

Acórdão: 16.559/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111618-68
Impugnante: Mabe Transportes Ltda.
PTA/AI: 01.000143565-95
Inscr. Estadual: 518.686396.00-81
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada mediante contagem física dos estoques, leitura dos encerrantes e dados informados pela empresa credenciada que efetuou troca dos lacres e substituição das bombas, a entrada de combustíveis desacobertados de documentos fiscais, apurada através de levantamento quantitativo efetuado em diversos períodos distintos, nos exercícios de 2002 e 2003. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE VISTO DA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA EM LIVROS FISCAIS. Constatado a falta de visto da Repartição Fazendária em 06 (seis) LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis. Correta a aplicação da penalidade prevista no artigo 54 inciso II da Lei n.º 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Constatada a falta de registro de documentos fiscais nos Livros de Movimentação de Combustível, ensejando a aplicação da penalidade prevista no artigo 55, inciso I, alínea “b” da Lei n.º 6.763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Em seguida, à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei n.º 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada remanescente a 40% (quarenta por cento) do seu valor.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

- entrada de combustíveis (gasolina, álcool e diesel) sem documentação fiscal, no período de 16/10/01 a 29/07/03, constatada mediante levantamento quantitativo;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- falta de registro na Repartição Fiscal de 06 Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC);

- falta de registro de documentos próprios nos livros de escrita fiscal (LMC).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu representante legal, Impugnação às fls. 162/173, aos argumentos seguintes:

- durante o período fiscalizado manuseou o LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis) de forma temerária e descuidada;

- por própria ignorância quanto às permissões legais, deixou de consignar em diversas oportunidades os valores que lhe competiria apontar, tais como aferições ou perdas e sobras a que se refere o artigo 6º da Portaria nº 26/92 da ANP;

- tais descuidos importaram no surgimento de diversas irregularidades que são apenas aparentes, pois a falha na escrituração pode apontar diferenças entre o estoque físico e o escriturado, que no entanto, não são suficientes para atestar a ocorrência de infração à legislação;

- em momento algum foi constatado o descarregamento de combustível desacompanhado de documento fiscal, portanto, a acusação fiscal está apoiada em mera presunção;

- não houve inadimplência em relação ao tributo pois o recolhimento do imposto no caso dos combustíveis se dá através do regime de substituição tributária;

- da mesma forma que o Fisco está se utilizando de presunção para autuar, também pode afastar a imputação decorrente de ato que se presume tenha o mesmo praticado;

- é lícito supor que o imposto já tenha sido recolhido pelas refinarias e distribuidoras por força do regime de substituição tributária a que os produtos estão sujeitos;

- o Direito Tributário não admite presunção para fins de verificação da ocorrência de qualquer fato que lhe seja relevante;

- a penalidade por falta de visto da repartição fiscal no LMC não pode ser aplicada pois este não é livro fiscal, devendo ser escriturado conforme as normas da ANP, e somente por ela pode ser fiscalizado;

- a competência para legislar sobre venda e revenda de combustíveis é Federal, não se inserindo no rol de competência das secretarias de fazenda.

Pede ao final a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 183/197, aos fundamentos seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Levantamento Quantitativo é técnica idônea prevista no artigo 194 do RICMS/96, corroborada por Acórdãos do CC/MG em situações idênticas à dos autos;
- explica o método utilizado para efetuar o levantamento, concluindo que tal procedimento não pode ser considerado mera presunção, pois levou em conta inclusive o que determina a legislação federal pertinente, ao utilizar-se da leitura dos encerrantes;
- transcreve a legislação que trata do sistema de segurança para controle fiscal das bombas de combustíveis;
- no que se refere à responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST reporta-se ao artigo 29 do RICMS/96, lembrando que no caso trata-se de mercadoria recebida sem documento fiscal, portanto nem sequer há a possibilidade de identificação do remetente;
- quanto ao LMC diz que o inciso IX do artigo 160 do RICMS/96 reza que o mesmo é livro fiscal sendo obrigatório o visto da repartição conforme artigo 164 do mesmo diploma legal;
- a importância do LMC para controle das atividades dos contribuintes por parte da Fazenda Pública Estadual é ressaltada na própria Portaria nº 26/92 da ANP, que em seu preâmbulo menciona a necessidade de facilitar a atividade de fiscalização e arrecadação do ICMS pelas Fazendas Estaduais;
- discorre sobre a competência dos Estados para legislar sobre matéria tributária, nos termos da Constituição Federal de 1988;
- tece comentários sobre a Lei Complementar n.º 87/96 e sobre a Lei nº 9.478/97.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência (fl. 200), que resulta na reformulação do crédito tributário pelo Fisco, conforme documentos de fls. 201/208, tendo sido a Impugnante devidamente cientificada (fls. 209/210).

A Auditoria Fiscal, em Parecer de fls. 212/219, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulação do crédito tributário procedida pelo Fisco.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS, MR e MI em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

- entrada de combustíveis (gasolina, álcool e diesel) sem documentação fiscal, no período de 16 de outubro de 2001 a 29 de julho de 2003, constatada mediante levantamento quantitativo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- falta de registro na Repartição Fiscal de 06 Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC);
- falta de registro de documentos próprios nos livros de escrita fiscal (LMC).

Como podemos perceber, da análise dos autos, parte das irregularidades da peça fiscal referem-se à constatação de entrada de combustíveis desacobertada de documentação fiscal, apuradas mediante levantamentos quantitativos no período de 16 de outubro de 2001 a 29 de julho de 2003 e na leitura dos encerrantes, medição do estoque e dados informados pela empresa credenciada que efetuou a troca dos lacres e substituição das bombas.

Ressalte-se que o levantamento fiscal não é fruto de presunção sem qualquer fundamento, mas é procedimento previsto nas normas mineiras regulamentares do ICMS, a teor do estatuído no artigo 194 da Parte Geral do RICMS/MG, vigente à época.

De acordo com o Relatório Fiscal, os levantamentos quantitativos de combustíveis foram realizados nos dias 16 de outubro de 2001, 07 de março de 2002, 17 de julho de 2002, 13 de março de 2003 e 29 de julho de 2003 e, com o intuito de saber o volume de entradas físicas ocorridas em cada bomba de combustível, foi feita uma comparação da leitura e do estoque existente nos tanques na data de um levantamento quantitativo com a leitura e estoque existente na data do levantamento quantitativo anterior. O volume de entradas físicas foi, em seguida, comparado com o volume apurado nas notas fiscais de entrada apresentadas pelo posto revendedor, a fim de apurar se houve a entrada de combustíveis sem documentação fiscal.

Além dos levantamentos quantitativos foi levada em consideração a troca das bombas abastecedoras de combustíveis ocorrida em 01 de junho de 2002 e 06 de junho de 2002, conforme Ordem de Serviço nº 10.805 da LCF Manutenção e Instalação Ltda. pois houve o término da contagem do encerrante das bombas substituídas e o início de contagem do encerrante das bombas instaladas.

Ressalte-se 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, o que não foi feito pela Impugnante.

Considerando o exposto e o procedimento adotado pela fiscalização, esclarecemos que não é possível falar em presunção posto que a irregularidade relativa à entrada de combustíveis desacobertada restou exaustivamente provada e comprovada, não tendo sido decorrente de qualquer tipo de presunção como quer fazer crer a Impugnante.

Quanto à base de cálculo utilizada temos que esta foi arbitrada nos termos do que preconiza o Regulamento do ICMS, sendo obtida pelo preço médio praticado em cada período, apurado a partir do preço legalmente determinado. E, no tocante a

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

este arbitramento não apresentou a Impugnante eventuais enganos ou erros que justificassem o cancelamento do parâmetro utilizado.

A mercadoria recebida sem documentação fiscal está sujeita ao recolhimento do ICMS mediante substituição tributária, e o fato de não haver documento relativo à entrada não permite o conhecimento de seu verdadeiro remetente nem a comprovação do recolhimento do ICMS/ST. Sendo assim, diante da falta de comprovação desta retenção/recolhimento, correta a exigência fiscal de ICMS e MR pois, apesar do adquirente varejista, sujeito passivo substituído, não ter a obrigação de reter, tem a responsabilidade de recolher o imposto das mercadorias sujeitas a substituição tributária adquiridas sem a retenção do imposto. Este entendimento é retirado das claras normas constantes do artigo 29, § 1º, do RICMS/96.

Relativamente à falta de escrituração de livro fiscal, verificamos que é imprescindível que as aferições realizadas pelo Contribuinte sejam registradas no LMC – Livro de Movimentação de Combustível pois este foi instituído com a finalidade de propiciar o controle da movimentação física das mercadorias comercializadas, devendo ser escriturado em casos tais como o da Impugnante.

Cumpre-nos mencionar aqui que o Parecer da Auditoria Fiscal é claro ao demonstrar que o LMC - Livro de Movimentação de Combustíveis é um livro fiscal de escrituração obrigatória e de responsabilidade do Contribuinte, portanto, devidamente caracterizada nos autos a irregularidade fiscal relativa à falta de escrituração dos documentos fiscais e à entrada desacoberta de documento fiscal.

Em relação à falta de visto da Repartição Fiscal nos Livros Movimentação de Combustíveis e à falta de escrituração dos mesmos em determinados períodos também está correta a exigência fiscal, pois como já dito, este é um livro de utilização obrigatória, no qual devem ser registradas as movimentações de compra e venda de combustíveis, diariamente. E, no qual, o visto pela Repartição Fiscal é indispensável. Os dispositivos que corroboram estas exigências foram devidamente mencionados na peça fiscal e no Parecer da Auditoria Fiscal, quais sejam, artigos 164 e 190 do RICMS/96.

Importante também aqui destacar a ocorrência de solicitação de diligência que resultou na reformulação do crédito tributário, com a exclusão de parte das exigências fiscais posto que restou demonstrada a impossibilidade de comprovação do procedimento e da irregularidade.

Em relação à exigência de Multa Isolada por falta de visto da Repartição Fazendária nos LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis e por falta de escrituração dos mesmos em determinados períodos, reitere-se que este livro é de utilização obrigatória, devendo nele ser registradas diariamente as movimentações de compra e venda de combustíveis, conforme previsão do inciso IX, § 9º, do artigo 160 do RICMS/96. É obrigatório ainda que o LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis seja visado pela repartição fazendária de circunscrição do contribuinte, a teor do disposto no artigo 164, §§ 1º e 2º do mesmo diploma legal.

Cai por terra, assim, a argumentação da Impugnante no sentido de que a Fazenda mineira não tem competência para fiscalizar a escrituração do LMC ou exigir a aposição de visto pela repartição fazendária. Uma vez que tais obrigações acessórias são previstas na legislação tributária mineira, seu descumprimento por parte do contribuinte enseja a aplicação das penalidades previstas na Lei n.º 6.763/75, no caso aquelas dispostas no artigo 54 inciso II (*por falta de livros fiscais devidamente registrados na repartição fiscal – por livro – 3 (três UPFMG)*) e no artigo 55, inciso I, alínea “b” (*por falta de registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal – 5% (cinco por cento) do valor constante do documento, reduzindo-se a 2% (dois por cento), quando se tratar de saída de mercadoria (...) cujo imposto tenha sido recolhido.*

Repita-se pela importância que ao reformular o crédito tributário, o Fisco procedeu à adequação da base de cálculo da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso I, alínea “b” da Lei n.º 6.763/75 ao previsto na mencionada legislação, utilizando-se do valor constante dos documentos fiscais de aquisição de combustíveis que deixaram de ser registrados no campo próprio do LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis, conforme relação às fls. 203.

No entanto, estabelece o artigo 53, §3º da Lei n.º 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

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

.....
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

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

- 1) de reincidência;
- 2) de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;
- 3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.
- 4) de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5) de aproveitamento indevido de crédito.

§ 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.

.....”

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos aliados a inexistência de efetiva lesão ao Erário Público Mineiro e a não comprovação de ter o Contribuinte agido com dolo, fraude ou má-fé ou mesmo de que seja reincidente, temos por cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso I, “b”, da Lei n.º 6.763/75, a 40% (quarenta por cento) do seu valor.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 201/207. Em seguida, também à unanimidade, acionou-se o permissivo legal, artigo 53, § 3º, da Lei n.º 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso I, “b” da Lei n.º 6.763/75, a 40% (quarenta por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 04/05/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ