

Acórdão: 16.287/03/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109503-46
Impugnante: Posto Urucuia Ltda.
Proc. S. Passivo: Carlos Henrique Ribeiro
PTA/AI: 01.000141487-80
Inscr. Estadual: 768.038939.00-70
Origem: DF/Unai

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEIS - ENTRADAS E SAÍDAS DESACOBERTADAS. Constatado, mediante LQEM, que o sujeito passivo realizou entradas e saídas de álcool hidratado carburante, gasolina e óleo diesel ao desabrigo de notas fiscais. Adoção do Ato COTEPE n.º 26/02 para retificação da base de cálculo do ICMS e MR por entradas desacobertadas, bem assim da MI por saídas desacobertadas, não devendo prevalecer, contudo, a MI por entradas desacobertadas, já que o PMPF empregado para base de cálculo desta não corresponde ao efetivo valor das aquisições, por estar integrado da margem de lucro do varejista. Infrações parcialmente caracterizadas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre acusação de entradas e saídas de combustíveis (álcool hidratado, gasolina e óleo diesel) ao desabrigo de notas fiscais, detectadas em levantamento quantitativo, no exercício de 2002 (abril a novembro), alicerçado em documentação extrafiscal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 18/21, com aditamento às fls. 57/58, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 39/44.

A Auditoria Fiscal determina a realização da diligência de fl. 47, que resulta na manifestação do Fisco à fl. seguinte e 59, com alteração do crédito tributário (fls. 49/54) e manifestação também da Autuada (fl. 57/58).

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 62/65, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

Versa a presente autuação sobre a constatação de entradas e saídas de combustíveis (álcool hidratado, gasolina e óleo diesel) ao desabrigo de notas fiscais, no período que se estende de 23/04/02 a 06/11/02, apuradas mediante levantamento quantitativo alicerçado em documentação extrafiscal (manuscrito preenchido à semelhança de LMC).

O trabalho fiscal tem por ponto de partida o doc. de fl. 12, encontrado junto ao estabelecimento autuado, datado de 23/04/02. Retrata os estoques de diesel (tanques 1 e 2), álcool carburante e gasolina, bem assim os encerrantes das respectivas bombas, com discriminação do resultado das vendas no dia (à vista e a prazo), equivalente a R\$1.116,35.

Dito doc. com o quantitativo físico e registros dos encerrantes no dia da visita fiscal, 06/11/02, permitiram aos autuantes compor o quantitativo de fl. 11, que apurou entradas e saídas sem notas no período.

Relevante salientar que ao Fisco não fora apresentado um documento ou livro fiscal sequer.

Apuradas tais quantidades, o Agente Fazendário houve por bem buscar a BC para exigência de imposto e multas, empregando ATO COTEPE nº 33/02, de 10/12/02, que divulgava o Preço Médio Ponderado a consumidor Final (PMPF) de gasolina C, diesel, GLP, QAU e AEHC. Daí as memórias de cálculo de fls. 08 a 10, que alimentaram o Demonstrativo do Crédito Tributário à fl. 06, onde se constata exigência de ICMS (18% - diesel; 25% - gasolina e álcool), MR (50%) e MI (de 40% e 20% respectivamente por saídas e entradas desacobertadas).

Entende-se ter sido correto o procedimento e validar-se a documentação extrafiscal em que o mesmo se alicerçara, até porque nenhum documento da escrita fiscal, nota de compra ou venda, ou livro fiscal fora apresentado. De mais a mais, os dados constantes daquele doc. de fl. 12, encontrado no estabelecimento, ainda que apócrifo, combinado com a contagem física de estoques e leitura de encerrantes das bombas, permitem as inferências e valores resultantes.

As alegações defensivas não possuem valor elidente da acusação fiscal.

Todavia, dois reparos se fazem necessários, tendo sido o primeiro, por provocação da Auditoria Fiscal, corrigido. O período fiscalizado vai de 23/04 a 06/11 de 2002, obviamente aí se situando os fatos geradores objeto da autuação. A legislação aplicável, como bem determina o art. 105 do CTN, há de ser a do tempo dos fatos geradores, ressalvadas as hipóteses expressas no dispositivo seguinte, em que não se enquadra o caso dos autos.

Eis que o ATO COTEPE 33/02, de 10/12/02, é posterior ao período fiscalizado e aplicável somente a partir de 16/12/02, como expressamente disposto no próprio corpo de texto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Já que adotado o **PMPF** para base de cálculo do ICMS, haveria de se tomar do ATO COTEPE nº 26/02, de 24/10/02, pois que, na indeterminação do momento exato das irregularidades (entradas e saídas), haveria prevalecer o estatuído no art. 195, § 2º, '5' do RICMS/96.

Da retificação (fls. 49/53) resultou o novo Demonstrativo, agora à fl. 50.

Um viés ainda permanece e, embora alertado pela Auditoria, o Fisco a manteve, defendendo sua concepção. Trata-se da adoção da mesma base de cálculo para a Multa Isolada por entradas desacobertas e por saídas desacobertas.

Data venia, equivocam-se os Autuantes. O emprego do **PMPF** para cálculo do ICMS devido e da MI por saídas desacobertas está correto, mas não para base de cálculo da MI por entradas desacobertas. **PMPF** é preço médio ponderado a consumidor final, logo, pressupõe-se que praticado pela Autuada, enquanto estabelecimento varejista. Pode ser tomado como valor de entrada apenas para cálculo do imposto, que se dá por ST, mas não reflete o preço de fornecimento pelo distribuidor, que costuma ser geralmente da ordem de 10% a menor. Evidentemente que a operação própria do fornecedor, mesmo se adicionado de parcela de ICMS retido (que não é o caso), seria menor do que o praticado na venda pelo varejista.

Disso resulta que a BC das entradas, para imposição da MI de 20%, encontra-se majorada. Conclusão lógica.

Os Autuantes, alertados, insistiram em manter seu entendimento, entretanto, insustentável.

Isso posto, por configurar arbitramento irreal, caracterizado exigência a maior do que a que por lógica seria devida - incerteza -, impõe-se a exclusão da MI por entradas desacobertas.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para considerar a reformulação promovida pelo Fisco à fl. 50 e ainda excluir a Multa Isolada por entrada desacoberta de mercadoria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 17/09/03.

José Luiz Ricardo
Presidente

Luiz Fernando Castro Trópia
Relator

MLR/cecs