

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.870/10/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162532-54
Impugnação: 40.010126122-27
Impugnante: Posto Bomzão Ltda
IE: 433552246.00-87
Proc. S. Passivo: Oscar Antunes da Silva
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

MERCADORIA – ESTOQUE DESACOBERTADO – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO – COMBUSTÍVEIS. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo realizado em exercício aberto, a manutenção em estoque de combustíveis (gasolina, álcool hidratado e óleo diesel) desacobertado de documentação fiscal. Irregularidade apurada mediante procedimento tecnicamente idôneo previsto no art. 194, inc. II, Parte Geral do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco acatando parte das alegações do Autuado em sede de impugnação. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inc. II c/c § 2º, inc. III do mesmo artigo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, majorada em 100 % (cem por cento) em virtude de segunda reincidência, de acordo com o art. 53, § 7º, sendo que, com relação ao estoque desacobertado de óleo diesel, a multa isolada foi adequada a duas vezes e meia o imposto, nos termos do § 2º do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a constatação, mediante Levantamento Quantitativo, de que o Autuado mantinha em estoque desacobertado de documentação fiscal, em 19/08/09, gasolina “C”, pelo que se exige ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inc. II c/c § 2º, inc. III do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, majorada em 100 % (cem por cento) em virtude de segunda reincidência, de acordo com o art. 53, § 7º, todos da mesma lei.

Constatou-se ainda, no mesmo levantamento quantitativo, que o Autuado promoveu saídas, no período de 01/08 a 19/08/09, de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de óleo diesel, desacobertadas de documentação fiscal, pelo que se exige Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, majorada em 100 % (cem por cento) em virtude de segunda reincidência, de acordo com o art. 53, § 7º, todos da Lei nº 6.763/75, sendo que, com relação às saídas desacobertadas de óleo diesel, a multa isolada foi adequada a duas vezes e meia o imposto, nos termos do § 2º do art. 55 da mesma lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Ação Fiscal (fls. 02); Auto de Infração – AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 06); Levantamento Quantitativo - Declaração de Estoque de Combustível (fls. 07); Demonstrativo de Crédito Tributário (fls. 08); Demonstrativo de Levantamento Quantitativo (fls. 09); Demonstrativo de Entradas (fls. 10); Demonstrativo de Saídas (fls. 11); Demonstrativo de Perdas e Sobras (fls. 12); Cópia do livro de Movimentação de Combustíveis – LMC para Gasolina (fls. 14/33); cópia do LMC para AEHC (fls. 35/54); cópia do LMC para óleo diesel (fls. 56/77); cópias de Notas Fiscais (DANFES) de entrada de combustível (fls. 79/93) e comprovação da reincidência (fls. 95/100).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 105/115 onde alega, resumidamente, que:

- em 19/08/09, por volta das 10h40min recebeu a visita dos autores do AI, que procederam ao levantamento quantitativo, quando solicitou a apresentação da Ordem de Serviço, o que foi negado;

- a falta de apresentação da Ordem de Serviço é fato excludente/limitativo da ação fiscalizatória, conforme § 3º do art. 49 da Lei nº 6.763/75 e o único preceito legal com força excludente ou limitativa *da apresentação da Ordem de Serviço* é o previsto no inc. VI do art. 4º da Lei 13.515/00, pelo que deve ser declarado nulo o AI, em preliminar;

- deve ser anulado o AI por inexistência da infringência, uma vez que a Nota Fiscal eletrônica nº 007942, de 19/08/09, emitida por COSAN – COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES SA, não poderia constar na planilha do Anexo C (entradas), pois os produtos daquela nota só deram entrada no estabelecimento por volta das 17h do dia 19/08/09, portanto, posterior ao levantamento quantitativo, ocorrido às 10h40min;

- o fato citado anteriormente pode ser comprovado pelo comprovante de depósito bancário anexado relativo ao pagamento dos produtos da referida nota fiscal, pagamento realizado às 12h47min, a demonstrar que a aquisição daqueles produtos somente se deu após a ação fiscal. Para o mesmo fim, anexa extrato do movimento da Impugnante junto ao fornecedor COSAN;

- a inclusão equivocada da Nota Fiscal eletrônica nº 007942 (5.000 litros de AEHC e 10.000 litros de óleo diesel) foi o que produziu as diferenças quantitativas apontadas no AI;

- com a exclusão da Nota Fiscal citada, as diferenças apuradas pelo Fisco e apresentadas no Anexo B do AI deveriam ser as que seguem: 932 (novecentos e trinta e dois) litros de gasolina (sobra em estoque); 250 (duzentos e cinquenta) litros de AEHC (sobra em estoque) e 512 (quinhentos e doze) litros de óleo diesel (sobra em estoque);

- as diferenças apontadas não significam diferenças tributáveis, visto que a medição dos tanques precede as anotações dos encerrantes, causando distorções, pois, enquanto os tanques são medidos, as vendas continuam a ocorrer nas bombas medidoras;

- justificando as diferenças, afirma que os produtos autuados são voláteis, cuja densidade varia de acordo com a temperatura, e a medição ocorreu em horário em que os combustíveis apresentam uma maior expansão nos seus volumes, em virtude das altas temperaturas do norte de Minas;

- deve ser anulado, ainda, o AI pela ausência de AIAF, argumentando pela necessidade de existência do AIAF como nascedouro da Ação Fiscal, com base no art. 196 do CTN e nos arts. 69 e 70 do RPTA.

Requer a procedência da impugnação, para se desconstituir o lançamento, bem como para invalidar a multa aplicada.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 128/134 refutando as alegações da defesa aos argumentos abaixo.

Afirma que em nenhum momento em que esteve em contato direto com funcionários do Autuado, seja nas dependências da própria empresa, seja na Delegacia Fiscal, foi solicitada a apresentação da Ordem de Serviço. Caso isso tivesse ocorrido, teria sido apresentada a OS emitida para o acompanhamento/monitoramento de contribuintes do setor de combustíveis no período de 01/07 a 30/09/09.

Diz que Lei nº 13.515/00, conhecida como Código de Defesa do Contribuinte, em seu art. 4º, inc. VI assegura aos contribuintes o direito de apresentação da Ordem de Serviço, entretanto, elenca algumas situações em que a apresentação é dispensada. O caso presente se inclui entre as situações em que a apresentação da OS é dispensada, pois as atividades realizadas junto aos postos revendedores de combustíveis são consideradas ações fiscais de monitoramento continuadas.

No que se refere à inclusão da DANFE nº 07942 assiste razão ao Impugnante quando diz que tal inclusão foi equivocada. De fato, apesar de o AIAF datar de 21/09/09, o período de fiscalização informado nesse documento termina em 19/08/09. Não obstante a referida Nota Fiscal ter sido emitida em 19/08/09, sua emissão ocorreu posteriormente ao Levantamento Quantitativo e, portanto, não deve ser considerada nas planilhas do Anexo C (Demonstrativo de Entradas).

Argumenta que o fato de se tratar de produtos voláteis trabalharia contra o Impugnante, uma vez que as conclusões a que chegou com a reformulação do Demonstrativo de Levantamento Quantitativo apontam para a existência de “sobras em estoque”; não fossem os produtos voláteis, aquelas diferenças seriam ainda maiores.

Afirma que as variações admissíveis em qualquer região do país, quaisquer que sejam as fontes de tais variações - seja por evaporação, seja por erros de medição provenientes da temperatura – estão limitadas ao percentual de 0,6% (seis décimos por cento), o que corresponderia, em um volume de 10.000 litros (valor próximo aos volumes apontados no Levantamento Quantitativo, às fls. 07), a 60 litros, valor muito abaixo das diferenças apontadas pelo próprio Impugnante.

Propõe a reformulação do crédito tributário pela exclusão das entradas correspondentes à NF 007942, conforme segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- retirada de 5.000 litros de AEHC da planilha correspondente no Anexo C, restando naquela planilha um total de entradas de 55.000 litros de AEHC;
- retirada de 10.000 litros de óleo diesel da planilha correspondente no Anexo C, restando naquela planilha um total de entradas de 55.000 litros de óleo diesel;
- reformulação do Anexo B - Demonstrativo de Levantamento Quantitativo – nas planilhas correspondentes a AEHC e a óleo diesel, ficando assim reformulado o AI conforme demonstrado às fls. 132/133.

No novo Demonstrativo do Crédito Tributário, fls. 133, a imputação fiscal passar a ser a manutenção de estoque desacobertado de documentação fiscal, em 19/08/09, de gasolina “C”, AEHC e óleo diesel, pelo que se passa a exigir ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inc. II c/c § 2º, inc. III do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, majorada em 100 % (cem por cento) em virtude de segunda reincidência, de acordo com o e art. 53, § 7º, sendo que, com relação ao estoque desacobertado de óleo diesel, a multa isolada foi adequada a duas vezes e meia o imposto, nos termos do § 2º do art. 55 da mesma lei.

Pede que seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação efetuada.

Da Instrução Processual

Intimado da reformulação do crédito tributário, com prazo de 10 (dez) dias para manifestação (fls. 140/141), o Autuado não se manifesta.

A 3ª Câmara de Julgamento decidiu, em 18/03/10, em converter o julgamento em diligência, com retorno dos autos à origem, para reabertura de prazo de 30 (trinta) dias para pagamento, parcelamento ou emenda da peça de defesa, nos termos do § 1º do art. 120 do RPTA/MG, em virtude de que, com a reformulação do AI, apesar de ter ocorrido diminuição do valor total do crédito tributário, ocorreu aumento na exigência do ICMS.

Intimado o Autuado, fls. 160/161, este se pronuncia às fls. 166/176, com documentos anexados às fls. 177/233, reiterando os argumentos contidos na impugnação original.

O Fisco volta a se manifestar às fls. 236/240, também reiterando seu entendimento sobre os fatos em questão e pedindo que o lançamento seja julgado parcialmente procedente nos termos da reformulação de fls. 132/137.

DECISÃO

Da Preliminar

Argui o Impugnante a nulidade o Auto de Infração alegando a falta de apresentação da Ordem de Serviço, em infringência à Lei nº 13.515/00, e a ausência de AIAF.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procedem as alegações, devendo a arguição de nulidade ser rejeitada, uma vez que o AIAF, regularmente emitido e recebido pelo Autuado, está acostado aos autos às fls. 02.

A Lei nº 13.515/00, conhecida como Código de Defesa do Contribuinte, em seu art. 4º, inc. VI assegura aos contribuintes o direito de apresentação da Ordem de Serviço, entretanto, elenca algumas situações em que a apresentação é dispensada. O caso presente se inclui entre as situações em que a apresentação da OS é dispensada, pois as atividades realizadas junto aos postos revendedores de combustíveis são consideradas ações fiscais de monitoramento continuadas.

Não se vislumbra, pois, a procedência da arguição de nulidade, devendo ser rejeitada.

Do Mérito

Cuida o presente contencioso de imputação fiscal de estoque de gasolina “C” e saídas de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e de óleo diesel, mercadorias sujeitas a substituição tributária, todas desacobertas de documentação fiscal, apurados mediante levantamento quantitativo, referente ao período de 01/08 a 19/08/09.

Acatando alegações apresentadas pelo Autuado em sede de impugnação, o Fisco reformulou o crédito tributário às fls. 132/137, passando a acusação fiscal a ser a manutenção de estoque desacoberto de documentação fiscal, em 19/08/09, de gasolina “C”, AEHC e óleo diesel, pelo que se passou a exigir ICMS, Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inc. II c/c § 2º, inc. III do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, majorada em 100 % (cem por cento) em virtude de segunda reincidência, de acordo com o e art. 53, § 7º, sendo que, com relação ao estoque desacoberto de óleo diesel, a multa isolada foi adequada a duas vezes e meia o imposto, nos termos do § 2º do art. 55 da mesma lei.

O levantamento quantitativo realizado indica estoque de mercadorias sem a competente cobertura de documento fiscal.

Em análise às peças que compõem os autos, verifica-se que o trabalho fiscal revestiu-se de método tecnicamente idôneo para ser apurada a diferença apontada, utilizando-se o Fisco de Contagem Física do Estoque, em 19/08/09 e levando em consideração o estoque inicial registrado pelo próprio Autuado em seu livro de Movimentação de Combustíveis em 01/08/09.

O levantamento quantitativo realizado indica com precisão as diferenças apontadas comprovando o estoque de combustíveis sem a competente cobertura de documento fiscal.

Para determinação da base de cálculo foi utilizado o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final –PMPF, publicado pelo Atos COTEPE nºs 14 e15/09.

O procedimento fiscal está previsto no art. 194, inc. II do RICMS/02, é considerado tecnicamente idôneo, não deixando o Fisco de observar as determinações nele previstas, especialmente as contidas em seu § 1º. Assim prescreve o citado dispositivo:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, será observado o seguinte:

I - antes de iniciada a contagem física das mercadorias, a autoridade fiscal intimará o contribuinte, o seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

II - a intimação será feita em (duas) vias, ficando uma em poder do Fisco e a outra em poder do intimado;

III - o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento aporão o "ciente" na via da autoridade fiscal e, nessa oportunidade, indicarão, por escrito a pessoa que irá acompanhar a contagem física das mercadorias, que poderá, durante a mesma, fazer por escrito as observações convenientes;

IV - terminada a contagem, o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinarão, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada;

No levantamento quantitativo, exercício aberto, as quantidades apuradas se originaram dos documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal do Impugnante e do levantamento físico das mercadorias existentes efetuado pelo Fisco. Portanto, correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da Lei nº 6.763/75. Corretas, também, as majorações da multa isolada pela caracterização da reincidência e da multa de revalidação em função do previsto no § 2º do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Abaixo a transcrição dos dispositivos legais relativos às penalidades aplicadas:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

(...)

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

As alegações do Impugnante não lograram êxito em atingir o mérito do trabalho fiscal e, desse modo, tornam-se incapazes para descaracterizar as irregularidades apuradas pelo Fisco.

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e como o Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais em questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação procedida pelo Fisco às fls. 132/137. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 13 de julho de 2010.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CC/MG