

Acórdão: 16.533/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110511-41
Impugnante: Auto Posto Norte II Ltda.
Proc. S. Passivo: Alexandre Augusto Carneiro/Outros
PTA/AI: 01.000142228-58
Inscr. Estadual: 367.693371.00-42
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADOS - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado mediante levantamento quantitativo a realização de entradas e saídas de combustíveis (gasolina comum e álcool) desacobertos de documentação fiscal e sem retenção e recolhimento do ICMS/ST pelo remetente, hipótese em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto passa a ser do adquirente, conforme disposto no artigo 29, § 1º, do RICMS/02. Infração caracterizada conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 321 a 325. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de, no período de 01/01/2003 a 20/03/2003, ter promovido a entrada de gasolina sem documentação fiscal, bem como a saída de álcool, também desacoberto de documentação. O procedimento adotado pela fiscalização para apuração foi o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria – LQEM

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 20/39, aos argumentos seguintes:

- a constatação de entrada de gasolina e saída de álcool desacobertos de documentação fiscal se deu em virtude da análise equivocada procedida pela fiscalização estadual quanto ao preenchimento do Livro de Movimentação de Combustíveis;

- não foi considerada a soma dos dados diários contidos no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, a fim de compará-los aos dados contidos no encerrante das bombas, também não foram considerados os apontamentos inseridos no campo aferições, nem os volumes de combustíveis que se encontravam no caminhão estacionado no pátio da empresa, fato este inclusive constatado pelos próprios fiscais quando da realização do trabalho fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os volumes adquiridos se equívalem perfeitamente com os volumes vendidos, o que pode ser verificado através de uma análise criteriosa das notas fiscais e, os dados contidos no LMC, uma vez somadas as aferições também batem com os volumes extraídos dos encerrantes;
- a fiscalização não apurou fisicamente a entrada de combustíveis desacobertos de nota fiscal;
- pede a aplicação do §3º do artigo 53 da Lei nº 6.763/75 para que seja cancelada a multa isolada aplicada;
- no levantamento fiscal não foram consideradas as notas fiscais nºs 431.587 e 009.413, de emissão, respectivamente, da Esso Brasileira de Petróleo Ltda. e Mercosul Distribuidora de Combustíveis Ltda., e a nota fiscal nº 054.507 foi lançada em duplicidade;
- não foram computados no estoque final no levantamento quantitativo procedido pelo Fisco Estadual o volume de 10.000 litros de gasolina comum acobertos pela nota fiscal nº 54.584, de 18/03/03, e que encontrava-se no veículo GVI 4122, fato este que compromete os valores obtidos pelo Fisco e que leva à conclusão de que não houve entrada de mercadoria sem o devido acobertamento da nota fiscal;
- todas as saídas de álcool foram devida e corretamente escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, acrescente-se que a fiscalização desconsiderou a quantidade de 5.000 litros acobertada pela nota fiscal nº 268.643, datada de 19/03/2003, escriturada no LMC em 20/03/2003, quantidade esta que ainda não havia sido descarregada, estando no veículo GVI 4392;
- a escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC pode ser feita em momento posterior à entrada e saída, principalmente porque este livro deve se ater à situação contábil consumada;
- também não foram considerados os volumes de combustíveis relativos às perdas e sobras e às aferições;
- conforme Portaria nº 26/92 somente são aceitáveis variações de até 0,6% do estoque físico de combustíveis, fato este totalmente desconsiderado pelos fiscais;
- o lançamento do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC prevê situações de entrada e saída de mercadorias pretéritas e pode se referir um período curto de dois ou três dias da entrada e saída de combustíveis nos ditos livros, chegando-se a falsa conclusão de que há combustível desacoberto;
- tece comentários acerca do princípio da legalidade, da tipicidade cerrada e da verdade material, bem como sobre o conceito de lançamento tributário e procedimento administrativo;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- é impossível dar saída de combustível “extra-bico”, o combustível deve necessariamente passar pela bomba e, todo o combustível adquirido teve regular e pontual recolhimento do ICMS;

- é impossível a manutenção da multa prevista no artigo 56 da Lei nº 6.763/75 pois não é responsável pela retenção do imposto devido por substituição tributária.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta à fl. 284, aos fundamentos seguintes:

- a digitação das notas fiscais de entrada só é efetuada com a presença da primeira via e não com base nos lançamentos no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, no entanto, mesmo assim, foi realizada a retificação solicitada com a inclusão de todas as notas fiscais mencionadas na Impugnação, já que o contribuinte apresentou cópia das mesmas;

- foi realizada a inclusão dos volumes de combustíveis que estavam anotados às margens do formulário Contagem Física de Estoque (10.000 litros de gasolina e 5.000 litros de álcool);

- foram também consideradas as inclusões do índice de perdas de 0,6% e as aferições.

Por fim observa que com estas considerações foi feita a retificação do levantamento quantitativo sendo reaberto prazo para o Contribuinte se defender ou efetuar o pagamento.

O Impugnante, às fls. 295/299, apresentou a seguinte manifestação:

- a reformulação realizada não corresponde à realidade;

- na reformulação do trabalho fiscal as conclusões foram equivocadas na totalização dos estoques de combustíveis, tendo sido feito lançamento dúplice de notas fiscais e efetuado o cômputo de perdas utilizando-se a percentagem máxima de 0,6% sobre o total do volume de combustíveis;

- os números obtidos não retratam a realidade e são divorciados daqueles corretamente escriturados no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC e constantes das notas fiscais que instruem a Defesa;

- a legislação admite a utilização do percentual de até 0,6% para cálculo das perdas, no entanto, não pode a fiscalização utilizar referido percentual de forma absoluta, o que levou à falsa conclusão de que houve entrada e saídas de mercadorias desacobertadas de nota fiscal;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- na prática, o volume atribuído a “perdas 0,6%” não foi constatado em nenhuma contagem física ou através do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, sendo verdadeira presunção do fiscal autuante;

- este valor, se aplicado, deve ser levado em consideração após procedido o LMQE de forma que o *quantum* obtido ao final da apuração fosse decotado a porcentagem de até 0,6%, se necessário;

- a nota fiscal nº 268.643, de 19/03/2003, relativa a entrada de 15.000 litros de álcool foi lançada em duplicidade;

- o lançamento do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC prevê situações de entrada e saída de mercadorias pretéritas e pode se referir um período curto de dois ou três dias da entrada e saída de combustíveis nos ditos livros, chegando-se a falsa conclusão de que há combustível desacoberto;

- a retificação do trabalho fiscal realizada não foi suficiente para se corrigir os equívocos perpetrados pela fiscalização por ocasião da lavratura do Auto de Infração.

Mais uma vez pede a procedência da Impugnação.

O Fisco, à fl. 308, expõe o seguinte:

- as perdas são estabelecidas em 0,6% por ser este o índice técnico oficial introduzido em todos os trabalhos fiscais relativos ao setor de combustível;

- foi efetuada a correção da nota fiscal nº 268.643.

Após estas observações foi feita a retificação do crédito tributário e reaberto prazo para o Contribuinte se defender ou efetuar o pagamento.

O Impugnante, às fls. 317/320, mais uma vez comparece aos autos, expondo novamente os argumentos constantes das Defesas anteriores e para destacar que:

- a reformulação realizada vicia o trabalho fiscal;

- os fiscais, equivocadamente, continuam o cômputo de perdas utilizando-se a percentagem máxima de 0,6% sobre o total do volume de combustíveis.

Ao final pede a procedência da Impugnação.

O Fisco, à fl. 321, expõe que é procedente o questionamento do Autuado no tocante ao índice de perda de 0,6%, e em função disso retifica o trabalho fiscal, nos termos a seguir:

- foram consideradas todas as aferições que o próprio contribuinte lançou no campo 5.5 do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- foram consideradas somente as perdas que o próprio contribuinte lançou no campo 8 do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC;

- no caso da gasolina as perdas apresentadas são menores que os 0,6% aplicados nas compras, por isso foram considerados os valores declarados pelo contribuinte;

- no caso do álcool o contribuinte escriturou um valor de perda de 5601,6 litros, mas o índice técnico de 0,6% aponta o valor de 2190 litros, sendo assim foi considerado o valor de 2190 litros, pois a legislação diz até 0,6%.

Foi feita a retificação do crédito tributário e reaberto prazo para o Contribuinte se defender ou efetuar o pagamento.

Após esta nova retificação, a Impugnante, às fls. 330/333, reitera as manifestações anteriores, com ênfase na utilização, que considera equivocada, da percentagem máxima de 0,6% sobre o total do volume de combustíveis.

O Fisco, apresenta manifestação fiscal, às fls. 339/341, observando que:

- o contribuinte discorda veementemente da aplicação do índice de perda de 0,6% e no cálculo que apresenta pretende anular as perdas com as sobras;

- durante todo o trabalho fiscal foi respeitado o limite de até 0,6% para cálculo da perda;

- as perdas são partes do combustível que se deterioram e/ou se perdem no manuseio e transporte ou por influência de temperaturas ou por vazamentos nos tanques, inclusive com riscos para o meio ambiente.

- a fiscalização considerou as perdas até o limite de 0,6% por se tratar de índice técnico tradicionalmente aceito em trabalhos de fiscalização e já considerado em várias decisões do Conselho;

- as sobras são excessos que aparecem em razão de medições anteriores incorretamente feitas ou em caso de elevadas diferenças de temperatura;

- como este valor de sobra já está incluso no estoque físico do final do dia, registrado no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, naturalmente ele passará pelo encerrante da bomba assim que o posto reabrir;

- perdas e sobras finais não são a diferença positiva ou negativa entre perdas e sobras parciais, são coisas independentes, isoladas e não se eliminam.

Por fim pede a procedência do lançamento.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de, no período de 01/01/2003 a 20/03/2003, ter promovido a entrada de 4.501,11 litros de gasolina sem documentação fiscal, bem como a saída de 2.918,70 litros de álcool, também desacoberto de documentação. O procedimento utilizado pela fiscalização foi o levantamento quantitativo por espécie de mercadoria – LQEM.

Como podemos perceber, as irregularidades da peça fiscal referem-se à constatação de saídas e entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante o roteiro LEVANTAMENTO QUANTITATIVO que abrange o período de 1º de janeiro de 2003 a 20 de março de 2003, procedimento este previsto nas normas mineiras regulamentares do ICMS, a teor do estatuído no artigo 194 da Parte Geral do RICMS/MG, *in verbis*:

“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;

III - levantamento quantitativo-financeiro;

IV - levantamento quantitativo de mercadorias e valores;

.....”

Referido levantamento quantitativo foi baseado em aferições volumétricas realizadas nos tanques de armazenamento de combustível. Também foi realizado o Levantamento Quantitativo Financeiro Diário, conforme fls. 10 e seguintes.

Antes de continuarmos a análise do mérito propriamente dito, cumpre-nos frisar que, como pode ser visualizado do relatório anteriormente feito, no decorrer dos autos foram realizadas diversas retificações no crédito tributário as quais foram feitas no sentido de atender às demandas e questionamentos do Impugnante.

Destas reformulações verifica-se que o “pedido” de aplicação de índice técnico diverso de 0,6%, em relação ao álcool não pôde ser atendido, posto que o contribuinte escriturou um valor de perda de 5601,6 litros, mas o índice técnico de 0,6% apontava o valor de 2190 litros, e este é o índice autorizado na legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale ainda observar que mesmo após as retificações do crédito tributário solicitadas pelo Impugnante e aprovadas pela fiscalização e a adoção, no caso da gasolina, das perdas/valores declarados pelo contribuinte, continuou a existir o desacobertamento de 4.501,11 litros de gasolina (entrada) e de 2.918,70 litros de álcool (saída).

O Auto de Infração é composto de quadros/documentos que explicitam o trabalho realizado, nos quais o Fisco discrimina os produtos objeto das exigências, bem como as quantidades, preços e as notas fiscais consideradas.

Importante ressaltar a existência de previsão normativa quanto a contestação de levantamento quantitativo que pode ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas. E, da análise dos autos constatamos que os erros/imprecisões indicados pelo Impugnante foram acatados e retificado o Auto de Infração.

Contudo, como já dito, mesmo após estas retificações continuou existindo entradas e saídas desacobertas, não tendo o Impugnante em sua peça de Defesa apresentado argumentos hábeis a descaracterizar estas irregularidades.

A principal observação posta na peça de Defesa, após as retificações realizadas, sobre a qual pretende o Impugnante sustentar seus argumentos, reside na alegação de que é equivocado o cômputo de perdas utilizando-se a percentagem máxima de 0,6% sobre o total do volume de combustíveis.

Relativamente a este argumento, a fiscalização deixou claro que sua utilização encontra amparo legal e que, somente em relação ao álcool, foi utilizado o percentual máximo de 0,6%, posto que no tocante à gasolina foi acatado o valor declarado pelo Contribuinte. E, mesmo assim não é possível falar em acobertamento total das entradas e saídas.

Lembramos mais uma vez que o Impugnante, após a última retificação do crédito tributário, não se manifesta precisamente quanto à acusação remanescente de entrada de gasolina e saída de álcool desacobertos.

Desta forma, na medida do possível, temos que os argumentos apresentados pelo Impugnante foram acatados. Após tais reformulações, o trabalho fiscal não mais merece reparos posto que feito em conformidade com o que determina a legislação estadual. Ademais, não vemos também possibilidade de aplicação do índice de 0,6%, no tocante ao álcool pelos argumentos já apresentados.

Acrescente-se que os demais argumentos do Impugnante não são suficientes para invalidar o lançamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 321 a 325. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 22/04/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ

CC/MG