

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 15.023/01/3^a
Impugnação: 40.010058815-36
Impugnante: Posto Salvaterra Ltda
Proc. Sujeito Passivo: Marcus de Lima Moreira e outros
PTA/AI: 01.000134977-72
Inscrição Estadual: 367.647796.0096 (Autuada)
Origem: AF/Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - Constatadas, mediante levantamento quantitativo realizado com base em aferições volumétricas em tanques de armazenamento de combustíveis, lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis da Empresa, a entrada e saída de combustíveis sem emissão de documentos fiscais. Entretanto, faz-se necessário a adequação da base de cálculo do produto gasolina ao menor preço praticado, tendo em vista a inclusão, no mesmo levantamento, das gasolinas comum e aditivada. Do mesmo modo, a adequação no tocante ao preço unitário do produto álcool, devendo ser utilizado aquele efetivamente lançado nos documentos de escrituração da Autuada. Relativamente à Multa Isolada, o percentual correto é de 20%, ao contrário daquele (40%) utilizado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de entradas e saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no período de 07 a 22.07.1999, apuradas mediante Levantamento Quantitativo, lastreado em aferições volumétricas em tanques de armazenamento de combustível, lançadas no Livro de Movimentação de Combustível da Autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 54/59, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 122/126.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 130, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 132 e juntada de documentos de fls. 139 a 141, de que resultou a reformulação do Crédito Tributário de fls. 131 e 133 a 135.

DA REFORMULAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O Fisco altera a base de cálculo para as saídas de *gasolina*, mediante adoção da média ponderada dos preços praticados para as *gasolinas comum e aditivada* no período fiscalizado, o que ocasionou uma redução no crédito tributário.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 144/149, opina pela procedência parcial do Lançamento, propondo adaptação da base de cálculo dos produtos gasolina e álcool e redução do percentual da Multa Isolada para 20% (vinte por cento).

DECISÃO

Versa o presente feito fiscal sobre a constatação de entradas e saídas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal, no período de 07 a 22.07.1999, apuradas mediante Levantamento Quantitativo, lastreado em aferições volumétricas em tanques de armazenamento de combustível, lançadas no Livro de Movimentação de Combustível da Autuada.

Incumbe inicialmente esclarecer que o procedimento adotado pelo Fisco para aferir os estoques inicial e final no levantamento quantitativo em questão, não teve por base as medições feitas *in loco*, mas as escriturações levadas a efeito no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, não obstante, no curso do desenvolvimento do Acompanhamento Fiscal, ter o Fisco realizado contagens físicas de mercadorias em estoque.

Entretanto, tal fato não resulta em cerceamento de defesa, uma vez que o Auto de Infração consignou a expressão “levantamento quantitativo com base em aferições volumétricas em tanques de armazenamento de combustível, sem, no entanto, afirmar que tais aferições teriam sido realizadas pelo Fisco. Desta forma, tendo os dados numéricos sido retirados da escrita fiscal da Impugnante, foi possível à mesma apresentar defesa integral, inclusive atacando os valores numéricos apresentados pelo Fisco.

Ainda em sede de preliminar, é importante observar que não compõe os quadros do feito fiscal um demonstrativo das saídas acobertadas por documentos fiscais, por mercadoria, como há semelhante relatório referente às entradas, a teor do conteúdo de fls. 19 a 21. O que se vê é a totalização de tais saídas no quadro “*Quantitativo Consolidado*”, coluna “*I*” (fls. 08, 11e 14).

Todavia, dada a objetividade da Impugnação interposta e a falta de menção a este aspecto formal dos autos, presume-se que a Autuada tenha recebido os quadros

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em sua totalidade, não se configurando cerceamento do seu regular exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto ao levantamento quantitativo levado a efeito pelas Autoridades Autuantes, é de se ver que a origem das informações (L.M.C., L.R.S., L.R.E. e documentos fiscais) e a certeza aritmética das conclusões, não permitem invalidar por completo o procedimento. Tanto que a própria Impugnante reconhece proceder a saídas sem a emissão do respectivo documento fiscal, como se depreende de sua fala às folhas 57, onde afirma categoricamente: “*a falta de emissão da nota fiscal de venda não gera nenhuma evasão do ICMS, pois o imposto já foi recolhido na fonte*”.

O que em primeiro lugar vêm questionar os ilustres advogados são as bases de cálculo adotadas pelo Fisco, nos casos das saídas desacobertas de documentos fiscais de *gasolina, álcool e diesel*. Verifica-se, na reformulação do crédito tributário, o acatamento pelos Autuantes da base de cálculo para o diesel.

Quanto àquela tida por correta pela Autuada para o *álcool* é incontestável assistir razão. Vê-se nas cópias dos L.M.C., juntadas às fls. 94 a 102, que para **todo o período fiscalizado** o preço de venda adotado pela Empresa foi aquele trazido na peça impugnatória, de R\$ 0,565. Ademais, sobre tal o Fisco não se manifesta, não trazendo justificações, que de fato inexistiriam, para seu procedimento. Pelo que a mesma tem que ser acatada.

Resta analisar neste tópico o Lançamento feito para as saídas de gasolina desacobertas de documentos fiscais. As nobres Autoridades Autuantes houveram por bem proceder ao levantamento em questão, agrupando as mercadorias *gasolina comum* e *gasolina aditivada* em um único item. Justificaram o procedimento pela dificuldade em se verificar, nas notas fiscais da série “D”, a que tipo de *gasolina* se referiam determinadas vendas. Argüidas pelo Despacho de Diligência da Auditoria Fiscal, reiteraram o posicionamento. *Data venia*, não se pode comungar de semelhante entendimento.

É de se ver pela amostragem trazida às folhas 139 a 141, em primeiro lugar, tratar-se das vias da contabilidade, não tendo sido observado que as vias fixas poderiam permitir melhor visualização. Além disso, se é possível saber-se das quantidades e do valor da operação, dados **essenciais** para um levantamento quantitativo, possível seria aferir-se o valor unitário, necessariamente se coadunando com aqueles que se pode extrair do L.M.C., para cada tipo de *gasolina*. Não logrou, definitivamente, o Fisco, provar a necessidade do agrupamento.

É de se notar que as diferenças resultantes da aplicação de uma ou outra base de cálculo, não obstante se mostrarem irrisórias, traduzem um direito que deve assistir à Autuada. Por medida de justiça, considerando a desnecessidade do agrupamento; considerando que as diferenças podem ter-se dado apenas quanto a um tipo de *gasolina*; e considerando a credibilidade da apuração física das diferenças, deve ser adotada, em benefício do Contribuinte, como base de cálculo para as saídas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacobertadas de documentos fiscais de *gasolina*, a média ponderada das saídas da *gasolina comum*, ou seja, R\$ 1,0926062. Este valor é obtido do quadro de fls. 133.

Não tendo sido matéria suscitada pela Autuada, torna-se incontroversa a adoção pelo Fisco das bases de cálculo na apuração de entradas desacobertadas de notas fiscais.

Pretendem os Patronos da Autuada que a soma das notas fiscais de entradas de *gasolina* totalize 150.000 litros. Não é o que se tem do quadro de fls. 19 a 21. Os motivos que levariam a conclusão diversa não são esposados na peça de irresignação. O Fisco, ao contrário, robustece sua assertiva, trazendo à baila o esclarecimento sobre a inclusão da nota fiscal nº 155450, cuja entrada se dá no dia 07/07/1999, como se prova às fls. 86.

No que se refere à postulação da Impugnante, quanto à imposição de multa de 40% nas saídas desacobertadas, é inequívoco ser mais adequada ao caso em tela a pena privilegiada, contida na alínea “a”, do inciso II do artigo 55, da Lei nº 6.763/75. Isto porque superou-se a questão da origem das quantidades de estoque inicial e final. É dizer, a infração foi apurada “*pelo Fisco, com base em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte*” (teor do citado dispositivo legal).

A Consulta Fiscal Direta nº 709/96 (fls. 137 e 138) é clara quando defende a aplicação da pena do inciso quando o quantitativo se der com base, também, na contagem física, o que aqui não se deu, como reconheceu o Fisco às folhas 124, onde se lê: “*optamos pelos dados do contribuinte*”.

A multa de revalidação, em dobro, e a multa aplicada para entradas desacobertadas foram adequadamente impostas e têm fulcro no diploma legal vigente (Lei nº 6.763/75).

A primeira, pela exegese do disposto no artigo 56, § 2º, c/c artigo 21, VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

A segunda pela constatação de que ao caso em tela somente se aplica a primeira parte do disposto no artigo 55, XXII da já citada Lei.

Desta forma, e, tendo em vista o que dispõe a legislação tributária, o lançamento deve ser revisto, para excluir as parcelas mencionadas até então, com base na tabela a seguir lançada:

ALTERAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO DAS SAÍDAS DESACOBERTADAS DE GASOLINA E ÁLCOOL (PERMANECENDO DIESEL INALTERADO):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

| TIPO COMBUSTÍVEL | SAÍDAS SEM NOTA FISCAL (LITROS - INALTERADO) | PREÇO POR LITRO (R\$ - PROPOSTA) | SAÍDAS SEM NOTA FISCAL (R\$) |
|-------------------------|---|---|-------------------------------------|
| GASOLINA | 111.907,05 | 1,0926062 | 122.270,34 |
| ÁLCOOL | 11.299,46 | 0,565 | 6.384,19 |
| SOMA | | | 128.654,53 |

Já a Multa Isolada nas saídas desacobertadas, considerando a redução para 20%, fica reduzida ao montante de R\$ 31.122,80 (20% sobre R\$ 155.613,98 (R\$ 128.654,53 + R\$ 26.959,45 (conforme fls. 134)).

Por outro lado, a Multa Isolada para constar do DCMM equivale ao total de R\$ 41.691,51, ou seja: R\$ 10.568,71 referente às entradas desacobertadas e R\$ 31.122,80, inerentes às saídas desacobertadas.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para que, na determinação da base de cálculo relativamente aos itens gasolina e álcool, se adote o valor unitário de R\$ 1,0926062 e R\$ 0,565 respectivamente, aplicando-se, ainda, a redução da Multa Isolada, prevista na alínea "a", inciso II, Art. 55 da Lei 6.763/75, de 40 para 20% (vinte por cento), nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencido o Conselheiro João Inácio Magalhães Filho (Relator) que o julgava improcedente. Designado Relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor). Participaram do julgamento, além do signatário e do já citado, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 03/10/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator Designado

ES