

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.425/14/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000210660-68
Impugnação: 40.010135952-11
Impugnante: Comercial de Petróleo Aliança Ltda. - ME
IE: 257192677.00-35
Origem: Diretoria Executiva de Fiscalização/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES E SIMILARES – ENTRADA, ESTOQUE E/OU SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II, § 1º do RICMS/02, a manutenção em estoque de combustíveis (álcool hidratado - AEHC), mercadoria sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertada de documentação fiscal. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, de acordo com o art. 56, inciso II, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da citada lei, majorada em 100 % (cem por cento), em face de reincidência, conforme previsão do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA – Constatado, mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II, § 1º do RICMS/02, saída de combustíveis (gasolina comum e óleo diesel), desacobertados de documentação fiscal. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 100 % (cem por cento) em face de reincidência, conforme previsão do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a saída de gasolina comum e óleo diesel e a manutenção em estoque de etanol hidratado desacobertadas de notas fiscais, apuradas no confronto da contagem física realizada no estabelecimento da Autuada e anotações dos encerrantes dos bicos das bombas de combustíveis com os dados lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC. A ação fiscal foi efetuada no estabelecimento da Autuada em 19/10/13, em conjunto com a Agência Nacional de Petróleo – ANP e apoio da Polícia Militar – PM.

Exigem-se ICMS, Multa de Revalidação de 100% (cem por cento) prevista no art. 56, § 2º, inciso I e Multa Isolada - MI de 40% (quarenta por cento) prevista no art. 55, inciso II, ambas da Lei nº 6.763/75, relativamente ao estoque desacobertado de etanol hidratado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se Multa Isolada de 40% (quarenta por cento) prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, em relação à saída desacobertada de gasolina comum e óleo diesel, com aplicação do limitador previsto § 4º do citado artigo para o óleo diesel.

A Multa Isolada aplicada foi majorada em 100% (cem por cento), em razão de reincidência, conforme previsto no art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 49/59, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls.121/128.

Em reformulação do crédito tributário de fls. 107/110, a Fiscalização acata parcialmente as alegações da Impugnante para excluir do cálculo do Levantamento Quantitativo valores de saída de óleo diesel, subitem 6.2.2.3 do Auto de Infração, conforme descrito no Termo de Rerratificação, fls. 107.

O crédito tributário foi reduzido ao montante constante de fls. 111.

A Fiscalização intima a Impugnante das alterações, fls. 106, abrindo-lhe prazo para manifestação nos termos da legislação.

A Impugnante não se manifesta.

DECISÃO

Das Prefaciais

Da não apresentação da Ordem de Serviço

A Impugnante questiona a não apresentação pela Fiscalização da Ordem de Serviço – O.S., quando da diligência efetuada no estabelecimento da empresa.

Entende que, pela ausência desse documento administrativo, teriam sido descumpridos os princípios constitucionais norteadores da administração pública, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Aduz que a apresentação da O.S. é um direito do contribuinte previsto no art. 4º, inciso VI da Lei nº 13.515/00 - Código de Defesa do Contribuinte do Estado de Minas Gerais, transcrito a seguir:

Art. 4º São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, dispensada essa nos casos de controle do trânsito de mercadorias, flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive;

Entretanto, não cabe razão à Impugnante, uma vez que a Lei nº 6.763/75 não prevê esse procedimento como elemento essencial para a validade do início da ação fiscal. Essa lei vincula, sim, esse ato da autoridade administrativa de expedir a Ordem de Serviço ao direito da Fiscalização de examinar mercadorias e documentos, que se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

traduz na obrigação do contribuinte de exibí-los; e ainda ao acesso do funcionário fiscal ao local da fiscalização.

Comprove-se esse entendimento pela leitura do que dispõe a Lei nº 6.763/75 a respeito do tema, em seu art. 49:

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

(...)

§ 3º - Para os efeitos da legislação tributária, à exceção do disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº. 13.515, de 7 de abril de 2000, não tem aplicação qualquer disposição legal excludente ou limitativa:

I - do direito de examinar mercadoria, livro, arquivo, documento, papel, meio eletrônico, com efeitos comerciais ou fiscais, dos contribuintes do imposto, ou da obrigação destes de exibí-los;

II - do acesso do funcionário fiscal a local onde deva ser exercida a fiscalização do imposto, condicionada à apresentação de identidade funcional, sem qualquer outra formalidade.

Portanto, em eventual falta de apresentação da Ordem de Serviço, essas seriam as consequências restritivas à ação da Fiscalização.

Todavia, quanto à alegação de que a ação fiscal iniciou-se sem apresentação da competente Ordem de Serviço, foram acatados os esclarecimentos da Fiscalização de que:

- ao chegarem ao estabelecimento da Autuada, para a realização da diligência, os auditores fiscais apresentaram suas carteiras funcionais e a competente Ordem de Serviço - OS nº 08.130004191.07 ao funcionário da empresa e, em seguida, deram início às atividades programadas (fls. 124);

- no Auto de Apreensão e Depósito - AAD nº 009117 (fls. 22), emitido no momento da ação fiscal, para apreensão de um placa eletrônica, consta, no campo 3 (três), o número da citada OS que foi emitida previamente na Delegacia Fiscal/Sete Lagoas (fls. 22);

Da não emissão de Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF

A Impugnante destaca ainda, em sua defesa, que o Auto de Infração deve ser considerado nulo em razão da ausência de lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF.

Contudo, o início da ação fiscal recebe normatização nos vários níveis do ordenamento jurídico. Inicialmente, cita-se o art. 196 da Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para

que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Já o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, dispõe sobre o Auto de Início da Ação Fiscal em seu arts. 69 e 74, inciso I:

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:

- I - Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF);
- II - Auto de Apreensão e Depósito (AAD);
- III - Auto de Retenção de Mercadorias (ARM);
- IV - Auto de Lacração de Bens e Documentos (ALBD);
- V - Auto de Infração (AI), nas hipóteses do art. 74.

(...)

Art. 74. Nas hipóteses abaixo relacionadas o Auto de Infração documentará o início da ação fiscal, ficando dispensada a lavratura prévia do Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos:

- I - constatação de flagrante infração à legislação tributária, bem como na fiscalização no trânsito de mercadorias;

(...)

Observe-se que no caso de flagrante à legislação tributária, a Fiscalização não precisa emití-lo e, por outro lado, foi lavrado no momento da ação fiscal o Auto de Apreensão e Depósito, previsto no citado art. 69, inciso II do RPTA, que, também, dá o suporte à ação fiscal.

Vale ressaltar que a importância do AIAF para o contribuinte está na plena ciência dada a ele do fato de estar sob ação fiscal e na suspensão do direito de autodenúncia pelo período de noventa dias, prorrogáveis por igual período, conforme §§ 3º e 4º do art. 70 do RPTA, a seguir transcrito.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º A solicitação deverá ser cumprida pelo sujeito passivo imediatamente, ou no prazo estabelecido pela autoridade solicitante.

§ 2º Excepcionalmente, o Auto poderá ser lavrado no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (RUDFTO), considerando-se intimado o sujeito passivo no ato da lavratura.

§ 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.

Da leitura do art. 70, depreende-se que não é a ação fiscal que tem obrigatório prazo de noventa dias, prorrogáveis por mais noventa, e sim, a suspensão do direito à autodenúncia. Uma ação fiscal, em função da complexidade e extensão de dados e irregularidades, pode exigir prazo maior do que o previsto neste artigo, sem que com isso sejam ultrapassados seus limites de legalidade.

Da arbitrariedade do Levantamento Quantitativo realizado no estabelecimento da empresa

A Impugnante requer, também, a nulidade do feito em face da utilização do Levantamento Quantitativo, argumentando que a ferramenta não teria validade como procedimento a sustentar a autuação, fazendo diversas alegações a respeito de falhas no procedimento utilizado no momento da ação fiscal.

Tal afirmativa, no entanto, não pode ser acatada pelo fato de que os documentos acostados aos autos pela Fiscalização, relativos ao citado levantamento, demonstram que foram obedecidas as exigências legais para a formalização do levantamento de estoque, tendo o contribuinte assinado a contagem, conforme quadro demonstrativo de fls. 24.

Além disso, a Fiscalização esclarece à fls. 125 que houve a indicação por parte da empresa de um funcionário para acompanhar a contagem de estoque, abertura da boca dos tanques de combustíveis, medição da quantidade de litros nos tanques e conversão da medida da régua para litros.

No tocante à legalidade da utilização do procedimento em questão, o Levantamento Quantitativo baseado nas informações retiradas de documentos emitidos pela própria Autuada, é um procedimento para o levantamento do crédito tributário plenamente idôneo, na medida em que encontra amparo legal no art. 194, II do RICMS/02, abaixo transcrito:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

Esse levantamento consiste, em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é inquestionável.

O levantamento apura, a partir do estoque inicial de determinada mercadoria no dia, as entradas de itens desta mercadoria, as saídas, apurando-se o estoque final, que será transferido para o dia seguinte.

Como se vê, é uma equação muito simples, limitando-se apenas às operações de soma e subtração.

Bastaria a Impugnante, para se defender, apresentar documentos fiscais que comprovassem a regular entrada, saída e manutenção em estoque dos produtos objeto de diferença no Levantamento Quantitativo.

Tanto é verdadeira essa afirmação que a Fiscalização acatou os argumentos apresentados para incluir na contagem de estoque mais 6.500 (seis mil e quinhentos) litros de óleo diesel, o que resultou na reformulação do crédito tributário de fls. 107/110.

Portanto, a utilização do Levantamento Quantitativo como instrumento para apontar e quantificar as saídas e manutenção em estoque de mercadorias desacobertas de documentação fiscal não representa qualquer nulidade, não assistindo razão à Impugnante em suas alegações.

À vista do exposto, rejeitam-se as prefaciais apresentadas pela Impugnante.

Do Mérito

Versa a infração sobre manutenção em estoque e saída de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, constatadas por meio de Levantamento Quantitativo, acarretando as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, § 2º, inciso I e Multa Isolada do art. 55, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75; essa última majorada em 100% (cem por cento), em face de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

A Fiscalização faz uma apresentação detalhada do trabalho desenvolvido após a contagem de estoque realizada no estabelecimento da Autuada, anexando aos autos as planilhas relativas aos levantamentos de gasolina comum, óleo diesel e etanol hidratado, ficando comprovada a saída desacoberta de documento fiscal de 11.673 (onze mil seiscentos e setenta e três) litros de óleo diesel (após reformulação do crédito tributário) e 760 (setecentos e sessenta) litros de gasolina comum. Além disso, ficou comprovado um estoque de 1.793 (mil setecentos e noventa e três) litros de etanol hidratado sem documento fiscal.

Em sua peça defensiva, a Impugnante alega que houve erro nos dados inseridos no Levantamento Quantitativo em relação ao óleo diesel, na medida em que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não foram lançados os volumes dos dois tanques subterrâneos, mas apenas de um tanque.

Após os esclarecimentos prestados pela Autuada e a apresentação de documentos comprobatórios, a Fiscalização acatou corretamente a contestação e realizou a reformulação do crédito tributário de fls. 107/110, a qual resultou em redução dos valores exigidos, nos termos do novo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM de fls. 111, tendo sido aberto prazo de 10 (dez) dias para que a Impugnante se manifestasse, conforme previsão do art. 120, II e § 2º do RPTA, o que não ocorreu.

A Impugnante questiona, também, a aplicação da multa isolada, solicitando, inclusive, o seu cancelamento com a aplicação do permissivo legal previsto no § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

A aplicação do permissivo legal foi discutida na Câmara de Julgamento. Porém, não foi alcançado o requisito quanto ao número de votos exigido pela lei para que o benefício fosse acionado. Assim, restou mantida a Multa Isolada do art. 55, inciso II, conforme exigido no Auto de Infração, pois a Fiscalização apresenta às fls. 45/46 documentos que demonstram a existência de segunda reincidência, a qual fundamenta a majoração da multa isolada em 100% (cem por cento), conforme previsão do art. 53 §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

Correta, portanto, a aplicação da penalidade na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls.107/110. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 18 de junho de 2014.

José Luiz Drumond
Presidente

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora

T