

Acórdão: 14.992/01/1^a
Impugnação: 40.010102458-80
Impugnante: Auto Posto Norte Ltda.
PTA/AI: 01.000136294-58
Inscrição Estadual: 367.712029.0054
Origem: AF III – Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EXCLUSÃO DE SÓCIOS – Excluídos os nomes dos sócios que constam do Auto de Infração porque não correspondem aos reais sócios da empresa no período fiscalizado.

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – Acusação fiscal de entrada desacobertada de álcool e de gasolina, não elidida pela Autuada, apurada através do confronto entre os lançamentos de valores referentes a vendas constantes do LMC e o preço real de mercado praticado. Exige-se ICMS, MR e a MI prevista no inciso XXII do art. 55 da Lei 6.763/75. Exigência fiscal mantida.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entrada desacobertada de documentação fiscal de gasolina e álcool, identificada a partir do confronto entre valores diários de venda lançados no LMC (livro de movimentação de combustíveis) e o preço real de mercado praticado.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 441 a 463), alegando em síntese:

- O Auto de Infração contém vícios e irregularidades que o tornam insubsistente e inválido, devendo ser anulado e conseqüentemente arquivado;
- Os agentes fiscais se equivocaram na fundamentação legal infringida, pois os artigos citados já foram alterados;
- Está caracterizado o abuso de poder (*cita Hely Lopes Meirelles*) da fiscalização e o descumprimento da própria regulamentação estadual (Dec. 23.780/84) que determina que o Auto de Infração deverá conter a citação expressa do dispositivo legal infringido e que comine a respectiva penalidade;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O Fisco agiu com base em presunção não prevista na legislação tributária, sendo nulas, de pleno direito, as exigências administrativas, conforme art. 20, inciso I, da lei 13.515, de 07 de abril de 2000 (Código de Defesa do Contribuinte);
- No caso presente não houve fato gerador pois a fórmula utilizada para a apuração de compras de mercadorias é completamente incorreta;
- Os fiscais, ao dividir o valor das vendas diárias pelo valor unitário do combustível, encontraram nova litragem “vendida”, ficando clara a intenção dos agentes fiscais em criar regra absolutamente paradoxal na fórmula de apuração, pois o requerente não adquiriu qualquer combustível sem a devida documentação fiscal de entrada, apenas vende o seu produto pelo preço que melhor lhe interessar naquele determinado momento;
- Há, inclusive, preços diferenciados para alguns clientes, que são clientes especiais (conforme Notas Fiscais de saída, utilizadas para a indexação dos supostos valores de venda);
- É facultado ao posto revendedor estimar o preço de venda da maneira que mais lhe convém, sempre em conformidade com o mercado, pois inexistente controle de preços de combustíveis (salvo óleo diesel) e qualquer outro obstáculo legal que o possibilite (*sic*) vender combustível concedendo bonificações e descontos a alguns clientes;
- Na elaboração do trabalho fiscal, não existiu nenhum critério para a indexação dos valores unitários dos combustíveis, ou seja, em determinada data é utilizado o preço praticado nas Notas Fiscais de venda para clientes especiais, em outro o preço máximo para fins de tributação, conforme legislação da substituição tributária, em diversas datas não se sabe de onde foram retirados tais valores;
- É inaceitável presumir-se que a simples diferença entre o preço estimado para fins de recolhimento de ICMS/ST e o preço de venda realizado ao consumidor final possa ser tido como artifício para escamotear pretensa aquisição de mercadoria desacobertada por documento fiscal;
- A mercadoria realmente adquirida pela ora Impugnante foi oportuna e devidamente tributada pelas entradas conforme regras legais impostas pelo sistema conhecido como substituição tributária, que traz em si uma definitividade, ex vi art. 34 do dec. 38.104/96;
- A arbitrariedade dos fiscais ficou comprovada pois estes ignoraram um fato óbvio (fisicamente indubitável), ou seja, a capacidade de estocagem dos estoques existentes no estabelecimento;
- É transparente a impossibilidade de aquisição de mercadorias sem o devido documento fiscal pois estas não teriam onde serem armazenadas;
- Haveria excesso de entrada não suportada no tanque conforme planilhas de fls. 456 a 463;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Os fiscais, na tentativa leviana de apurar vendas sem a comprovação da entrada, nada mais conseguiram que comprovar que os combustíveis foram vendidos por valores diferenciados para determinados clientes e que, somente por hipótese, o valor corretamente faturado está superior ao valor supostamente praticado;

- Tal fato porém não pode gerar qualquer tributação adicional pois, sabe-se que os produtos tributados pelas regras da substituição tributária têm sua tributação definitiva, ou seja, qualquer valor diferente daquele presumido com os adicionais legais em nada importa;

- Não pode haver tributação ou aplicação de penalidade pecuniária com base em meros indícios e suposições;

- A ocorrência do fato gerador ou da infração há de ser cabalmente demonstrada pela administração tributária, sendo que a falta desta prova cabal desautoriza a penalização do contribuinte;

- Tanto a doutrina como a jurisprudência (*apresenta citações*) são unânimes em considerar que a verificação da verdade material é um dever jurídico, não se aceitando lançamentos tributários louvados em singelas presunções, ficções e indícios;

Protesta pela admissão de prova pericial contábil e requer, ao final, a improcedência do lançamento com a conseqüente extinção do presente processo tributário administrativo,

A taxa de expediente foi recolhida conforme DAE de fls. 474.

O Fisco, em manifestação de fls. 475 a 482, refuta as alegações da defesa.

Suas contra-argumentações, sintetizadas, são:

- Não existe equívoco algum na fundamentação legal da infringência ou da penalidade. Os dispositivos legais citados pela Impugnante nunca revogaram a Lei 6.763/75 e nem o Decreto 38.104/96 (RICMS/MG), apenas deram nova redação a alguns artigos;

- Todo o trabalho fiscal teve como base o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) do contribuinte, cujas cópias estão anexadas aos autos;

- O artigo 194 do RICMS/96 autoriza o Fisco a desenvolver quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos para apuração das operações e prestações realizadas pelo sujeito passivo sendo que, no caso presente, o Fisco utilizou-se do levantamento quantitativo de mercadorias, previsto no inciso II do mesmo artigo 194;

- Não se apurou em momento algum mercadoria em estoque desacoberta de documentação fiscal, portanto, não há que se falar em capacidade de armazenamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- O raciocínio da Impugnante, relacionado à sua fórmula de tancagem, é frágil e repleto de erros;
- O combustível pode ser vendido não só passando pelo tanque, como também extra-tanque. Mesmo que ele entre pelo tanque, não necessariamente tem que sair pelo bico da bomba, acionando o encerrante pois, pela mesma abertura de entrada, pode-se extrair combustível com uma bomba de sucção;
- Um tanque com capacidade de 30.000 litros pode receber e dar saída a milhares de litros diários. Tudo depende da maneira e da abertura que se utiliza para extrair o produto do seu interior;
- Não há que se falar em capacidade diária de armazenamento sem se considerar a capacidade máxima de vazão dos bicos durante todo um dia de funcionamento. Como o contribuinte somente considerou as saídas que ele mesmo declarou anteriormente, fica claro que o seu raciocínio na questão de capacidade física dos tanques é nulo e está repleto de erros;
- Todo o trabalho fiscal foi realizado utilizando-se o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) do autuado, que não consegue provar a origem do faturamento lançado no seu livro fiscal, nem o total das vendas diárias e tampouco o superfaturamento lançado;
- O contribuinte omitiu a verdade. Se ele diz que vende seu combustível pelo preço que bem lhe interessa, porque não juntou aos autos cópias das vias fixas de Notas Fiscais e todas as fitas detalhes de seu emissor de cupom fiscal, onde, seguramente, está o preço real praticado e o efetivamente pago pelo consumidor?;
- O laudo pericial emitido pela Delegacia de Crime Contra a Ordem Econômica prova o real preço de venda dos combustíveis pelo contribuinte.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 495/502, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

De antemão cumpre salientar que, embora a Impugnante tenha protestado pela produção de prova pericial contábil, não foram apresentados os indispensáveis quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-se prejudicado à luz das determinações do artigo 98, inciso III do Dec. 23.780/84 – CLTA/MG.

A Impugnante protesta pela nulidade do Auto de Infração face aos equívocos presentes quanto à capitulação legal das infringências e penalidades, uma vez que, no seu entender, o Fisco utilizou-se de artigos já alterados

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Improcede tal argumentação da Impugnante pois não houve equívoco algum na fundamentação legal da infringência ou da penalidade pelos fiscais, o que descaracteriza também a alegação de abuso de poder da fiscalização.

Os dispositivos legais citados pela Impugnante nunca revogaram a Lei 6.763/75 e nem o Decreto 38.104/96 (RICMS/MG), apenas deram nova redação a alguns artigos, não sendo o caso, portanto, de se anular, em preliminar, o trabalho fiscal.

Consoante cópia da Segunda Alteração Contratual da empresa Autuada, anexa aos autos às fls. 492/493, percebe-se que os nomes arrolados no campo Identificação de Sócios do Auto de Infração (fls. 03) não refletem os reais sócios da empresa no período fiscalizado.

Os verdadeiros componentes da sociedade, no período fiscalizado, são aqueles constantes da cláusula terceira da Segunda Alteração Contratual, fls. 492, sendo que foi atribuído ao Sr. Antônio de Pádua Nery Magalhães, signatário da impugnação, os poderes de gerência da sociedade, conforme cláusula quarta.

No que tange ao **mérito**, o feito fiscal refere-se a entrada desacoberta de documentação fiscal de gasolina e álcool, identificada a partir do confronto entre **valores** diários de venda lançados no LMC (livro de movimentação de combustíveis) e o **preço real** de mercado praticado.

De antemão, cumpre esclarecer o procedimento utilizado pelo Fisco para concluir pela entrada de mercadoria (gasolina e álcool) desacoberta de documentação fiscal:

Os fiscais, entendendo não haver correspondência entre os valores monetários diários lançados no LMC e as litragens de venda diárias registradas no mesmo livro, presumiram que o valor monetário, ao ser dividido pelo valor unitário de venda, representaria a quantidade de mercadoria efetivamente comercializada em cada dia.

O total das novas litragens diárias de venda (superior àquele lançado no LMC), acrescido do estoque final e subtraído do estoque inicial deu margem a que se encontrasse a “*entrada real*” de mercadorias no período fiscalizado.

No confronto entre esta “*entrada real*” e o total de **entradas com Notas Fiscais** e após subtrair-se a quantidade equivalente a 0,6% dos produtos comercializados, a título de perda, foi encontrada a quantidade tida pelo Fisco como **Entrada sem Nota Fiscal**.

Multiplicando-se esta quantidade pelo valor médio da mercadoria no período, encontrou-se a base de cálculo a partir da qual foram determinados os valores monetários pertinentes a ICMS, MR e MI.

O mesmo raciocínio foi usado tanto para a gasolina como para o álcool.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O trabalho fiscal originou-se de um indício de entrada de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, indício este surgido a partir da verificação de que os valores monetários diários constantes do LMC não correspondiam às quantidades declaradas, face aos valores unitários vigentes.

O método utilizado pelo Fisco para apurar as entradas desacobertas é tecnicamente idôneo e encontra-se previsto no inciso II do art. 194 do RICMS/96.

A Impugnante não traz aos autos nenhum elemento que elida as acusações, ou melhor, os valores apurados pelo Fisco, de forma a comprovar a origem do faturamento apontado no seu LMC.

O entendimento fiscal é de que as mercadorias tenham adentrado nos tanques da Autuada extra-bico e que, dessa mesma forma, tenham saído, sendo este o motivo pelo qual os valores monetários lançados no LMC não condigam com as quantidades lá lançadas e a Autuada não comprova o contrário.

A alegação da Impugnante a respeito da impossibilidade de aquisição de mercadorias sem o devido documento fiscal pois essas não teriam onde serem armazenadas, já que ocorreria a superação da capacidade máxima de estocagem dos seus tanques, é frágil, pois, como bem afirma o Fisco, *“um tanque de 30.000 litros pode receber e dar saída a milhares de litros diários. Tudo depende da maneira e da abertura que se utiliza para extrair o produto do seu interior”*.

Assim, a capacidade máxima de um determinado tanque não pode ser confundida com a quantidade de combustível máxima diária possível de ser a ele destinada, pois tal capacidade diária pode ser em muito ampliada, com repetidas entradas e saídas de combustíveis e o raciocínio dos fiscais autuantes de que as saídas de combustíveis extra-bico não aciona os encerrantes é correto.

O laudo pericial presente às fls. 23/26 bem como as notas fiscais presentes às fls. 27/34 do PTA, utilizados pelo Fisco para definição dos preços unitários praticados pela Impugnante no período fiscalizado, são documentos hábeis para tal e o procedimento fiscal está de acordo com o inciso II do art. 54 do RICMS/96.

Referidos valores poderiam ter sido contestados pela Contribuinte mediante exibição de documentos que comprovassem suas alegações, conforme lhe faculta o § 2.º do artigo acima mencionado, e não foram.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Ainda em preliminar, à unanimidade, foram excluídos do pólo passivo da obrigação tributária os sócios Ivo Augusto dos S. Passos e Maria José Ribeiro. No mérito, por maioria de votos, julgou-se procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que o julgava improcedente nos termos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do parecer da Auditoria Fiscal. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além da mencionada e do signatário, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 02/07/01.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

Msvp/br

CC/MIG