

Acórdão: 18.752/08/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000157945-61
Reclamação: 40.020123063-05
Reclamante: RUFF CJ Distribuidora de Petróleo Ltda.
IE: 367700013.03-78
Proc. S. Passivo: Rita de Cássia Falsetti
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RECLAMAÇÃO – IMPUGNAÇÃO – INTEMPESTIVIDADE. Restou constatado nos autos que a Impugnação foi apresentada após o prazo previsto na legislação. Razões de defesa insuficientes para comprovar ocorrência de erro no despacho que indeferiu formalmente a Impugnação e vício na intimação. Reclamação indeferida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais, relativas ao período de 1º de janeiro a 31 de março de 2007:

- 1) saídas sem estoque de 6.233 litros de óleo diesel e 7.893 litros de gasolina “A”;
- 2) saídas sem emissão de notas fiscais de 4.156 litros de gasolina “A”;
- 3) entradas desacobertadas (estoque final), de 46.718 litros de álcool anidro.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei nº 6763/75, respectivamente, nos artigos 56 incisos II e III, § 2º e 55, inciso II, alínea “a”.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 67/86, resumidamente, aos seguintes argumentos:

- recebeu o Auto de Infração pelo correio no dia 02/05/2008, sexta-feira, logo nos termos do § 2º, do artigo 140 da CLTA/MG, o “prazo começará a ser contado no primeiro dia de expediente normal que se seguir”;

- assim, o prazo de 30 dias para Impugnação do Auto de Infração iniciou-se no dia 05/05/2008, segunda-feira, e, expirar-se-á no dia 03/05/2008, terça-feira;

- a acusação de saída de óleo diesel sem estoque se justifica por conta da variação de temperatura do produto aferida no momento de sua entrada e saída;

- mantém contratos de exclusividade de compra de óleo diesel com a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, desde o início de suas atividades, e, de cessão de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

espaço na base da Petrobras Distribuidora S/A, regularmente homologado pela ANP, não podendo carrear-los aos autos por conta de cláusulas de sigilo das informações;

- em virtude de tais contratos, todas as aquisições de óleo diesel são feitas junto a Petróleo Brasileiro S/A, a qual promove a retenção do ICMS por substituição tributária de acordo com os volumes constantes nas notas fiscais de compra tendo como parâmetro a temperatura de 20° C;

- o combustível, porquanto comercializado em volume, e não em massa, está sujeito a variações volumétricas, não só negativas (por conta da alegada evaporação), mas também positivas (como, por dilatação);

- o Colendo Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “os cálculos para medição dos produtos de petróleo não são nunca rigorosamente exatos. As variações de peso podem decorrer de condições atmosféricas evaporação ou volatilização, como também do fato de não serem absolutamente precisos os métodos de medição empregados” (STF. Terceira Turma, Rext 58997/GB, j. 17.03.1967, Relator o Senhor Ministro Hermes Lima);

- o tratamento tributário relacionado à chamada sobra natural dos produtos não é disciplinado especificamente pelo Regulamento do ICMS de Minas Gerais, tendo o Fisco violado o princípio constitucional da legalidade ao tributar a “sobra” de produto quando a legislação mostra-se omissa em relação a tal fato;

- discorre sobre o Princípio da Legalidade e sua aplicação ao caso, para concluir que não há que se falar em tributação sobre a sobra de combustível apurada por conta da variação de temperatura vez que a legislação não prevê a tributação para essa situação e, a subsistência do Auto de Infração caracterizará grave violação do Princípio Constitucional da Legalidade;

- o Fisco se equivocou ao analisar as planilhas de movimentação de produtos nos dias 12 e 13 de janeiro de 2007, pois a Petróleo Brasileiro S/A possui o regime especial que lhe concede prazo para pagamento e emissão de documentos fiscais;

- as retiradas de combustível na Petrobras são programadas por escala de horário, podendo ocorrer problemas operacionais que implicam na reprogramação da retirada do produto para o dia seguinte, este fato ocasionou a diferença de 7.660 litros (Nota Fiscal nº 100.116), levando a conclusão equivocada de comercialização de 7.893 litros de gasolina A no dia 12/01/2007 sem ter estoque para isso;

- a sobra de combustível em função da variação de temperatura entre os dias 12 e 13 de janeiro de 2007 foi de 77 litros de gasolina A e não a absurda quantia de 7.893 litros constante no Auto de Infração ora guerreado;

- todo o combustível adquirido teve o ICMS retido por substituição tributária pela Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras de acordo com os volumes constantes nas notas fiscais de compra tendo como parâmetro a temperatura de 20° C;

- todo o combustível comercializado pela Impugnante está armazenado nos tanques da Petrobras e nenhuma gota de produto sai daquela base de distribuição sem uma nota fiscal, afigurando-se, no mínimo estranha, a alegação do Fisco de estoque de 4.156 litros de álcool anidro sem cobertura de notas fiscais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- analisando o LEQFID pode-se concluir que o Fisco pegou a quantidade de 7.893 litros de gasolina A e subtraiu o volume apurado pelo ganho da variação da temperatura durante o período de 1º a 31 de janeiro de 2007 na ordem de 3.727 litros, chegando ao volume de 4.156 litros;

- partindo da premissa de que os 7.893 litros de gasolina A estavam acobertados por nota fiscal e ainda, que os ganhos de variação de temperatura não podem ser tributados, não há que se falar em saída de 4.156 litros sem nota fiscal;

- o Fisco utilizou-se de critério totalmente equivocado para apuração do estoque, fato este que induziu à falsa idéia da existência em seus tanques de combustíveis sem a necessária escrituração;

- é princípio empírico da contabilidade fiscal/tributária que para se apurar estoques deve-se somar as entradas por compras e subtrair as saídas por vendas, mas, no caso, o Fisco somou as entradas por compras mais devolução de armazenagem e subtraiu as saídas por vendas mais as remessas de armazenagem, chegando a um estoque totalmente equivocado;

- apresenta cálculos para concluir que o Fisco está querendo tributar um produto que já foi tributado, ou seja, o combustível que foi objeto de notas de devolução/remessa de armazenagem;

- cita decisão do Conselho de Contribuintes (Acórdão 15.059/02/2ª).

Requer, ao final, o reconhecimento da violação do Princípio da Legalidade, bem como a caracterização do “*bis idem*” e, a insubsistência do Auto de Infração.

O Chefe da AF/1º Nível/Uberlândia, em cumprimento ao disposto no artigo 114, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, indefere, conforme documento de fl. 115, formalmente a Impugnação apresentada contra o Auto de Infração em referência, por constatar “sua intempestividade”.

Tendo em vista o indeferimento por parte do Fisco, a Impugnante se manifesta, à fl. 138/149, por procuradora regularmente constituída, apresentando Reclamação, sinteticamente, aos argumentos seguintes:

- discorre sobre a regularidade e tempestividade de sua Reclamação;

- até o momento em que recebeu o documento de fl. 115, a informação que havia sido passada por seu funcionário que fica na sua unidade de Uberlândia, era de que “a notificação do Auto de Infração havia chegado no dia 02/05/2008”, conforme fez constar expressamente, à fl. 68 dos autos;

- muito embora o aviso de recebimento de fl. 65 tenha sido assinado no dia 29/04/2008, o fato é que a pessoa que o recebeu não tinha (como ainda não tem) poderes para representar a empresa, o que acena para o vício da intimação capaz de macular todo o processo administrativo se não reconhecido;

- o artigo 93, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributário Administrativo – RPTA é de cristalina clareza quando determina que a intimação do Auto de Infração tem que ser na pessoa de seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado e, quando o fiscal não puder dar ciência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pessoalmente ao representante da empresa, poderá se valer da via postal por AR ou então por Edital, respectivamente;

- à fl. 65 verifica-se que a assinatura aposta no Aviso de Recebimento se refere ao Sr. Leonardo Rezende, Auxiliar Administrativo em sua unidade de Uberlândia, que não é seu representante legal, preposto ou mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros;

- deveria ter sido solicitada à presença de seu representante legal para a assinatura da peça acusatória ou ter sido encaminhado uma notificação;

- o AR carreado à fl. 65 dos autos e que deu fundamento para a decisão de fl. 115 está marcado pela pecha de nulidade;

- compareceu espontaneamente, dando-se por notificada, suprindo o vício da intimação, não havendo porque considerar intempestiva a sua defesa;

- o contrato social ou estatuto das pessoas jurídicas designa a quem cabe a responsabilidade de assinar os atos pertinentes ao interesse da empresa, sendo esta pessoa, ou a quem esta der poderes de representatividade, responsável para representá-la em qualquer ato que for parte interessada, a exemplo da representação em juízo;

- também a CF/88 instituiu um rol de direitos fundamentais (artigo 5º) que impede que possam as leis, os atos administrativos e também as decisões judiciais, de estabelecerem situações que contrariem os valores considerados no direito;

- é nula de pleno direito a decisão de fl. 116 em virtude do cerceamento de defesa concernente ao fato da ciência ter sido efetuada a pessoa não habilitada legalmente com poderes de representatividade.

Ao final, requer a nulidade da decisão de fl. 115 por manifesto vício de citação/intimação, retornando os autos à Repartição para que seja corrigido o cerceamento de defesa, através da ciência a ser dada a empresa em seu respectivo endereço, devendo em seguida, ser seguido os trâmites legais albergados no RPTA.

DECISÃO

Versa o lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe, lavrado para formalizar as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos artigos 56 incisos II e III, § 2º e 55, inciso II, alínea “a”, em face das seguintes imputações fiscais, relativas ao período de 1º de janeiro a 31 de março de 2007:

- 1) saídas sem estoque de 6.233 litros de óleo diesel e 7.893 litros de gasolina “A”;
- 2) saídas sem emissão de notas fiscais de 4.156 litros de gasolina “A”;
- 3) entradas desacobertas (estoque final), de 46.718 litros de álcool anidro.

Destaque-se que, às fls. 04 e 05, está presente o Auto de Infração, à fl. 65 encontra-se o aviso de recebimento relativo à intimação recebida no estabelecimento da ora Reclamante no dia 29 de abril de 2008.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observe-se que a própria Reclamante sustenta que o aviso de recebimento de fl. 65 foi mesmo assinado no dia 29 de maio de 2008, defendendo-se sob o argumento de que a pessoa que o recebeu não tinha (como ainda não tem) poderes para representar a empresa, o que acenaria para o vício da intimação capaz de macular todo o processo administrativo se não reconhecido.

É incontestável que o prazo previsto nas normas tributárias mineiras para apresentação de Impugnação é de 30 (trinta) dias.

Eram os seguintes os dispositivos da Lei nº 6.763/75 em vigor à época em que se daria o encerramento do prazo para apresentação da Impugnação de fl. 65 e à época em que a mesma foi apresentada, bem como o atualmente em vigência, *in verbis*:

"SUBSEÇÃO II

Da Impugnação e da Manifestação Fiscal

Art.163. A impugnação será dirigida ao Conselho de Contribuintes e entregue na repartição fazendária competente ou remetida por via postal ou outro meio, conforme dispuser o regulamento, no prazo de trinta dias.

§ 1º. Findo o prazo de trinta dias da intimação do contribuinte ou do responsável sem pagamento do débito nem apresentação de defesa, o sujeito passivo será declarado revel, importando em reconhecimento do crédito tributário.

§ 2º. Nos dez dias subseqüentes ao término do prazo estabelecido no § 1º, será certificada a revelia, instruído definitivamente o PTA e encaminhado para inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

..... (grifos não constam do original)

Foi exatamente o que ocorreu no presente processo.

Tendo a ora Reclamante sido intimada, como visto acima, em 29 de abril de 2008, seu prazo para apresentação de Impugnação se encerraria em 29 de maio de 2008 (quinta-feira). Entretanto, a Impugnação de fl. 67 apenas foi protocolada em 30 de maio de 2008. Portanto, fora do prazo estabelecido pela legislação.

Compete, assim, ao Conselho de Contribuintes, antes de verificar qualquer questão de mérito da exigência, apreciar a Reclamação apresentada contra o ato de indeferimento da Impugnação em face de sua intempestividade.

Inicialmente, esclareça-se que esta análise será feita tendo em vista a publicação da Lei nº 17.247, de 27 de dezembro de 2007, a qual alterou os dispositivos relativos à tramitação da Reclamação no âmbito do Processo Tributário Administrativo.

Assim, considerando a vigência imediata das alterações das normas processuais em relação aos processos pendentes, conforme disposto no artigo 1.211 do Código de Processo Civil: "Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

logo aos processos pendentes”, o presente processo foi encaminhado à Câmara de Julgamento.

Em sua Reclamação a Recorrente alega que a intimação, nos termos do artigo 93, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributário Administrativo – RPTA, foi feita a pessoa que não é seu representante legal, nem preposto e tampouco mandatário com poderes especiais ou mesmo, contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e, nesta linha, não seria válida provocando a nulidade do lançamento.

No documento de fl. 65 consta a assinatura do Sr. Leonardo Rezende, que, segundo informa a Reclamante, é Auxiliar Administrativo em sua unidade de Uberlândia.

Note-se dos autos, fl. 18, que foi também o Sr. Leonardo Rezende, quem recebeu o Ofício nº 181/2008/ACT – AF 1º Nível/Uberlândia, o qual dava ciência do indeferimento da Impugnação apresentada por intempestividade.

Este ofício foi emitido nos exatos termos da Lei nº 6.763/75 que assim determina:

Art. 165. O chefe da repartição fazendária de formação do PTA, ou funcionário por ele designado, negará seguimento à impugnação que:

I - for apresentada fora do prazo legal ou for manifesta a ilegitimidade da parte, devendo a negativa de seguimento ser formalmente comunicada ao impugnante no prazo de cinco dias;

II - estiver desacompanhada do comprovante de recolhimento da taxa de expediente devida ou não seja comprovado o recolhimento desta no prazo estabelecido em regulamento, independentemente de comunicação ao impugnante.

Note-se que o artigo 93 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, citado pela Reclamante assim dispõe:

Art. 93. Ressalvada a hipótese de intimação por edital, uma via do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento serão entregues ao sujeito passivo.

§ 1º A intimação pessoal do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento será realizada mediante entrega do documento, contra recibo na 1ª via do mesmo pelo sujeito passivo, seu representante legal, mandatário com poderes especiais ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais.

§ 2º A assinatura e o recebimento da peça fiscal não importam em confissão da infração argüida.

Como pode ser visto da leitura do dispositivo citado pela própria Reclamante, a determinação regulamentar contida no *caput* é de que a intimação deverá ser entregue ao Sujeito Passivo. Esta é a regra matriz. Tal regra não estabelece a forma como deve ser entregue a intimação ao sujeito passivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 93 tratam de formas de entrega da intimação sem, no entanto, estabelecer a hierarquia da intimação pessoal sobre a intimação por correspondência. Note-se que o § 1º estabelece apenas a forma como se dará a intimação pessoal.

Assim, quando a intimação se der pessoalmente, deverão ser cumpridas as regras do § 1º.

É neste § 1º que se encontra a regra escolhida pela Reclamante para sustentar sua defesa. Entretanto, a forma de intimação do Auto de Infração no caso em tela não foi a pessoal, mas o envio do mesmo por correspondência. Nesta linha, há prova nos autos de que tal correspondência chegou no estabelecimento da Reclamante e é a própria Reclamante quem atesta nos autos que a pessoa que recebeu a correspondência é seu empregado.

Portanto, apesar dos argumentos apresentados pela Reclamante não se vislumbra vício na intimação feita pois, cumprindo-se a regra do *caput* do artigo 93 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, acima transcrito, o Auto de Infração foi entregue ao Sujeito Passivo.

Cumpram-se ressaltar que a legislação do Estado de Minas Gerais garante ao Contribuinte, expressamente, o direito a ampla defesa, destacando, entretanto, que devem ser cumpridos os prazos legais, nos termos do artigo 136 da Lei nº 6763/75, que tem a seguinte redação:

Art. 136. É assegurada ao interessado ampla defesa na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver, desde que produzidas na forma e nos prazos legais.

No caso dos autos, nota-se que o prazo para apresentação da Impugnação não foi atendido e a Reclamante não traz aos autos uma justificativa plausível para tal descumprimento.

Embora a Reclamante alegue que a pessoa que assinou o recebimento do Auto de Infração não teria poderes para fazê-lo, a mesma pessoa continuou a assinar avisos de recebimento de correspondência, tendo, inclusive assinado o recebimento do ofício que ensejou a Reclamação ora analisada, apresentada no prazo legal.

Repita-se, pela importância, as normas contidas no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA não determinam que no envio de Autos de Infração por correios deva ser o representante legal da empresa a assinar.

Note-se que as disposições contidas no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03 de março de 2008, expressamente determinam que o contribuinte deva apresentar documentos para embasar sua reclamação, a saber:

Art. 123. A reclamação será acompanhada de documentos ou de indicação precisa de elementos que comprovem, quando for o caso:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- I - a apresentação da impugnação dentro do prazo legal;
- II - a falta ou nulidade da intimação;
- III - a legitimidade da parte;
- IV - a regularidade na representação.

Neste diapasão, embora possam ser entendidos os fatos relatados pela ora Reclamante quanto às irregularidades lhe imputadas, a intempestividade de sua Impugnação não permite a apreciação do mérito das exigências e a Reclamação, por total falta de documentos e fundamentos justificadores do descumprimento do prazo previsto na legislação, não pode ser acatada.

Nas hipóteses de intimação pelo correio não é necessária a presença do representante legal da empresa para a assinatura da peça acusatória e, está comprovado que foi encaminhada uma notificação a Reclamante.

Assim, o aviso de recebimento carreado à fl. 65 dos autos e que deu fundamento para a decisão de fl. 115 comprova a data de recebimento da intimação e encontra-se revestido de todas as formalidades capazes de sustentá-lo não sendo cabível a arguição de sua nulidade na medida em que foi assinado por um funcionário que não tem poderes para representar a empresa.

Ademais, a Reclamante tomou conhecimento do Auto de Infração e providenciou sua defesa administrativa, embora intempestiva.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em indeferir a Reclamação. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 20 de agosto de 2008.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora