

Acórdão: 18.299/07/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119058-75
Impugnante: Mac Comércio de Derivados de Petróleo Ltda.
PTA/AI: 01.000153807-24
Inscr. Estadual: 384639596.00-21
Origem: DF/Ubá

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA E SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante Levantamento Quantitativo de Combustíveis, entradas e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária (gasolina comum e óleo diesel) desacobertadas de documentação fiscal. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II, da Lei 6763/75, majorada em 100% devido a reincidência por mais de uma vez na mesma infração, de acordo com o art. 53, § 7º, da mesma lei. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Dos Fatos

A autuação versa sobre entradas e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documento fiscal (gasolina comum e óleo diesel), apurado através de Levantamento Quantitativo de Combustíveis, relativo ao período do início do dia 10/07/06 até o momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco neste mesmo dia e do momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco até o final do dia 10/07/06.

No primeiro período de apuração (início do dia 10/07/06 até o momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco neste mesmo dia), foi constatado que a Autuada promoveu a saída, sem emissão de documentação fiscal e sem passar pelos encerrantes das bombas de combustíveis, de gasolina comum e de óleo diesel, pelo que se exigiu Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75, majorada em 100% devido a reincidência por mais de uma vez na mesma infração, de acordo com o art. 53, § 7º, da mesma lei.

No segundo período de apuração (momento do levantamento de estoque efetuado pelo fisco no dia 10/07/06 até o final deste dia), foi constatado que a Autuada promoveu a entrada, desacobertada de documentação fiscal, de gasolina comum e de

óleo diesel, pelo que se exigiu ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 6763/75, majorada em 100% devido a reincidência por mais de uma vez na mesma infração, de acordo com o art. 53, § 7º, da mesma lei.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fl. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Anexo I - Relatório Fiscal (fls. 06/07); Anexo II – Levantamento Quantitativo do primeiro período de apuração (fl. 08); Anexo III – Levantamento Quantitativo do segundo período de apuração (fl. 09); Contagem física de mercadorias com Termo de Intimação (fls. 10/11); fotocópia do livro Movimentação de Combustíveis – LMC relativo ao dia 10/07/06 (fls.12/14) e telas do SICAF para comprovar a constatação de reincidência, por mais de uma vez, na mesma infração (fls.15/29).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 31/35, onde alega, sinteticamente, que:

- o AI apresenta incorreções;
- o Fisco não mencionou o horário do levantamento de estoque realizado no dia 10/07/06, salvo nos Anexos II e III do AI (fls. 08 e 09);
- não estão corretas as diferenças apontadas pelo Fisco nos dois períodos de apuração do dia 10/07/06 e o trabalho não poderia apontar diferenças, em idênticas quantidades, relativamente aos dois períodos de apuração, ou seja, entradas sem documentação fiscal (justamente no período em que se registrou a entrada com documento fiscal de 26.000 litros de gasolina) e saídas, também, sem documentação fiscal, em idênticas quantidades;
- o levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco, referente ao dia 10/07/06, em dois períodos de apuração, deve ser abandonado e deve ser um único levantamento quantitativo abrangendo todo o dia que, conforme demonstra, não apontaria qualquer diferença de estoque;
- o Fisco, no Anexo III ao AI (fl. 09), compensa as diferenças positivas e negativas de álcool comum, referente ao primeiro e segundo períodos do levantamento, não seguindo o mesmo critério com relação aos levantamentos de gasolina e óleo diesel, onde não houve qualquer compensação;
- há uma diferença negativa, com relação ao levantamento referente a álcool, entre os volumes dos encerrantes inicial e final do período, constante no Anexo III ao AI (fl. 09), diferença que não entendeu, uma vez que não se admite que o encerrante final seja inferior ao encerrante inicial, pois seus registros são sistematicamente crescentes e acumulados;
- não acompanham o AI as telas das consultas ao SICAF, o que a impediu de conferir os dados, redundando em cerceamento de defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Requer, a Impugnante, a improcedência do lançamento.

O Fisco, manifestando-se contra a Impugnação às fls. 48/54, argumenta, em resumo, que:

- não procede a alegação do impugnante de que, salvo nos Anexos II e III do AI (fls. 08/09), o Fisco não mencionou o horário do levantamento de estoque realizado no dia 10/07/06, bastando verificar o TIAF (fl. 02), onde consta a assinatura de Rozinei de Oliveira Colli, RG M 9178444, às 16:00 horas do dia 10/07/06, pessoa que acompanhou o levantamento de estoque realizado, pois os sócios gerentes não se encontravam no estabelecimento, mesma pessoa que assina o levantamento de estoque (fl. 10);

- a proposta de se abandonar os dois períodos de apuração e de considerá-los um único período no dia 10/07/06, conforme sua escrituração no LMC, não pode e não deve prosperar, pois se o Fisco fosse considerar somente sua escrituração não necessitaria de fazer levantamento físico no local: às 16:00 horas do dia 10/07/06 efetuou a medição dos tanques de combustíveis e constou no modelo de levantamento quantitativo por produto (fl. 10) o volume medido em litros e a anotação do volume registrado nos encerrantes correspondentes a esta medição, acompanhadas e verificadas pelo funcionário responsável pelo estabelecimento, que assinou o levantamento;

- o Fisco, ao dividir o movimento do dia 10/07/06 em dois períodos de apuração, demonstrou que, no primeiro período de apuração, a Impugnante promoveu saídas sem passar pelo encerrante e sem emissão de documentação fiscal de gasolina comum e óleo diesel (fl. 08) e, de igual forma, no segundo período de apuração, promoveu entradas sem documentação fiscal e sem recolhimento do ICMS de gasolina comum e óleo diesel (fl. 09);

- o procedimento de se realizar o levantamento quantitativo referente ao dia 10/07/06, em dois períodos, é tecnicamente idôneo;

- no primeiro período de apuração, para se promover o levantamento quantitativo, retirou do LMC (fls. 12/14), os estoques iniciais e os encerrantes iniciais do início do dia 10/07/06 e os encerrantes finais e estoques finais constante no levantamento de estoque (fl. 10);

- no segundo período de apuração, considerou os estoques iniciais e os encerrantes iniciais que constavam do levantamento de estoque (fl. 10) e os estoques finais e encerrantes finais constantes nas folhas 113, 112 e 128 dos LMCs da Impugnante (fls. 12/14);

- as únicas entradas de combustível ocorridas no dia 10/07/06 foram de gasolina comum, adquiridas conforme notas fiscais lançadas no documento de fl. 12;

- não ocorreram aferições nos bicos de combustíveis no dia 10/07/06, conforme consta nas folhas dos LMCs (fls. 12/14);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- na realização do trabalho fiscal interpretou-se de modo mais favorável à Impugnante, no sentido de considerar as entradas de gasolina no segundo período de apuração, pois, se fossem consideradas no primeiro período, as diferenças apuradas seriam maiores;

- o Fisco concluiu o levantamento quantitativo de estoque em cada período aplicando a fórmula: $\text{Estoque apurado} = E_i + C + \text{Aferições} - \text{vendas}$ (onde E_i = estoque inicial e C = compras) e, em seguida, comparou o estoque apurado com o estoque medido obtendo as diferenças constantes nos dois períodos de apuração;

- quanto à Impugnante não haver entendido a diferença negativa, com relação ao levantamento de estoque referente a álcool, entre os volumes dos encerrantes inicial e final do segundo período de apuração (fl. 09), esta diferença negativa ocorre, também, com o bico 1 de óleo diesel, podendo ser interpretada como indício de que os encerrantes, tanto do bico “7” de álcool, quanto do bico “1” de óleo diesel, foram fisicamente atrasados pela Impugnante;

- na apuração das vendas (encerrante final – encerrante inicial) constante no Anexo III (fl. 09), os valores negativos correspondentes aos bicos “7” de álcool e “1” de óleo diesel, foram considerados como 0 (zero) no somatório, conforme observou no levantamento: “A venda negativa oriunda da diferença entre os primeiros encerrantes foi considerada 0 (zero)”, sendo tal procedimento adotado por não existir vendas ou saídas negativas;

- não procede a alegação de que o Fisco compensou as diferenças positivas e negativas de álcool: o que compensou foram perdas e sobras dentro do limite de 0,6% estabelecido pela Agência Nacional do Petróleo (ANP);

- todos os anexos, inclusive as vias de consulta SICAF que foram adicionadas para se comprovar a reincidência nas infrações, foram entregues ao representante legal do contribuinte em 22/08/06, conforme o recebimento assinado na 2ª via do AI e Anexos, não cabendo, então, a alegação de cerceamento de defesa.

Concluindo, o Fisco pede seja julgado procedente o lançamento, pois o levantamento fiscal é claro, detalhadamente explicado nos Anexos I, II e III ao AI (fls. 06/09), as exigências de ICMS e penalidades, inclusive a majoração da penalidade isolada, seguem o RICMS/2002 e o procedimento fiscal adotado é tecnicamente idôneo.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão do dia 05/12/06, converte o julgamento em diligência, fl. 59, para que o Fisco justifique (1) a aplicação do percentual de 20% relativo à penalidade prevista no inc. II, do art. 55, da Lei 6763/75, tendo em vista a previsão constante da alínea “a” do citado dispositivo e (2) a aplicação do percentual de 50% relativo à penalidade constante do inc. II, art. 56, da Lei 6763/75, tendo em vista a previsão constante do inciso III, do § 2º, do citado dispositivo.

O Fisco cumpre a diligência às fls. 61/62, onde conclui que houve inexatidão de elementos constantes no AI, promove as correções à fl. 61, passando a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

capitulação da multa de revalidação para “art. 56, inc. II e § 2º, inciso III, do mesmo artigo, todos da Lei nº 6763/75” e a capitulação da multa isolada para “art. 55, inc. II, da Lei 6763/75”. Como ocorreu majoração da penalidade isolada e da multa de revalidação, foi lavrado o AI nº 01.000155095-22, de 14/03/07, para exigir a diferença.

DECISÃO

A exigência fiscal em epígrafe decorre da constatação de entradas e saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária desacobertadas de documento fiscal (gasolina comum e óleo diesel), apurado através de Levantamento Quantitativo de Combustíveis, relativo ao período do início do dia 10/07/06 até o momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco neste mesmo dia e do momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco até o final do dia 10/07/06.

No primeiro período de apuração (início do dia 10/07/06 até o momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco neste mesmo dia), foi constatado que a Autuada promoveu a saída, sem emissão de documentação fiscal e sem passar pelos encerrantes das bombas de combustíveis, de gasolina comum e de óleo diesel, pelo que se exigiu Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, da Lei nº 6763/75.

No segundo período de apuração (momento do levantamento de estoque efetuado pelo Fisco no dia 10/07/06 até o final deste dia), foi constatado que a Autuada promoveu a entrada, desacobertada de documentação fiscal, de gasolina comum e de óleo diesel, pelo que se exigiu ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inc. II e § 2º, inciso III, todos da Lei nº 6763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inc. II, do mesmo diploma legal.

A defesa apresentada impugna as exigências fiscais com alegações que foram detalhadamente refutadas pelo Fisco em sua manifestação, conforme relatado acima.

Não procedem as alegações da Impugnante.

O Levantamento Quantitativo realizado indica entradas e saídas de mercadorias sem a competente cobertura de documento fiscal.

O procedimento fiscal está previsto no art. 194, inc. II, do RICMS/02, abaixo transcrito, é considerado tecnicamente idôneo, não deixando o Fisco de observar as determinações nele previstas, especialmente a de permitir ao contribuinte fazer por escrito as observações que julgar convenientes.

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 2 (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 da 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 6763/75, corrigida após diligência determinada por esta 3ª Câmara de Julgamento.

As alegações da 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 a Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais em questão.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luciana Mundim

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 21/08/07.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator**

CC/MIG