

Acórdão: 14.860/01/1.^a
Impugnação: 40.10101437-34
Impugnante: Posto Hermitage Ltda.
Proc. Sujeito Passivo: José Veríssimo e Silva de Araújo/Outros
PTA/AI: 01.000134991-80
Inscrição Estadual: 062.007528.0085
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária – Mercadoria – Entrada Desacobertada – Combustíveis – Levantamento Quantitativo. Constatação, através de levantamento quantitativo, de entradas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal. Responsabilidade do adquirente varejista pelo recolhimento do ICMS devido a este Estado, prevista no art. 29, § 1.º, do RICMS/96. Razões da Impugnante insuficientes para elidir o feito fiscal. Exigências fiscais mantidas.

Mercadoria – Saída Desacobertada – Combustíveis – Levantamento Quantitativo. Apuração de saídas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal, através de levantamento quantitativo, ensejando a aplicação das penalidade por falta de cumprimento de obrigação acessória. Corretas as exigências fiscais. Acionado o permissivo legal, nos termos do art. 53, § 3.º, da Lei 6763/75, reduzindo o montante da multa exigida a 10 % do seu valor.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação: Períodos: 15/05/97 a 22/04/99 e 22/04/99 a 26/08/99

1. Entradas de combustíveis (álcool, gasolina comum, gasolina aditivada, óleo diesel) desacobertados de documentação fiscal (apuradas através do confronto entre as saídas apuradas mediante levantamento quantitativo aberto e as saídas registradas em litros nos totalizadores das bombas de combustíveis). Exigências: ICMS, MR e MI (art. 55, XXII, da Lei n° 6763/75);
2. Saídas de combustíveis (álcool, gasolina comum, gasolina aditivada, óleo diesel) desacobertados de documentação fiscal (apuradas através do confronto entre os totais de vendas ou saídas registradas em litros nos totalizadores das bombas de combustíveis e as notas fiscais de saída emitidas no período). Exigência: MI (art. 55, II, “a”, da Lei n° 6763/75)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA IMPUGNAÇÃO

A Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.359/365), por intermédio de seu procurador regularmente constituído, aduzindo o seguinte:

Requeru, junto à Impugnada, a devolução de toda a documentação que foi utilizada para a sustentação do feito, não houve acolhimento de sua pretensão, incorrendo assim em cerceamento de defesa.

Supostas saídas sugeridas pela Impugnada partem de uma presunção calcada em elementos que não foram devidamente analisados.

A peça fiscal foi construída e certificada sobre elementos gerados por conciliações incompletas junto aos totalizadores das bombas de combustíveis.

A Impugnante opera regularmente junto ao mercado de combustíveis e lubrificantes, sendo indiscutível o fato de que as mercadorias ao entrarem em seu estabelecimento vêm com o ônus da substituição tributária.

Não é encargo da Contribuinte a responsabilidade pela incidência do ICMS, mas sim do estabelecimento distribuidor (regime de substituição tributária).

Trata-se o presente Auto de operações regulares de compra e venda de combustíveis, não tendo havido ato deliberado de prejuízo ao Erário Público, como certifica-se pelo relatório de revisão do feito fiscal em anexo.

Em havendo dúvidas quanto à certeza do resultado do levantamento fiscal, cancelam-se as exigências dele decorrentes (presunção).

Os lançamentos presumidos pelo Fisco e transportados como entradas e saídas desacobertadas não podem ser aceitáveis como tecnicamente autorizados dentro dos princípios de contabilidade geralmente aceitos, conforme demonstra-se pelas planilhas revisoras anexas.

Impõe-se como necessária a nomeação de perito no intuito de rever a peça fiscal, adequando-a à formal realidade dos fatos.

Requer a procedência da Impugnação.

DA RÉPLICA

O Fisco, em manifestação (fls. 370/373), refuta os termos da Impugnação, aduzindo o seguinte:

A documentação pertencente à Contribuinte foi devolvida quando da entrega do AI e anexos, conforme se observa pela assinatura do procurador da empresa no campo “observações” (fl. 17).

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As saídas apuradas no levantamento fiscal se baseiam nas notas fiscais de saída e no registro totalizador das bombas (objetivo de controlar as saídas de combustíveis).

É obrigação da Contribuinte a escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), o qual possibilita o levantamento quantitativo diário.

Foi utilizada a própria escrita da Contribuinte para apuração do crédito tributário, levantamento físico de estoques, leitura dos totalizadores de volume das bombas (vendas em litros).

Os fatos foram claramente demonstrados em relatórios e quadros, calcados em contagem física de estoques, notas fiscais de entrada e saída.

O presente caso trata-se de entradas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, não se podendo determinar o remetente responsável tributário.

Todos os cálculos, seja do preço de entrada ou saída, seja da base de cálculo do imposto e multas, obedecem à legislação tributária.

Não foram anexadas planilhas revisoras sobre as quais se faz menção na Impugnação.

Não se justifica perícia técnica para o caso, senão como instrumento protelatório.

Pede a improcedência da Impugnação.

DA DILIGÊNCIA

A Egrégia 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 05/10/2000, delibera converter o julgamento na Diligência de fl. 382, dirigida ao Fisco, para que o mesmo esclareça os pontos ali constantes.

DOS ESCLARECIMENTOS DO FISCO

O Fisco se pronuncia às fls.385/386, no sentido de prestar os esclarecimentos solicitados pela Douta Câmara de Julgamento.

DA MANIFESTAÇÃO DA IMPUGNANTE

A Impugnante comparece à fl. 390, entendendo que o Fisco não respondeu a totalidade dos quesitos. Salienta ainda que a Contribuinte não foi intimada diretamente ao seu procurador.

DA MANIFESTAÇÃO DO FISCO

O Fisco comparece à fl. 391, afirmando que foram respondidos todos os itens levantados pela Douta Câmara de Julgamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA ABERTURA DE VISTA

A Auditoria decide abrir vista dos autos ao sujeito passivo (fls. 393/394), dirigida diretamente ao procurador da Contribuinte, que não se manifesta.

A Auditoria Fiscal, em pareceres de fls. 376/380 e 396/398, respectivamente, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Não procede o cerceamento de defesa argüido, vez que, conforme já exposto na manifestação fiscal, os documentos foram entregues à Contribuinte (fl. 17), na pessoa de seu sócio gerente (contrato social de fls. 353/355).

O requerimento de prova pericial não foi objeto de análise, em face do disposto no art. 98, III, da CLTA/MG, uma vez que foram apresentados os quesitos necessários.

DO MÉRITO

Foram imputadas entradas e saídas de combustíveis desacobertados de documentação fiscal, nos períodos de 15/05/97 a 22/04/99 e 22/04/99 a 26/08/99.

Faz-se oportuno, neste instante, esclarecer os procedimentos adotados pelo Fisco para a apuração das entradas e saídas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal.

Inicialmente, foi procedida à contagem física dos estoques existentes no estabelecimento nas datas de 15/05/97 (fls. 09/11), de 22/04/99 (fls. 03/04) e de 26/08/99 (fls. 12/13).

Foi procedido ao levantamento das notas fiscais de entrada, conforme quadros de fls. 29/44 e das notas fiscais de saída, conforme quadros de fls. 63/162.

Foram apuradas as saídas de combustíveis através das diferenças entre os registros finais e iniciais dos encerrantes, conforme demonstrado nos quadros de fls. 24/25 ("Saídas pelo Encerrante"), sendo excluídas as saídas decorrentes de aferições (fls. 45/62).

Apuração das Entradas Desacobertadas:

Quadros de fls. 24/25:

Com base nas quantidades do estoque inicial, das entradas e do estoque final, foram apuradas as vendas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

$$\text{VENDAS} = \text{EI} + \text{ENTRADAS} - \text{EF}$$

As diferenças negativas entre as vendas e as saídas determinadas pelos encerrantes consistem nas entradas desacobertadas (entradas desacobertadas cujas saídas foram registradas nos encerrantes).

$$\text{DIFERENÇAS} = \text{VENDAS} - \text{SAÍDAS ENCERRANTES}$$

Apuração das Saídas Desacobertadas:

Quadros de fl. 22 – itens 5.2.1 e 5.2.2:

As diferenças entre as saídas reais (encerrantes) e as saídas com notas fiscais consistem nas saídas desacobertadas.

$$\text{SAÍDAS DESCOBERTADAS} = \text{SAÍDAS REAIS} - \text{SAÍDAS C/ NF}$$

Demonstram-se corretos os levantamentos fiscais, vez que se encontram calcados em quantidades extraídas das contagens físicas de estoque, quantidades extraídas das notas fiscais de entrada e saída e em quantidades extraídas dos encerrantes (leituras iniciais e finais).

O procedimento do Fisco está respaldado pelo artigo 194, inciso II, do RICMS/96, que reza o seguinte:

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

II - levantamento quantitativo de mercadorias”.

Foi observado ainda o disposto no § 1º do citado artigo para efeitos de contagem física de mercadorias.

A Impugnante não trouxe aos autos quaisquer apontamentos no sentido de se questionar as quantidades adotadas e apuradas, de tal forma a se demonstrar os pontos porventura conflitantes.

No tocante ao arbitramento dos valores das operações, o procedimento do Fisco encontra-se respaldado no art. 194, § 4º, c/c os artigos 53, IV, e 54, IX, todos do RICMS/96.

O § 4.º, do art. 194, determina como parâmetro para arbitramento o preço unitário das saídas ou entradas mais recentes verificadas no período, sem prejuízo, entretanto, do disposto nos artigos 53 e 54 do RICMS/96.

O art. 53, IV determina o arbitramento dos valores das operações nos casos em que ficar comprovado a não emissão regular de documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 54, IX, determina como parâmetro para arbitramento o valor médio das operações realizadas no período de apuração.

Corretas as exigências referentes ao ICMS e à MR, em decorrência das entradas desacobertas, em face do disposto no art. 29, § 1º, do RICMS/96:

“Art. 29 - Em todas as hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria, para distribuição no Estado, sem a retenção do imposto:

§ 1º - Nas hipóteses do caput, independentemente de quaisquer favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista que receber a mercadoria, sem a retenção do imposto, será responsável pela parcela do recolhimento devida ao Estado”.

Noutro contexto, considerando-se que no documento de fl. 23 consta que foram desconsideradas as anotações contidas no campo 13, do Livro de Movimentação de Combustíveis do Contribuinte, de possíveis alterações nos encerrantes, face à não comunicação prévia à Repartição Fazendária, decidiu a 1.ª Câmara de julgamento pela realização da diligência constante às fls. 382/383.

O objetivo principal era verificar se havia ocorrido, exclusivamente, a comunicação prévia à AF de possíveis alterações nos encerrantes das bombas abastecedoras.

Isto porque, caso as alterações nos encerrantes estivessem amparadas por atestados de intervenção de empresas devidamente credenciadas, haveria apenas um descumprimento de obrigação acessória, a qual não seria suficiente para desqualificar as alterações ocorridas.

Entretanto, conforme afirma o Fisco à fl. 385, as alterações efetivadas nos encerrantes foram feitas sem o comunicado prévio à AF e sem o respaldo de atestados de empresas credenciadas.

Os outros questionamentos constantes da diligência proposta pela 1.ª Câmara de julgamento, tinham objetivo complementar, qual seja, de afastar quaisquer dúvidas relativamente ao feito fiscal, bem como dar nova oportunidade à Impugnante de se manifestar após o pronunciamento do Fisco.

O Fisco respondeu todos os pontos da diligência proposta pela Douta Câmara. Dentre os esclarecimentos prestados pelo Fisco, deve-se ressaltar aquele constante do item 2.4, folha 386 dos autos, onde fica claro a escrituração incorreta do LMC, por parte da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante não se manifestou e em momento algum trouxe aos autos quaisquer apontamentos no sentido de se questionar as quantidades adotadas e apuradas, de tal forma a se demonstrar os pontos porventura conflitantes.

Nesse sentido, o feito fiscal tornou-se ainda mais robusto com as considerações do Fisco de fls. 385/386, principalmente com a inércia da Impugnante quando da abertura de vistas a ela concedida.

Assim sendo, o procedimento do Fisco em não considerar as anotações no LMC (campo 13) referentes às alterações no encerrante, em face do descumprimento do disposto no art. 4º, incisos I e II, do Decreto nº 38.564/96, além da observação acima efetuada.

Art. 4º - O contribuinte possuidor de bomba medidora ou de equipamento para distribuição de combustíveis líquidos deverá:

I - comunicar, previamente, à Administração Fazendária (AF) de sua circunscrição os seguintes fatos:

a - necessidade de intervenção no totalizador de volume;

b - instalação ou substituição de bombas medidoras ou de equipamento para distribuição de combustíveis;

II - enviar cópia reprográfica do relatório de manutenção dos serviços prestados, na hipótese de intervenção nos totalizadores de volume, no prazo de 5 (cinco) dias, contado do término dos serviços, contendo:

a - marca e número de série da bomba medidora ou do equipamento para distribuição de combustíveis;

b - descrição sucinta das tarefas executadas;

c - número dos lacres substituídos e dos substitutos;

d - indicação quantitativa volumétrica do totalizador de volume do início e do término da intervenção;

A observância do dispositivo legal supra não deve ser considerada como uma mera obrigação formal, pois o mesmo consiste em instrumento eficaz para o controle das operações de saída por parte do Fisco.

Portanto, o feito fiscal demonstra-se correto, principalmente, repita-se, após o cumprimento da diligência determinada pela 1.ª Câmara.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante, nos termos do § 3.º, c/c §§ 5.º e 6.º, todos do art. 53, da Lei 6763/75, revela-se cabível o acionamento do permissivo legal relativamente às saídas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal, eis que a falta apontada não originou falta de recolhimento do ICMS e face à primariedade da Autuada.

Nesse sentido, decide esta Câmara em reduzir a penalidade imposta à Impugnante, **relativamente às saídas desacobertas**, a 10 % (dez por cento) do montante da multa ora exigida.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. A seguir, por maioria de votos, acionou-se o permissivo legal, nos termos do art. 53, § 3.º, da Lei 6763/75, reduzindo-se a multa isolada aplicada, capitulada no art. 55, II, da mesma Lei, a 10 % (dez por cento) do seu valor. Vencida, em parte, a Conselheira Maria de Lourdes Pereira de Almeida que a reduzia a 25 % (vinte e cinco por cento). Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciano Alves de Almeida, Maria de Lourdes Pereira de Almeida e Luciana Mundim de Mattos Paixão. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Alberto Guimarães Andrade.

Sala das Sessões, 10/05/01.

José Eymard Costa
Presidente/Relator

ES