimento poderia estar fornecendo a qualquer título combustível para outros revendedores, o que é vedado pela legislação da Agência Nacional do Petróleo. Nestes autos não temos como corroborar esta assertiva do Fisco, mas ressalte-se que estes fatos também não são objeto da presente autuação.

Quanto à afirmação da Impugnante sobre o dinheiro em caixa no dia 31 de janeiro de 2003, o próprio “Fechamento” daquela data, indica que havia disponibilidade para pagamento de compras do estabelecimento no montante de R\$ 8.276,21 (valor indicado sob a rubrica “Notas”).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta forma os argumentos apresentados pela Impugnante não acompanhados de provas robustas nem tampouco de contestação precisa dos números apontados no levantamento realizado, não são suficientes para invalidar o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Mauro Rogério Martins.

Sala das Sessões, 30/06/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ