

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.711/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000728501-73
Impugnação: 40.010143802-85
Impugnante: A. T. & M. Auto Posto Ltda.
IE: 001616288.00-60
Coobrigado: Adriano Machado Barbosa
CPF: 611.247.616-91
Origem: DFT/Muriaé

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – COMBUSTÍVEIS. Imputação fiscal, mediante levantamento quantitativo, de saídas de mercadorias (combustíveis) desacobertas de documentação fiscal. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, majorada por reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Entretanto, foi considerada a aplicação do índice de 0,6% (seis décimos por cento) sobre os estoques, na forma da Portaria DNC Nº 26/92 e, ainda, foi excluída a majoração da Multa Isolada relativa à reincidência, nos termos do art. 79 da Lei nº 22.549/17.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa entradas e saídas de mercadorias (combustíveis) desacobertas de documentação fiscal, no período de 31/01/17 a 21/03/17, apurada por meio de levantamento quantitativo, com base em contagens físicas de estoque, controle de encerrantes e relação de notas fiscais de entrada do período.

Exige-se o ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso III do mesmo artigo e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, majorada em 100% (cem por cento) por reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, e por seu representante legal, Impugnação às fls. 19/20, apontando alguns erros materiais, segundo o seu entender, que teriam ocorrido mediante a leitura dos encerrantes para os bicos 4, 9 e 10.

Além disso, sustenta que não foi observada a variação legal do estoque de 0,6% (seis décimos por cento), instituída pela Portaria nº 26/92.

A Fiscalização, acatando parcialmente as alegações da Impugnante, reformula o lançamento às fls. 34/35, para excluir as exigências relativas às entradas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, efetuadas com base no art. 16, inciso IX da Lei nº 6.763/75 e, ainda, para excluir a exigência da multa de revalidação.

Após a reformulação do crédito tributário, manteve-se as exigências relativas às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, com a exigência da citada multa isolada.

Aberta vista, a Impugnante manifesta-se às fls. 41/42.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 58/61, refuta as alegações da Defesa.

DECISÃO

Conforme relatado, após a rerratificação de lançamento de fls. 34/35, a autuação versa sobre saídas de mercadorias (combustíveis) desacobertadas de documentação fiscal, no período de 31/01/17 a 21/03/17, apurada por meio de levantamento quantitativo, com base em contagens físicas de estoque, controle de encerrantes e relação de notas fiscais de entrada do período.

A exigência é da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, adequada ao disposto no § 2º do mesmo artigo, majorada por reincidência, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

As obrigações do contribuinte encontram-se previstas no art. 16 da Lei nº 6.763/75. Entre elas, encontram-se:

Art. 16. São obrigações do contribuinte:

(...)

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

VII - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada.

(...)

XIII - cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária;

Já o § 1º do art. 39 da mesma lei prevê que a movimentação de mercadorias será acobertada por documento fiscal. Confira-se:

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

§ 1º - A movimentação de bens ou mercadorias e a prestação de serviços de transporte e comunicação serão obrigatoriamente acobertadas por documento fiscal, na forma definida em regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O levantamento quantitativo de mercadorias é procedimento tecnicamente idôneo utilizado pelo Fisco para apuração das operações e prestações realizadas pelo sujeito passivo, nos termos do art. 194, inciso II do RICMS/02.

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;

As irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos decorrem de meras técnicas matemáticas, com utilização dos documentos e lançamentos da escrita fiscal do contribuinte.

Tal roteiro tem por finalidade a conferência pelo Fisco das operações de entradas e saídas de mercadorias diariamente ou por período, pelo confronto dos estoques inicial e final com as respectivas notas fiscais de entradas e saídas, por produto, emitidas no respectivo período.

Consiste, tal levantamento, em uma simples operação matemática de soma e subtração, em que a partir do estoque inicial de determinada mercadoria, acrescido às entradas ocorridas em determinado período com essa mesma mercadoria e deduzidas as saídas do mesmo período, apura-se o estoque final, que será confrontado com o estoque físico medido em uma dada data ou com o informado pelo Contribuinte no seu livro de inventário.

No caso presente, após a rerratificação do lançamento de fl.34/35, a controvérsia dos autos limita-se à argumentação da Impugnante de que o Fisco desconsiderou na apuração do levantamento quantitativo a perda de 0,6% (seis décimos por cento) prevista em portaria da Agência Nacional do Petróleo.

A Impugnante entende que apenas as variações superiores a esse percentual podem configurar irregularidade fiscal, desde que não se comprove vazamento da linha para o meio ambiente.

Veja-se o que dispõe o art. 5º da Portaria DNC nº 26, de 13/11/92, invocado pela Impugnante:

Art. 5º- Independente de notificação do DNC, quando for constatada perda de estoque físico superior a 0,6% (seis décimos por cento) caberá ao Posto Revendedor proceder a apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar o reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s).

A Fiscalização defende que o índice de 0,6% (seis décimos por cento) mencionado na norma diz respeito unicamente ao comparativo do estoque escritural, assim entendido como: “(estoque final do dia anterior + compras de combustíveis do dia) – (venda do dia + estoque de fechamento do dia)”, aplicando-se o índice para verificar se as variações físicas de combustível se encontram dentro uma margem aceitável, ou se é o caso de vazamento de combustível para o meio ambiente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nada obstante, como a alegação da Impugnante se vincula ao exame da Portaria nº 26/92, a qual contempla tanto as variações legais de peso do combustível de 0,6% (seis décimos por cento), quanto aquelas superiores a ela, quando ocorre vazamento da linha do tanque de combustível dos postos revendedores, considera-se que assiste razão parcial à Autuada, pois, essa variação legal, embora não se refira ao estoque escritural, como entende o Fisco, apenas indica que pode haver variação do estoque físico pelo caráter volátil do combustível, até 0,6% (seis décimos por cento) do seu peso.

Assim sendo, deve-se considerar essa perda de 0,6% (seis décimos por cento) do peso do combustível líquido, no estoque da Autuada, visto que o mesmo se dilata e se vaporiza, em dias quentes.

Lado outro, quanto à hipótese de variação percentual superior a 0,6% (seis décimos por cento), caberia à Autuada comprovar, por intermédio de perícia técnica, o vazamento dos tanques no posto e, ao providenciar *incontinenti* o seu reparo, carrear aos autos os documentos e as ordens de serviço de manutenção técnica, atinentes ao serviço de conserto da vedação dos tanques de combustíveis dos postos revendedores.

Segundo a aludida Portaria DNC nº 26/92, tudo isso é feito com a escrituração do LMC (Livro de Movimentação do Combustível), o qual é fiscalizado pelo Departamento Nacional de Combustível (DNC), o que não vincula e nem implica em admissão automática pela Fiscalização Fazendária Estadual, a qual pode tomar providências e procedimentos fiscais de investigação próprios, previstos na legislação tributária vigente.

Como a Impugnante não comprovou qualquer tipo de vazamento, em sua linha, no período apurado e, nem mesmo, o reparo da linha, não cabe nenhum tipo de redução em percentual superior aos 0,6% (seis décimos por cento), até mesmo porque o ônus probatório de aproveitamento de percentuais superiores ao legal era da Contribuinte e dela não se desincumbiu no caso em apreço.

Dessa forma, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, com a devida adequação ao disposto no § 2º do citado artigo, todos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Quanto à majoração da Multa Isolada em decorrência da reincidência constatada pela Fiscalização, observe-se o texto do art. 53, §§ 5º, 6º e 7º, da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

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

(...)

§ 5º O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. De reincidência;

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 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.

No entanto, cabe mencionar que o art. 79 da Lei nº 22.549/17 alterou a redação do art. 53 da Lei nº 6.763/75, como abaixo se verifica:

Art. 79 - Ficam revogados:

I - na Lei nº 6.763, de 1975:

(...)

e) o item 1 do § 5º e os §§ 6º e 7º do art. 53;

Como a referida alteração legislativa resulta mais favorável aos Impugnantes, e não exige qualquer condicionante, necessária se torna a aplicação da alínea “c”, do inciso II, do CTN, o qual assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Sendo assim, cabe, no presente caso, a exclusão da majoração da Multa Isolada prevista no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75 decorrente da reincidência, conforme disposto no art. 79 da Lei nº 22.549/17 c/c a alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da rerratificação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 34/35 e, ainda, para considerar a aplicação do índice de 0,6% (seis décimos por cento) sobre os estoques na forma da Portaria DNC Nº 26/92 e excluir a majoração da multa isolada em virtude de revogação do inciso I do § 5º e dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75, pela Lei nº 22.549/17, nos moldes do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Geraldo da Silva Datas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Erick de Paula Carmo
Relator

GR/M