

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.285/09/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158214-61
Impugnação: 40.010123403-91
Impugnante: Auto Posto Macpetro Ltda.
IE: 062288217.00-83
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatadas, por meio de levantamento quantitativo, entradas de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, ensejando a exigência de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada, capituladas, respectivamente, nos artigos 56, II, c/c o seu § 2º, III, e 55, II, ambos da Lei 6763/75. Razões da Impugnante insuficientes para elidir as exigências. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se da constatação da entrada desacobertada de documentação fiscal de 106.415 (cento e seis mil e quatrocentos e quinze) litros de álcool etílico hidratado carburante, mediante levantamento quantitativo, relativamente ao período de 31/01/2007 a 23/11/2007, pelo que se exige o ICMS/ST e as correspondentes multas de revalidação e isolada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal (sócio administrador), Impugnação às fls. 69/95, contra a qual a Fiscalização se manifesta às fls.103/110, juntando os documentos de fls. 111 a 118.

Aberta vista à Impugnante em razão da juntada de documentos (ordens de serviço), limita-se a mesma, por meio de procurador regularmente constituído, a declarar que examinou os autos (fls. 122), abstendo-se assim de se manifestar a respeito dos referidos documentos.

DECISÃO

Da Preliminar

Em preliminar, pleiteia a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, alegando, em síntese, que o procedimento fiscal se iniciou de forma irregular, por não existir a prévia e imprescindível ordem de serviço, tornando-o, assim, ilegal, à luz do disposto no art. 4º, VI, da Lei 13515/00, que contém o Código de Defesa do Contribuinte de Minas Gerais.

Afirma que nas duas visitas prévias realizadas em seu estabelecimento para o fim de contagem física de combustíveis, os fiscais não apresentaram a respectiva

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ordem de Serviço e nem tampouco emitiram o AIAF, limitando-se os mesmos à coleta dos encerrantes e da posição dos estoques.

Além disso, o Auto de Infração somente fora lavrado mais de um ano após iniciado o procedimento fiscal, e ainda assim por um terceiro servidor, no qual consta o número de uma Ordem de Serviço à qual a Impugnante jamais teve acesso, até porque não lhe fora apresentada em nenhum momento e também não foi juntada aos autos, tudo isso a comprovar a sua inexistência por ocasião do início da ação fiscal, caracterizando ainda o loteamento do procedimento fiscal, prática não permitida à Administração Tributária, pelo que não poderia sobreviver o Auto de Infração.

A despeito de suas bem articuladas argumentações, não assiste razão à Impugnante. É que, consoante o disposto no art. 66, II, do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto 44.747/08, a realização de procedimento fiscal auxiliar exploratório, de que são exemplo as mencionadas visitas prévias, não caracteriza o início da ação fiscal, motivo pelo qual também não se exige a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal.

No mesmo sentido dispõe o art. 54, II c/c o seu § 1º, III, todos da CLTA/MG, vigente à época das visitas ao estabelecimento da Impugnante, com a seguinte redação:

Art. 54 - O AIAF não será lavrado nas seguintes hipóteses:

(...)

II - nas ações auxiliares:

b - exploratórias; e

(...)

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, considera-se ação auxiliar:

(...)

III - exploratória, aquela destinada a aumentar o grau de conhecimento sobre as atividades econômicas ou o comportamento fiscal-tributário do sujeito passivo ou sobre seus produtos ou processos, objetivando subsidiar a programação de ações fiscais específicas, mediante a realização de visitação, verificação de documentos e registros por amostragem, levantamento de indícios ou processamento e análise de dados e indicadores.

Pois bem. Se a ação fiscal ainda não havia se iniciado, razão não havia para a lavratura do AIAF, e bem assim não podia ainda o contribuinte, nas oportunidades em que visitado, exigir a apresentação da ordem de serviço, porquanto tal direito somente lhe é assegurado com o início da ação fiscal propriamente dita, a teor do disposto no art. 4º, VI, do mencionado Código de Defesa do Contribuinte.

Não obstante, como se observa às fls. 111 a 118, em razão de suas alegações a Fiscalização juntou todas as ordens de serviço emitidas para os períodos em que ocorreram as visitas prévias e o desenvolvimento da ação fiscal propriamente dita, culminando com a emissão do Auto de Infração, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nº da Ordem de Serviço	Fls.	Período de Abrangência
08.060004295.80	111/112	01/01/07 a 31/03/07
08.070005102.48	113/114	23/11/07 a 30/11/07
08.080000012.98	115/116	01/01/08 a 31/03/08
08.080000690.20	117/118	01/04/08 a 30/06/08

Conforme já relatado anteriormente, em decorrência da juntada das ordens de serviço acima foi aberta vista à Impugnante, que, no entanto, absteve-se de se manifestar.

Verifica-se, assim, que é improcedente a alegada inexistência das ordens de serviço, porquanto restou comprovado que existiam antes mesmo da realização dos mencionados procedimentos auxiliares exploratórios, cabendo registrar que, independentemente do direito do contribuinte de exigi-la, em rigor, nenhuma atividade fiscal é desenvolvida sem a prévia emissão da competente ordem de serviço.

Igualmente não procede a alegada ilicitude do dito “loteamento” do procedimento entre diferentes servidores fiscais, observando-se que, no caso concreto, tratam-se de ordens de serviço coletivas, isto é, emitidas em nome de vários Auditores Fiscais, para o desenvolvimento de atividades comuns e concomitantes em diversos contribuintes do mesmo setor econômico, não havendo nenhuma irregularidade nessa forma de proceder, até porque, por óbvio, compete única e exclusivamente à Administração Tributária definir a alocação e a utilização de seus recursos humanos, segundo a sua conveniência, oportunidade e outros critérios que adotar.

Com estas considerações rejeita-se, em preliminar, a arguição de nulidade da presente autuação, posto que perfeitamente regular todo o procedimento fiscal, desde as visitas ao estabelecimento da Impugnante, com o fim de coleta de informações e análise de registros relativos às suas atividades, até a lavratura do AIAF e do Auto de Infração.

Do Mérito

Como também já relatado, trata-se da exigência de ICMS/ST e das correspondentes multas de revalidação e isolada, em decorrência da constatação da entrada desacoberta de documentação fiscal de 106.415 (cento e seis mil e quatrocentos e quinze) litros de álcool etílico hidratado carburante, mediante levantamento quantitativo, relativamente ao período de 31/01/2007 a 23/11/2007.

Conforme se verifica da planilha de fls. 11, denominada Levantamento Quantitativo Resumido de Combustíveis, os estoques inicial e final do produto foram obtidos nas já mencionadas visitas ao estabelecimento da ora Impugnante, mediante a medição de tanques e leitura dos totalizadores (encerrantes) de cada bomba medidora, informações estas obtidas com a participação do próprio contribuinte, uma vez que registradas e devidamente conferidas e assinadas por responsável legal ou preposto do mesmo, conforme documentos de fls. 63 e 65, denominado Controle de Combustíveis e Lacres.

A partir desses dados, confrontaram-se as compras regularmente comprovadas por notas fiscais com as efetivamente realizadas (compras calculadas), apurando-se a diferença entre ambas, observando-se que foram desconsideradas do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

levantamento as entradas lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis a título de “aferições”, tendo em vista representarem o elevado e irreal montante de 43,435% (quarenta e três inteiros e quatrocentos e trinta e cinco milésimos por cento) das compras calculadas.

Exatamente aí reside a controvérsia dos autos. Assevera a Impugnante que face aos inúmeros defeitos apresentados nas bombas medidoras de álcool realiza aferições diárias das mesmas com o objetivo de observar a legislação do INMETRO e da ANP, sendo que opera em 03 (três) turnos de 08 (oito) horas cada, e na maioria das vezes realiza mais de uma aferição a cada revezamento de turno, isso sem considerar que é obrigada a proceder a aferições toda vez que o consumidor a solicitar, de modo que inexistente um limite legal de aferições diárias, motivo pelo qual a Fiscalização não poderia simplesmente desconsiderar tais lançamentos, que espelham a verdade dos fatos.

Por sua vez, esclarece a Fiscalização que as aferições consistem em conferir o volume resultante do enchimento de um vasilhame com capacidade de 20 (vinte) litros, através do bico que se deseja aferir, até que o mostrador da bomba indique o referido volume, devendo este coincidir com aquele, observando-se que eventuais diferenças devem estar dentro da faixa permitida pela ANP. Caso contrário, a bomba deverá ser interditada e a empresa responsável pela manutenção do equipamento acionada para solucionar o problema.

Esclarece ainda a Fiscalização que realmente não existe determinação legal relativamente ao intervalo mínimo ou máximo de tempo a ser observado entre uma aferição e outra, mas existe, isto sim, a obrigação de se manter o equipamento efetivamente aferido, como em qualquer atividade que utiliza equipamentos de medida, tendo-se observado na rede de postos revendedores de combustíveis em Minas Gerais a variação de períodos semanais, mensais ou até mesmo anuais, mas nunca diário, o que é de bom senso, pois um equipamento que necessite de aferições diárias certamente não seria produtivo e teria dificuldades em ser comercializado, uma vez que as aferições reduzem a capacidade operacional do posto revendedor no momento em que são realizadas.

Após a aferição, o combustível é devolvido ao tanque e sua quantidade descontada do volume vendido no dia e lançada a este título no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Segundo orientações do INMETRO e da ANP, a aferição deve ser feita tanto na vazão rápida quanto na lenta, totalizando assim 40 (quarenta) litros para cada procedimento.

No caso da Impugnante, os volumes lançados a título de aferições relativas às bombas de gasolina comum mostraram-se compatíveis com o volume do combustível adquirido e comercializado, numa relação de 0,015% (quinze milésimos por cento), tanto assim que não houve nenhum questionamento ou exigência fiscal a respeito.

Já em relação ao álcool, tal relação mostra-se totalmente irreal, porquanto muito elevada e além do aceitável, chegando a representar 43,435% (quarenta e três

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inteiros e quatrocentos e trinta e cinco milésimos por cento) das entradas comprovadas por notas fiscais.

Com efeito, tal situação torna-se ainda mais irreal à luz da demonstração feita pela Fiscalização (fls. 108/109) de que o volume de gasolina comercializado pela Impugnante, no mesmo período e utilizando-se do mesmo número de bombas, é da ordem de 4,65 vezes o de álcool, o que autoriza concluir-se que o desgaste das bombas de gasolina seja proporcionalmente superior, sujeitando-se portanto a se desregularem com maior frequência do que as de álcool, e conseqüentemente exigindo aferições mais amiúde, no entanto, não é isto o que se verifica, sendo totalmente inverso o procedimento do Impugnante, ao tentar fazer crer que concentra as aferições exatamente nas bombas de álcool.

Ora, ainda que não se considerasse desarrazoado proceder a várias aferições diárias de seus equipamentos, o que se admite *ad argumentandum tantum*, ainda assim certamente não seria razoável se fazer repetidas aferições em determinados bicos e se ignorar os demais, de uma mesma bomba, só porque não são de álcool, mas de gasolina, mesmo sabendo-se que potencialmente sofrem um desgaste quase cinco vezes maior que aqueles.

Como bem argumenta a Fiscalização em sua manifestação, não há explicação técnica para tamanho disparate, sendo que enquanto os bicos de gasolina são aferidos, em média, uma vez por mês, os de álcool o são até três ou mais vezes por dia, devendo-se ainda levar em consideração que a responsabilidade da empresa deveria ser a mesma com a totalidade de seus equipamentos, e não apenas com parte dos mesmos.

Constata-se, assim, não existir a mínima razoabilidade no suposto procedimento da ora Impugnante, sendo certo que o mesmo não é adotado pelos demais contribuintes do seu ramo de atividade, até porque foge à rotina normal e regular das empresas desse segmento econômico, inclusive reduzindo sobremaneira sua capacidade operacional.

Ademais, cumpre ressaltar que não há nos autos notícia de que a Impugnante tenha juntado ou apresentado à Fiscalização qualquer documento ou outro meio de prova da ocorrência dos inúmeros defeitos apresentados nas bombas medidoras de álcool, restando assim não comprovadas suas alegações no sentido de justificar ou evidenciar a efetiva realização das constantes aferições.

Não merece fé, pois, os lançamentos efetuados pela Impugnante no LMC a título de aferições dos bicos das bombas de álcool, pelo que foram corretamente desconsiderados pela Fiscalização, legitimando assim o arbitramento do valor das operações consideradas irregulares, e conseqüentemente as exigências constantes do Auto de Infração sob exame, com base no disposto no art. 53, incisos III e VI, do RICMS/02, *verbis*:

Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

III - a operação ou a prestação do serviço se realizarem sem emissão de documento fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 07 de abril de 2009.

André Barros de Moura
Presidente

Raimundo Francisco da Silva
Relator