

Acórdão: 14.115/00/3^a
Impugnação: 57.194
Impugnante: Posto Xingú Ltda.
Advogado: Flávio de Mendonça Campos/Outros
PTA/AI: 01.000128976-70
Origem: Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Mercadoria - Entrada Desacobertada - Levantamento Quantitativo - Combustíveis - Constatado mediante levantamento quantitativo a realização de entradas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal. Acolhimento parcial das razões do impugnante para acatar a sua escrituração no LMC (fls. 526/527).

Mercadoria - Saída Desacobertada - Levantamento Quantitativo - Combustíveis - Constatado mediante levantamento quantitativo a realização de saídas de combustíveis sem emissão de documentos fiscais. Exigência apenas da Multa Isolada - MI prevista no art. 55, inciso II, Alínea "a", da Lei nº 6763/75, por se tratar de mercadoria sujeita à substituição tributária. Infração devidamente caracterizada. Entretanto, acionou-se o permissivo legal- § 3º, do art. 53, da Lei nº 6763/75, para reduzir a MI aplicada a 20% (vinte por cento) de seu valor.

Impugnação parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de, no período fiscalizado de 14/10/98 a 23/04/99, incorrer nas seguintes irregularidades:

1) promoveu a entrada de combustíveis (álcool e gasolina aditivada) desacobertados de documentação fiscal, conseqüentemente houve redução do tributo devido na entrada, por se tratar de mercadoria sujeita à Substituição Tributária. A apuração fiscal foi realizada mediante levantamento quantitativo, em exercício aberto, em confronto com o registro dos Totalizadores de Saídas (em litros) das Bombas de Combustíveis;

2) promoveu saída de combustíveis (álcool, gasolina comum e gasolina aditivada) desacobertados de documentação fiscal. A apuração fiscal foi realizada através do confronto entre os dados obtidos do total de venda, as saídas registradas nos totalizadores das bombas de combustíveis e as Notas Fiscais de Saídas emitidas no período fiscalizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 210/245 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- tece comentários acerca do princípio da verdade material;
- diz que cumpre examinar se, nos autos, há prova cabal da ocorrência de fato gerador da obrigação tributária ou de infração à legislação;
- no tocante às entradas, segundo o agente fiscal, o levantamento da quantidade de combustíveis levou em conta os estoques inicial e final, apurados por contagem física;
- quanto à entrada de álcool, a fiscalização deixou de considerar que os postos de gasolina são obrigados, pela legislação federal, a realizar aferições periódicas da precisão dos registros de volume de combustível que passa pelas bombas;
- para que tal aferição possa ser efetuada, o posto deve despejar, num recipiente qualquer, de volumetria certa e conhecida, através da bomba, combustível suficiente para enchê-lo por completo, e comparar se o volume registrado no mostrador da bomba corresponde ao do recipiente;
- este volume de combustível que sai do bico para encher o recipiente e permitir a aferição fica registrado no encerrante, e este registro não pode ser apagado. Por outro lado, como não se cuida de venda, tal volume é despejado de volta no tanque, gerando um excesso nos registros dos encerrantes, não correspondendo às saídas reais de combustível;
- a fim de se corrigir tais diferenças, o Livro de Movimentação de Combustíveis é usado como registro oficial (Portaria n.º 26, de 13/11/92);
- por lapso do funcionário responsável por tal Livro, deixou-se de registrar, até 31/12/98, os volumes destas aferições. Constatado o equívoco, no dia 31/12/98 efetuou-se o lançamento referente a todo o período, no campo “Sobras”, explicitando-se no campo “Observações”, que as sobras referiam-se à “diferença encontrada ao medirmos o TQ 1 [Tanque 1] referente a aferições não anotadas”;
- a fiscalização ignorou tal registro, alegando como “ocorrido após a medida de fiscalização”;
- o registro das aferições no LMC constitui prova de que não houve entrada de álcool desacobertada de documento fiscal;
- no que diz respeito à entrada de gasolina aditivada, também houve equívoco por parte da fiscalização;
- em 19/12/98 o contribuinte registrou devidamente no LMC um despejo errôneo de 2.310 litros de gasolina comum no tanque 03, de gasolina aditivada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- esse fato foi ignorado pela fiscalização;
- em 31/03/99 repetiu-se engano desta natureza, desta vez com despejo, também registrado no LMC, de 5.000 litros de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada;
- nas duas vezes em que houve o despejo de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada, despejou no tanque o volume de aditivo necessário a compensar a diluição resultante da mistura dos dois tipos de gasolina, fazendo os testes e medições necessários;
- quanto às saídas de gasolina comum sem passagem pelos bicos das bombas, têm-se que a mesma não ocorreu. O contribuinte registrou em sua contabilidade todas as notas fiscais de entrada. Ademais, a venda sem passagem pelo bico da bomba não lhe traria benefício algum, na medida em que o ICMS já fora antecipadamente recolhido pela distribuidora, como substituta tributária;
- não é reincidente, tampouco agiu com dolo ou fraude, portanto faz “jus” à redução ou exclusão de penalidades, por descumprimento de obrigação acessória, previstas no artigo 53, § 3º, da Lei nº 6763/75;
- cita ensinamentos do ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello;
- tece comentários acerca do princípio da proporcionalidade;
- cita os artigos 1º, inciso IV, 2º, incisos II e III, 5º, incisos XIII e XXII, 170, todos da Constituição Federal de 1988;
- investiu valores consideráveis na contratação de empresa especializada na instalação do sistema de ECF's em seu estabelecimento. Em 14 de agosto de 1998 foi protocolada denúncia espontânea pelo contribuinte, comunicando que ignorava a necessidade de aprovação da Fazenda quanto ao equipamento utilizado. Tal aprovação foi requerida em 08 de setembro de 1998. Este requerimento foi indeferido com base em suposta “impossibilidade de acesso” exatamente no dia 14 de outubro de 1998 (dia do início da presente ação fiscal);
- reiterou pedidos de autorização para utilização de seu equipamento em 20/10/98, 10/12/98, 29/01/99 e 18/07/99, todos igualmente indeferidos, sob a alegação de inadequação do mesmo ao disposto no RICMS/MG;
- apenas posteriormente foi informado, pela fiscalização, que lhe seria autorizada a utilização dos equipamentos (ECF's), de modo que não pôde adequar, anteriormente, seus serviços face a necessidade dos consumidores de facilidade, rapidez e qualidade;
- no tocante à multa isolada, tem-se que a mesma equivale ao resultado de três anos de atividade da empresa, portanto, impagável;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a situação fática de seus débitos é passível de ser agraciada com a redução de 95% do valor das multas, tendo em vista que referente a fatos geradores ocorridos antes de 30/04/99, portanto em conformidade com a anistia da Lei n.º 13.243/99.

Ao final, pede a procedência da Impugnação.

Manifesta-se o Fisco, contrariamente ao alegado pela defesa, às fls. 857/861 dos autos, aos seguintes fundamentos:

- para a apuração do presente crédito tributário, foi utilizada a própria escrita do contribuinte, documentos fiscais, livros, além do levantamento físico dos estoques pela fiscalização e leitura dos totalizadores de volume das bombas;

- tal técnica é idônea, prevista no artigo 194, inciso III, do RICMS, portanto não há que se falar em indícios, mas em fatos comprovados pela contagem física dos estoques, entradas e saídas registradas;

- as aferições a que se refere o ilustre representante do contribuinte, não tendo sido registradas diariamente, conforme a exigência legal constante do artigo 2º, da Portaria n.º 26, de 13/11/92 do DNC, hoje ANP, em campo próprio, após serem iniciadas medidas de fiscalização, aparecem no LMC em campo de observações, no dia 28/12/98 e não 31/12/98, como “diferença encontrada ao medirmos o tanque 1 referente a aferições não anotadas”;

- não se pode admitir, sob pena de se tornar regra, o armazenamento de combustível de um tipo, em tanque determinado para outro tipo. Tal prática constitui prejuízos tanto aos cofres públicos, quanto ao consumidor do produto;

- quanto ao prejuízo ao Fisco, referimos ao controle de vendas, em litros, que são registradas nos encerrantes, controle das saídas efetivas apresentariam resultados distorcidos, dando margem à sonegação;

- em momento algum, alegou-se que a saída sem passagem pelos bicos das bombas ou extra-bicos equivaleria a venda sem emissão de documento fiscal, conforme item 39 da peça impugnatória. Constituem, outrossim, indícios de saídas desacobertas, sendo necessário, para efetuar qualquer cobrança, que se constatasse a irregularidade através de levantamento entre as vendas reais e Notas Fiscais de Saídas emitidas. A irregularidade foi, então, apurada, conforme Anexo V, pág. 1;

- cita o artigo 31, da Lei n.º 13.243/99;

- diz que o débito refere-se ao mês de abril/99 (vencimento em maio de 1999), portanto a anistia fiscal não alcançou o presente crédito tributário, já que a mesma abarca apenas os vencidos até 30 de abril de 1999.

Por fim, pede a manutenção integral do feito fiscal

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 865/870 dos autos, propugna pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de, no período fiscalizado de 14/10/98 a 23/04/99, incorrer nas seguintes irregularidades:

1) promoveu a entrada de combustíveis (álcool e gasolina aditivada) desacobertos de documentação fiscal, conseqüentemente houve redução do tributo devido na entrada, por se tratar de mercadoria sujeita à Substituição Tributária. A apuração fiscal foi realizada mediante levantamento quantitativo, em exercício aberto, em confronto com o registro dos Totalizadores de Saídas (em litros) das Bombas de Combustíveis;

2) promoveu saída de combustíveis (álcool, gasolina comum e gasolina aditivada) desacobertos de documentação fiscal. A apuração fiscal foi realizada através do confronto entre os dados obtidos do total de vendagem, as saídas registradas nos totalizadores das bombas de combustíveis e as Notas Fiscais de Saídas emitidas no período fiscalizado;

Irregularidade 1

Com base na leitura dos encerrantes inicial e final, o Fisco apurou as saídas pelo tanque ocorridas no período fiscalizado.

Tendo em vista que as saídas de álcool e gasolina aditivada, apuradas com base na contagem do estoque físico e Notas Fiscais de Entrada, foram inferiores às saídas pelo tanque, evidenciou-se que a diferença refere-se à entradas das mercadorias sem Nota Fiscal, cujas saídas foram registradas pelos encerrantes.

Para uma melhor análise deste ponto, reportamo-nos aos esclarecimentos, acerca dos fatos, prestados pela Auditoria Fiscal, em seu Parecer, especificamente quanto às equações numéricas, à fl. 866 dos autos.

Neste sentido, não se encontram nos autos provas capazes de convalidar a alegação da defesa de despejo errôneo de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada. A simples alegação desprovida de provas não alcança modificar o feito fiscal (art. 98 da CLTA/MG).

No que diz respeito aos registros no LMC, referentes ao volume de gasolina utilizado no processo de aferição, conforme cópias dos documentos às fls. 526/527, tem-se que não foram providenciados “a posteriori” ao início da ação fiscal, de modo a não possuir eficácia probatória no presente feito, como argumenta a fiscalização. A ação fiscal teve início no dia 01/07/99.

Ademais, o procedimento adotado pela Impugnante está de conformidade com o disposto no artigo 2º, da Portaria n.º 26, de 13/11/92, que determina como proceder ao registro das aferições diariamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, tem-se por legítimas apenas parte das exigências fiscais quanto a esse ponto, uma vez que, mesmo considerando os argumentos apresentados pela Impugnante, remanescente uma diferença de 698 litros de gasolina aditivada.

Irregularidade 2

No Quadro de Controle de Combustíveis, conforme documento de fl. 10, a fiscalização explicita a ocorrência de saída extra-bico, de modo a concluir-se um indício de saída sem Nota Fiscal.

Deve-se considerar que o levantamento baseou-se nos registros dos encerrantes, bem como nas Notas Fiscais de Saída, emitidas pela Impugnante e que as saídas registradas nos encerrantes são superiores àquelas descritas nos documentos fiscais.

Alegou o Fisco que a diferença trata de saída de combustível sem a emissão da respectiva Nota Fiscal.

Ocorre que não pode a fiscalização agir apenas por indícios, dessa forma levantamento foi efetuado tendo por base as saídas reais (registradas nas bombas) e nas saídas descritas nas Notas Fiscais, conforme documento de fl. 09.

Conforme o levantamento (documento de fl. 09), foram constatadas saídas desacobertas de 224.113,60 litros de álcool, 856.002,69 litros de gasolina comum e 94.091,00 litros de gasolina aditivada.

Dispõe o artigo 16, inciso VI, da Lei n.º 6.763/75 que:

“Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

.....

VI - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar;

.....”

Considerando que trata-se de norma cogente, não poderia a Impugnante alijar-se de tal procedimento. Ademais, salienta o Fisco que a emissão da Nota Fiscal “é imprescindível como instrumento de apuração do total de saídas, para detectar possíveis entradas sem o respectivo documento fiscal e conseqüentemente sem a retenção do imposto, obrigação principal”.

No tocante a anistia da Lei n.º 13.243/99, dispõe seu artigo 31 que:

“Art. 31 - O crédito tributário relativo ao ICMS de qualquer natureza, vencido até 30 de abril de 1999, formalizado ou não, inclusive o inscrito em dívida ativa, ajuizada ou não sua cobrança, poderá ser pago em até 05 (cinco) parcelas mensais, iguais e consecutivas, observados os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

percentuais de redução do valor das multas e juros moratórios...”

Da inteligência do artigo supra depreende-se que a Impugnante não faz “jus” à anistia.

Conforme explicitou o Fisco, o débito refere-se ao mês de abril/99 (vencimento em maio de 1999), portanto a anistia fiscal não alcançou o presente crédito tributário, já que a citada Lei abarca apenas os vencidos até 30 de abril de 1999.

No entanto, ao analisar a hipótese dos autos verifica-se que o contribuinte reiterou pedidos de autorização para utilização de seu equipamento ECF em diversas oportunidades (20/10/98, 10/12/98, 29/01/99 e 18/07/99). Este procedimento vem amparar a Impugnante quanto a análise da aplicação do permissivo legal (§3º do art. 53 da Lei nº 6763/75).

Desta forma, face às peculiaridades do PTA, a informação de não constatação de reincidência conforme documento de fls. 863, e a necessidade de adequação do valor da penalidade à condição econômica do contribuinte a multa isolada do item 2 do Auto de Infração deve ser reduzida a 20% (vinte por cento) de seu valor.

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, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a Impugnação, para acatar a escrituração do Contribuinte no LMC relativamente ao item 1 do AI e mantendo-se integralmente o item 2. No entanto, ainda, à unanimidade, aplicou-se o permissivo legal- §3º do art. 53 da Lei nº 6763/75, para reduzir a penalidade isolada do item 2 do AI a 20%(vinte por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Jose Mussi Maruch e Antonio Leonart Vela.

Sala das Sessões, 04/05/00.

Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ