

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.311/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169698-70
Impugnação: 40.010129599-87
Impugnante: Posto JWMM Ltda
IE: 069977489.00-26
Proc. S. Passivo: Marcos Almeida Junqueira Reis/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO/FORNECIMENTO DE PROGRAMA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Constatada a utilização pela Autuada de programa aplicativo fiscal, para uso em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em desacordo com a legislação, nos termos do art. 16 da Lei nº 6.763/75. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MANIPULAÇÃO DE ENCERRANTES. Constatada, mediante confronto entre os dados obtidos por contagem física no estabelecimento e aqueles do livro de Movimentação de Combustível, a manipulação dos instrumentos de medição de volume exigidos e controlados pelo Fisco (encerrantes), sendo devida a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXVI da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatou-se, mediante levantamento quantitativo, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02, entrada de combustíveis desacobertos de documentação fiscal. Infração caracterizada. Correta as exigências de ICMS/ST, em face de ser a mercadoria sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, multa de revalidação (100%) e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação fiscal versa sobre as seguintes irregularidades imputadas à Contribuinte:

1. entradas desacobertas de documentação fiscal de combustíveis (óleo diesel e gasolina), apuradas mediante levantamento quantitativo;
2. utilização de PAF/ECF em desacordo com a legislação;

3. adulteração dos encerrantes referentes ao bico 2 de óleo diesel e ao bico 6 de gasolina.

Exige-se ICMS/ST, multa de revalidação de 100% e Multas Isoladas previstas no art. 55, inciso II, § 2º e art. 54, incisos XXVII e XXXVI, todos da Lei nº 6.763/75.

Infringências capituladas no art. 16, incisos VI, VII, IX, XII e XIII e art. 25 da Lei nº 6.763/75; art. 96 incisos X, XIV e XIX; art. 130, incisos I, II e III da Parte Geral; art. 1º inciso I, Parte I do Anexo V; art. 12, inciso I, e art.14 da Parte I do Anexo VII e art. 15, Parte I do Anexo XV, todos do RICMS/02 e Portaria SRE nº 068/08.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 19/28, requerendo, em preliminar, a nulidade do lançamento, ou que seja julgado improcedente o lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 51/56, contestando as razões de defesa, e postulando a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Constitui competência dos Auditores Fiscais da Receita Estadual a vistoria a contribuintes, dentre eles, aos usuários de ECF, tais como postos de combustíveis.

Preceitua o art. 27 da Parte 1 do Anexo VI do RICMS/02:

Art. 27 - O titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o estabelecimento usuário de ECF poderá determinar, a qualquer tempo, vistoria no ECF, antes ou após a autorização de uso, no PAF-ECF, na UAP, bem como nos demais equipamentos e sistemas utilizados, hipótese em que o estabelecimento deverá observar o disposto nos incisos I ou II do caput do art. 16 desta Parte, conforme o caso.

A Impugnante questiona a não apresentação da ordem de serviço (OS). Certo que esse documento constitui documento hábil para amparar o Fisco nos procedimentos de fiscalização no estabelecimento de qualquer contribuinte e nenhuma atividade fiscal é desenvolvida sem a prévia emissão da competente OS.

O Fisco explica que na visita à Empresa, a OS não foi exibida à Contribuinte, por dois motivos:

- primeiro, porque a Autuada não a requereu antes da notificação do Auto de Infração. Veja neste caso que a pré-existência da Ordem de Serviço nº. 08.100093291.32, é constatada no Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF, fls. 03 dos autos;

- segundo, porque conforme autoriza o inciso VI do art. 4º da Lei nº. 13.315/00, nos casos de flagrantes e irregularidades constatadas pelo Fisco, a OS é dispensada, conforme legislação apresentada a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 4º - São direitos do contribuinte:

VI - a apresentação da ordem de serviço nas ações fiscais, dispensada essa nos casos de controle de trânsito de mercadorias, **flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco**, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive; (grifou-se).

Assim, tem-se que não há previsão legal que condicione a que a Fiscalização exiba a ordem de serviço na forma pretendida pelo Contribuinte.

Conforme salienta o Fisco, no ato da visita ao estabelecimento da Autuada foi constatada uma irregularidade flagrante no uso do PAF/ECF.

Por conseguinte, e somente neste momento, iniciou-se os trabalhos de fiscalização na Empresa, com a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), datado de 04/03/11 e recebido pelo Contribuinte em 14/03/11, conforme comprova o Aviso de Recebimento de fls. 04 dos autos.

Conclui-se, pois, que o AIAF para início dos trabalhos de fiscalização foi regularmente emitido, sendo improcedentes as argumentações da defesa nesse tópico.

Em ato contínuo, foram constatadas infrações fiscais após conclusão da auditoria, portanto, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração, em conformidade com o disposto no art. 89 do RPTA/MG (Decreto n.º 44.747/08).

A Impugnante apresenta pedido de prova pericial, apresentando quesitos às fls. 27/28, por entendê-los necessário ao deslinde da questão.

Entretanto, como destaca o Fisco, o trabalho fiscal foi desenvolvido com a utilização dos encerrantes mecânicos do posto, que são os encerrantes utilizados para elaboração do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), de responsabilidade da própria Autuada. Disso, infere-se que as informações necessárias ao deslinde da contenda já se encontram nos autos, sendo desnecessária qualquer busca de prova adicional.

Segundo o art. 142, alíneas “a” e “c”, inciso II, §1º do RPTA, a prova pericial será indeferida quando o procedimento for desnecessário, ou suprido por outras provas produzidas, ou ainda quando considerado meramente protelatório:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

considerado meramente protelatório;

Isto posto, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

A autuação versa sobre entradas desacobertas de documentação fiscal, correspondentes a 5.530,66 litros de óleo diesel e 3.051,61 litros de gasolina, utilização de PAF/ECF em desacordo com a legislação e adulteração de encerrantes.

Destaca-se inicialmente que o procedimento utilizado pela Fiscalização, para apuração da infração de entradas desacobertas de documentação fiscal, é tecnicamente idôneo e está previsto no art. 194, inciso I e II do RICMS/02, com a seguinte redação:

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

I - (...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

Consiste tal levantamento em uma simples operação matemática de soma e subtração, onde o resultado é inquestionável, primordialmente pelo fato de que a autuação se baseou no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC utilizado pela Contribuinte.

Menciona-se que os livros fiscais fazem prova contra ou a favor do Contribuinte, nos termos do art. 226 do Código Civil.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

A Impugnante sustenta sua defesa na tese de que as diferenças apuradas nos encerrantes e no PAF/ECF são fruto de instabilidades de tensão e piques na rede de energia elétrica.

A tese não se sustenta. Primeiramente em virtude da contagem física de mercadorias especificar tanto o encerrante mecânico quanto o eletrônico, conforme faz prova documentos dos autos, fls. 02.

Outrossim, porque foi o encerrante mecânico o utilizado para desenvolvimento do levantamento quantitativo, já que ele, e não o eletrônico, que constituía base para elaboração do Livro de Movimentação de Combustíveis pelo Contribuinte.

Não sendo, portanto, utilizado o encerrante eletrônico, resta contradita a argumentação de rede elétrica com instabilidade de tensão e piques de energia.

Constitui também infração constante do AI a utilização de PAF/ECF em desacordo com a legislação tributária, em especial o disposto nas cláusulas trigésima

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

terceira, quadragésima oitava e sexagésima do Convênio ICMS nº 09/09, arts. 1º a 4º do Ato Cotepe 06/08.

Na legislação mineira, tem-se o disposto no inciso I do art. 130 da Portaria SRE Nº 068/08, que preceitua, *in verbis*:

Art. 130. O estabelecimento comercial varejista de combustível automotivo deverá:

I - utilizar Programa Aplicativo Fiscal que atenda também aos requisitos técnicos específicos para estabelecimento revendedor varejista de combustível, observado o disposto no art. 71, **devendo, para tanto, utilizar sistema de bombas abastecedoras interligadas a microcomputador e integrar, por meio de rede de comunicação de dados, os pontos de abastecimento, assim entendido cada um dos bicos da bomba de abastecimento.** (grifou-se).

Sendo assim, correta a exigência da penalidade constante do inciso XXVII do art. 54 da Lei nº 6.763/75:

XXVII - por utilizar, desenvolver ou fornecer programa aplicativo fiscal para uso em ECF em desacordo com a legislação tributária ou que não atenda aos requisitos estabelecidos na legislação - 15.000 (quinze mil) UFEMGs por infração;

No que tange à imputação fiscal de adulteração de encerrantes, melhor sorte não assiste à Autuada, eis que a conduta delituosa resta provada nos autos.

Nos livros apresentados pela Contribuinte, fls. 13 e 14 deste PTA, os encerrantes de fechamento do dia da contagem de estoque apresentam valores menores que os do ato da contagem, realizada às 09h13min, conforme horário constante na leitura X do PAF/ECF, fls. 12.

Tal fato se justifica apenas com a adulteração dos encerrantes mecânicos. Destaca-se, mais uma vez, que o único momento em que foram utilizados os encerrantes eletrônicos constantes no PAF/ECF foi para determinar o total de vendas da abertura do dia 24/02/11 até a contagem física às 09:13 hs.

Para a infração apontada, o Fisco exigiu adequadamente a penalidade prevista no inciso XXXVI do art. 54 da Lei nº 6.763/75:

XXXVI - por remover, substituir ou permitir a remoção ou a substituição de dispositivo de armazenamento do "software" básico ou da memória fiscal de bomba para abastecimento de combustíveis ou de instrumento de medição de volume, sem observar procedimento definido na legislação tributária - 15.000 (quinze mil) Ufemgs por equipamento;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, ainda à unanimidade, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Raimundo Francisco da Silva.

Sala das Sessões, 19 de agosto de 2011.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

CC/MG