

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.495/11/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168335-79
Impugnação: 40.010129447-00
Impugnante: Posto São José Ltda
IE: 367021782.00-51
Proc. S. Passivo: Gladstone Miranda Júnior/Outro(s)
Origem: DFT/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES - ENTRADA, ESTOQUE E/OU SAÍDA DESACOBERTADOS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - CONCLUSÃO FISCAL. Constatou-se, mediante Conclusão Fiscal da conta Mercadorias elaborada com base em documentos fiscais regularmente apreendidos, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso V da Parte Geral do RICMS/02, a entrada desacobertada de álcool combustível. Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 100% (cem por cento) em decorrência da constatação de duas reincidências. Infração caracterizada. A base de cálculo da multa isolada, no entanto, deve ser adequada levando-se em consideração o preço médio mensal do litro do combustível adquirido no período.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES - ENTRADA, ESTOQUE E/OU SAÍDA DESACOBERTADOS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II da Parte Geral do RICMS/02, saída de óleo diesel, álcool e gasolina, desacobertados de documentação fiscal. Infração caracterizada. Correta a exigência de Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto do §2º do mesmo dispositivo para o óleo diesel e majorada em 100% (cem por cento) em decorrência da constatação de duas reincidências.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MANIPULAÇÃO DE ENCERRANTES. Constatação de utilização de bombas de combustível passíveis de alteração dos encerrantes. Irregularidade comprovada mediante laudo juntado aos autos. Correta a Multa Isolada prevista no inciso XXIII do art. 54 da Lei nº 6.763/75 c/c o §3º do mesmo dispositivo.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A ação fiscal teve início em 24/04/10 com o mandado judicial de busca e apreensão e pelo Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 005991, no estabelecimento da Autuada em cumprimento à determinação do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora.

Mediante análise de documentação regularmente apreendida no estabelecimento, tais como livros, documentos fiscais e arquivos SINTEGRA, e a verificação de equipamentos relacionados ao abastecimento de combustíveis e/ou instrumentos de medição de volume, apurou-se que o Sujeito Passivo incorreu nas seguintes irregularidades:

- 1- entrada desacobertada de álcool combustível no período de 01/08/08 a 30/11/09 apurada por meio de Conclusão Fiscal relativo da Conta Mercadorias;
- 2- saída de álcool combustível desacobertado de documento fiscal apuradas mediante de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) no período de 01/01/08 a 31/12/08;
- 3- saída de gasolina e óleo diesel desacobertadas de documento fiscal apuradas mediante de Levantamento Quantitativo Financeiro Diário (LEQFID) no período 01/01/09 a 31/12/09;
- 4- manipulação dos encerrantes das bombas com números de série: B1-007800/007799/007791; B2-007796/007997; B3-07780/008029/008030; B4-007775/007776/007777.

Exige-se:

a) em relação à infração (1), ICMS/ST, Multa de Revalidação de 100%, prevista no art. 56, inciso II, § 2º, item III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento), devido à constatação de reincidência, conforme art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75;

b) em relação à infração (2) e (3), Multa Isolada do art. 55, inciso II majorada em 100% (cem por cento) conforme art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75, sendo que no produto óleo diesel foi aplicado o limite de 2,5 vezes o valor do ICMS de acordo com o art. 55, §2º da mesma lei;

c) no tocante à infração (4), manipulação de equipamentos relacionados ao abastecimento de combustível (encerrantes), Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXIII, §3º da Lei nº 6.763/75.

Para efeito do Levantamento Quantitativo realizado em (2), foram incluídas as entradas desacobertadas apuradas em (1), e foi deduzida a saída de álcool combustível exigida no Auto de Infração 01.000162962-47 de 23/11/09.

Foram deduzidas também em (2) e (3) as saídas de álcool, gasolina e óleo diesel exigidos no Auto de Infração 02.000214493-72.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 531 a 542, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 559 a 570.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 572 a 585, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração em face da inexistência de AIAF – Auto de Início de Ação Fiscal, bem como por não ter sido conferido à Autuada o direito à denúncia espontânea.

Sem razão a defesa, no entanto, uma vez que consta nos autos a lavratura do AIAF nº 001.3671873990082.2010, de 02/08/10, tendo sido o contribuinte dele intimado, via postal, em 04/08/10 (fls. 02/03).

Em 03/11/10, o referido AIAF foi expressamente renovado, tendo sido lavrado o competente Termo de Renovação de Auto de Início de Ação Fiscal no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termo de Ocorrência, conforme documento de fls. 04 dos autos.

Além do mais, a lavratura prévia do AIAF estava dispensada no presente trabalho fiscal, uma vez que o início da mencionada ação fiscal ocorreu com a apreensão dos documentos fiscais no estabelecimento da Autuada, com a lavratura do Auto de Apreensão e Depósito – AAD nº 005991, série 1, em 27/04/10 (fls. 05/08), caracterizando o início da ação fiscal, nos termos do art. 69, inciso II do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 69 - Para os efeitos de documentar o início de ação fiscal, observados os modelos estabelecidos pela Secretaria de Estado de Fazenda, a autoridade lavrará, conforme o caso:

(...)

II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);

A lavratura do mencionado AAD se deu para formalizar a apreensão dos documentos que embasaram o presente feito fiscal, em cumprimento à determinação do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora. (Autos número 0145.09.540023-3), na qual foi determinado aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, com apoio da Polícia Militar, e do Ministério Público, proceder à busca e apreensão de documentos, provas relativos ao comércio de combustíveis ou produtos de crime contra a ordem tributária. Portanto, a atuação ocorreu sob a chancela do Poder Judiciário na mais estrita legalidade, a salvo de qualquer reprimenda.

Por outro lado, o fato de a emissão/intimação do Auto de Infração ter ocorrido após o transcurso do prazo de validade do AIAF não tem o condão de gerar a nulidade da autuação.

Conforme disposto no art. 70, § 4º do RPTA, esgotado o prazo de validade do AIAF é devolvido ao sujeito passivo o direito à denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura do Auto de Infração independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe destacar que o instituto da denúncia espontânea é direito do Contribuinte, que deve ser exercido nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN, respeitada, porém, a restrição contida no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Frisa-se, por oportuno, que não cabe ao Estado oferecer à Autuada a possibilidade de denúncia espontânea, sendo de sua inteira responsabilidade a prerrogativa de dela usufruir.

Desta forma, o presente lançamento se deu com a estrita observância de todos os preceitos legais e regulamentares que disciplinam a matéria, não havendo que se falar em descumprimento da norma insculpida no art. 70 do mencionado RPTA *in verbis*:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

(...)

§ 3º O Auto terá validade por 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma vez e por até igual período, pela autoridade fiscal, ou, automaticamente, por fatos que evidenciem a continuidade dos trabalhos, desde que justificável em razão da extensão ou complexidade das tarefas de fiscalização.

§ 4º Esgotado o prazo previsto no parágrafo anterior, é devolvido ao sujeito passivo o direito a denúncia espontânea, o qual, entretanto, não exercido, ensejará a lavratura de AI, independentemente de formalização de novo início de ação fiscal.

Não resta, portanto, dúvidas quanto à validade do trabalho fiscal no tocante aos procedimentos iniciais necessários, afastando os argumentos de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Como destacado no relatório inicial, o presente lançamento versa sobre a apuração de entradas e saídas de combustíveis desacobertos de documentação fiscal, apuradas mediante Conclusão Fiscal na conta “Mercadoria” e Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD.

O Fisco ainda apurou a utilização irregular de equipamentos relacionados ao abastecimento de combustível e/ou instrumentos de medição de volume.

A Impugnante não trouxe qualquer argumentação técnica quanto à apuração dos quantitativos de entradas e saídas de combustíveis sem documento fiscal. Carreou aos autos apenas argumentações genéricas quanto à ocorrência do fato gerador na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada de mercadorias, sobre sua indevida eleição como Sujeito Passivo, incorreção da base de cálculo adotada, ofensa ao princípio da não cumulatividade e alegação de que o lançamento está calcado em presunção.

A apuração das irregularidades teve início com a busca e apreensão na sede do Posto São José Ltda, por determinação judicial do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora, em operação conjunta com o Ministério Público e a Polícia Militar de Minas Gerais.

Entre os diversos documentos apreendidos e discriminados no Anexo do Auto de Apreensão e Depósito (AAD) nº 005991, série 001 (fls. 06/08), encontra-se um caderno espiral de capa colorida onde consta a expressão “Posto São José Ltda.” (fls. 123/422), contendo o fechamento de turnos com todos os dados relativos aos combustíveis comercializados pelo estabelecimento (quantidade, valor, somatório diário e mensal, dentre outros), no período compreendido entre agosto de 2008 e dezembro de 2009.

A análise do conteúdo deste caderno que revela o movimento de venda diária do posto revendedor e do confronto deste movimento de venda com as informações produzidas e enviadas ao Fisco pelo contribuinte via arquivos eletrônicos SINTEGRA, levou à constatação das irregularidades objeto deste trabalho fiscal.

A Impugnante alega que a autuação foi derivada de elementos imprecisos e duvidosos, não se admitindo a presunção, expressando que os documentos apreendidos não revelam com clareza as operações comerciais da empresa e que as anotações não foram apreendidas no estabelecimento da empresa e nem sequer fazem referência ao período lançado.

Tais alegações não merecem o mínimo de consideração. Um simples passar de olhos na documentação contida no Anexo 7 do Auto de Infração, juntada aos autos às fls. 123/422, não deixa nenhuma dúvida acerca da autenticidade do documento como sendo um livro de registro extrafiscal, utilizado para anotar diariamente a movimentação da venda dos combustíveis realizada pela Impugnante.

Já na capa (fl.123) vê-se a inscrição “Posto São José Ltda.”. Na página seguinte (fl.124) o nome, o endereço, os telefones fixo e celular, além do endereço eletrônico da Impugnante. A partir daí (fls. 125/422) o registro detalhado do fechamento dos turnos com a movimentação do Posto Revendedor, constando a data, o dia da semana, o turno manhã ou tarde e as discriminações de álcool, diesel e gasolina, bem como as respectivas quantidades em litros, preço unitário e valor total, além da totalização diária e mensal. Tudo efetivado de forma manuscrita, limpa, caprichosa e transparente, com utilização do mesmo padrão gráfico.

Negar que os documentos foram apreendidos em seu estabelecimento é lutar contra as provas dos autos e a ação desencadeada pelas autoridades competentes, uma vez que os documentos de fls. 05/08 não deixam a mínima margem de dúvida quanto à propriedade dos documentos apreendidos.

1) Entrada desacobertada de álcool combustível, no período de 01/08/08 a 30/11/08, apurada mediante Conclusão Fiscal da conta “Mercadorias”, a partir de documentação apreendida no estabelecimento.

A sistemática do trabalho foi relativamente simples e consistiu primeiramente na apuração da quantidade de combustível adquirida pela Autuada, partindo da quantidade efetivamente vendida no período e registrada no controle extrafiscal (paralelo) apreendido no estabelecimento do contribuinte (fls. 123/422), com a utilização da fórmula: Compras = Vendas – Estoque inicial + Estoque final.

Confrontado o resultado desta equação (compras totais) com as compras realmente efetivadas e informadas ao Fisco pela Autuada em sua escrita fiscal (fls. 106/110 e 112/121), constatou-se a aquisição de expressiva quantidade do produto álcool sem a necessária documentação fiscal.

Sobre esta diferença foi exigido o ICMS/ST não recolhido, acrescido da Multa de Revalidação (100% do valor do imposto) e da Multa Isolada (40% do valor da operação, majorada em 100% em virtude da constatação de reincidência dupla da Autuada).

A apuração encontra-se demonstrada nos “Anexos I e IA” de fls. 20/24 dos autos, sendo que o volume do combustível apurado em outros lançamentos foi deduzido pelo Fisco, evitando-se duplicidade de exigências fiscais.

Insurge a Autuada contra a exigência com o entendimento de que não há fato gerador na entrada de mercadorias no estabelecimento, em face de vedação em lei.

Sem razão a defesa, no entanto. Muito embora seja plenamente legítima a exigência de ICMS na entrada de mercadoria em alguns casos, como diferencial de alíquotas, importação e em operação interestadual com o próprio combustível, dentre outras, no caso dos autos não houve exigência de imposto pela entrada de mercadoria no estabelecimento da Autuada.

A substituição tributária é um instituto previsto na Constituição Federal no seu art.150, §7º, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Em regra geral, na substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente ou alienante na condição substituto tributário, conforme art. 22, §§18 e 19 da Lei nº 6.763/75, que se segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Entretanto, ao receber mercadoria sem documento fiscal, e conseqüentemente sem a devida retenção e recolhimento do imposto, a responsabilidade é atribuída ao estabelecimento destinatário, sendo a Impugnante no caso em questão.

A base de cálculo utilizada para a exigência do tributo devido, está prevista na legislação, a fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme disposto no § 19, item 2, alínea "c" do art. 13 do diploma legal retromencionado, *in verbis*:

Art. 13 - (...)

§ 19 - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

c - a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

No caso dos autos, que cuida de operações com combustíveis, o valor da base de cálculo é aquele previsto e divulgado mediante Ato COTEPE, publicado no Diário Oficial da União (ver Anexo 12 - fls. 477/515), conforme previsto no Capítulo II, Cláusulas Sétima e Oitava do Convênio nº 110/07, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CAPÍTULO II

DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO

Cláusula sétima - A base de cálculo do imposto a ser retido é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

Cláusula oitava - Na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, pelo valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

§ 1º Na hipótese em que o sujeito passivo por substituição tributária seja o importador, na falta do preço a que se refere a cláusula sétima, a base de cálculo será o montante formado pelo valor da mercadoria constante no documento de importação, que não poderá ser inferior ao valor que serviu de base de cálculo para o Imposto de Importação, acrescido dos valores correspondentes a tributos, inclusive o ICMS devido pela importação, contribuições, frete, seguro e outros encargos devidos pelo importador, adicionado, ainda, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado também previstos em Ato COTEPE.

§ 2º O Ato COTEPE que divulgar os percentuais de margem de valor agregado deverá considerar, dentre outras:

I - a identificação do produto sujeito à substituição tributária;

II - a condição do sujeito passivo por substituição tributária, se produtor nacional, importador ou distribuidor;

III - a indicação de que se trata de operação interna ou interestadual;

IV - se a operação é realizada sem os acréscimos das seguintes contribuições, incidentes sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível:

a) Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE -;

b) Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS -;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c) Contribuição para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP -;

d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS -.

§ 3º Nas operações com gasolina automotiva resultante da adição de Metil Térci-Butil Éter - MTBE -, o Ato COTEPE contemplará esta situação na determinação dos percentuais de margem de valor agregado.

§ 4º O ICMS deverá ser incluído no preço estabelecido por autoridade competente para obtenção da base de cálculo a que se refere o caput.

Não cabe a alegação que a base de cálculo fixada para o imposto devido por substituição tributária seria indevida por não revelar fielmente o valor da operação praticada pelo contribuinte substituído a consumidor final.

Como sabido, esta tese constitui matéria vencida, porquanto já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que julgou pela definitividade do imposto cobrado por substituição tributária, ao examinar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 1.951, em virtude do § 7º do art. 150 da Constituição Federal.

Com razão a Impugnante ao apregoar que o ICMS é um imposto não cumulativo, tendo que ser compensado o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado ou pelo Distrito Federal, consoante o que dispõe o art. 155, § 2º, inciso I da Carta Magna de 1988.

Ocorre, no entanto, que tal compensação (creditamento) está condicionada à existência de documentação idônea, bem como a sua escrituração nos livros fiscais do estabelecimento adquirente, nos prazos e condições estabelecidos na legislação, conforme apregoadado no art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Art. 23 - O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Assim, não há que se falar em compensação, creditamento ou não cumulatividade no caso em exame, uma vez que se trata de operações realizadas sem a emissão de documentação fiscal, portanto sem as condições exigidas pela legislação para o creditamento, quais sejam, documentação idônea e escrituração regular.

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e da respectiva Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II c/c o disposto no § 2º, inciso III do mesmo dispositivo da Lei nº 6763/75, que assim dispõem:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

No caso da Multa Isolada o Fisco exigiu a penalidade capitulada no inciso II do art. 55 da Lei nº 6763/75, com a seguinte redação:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

O Fisco adotou como parâmetro o mesmo valor de cobrança do imposto, ou seja, quantidade de entradas multiplicada pelo valor do Preço Médio Ponderado Fiscal – (PMPF) de acordo com os Atos COTEPE nas fls. 478 a 515.

A 1ª Câmara de Julgamento decidiu pela adequação da Multa Isolada das entradas de álcool desacobertadas apuradas por Conclusão Fiscal utilizando como valor da base de cálculo o preço médio mensal das entradas de álcool ao invés do PMPF, uma vez que tem-se informações do real valor das entradas de álcool por meio de documentos fiscais.

Portanto, para o cálculo da Multa Isolada deve ser utilizado como referência o preço médio das entradas mensais de álcool no período fiscalizado, com a majoração de 100% (cem por cento) empregada pelo Fisco, uma vez configurada a prática de duas reincidências, conforme documentos de fls. 99/104, em consonância com o art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6763/75 *in verbis*:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

2) Saída de mercadoria (álcool combustível) desacobertada de documentação fiscal, apurada mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD, no período de 01/01/08 a 31/12/08.

Nesta seara, o Fisco realizou o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD, com utilização do aplicativo “Auditor Eletrônico”, no qual foram introduzidas as quantidades de álcool adquiridas sem documento fiscal, mencionadas no item anterior, constatando-se expressiva quantidade de saída de álcool, desacobertada de documentação fiscal.

Cabe destacar que do total apurado, foram deduzidas as quantidades de saídas desacobertadas dos produtos já exigidas em Autos de Infração nº 01.000162962-47 de 23/11/09 e 02.000214493-72 lavrados anteriormente.

Os procedimentos adotados pelo Fisco para apuração das operações efetivamente realizadas pela Autuada são tecnicamente idôneos, ao contrário do alegado pela Impugnante, encontrando respaldo no artigo 194, incisos I, II e V do Decreto nº 43.080/02 (RICMS/02), *in verbis*:

O Fisco utilizou técnicas de apuração previstas na legislação, de acordo com o art. 194 do RICMS/02, no qual destaca-se:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

V - verificação fiscal analítica e conclusão fiscal; (grifou-se)

Os relatórios de entradas e saídas compõem o “Anexo 2” (fls. 25/38) e o crédito tributário encontra-se demonstrado às fls. 39 dos autos.

Sobre as diferenças apuradas exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75, majorada em 100% (cem por cento) em virtude da reincidência dupla da Autuada, conforme documentos de fls. 99/104, em consonância com o art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6763/75.

Correta a Multa Isolada exigida pelo Fisco.

3) Saída desacobertada de álcool, gasolina comum e óleo diesel, no período de 01/01/09 a 31/12/09, apurada mediante Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD.

Tal como no item anterior, adotou-se a técnica fiscal do Levantamento Quantitativo Financeiro Diário – LQFD, cujo relatório encontra-se acostado às fls. 40/96, com o crédito tributário demonstrado às fls. 97, que compõe o “Anexo 3”.

Também neste caso foram adicionadas as entradas desacobertadas apuradas mediante apreensão de documentos extrafiscais, bem como foram excluídas as quantidades apuradas em outros levantamentos.

Tal como nos itens anteriores, revela-se correta a penalidade aplicada, com a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6763/75 e a majoração de 100% (cem por cento), em face das reincidências demonstradas nos documentos de fls. 99/104, em consonância com o art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6763/75, e com a devida adequação ao disposto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6763/75 em relação ao óleo diesel.

Corretas as exigências fiscais.

4) Uso irregular de equipamentos relacionados ao abastecimento de combustível e/ou instrumentos de medição de volume, conforme demonstrado em “Auto de Constatação de Irregularidades”, “Relatório de Inspeção e Lacração de Bicos Abastecedores de Combustíveis” e “Planilhas de Encerrantes”.

Conforme foi apurado pelo Fisco, todas as bombas de abastecimento ligadas ao tanque nº1 eram passíveis de alteração, o que permite a adulteração do real volume de combustível comercializado pelo posto revendedor.

A planilha de fl. 428 demonstra a discrepância entre os registros dos encerrantes, quando consideradas as saídas apuradas pelo Fisco.

A Impugnante alega que as bombas estavam em perfeito estado, eram lacradas pelo Estado e que não teria acesso para manipular ou efetuar qualquer alteração nos registros.

Ocorre, no entanto, que a violação dos equipamentos abastecedores de combustível foi detectada e levada a termo (Anexo 8 – fls. 423/428) por autoridade competente, no exercício de seu dever funcional, cujos documentos possuem fé pública, não podendo ser desconsiderados como meras alegações, desacompanhadas de provas, que poderia a Impugnante ter buscado, por exemplo, junto ao fornecedor dos equipamentos, a GILBARCO.

Importante frisar que a Impugnante não moveu qualquer esforço no sentido de desconstituir, com provas técnicas, o Laudo apresentado pelo Fisco.

Em decorrência das constatações o Fisco aplicou corretamente a penalidade do art. 54, inciso XXIII c/c §3º do mesmo dispositivo da Lei nº 6763/75, com a seguinte tipificação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXIII - por desenvolver, fornecer, instalar ou utilizar software ou dispositivo em ECF que possibilite o uso irregular do equipamento, resultando em omissão de operações e prestações realizadas ou em supressão ou redução de valores dos acumuladores do equipamento - 15.000 (quinze mil) UFEMGs por equipamento;

(...)

§ 3º - As penalidades previstas nos incisos XV e XX a XXVIII do caput deste artigo aplicam-se também quando as infrações estiverem relacionadas a bomba para abastecimento de combustíveis ou a instrumento de medição de volume exigido e controlado pelo Fisco.

Foram detectadas 4 (quatro) bombas ligadas ao tanque nº 1, aplicando o valor 15.000 UFEMG's a cada uma delas.

Corretas as exigências fiscais.

Em relação às multas aplicadas, alega a Impugnante que as penalidades extrapolam os princípios constitucionais, possuindo o caráter confiscatório.

As penalidades impostas pelo Fisco, no entanto, coadunam-se perfeitamente com as infringências narradas, estando previstas nos arts. 53, § 7º, 54, inciso XXIII, § 3º, 55, inciso II, § 2º e 56, inciso II, § 2º, inciso III, à época vigente, todos da Lei nº 6763/75, já citados no presente Acórdão.

Cabe ressaltar também que as alegações de cunho constitucional não encontram abrigo no CC/MG, por força do óbice contido art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto 44.747/08, a seguir expresso:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para adequar a Multa Isolada relativa à entrada de álcool desacobertada de documento fiscal ao preço médio das aquisições mensais de álcool no período fiscalizado. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

além dos signatários, os Conselheiros Alberto Ursini Nascimento (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 01 de setembro de 2011.

Danilo Vilela Prado
Presidente

Bruno Antônio Rocha Borges
Relator

CC/MG