

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Acórdão: 19.380/11/2ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000169629-21  
Impugnação: 40.010129554-34  
Impugnante: Posto Centro Choferes Limitada  
IE: 367021316.00-22  
Proc. S. Passivo: Gustavo Guimarães da Fonseca/Outro(s)  
Origem: DFT/Juiz de Fora

***EMENTA***

**OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO/FORNECIMENTO DE PROGRAMA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.** Em fiscalização realizada no estabelecimento da Impugnante o Fisco verificou irregularidade nos equipamentos abastecedores de combustíveis de forma a tornar possível a manipulação dos números gerados, resultando em supressão ou redução de valores dos acumuladores do equipamento. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXIII e § 3º do art. 54 da Lei n.º 6.763/75. Acionado o permissivo legal para reduzir a multa isolada a 30% (trinta por cento) Lançamento procedente. Decisão unânime.

***RELATÓRIO***

**Da Autuação**

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de uso irregular dos equipamentos abastecedores de combustíveis, da marca Gilbarco - Série WB067A, Lado 1-bico 1/Lado 2 -bico 1, e o equipamento Série WB044, Lado 1, bico 1/Lado 2, bico 1.

Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXIII, § 3º do art. 54 da Lei n.º 6.763/75.

**Da Impugnação**

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente por seu representante legal e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 14/24, em resumo, aos seguintes argumentos:

- em linhas gerais, esta Egrégia Corte, além de irregularidades formais intransponíveis, que vão desde a falta de competência legal atribuível ao Fisco Estadual para aferir bombas, ao erro de tipificação, até o absurdo da autuação em si, conquanto o Fisco imputa infração que "poderia", se assim o quisesse, praticar;

- a "possibilidade" de se cometer a infração, não tipifica o tipo penal, que pressupõe a prática *in concreto* do fato descrito em sua hipótese para permitir a aplicação da consequência ou comando da norma jurídica;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- primeiramente, é essencial se perquirir a real intenção do legislador ao pretender a aplicação das penalidades insertas no inciso XXIII às bombas medidoras, notadamente quanto, diferentemente do que ocorre com o ECF, as bombas medidoras não se submetem a qualquer regulamentação normativa que disponha sobre seus requisitos mínimos, de autoria da Fazenda;

- quando se lê as disposições do inciso XXVII do mesmo preceptivo legal, fica evidente que o "programa" ou o "dispositivo" a que faz referência a disposição legal são estranhos ao equipamento, ou seja, o *software* ou o dispositivo em questão, seriam aqueles desenvolvidos paralelamente ao equipamento;

- seria, pois, o caso em que o contribuinte adquira programa ou dispositivo externo que permita a alteração dos valores constantes dos totalizadores e isto não foi identificado no Auto de Infração;

- no caso, a D. Fiscalização limitou-se a afirmar que os "Eprons" das bombas permitiriam a manipulação dos dados dos encerrantes, mas estes mesmo "Eprons" nada mais são que os processadores físicos que captam e geram os volumes de combustíveis que passam pelos bicos; tratam de peças integrantes das próprias bombas e que, inclusive, conforme se extrai da declaração enviada pela Gilbarco (fornecedora das aludidas bombas) são originais de fábrica;

- não há, não houve, e nem foi constatada a instalação, uso ou desenvolvimento de qualquer programa ou *hardware* que pudesse interferir na leitura dos totalizadores e, aqui fica claro o vício de fundamentação do Auto de Infração;

- há, pois, uma incompatibilidade formal entre os motivos fáticos sustentados e a motivação legal invocada pela Fiscalização, ficando, igualmente evidente, a nulidade formal do Auto de Infração ora impugnado.

- a reinterpretção feita acerca dos preceitos do inciso XXIII do art. 54 ganha força justamente porque inexistem normas legais ou infra legais que disponham sobre as funções que possam ser executadas pelas bombas;

- não há norma que imponha que "números gerados pelos encerrantes devam ser crescentes";

- é claro e intergiversável que o inciso XXIII se refere a dispositivo externo às bombas, inclusive porque, no que toca às bombas em si, a Fazenda Estadual somente tem competência para verificar a existência ou não dos dispositivos mencionados pelo Anexo IX do RICMS/02;

- a D. Fiscalização sequer invocou o art. 390 do Anexo IX do RICMS/02 que é o único preceptivo normativo, utilizável para imputar qualquer irregularidade que seja quanto ao uso de bombas abastecedoras;

- qualquer outra funcionalidade da bomba somente poderia ser questionada pelos órgãos responsáveis pela aferição deste equipamento, no caso, o INMETRO ou, repita-se, quando muito a ANP;

- se as bombas medidoras, por suas características originais, "podem" ensejar a utilização de um programa que possa permitir a manipulação dos valores dos

totalizadores, trata-se de uma hipótese que, para caracterizar o fato infracionário, teria que ser constatada *in concreto*;

- não se penaliza o contribuinte porque a sua bomba permite o uso de dispositivos ou programas que possam influir ou adulterar as medições extraídas de seus encerrantes; pune-se o uso efetivo de tais dispositivos ou programas;

- a Lei n.º 6.763/75 prevê que o Conselho de Contribuintes pode cancelar multa por descumprimento de obrigação acessória (art. 53, § 3º) e o presente caso merece, qualquer que seja o entendimento deste E. Conselho acerca das teses jurídicas expostas, a aplicação desta norma para cancelamento da multa imposta ao contribuinte.

Ao final, pede a total improcedência da autuação ou o cancelamento ou redução das penalidades aplicadas em função do art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75.

#### **Da Manifestação Fiscal**

O Fisco se manifesta às fls. 68/80, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos fundamentos que seguem:

- a r. impugnação em uma das muitas facetas, requer a nulidade do Auto de Infração em razão de irregularidades formais intransponíveis, que vão desde a falta de competência legal atribuível ao Fisco Estadual para aferir bombas ao erro de tipificação, mas nenhuma delas merece prosperar;

- a redação da penalidade ou consequência é clara nos seus verbetes e, no presente caso fica evidente por força do Auto de Constatação de Irregularidades que os Auditores conseguiram através, de aplicação de roteiros específicos, alterar os volumes dos encerrantes dos bicos ligados às bombas;

- os medidores não foram colocados ali por questão de estética, são instrumentos de controle do próprio contribuinte, da ANP e utilizado pelo Fisco, não se fazendo necessário nenhum dispositivo legal para regradar razões de lógica;

- nenhum processador vai funcionar sem um gerenciamento e esta função só irá ser executada se houver um programa e, no presente caso, o programa permitia alterar os totalizadores, como cabalmente comprovado na verificação feita por ocasião da diligência, culminando inclusive com a apreensão de 02 “Eprons”;

- a legislação mineira estabelece regras acerca das bombas medidoras, ao contrário do afirmado pela Impugnante;

- o fato em questão é um só, a utilização de *software* ou dispositivo que possibilite o uso irregular do equipamento e isto restou comprovado;

- no presente caso os dispositivos estão irregulares porque possibilitam que o contribuinte, não que ele esteja fazendo, mas cria a possibilidade de promover aquisições e vendas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal utilizando-se de um programa que permita alterar os registros dos totalizadores destes volumes;

- as bombas são do tipo eletrônicas não existindo lacres para tais, portanto o citado art. 390 do Anexo IX do RICMS/02, aplica-se apenas para as bombas do tipo mecânica, fato este reforçado pelo Auto de Apreensão e Depósito;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- restou comprovada e documentada no Auto de Constatação de Irregularidades a irregularidade nos encerrantes das bombas WB067-A e WB044, onde ficou demonstrado a possibilidade de manipulação nos totalizadores das bombas;

- o inciso XXIII c/c com o § 3º do art. 54 da Lei n.º 6.763/75 é bem claro ao afirmar que a infração resta caracterizada pela utilização de dispositivo ou programa que possibilite (basta) a manipulação de dados dos totalizadores de volumes dos encerrantes das bombas, independentemente de serem originais de fábrica. Não havendo necessidade de se constatar a infração *in concreto*;

- não deve ser acionado o permissivo legal, pois a obrigação não pode existir sem sanção, assim entendida como a possibilidade de aplicar uma pena;

- a responsabilidade das autoridades competentes para o lançamento ou para o julgamento de questões tributárias é imensa. Em que pese à ausência de dolo ou de prejuízo material para o Estado, as multas por descumprimento de obrigação acessória devem ser lançadas, quando cabíveis, e julgadas procedentes, quando for o caso, sem que haja seu cancelamento, sob pena de prejuízo à prevenção especial e geral e, conseqüentemente perda de coercibilidade por parte da Fazenda Pública;

- quando muito, a multa deve ser reduzida de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;

- para o Estado, muito pior do que ter um prejuízo material é ter reduzido o seu poder de coercibilidade, pois a impunidade fomenta o aumento de infrações à legislação, tanto por parte daquele contribuinte diretamente beneficiado, havendo prejuízo da prevenção especial, como daqueles outros que tomam conhecimento daquela impunidade, havendo prejuízo da prevenção geral;

- não deve, portanto, a multa isolada procedente ser cancelada ou exageradamente reduzida de forma a tornar inócua a punição.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento e não aplicado o permissivo legal para cancelar a exigência fiscal.

---

### **DECISÃO**

Compete à Câmara a análise do presente lançamento o qual versa sobre a exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXIII e § 3º do art. 54 da Lei n.º 6.763/75, em face da imputação fiscal de uso irregular dos equipamentos abastecedores de combustíveis, da marca Gilbarco - Série WB067A, Lado 1-bico 1/Lado 2 -bico 1, e o equipamento Série WB044, Lado 1, bico 1/Lado 2, bico 1.

Segundo consta do Auto de Infração (fl. 02), a apuração da irregularidade se deu via Auto de Constatação de Irregularidades (fl. 08) e consiste na manipulação dos números gerados que deve obedecer a ordem crescente, conforme demonstrativo dos dados obtidos por meio de manipulação dos totalizadores dos encerrantes.

Na ação foram apreendidos os 02 (dois) “Eprons” da marca Gilbarco Legacy que estavam ligados as bombas de combustíveis em situação irregular.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente é importante destacar que, no curso da defesa, a Impugnante argui diversos pontos que, no seu entendimento, levariam à nulidade do lançamento, tais como irregularidades formais intransponíveis, que vão desde a falta de competência legal atribuível ao Fisco Estadual para aferir bombas, ou parte delas, ao erro de tipificação.

Contudo, todos os pontos levantados confundem-se com o mérito das exigências e serão assim tratados a seguir.

Primeiramente, cabe observar que os Auditores da Secretaria de Estado de Fazenda tem competência legal para aferir e realizar trabalhos como o do caso dos autos, por força do convênio existente entre Agência Nacional de Petróleo (ANP) e a Secretaria Estadual de Fazenda do Estado de Minas Gerais.

Neste sentido, importante verificar o resumo do Convênio n.º 1910001334 (SEF/MG) e 008/07-ANP, a saber:

Partes: EMG/SEF e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.

Objeto: Mútua assistência e cooperação no desenvolvimento de ações e projetos de interesse comum e promoção de atividades de fiscalização do abastecimento de derivados de petróleo e outros combustíveis no Estado de Minas Gerais, contados a partir da data da assinatura: 18/07/2008.

Assinado por: Aécio Neves da Cunha - Governador do Estado de Minas Gerais, Simão Cirineu Dias - Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, Haroldo Borges Rodrigues Lima - Diretor Geral da ANP, Jefferson Paranhos Santos - Superintendente de Fiscalização do abastecimento da ANP.

Belo Horizonte, 31/07/2008.

Ademais, o presente trabalho não consistiu em aferição de bombas e sim, na verificação e na constatação de um determinado equipamento gerenciador de totalizadores que possibilita a alteração dos encerrantes.

No Auto de Constatação de Irregularidade, documento de fl. 08, os Auditores Fiscais assim descreveram a situação que resultou no lançamento em análise: *“Em cumprimento à Ordem de Serviço n.º 08.100093007.38, emitida pela Diretoria Executiva de Fiscalização da SEF/MG, comparecemos ao endereço acima onde foram constatadas irregularidades nos encerrante(s) da(s) bomba(s) periciada(s), n.º de série: WB067A e WB 044, ocasião em que procedemos a lacração do(s) bico(s) e tanque(s) de álcool combustível, com os lacres SEF n.ºs 351, 352, 353, 354, 355, 361.*

No mesmo documento consta um quadro com o “Demonstrativo dos Dados Obtidos por Meio de Manipulação do(s) Totalizador(es)/Encerrante(s)”.

Também não houve o erro de tipificação narrado na impugnação, pois a penalidade capitulada no Auto de Infração indica a conduta a ser punida exatamente semelhante àquela constatada pelo Fisco.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Confirma esta afirmação o próprio texto da penalidade adotada, qual seja, o § 3º c/c inciso XXIII do art. 54 da Lei n.º 6763/75, *in verbis*:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

XXIII - por desenvolver, fornecer, instalar ou utilizar software ou dispositivo em ECF que possibilite o uso irregular do equipamento, resultando em omissão de operações e prestações realizadas ou em supressão ou redução de valores dos acumuladores do equipamento - 15.000 (quinze mil) UFEMG's por equipamento.

.....

§ 3º - As penalidades previstas nos incisos XV e XX a XXVIII do caput deste artigo aplicam-se também quando as infrações estiverem relacionadas a bomba para abastecimento de combustíveis ou a instrumento de medição de volume exigido e controlado pelo Fisco.

.....(grifos não constam do original)

A Impugnante assevera em um determinado trecho que a “possibilidade” de se cometer a infração, não tipifica o tipo penal, que pressupõe a prática “*in concreto*”, do fato descrito em sua hipótese para permitir a aplicação da consequência ou o comando da norma jurídica.

Contudo, verificando-se o texto da penalidade acima transcrito, é possível nitidamente verificar a ocorrência “*in concreto*”, no caso dos autos, da conduta que deve ser punida, pois o tipo descrito na norma sancionatória é utilizar *software* ou dispositivo que **possibilite** o uso irregular de bomba para abastecimento.

Assim, não é possível concordar com a tese da Impugnante uma vez que a redação da penalidade ou consequência é clara nos seus verbetes: “*por instalar ou utilizar*” “*software ou dispositivo que possibilite*”.

Assim, para configuração do tipo descrito na norma sancionatória não é necessário que seja constatado o uso irregular da bomba abastecedora, mas apenas que esteja instalado *software* ou dispositivo que possibilite o uso irregular.

No presente caso, por força do Auto de Constatação de Irregularidades (fl. 08), fica claro que a Fiscalização conseguiu, através de aplicação de roteiros específicos, alterar os volumes dos encerrantes dos bicos ligados às bombas.

Indaga a Defendente qual o dispositivo legal, normativo ou científico que impediria o uso do equipamento utilizado na forma em que foi constatado pela Fiscalização ou no qual estaria descrita a necessidade de utilização de bombas medidoras cujos números gerados nos encerrantes devam ser crescentes ou mesmo que tais bombas devam possuir dispositivos de segurança que impeçam a manipulação dos preditos totalizadores.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os medidores das bombas abastecedoras são instrumentos de controle do próprio contribuinte, da ANP e são utilizados pelo Fisco Estadual para aferição da correção do equipamento e, conseqüentemente, para verificação da ocorrência do fato gerador do ICMS.

Desta forma, não se pode admitir, até mesmo pelo princípio da razoabilidade, que o dispositivo permita a alteração dos volumes.

Assim, não é necessário nenhum dispositivo legal para regrar razões de lógica, ou seja, o dispositivo tem que ser confiável para atingir os seus objetivos.

No caso concreto, como foi constatada a possibilidade de manipulação dos encerrantes, o dispositivo não atenderia a todas as suas funções e, nesta linha, o legislador previu a aplicação de penalidade como consequência por tal conduta.

A Impugnante entende que os preceitos do art. 54, inciso XXIII apenas poderiam ser aplicado nos casos em que o suposto vício encontrado se referisse exclusivamente ao hardware dos processadores dos totalizadores das bombas e, na hipótese dos autos, em momento algum foram identificados os usos de quaisquer programas ou dispositivos externos que permitissem a manipulação dos totalizadores.

Contudo, esta tese de defesa não pode ser acatada pois não é esta a interpretação devida ao dispositivo, pois nenhum processador funciona sem um gerenciamento e esta função só pode ser executada se houver um programa por mais simples que seja, capaz de desenvolver esta função.

No presente caso, a partir da verificação feita por ocasião da diligência, a imputação fiscal é de que o programa utilizado permitia alterar os totalizadores.

Veja-se que a fiscalização realizada no estabelecimento da Impugnante culminou, inclusive, com a apreensão de 02 (dois) eprons, conforme Auto de Apreensão e Depósito - AAD n.º 006185, de 09 de dezembro de 2010 (fl. 09).

Assim, o fato de não ter sido identificado qualquer programa ou dispositivo externo não é capaz de desconstituir a imputação fiscal.

A Impugnante argui também que, ao contrário do ECF, as bombas medidoras não se submetem a qualquer regulamentação normativa que disponha sobre os seus requisitos mínimos de autoria da Fazenda.

Entretanto, a Lei n.º 6763/75, no seu art. 39 remete ao regulamento a função de dispor sobre os livros e documentos fiscais e o Regulamento do ICMS – RICMS/02, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02, dedica todo um Anexo, o de número VI, à disciplina do emissor de Cupom Fiscal –ECF e os seus respectivos periféricos, estabelecendo comportamentos para os fabricantes, vendedores, interventores e desenvolvedores de Programa Aplicativo, inclusive utilizando-se de portarias e Atos Cotepe.

Veja-se os dispositivos que tratam da matéria:

**Lei n.º 6.763/75**

Art. 39 - Os livros e documentos fiscais relativos ao imposto serão definidos em regulamento, que

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

também disporá sobre todas as exigências formais e operacionais a eles relacionadas.

### Anexo VI do RICMS/MG:

Art. 1º - Emissor de Cupom Fiscal (ECF) é o equipamento de automação comercial e fiscal com capacidade de emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal referentes a operações de circulação de mercadorias e prestações de serviços e que esteja, desta forma, registrado na Secretaria de Estado de Fazenda

.....  
Art. 3º - Unidade Autônoma de Processamento (UAP) é o equipamento eletrônico de processamento de dados com capacidade de enviar comandos ao ECF-IF por meio de PAF-ECF gravado em dispositivo interno de memória não volátil e que esteja, desta forma, registrado na Secretaria de Estado de Fazenda.

.....  
Art. 19 - O equipamento ECF ou UAP fica sujeito à inspeção e à verificação pelo Fisco das condições de fabricação de acordo com o disposto na legislação e em seu Ato de Registro, a qualquer momento, independentemente de sua posse, finalidade e destinação, inclusive quando fabricado em outra unidade da Federação.

Art. 20 - A Secretaria de Estado de Fazenda poderá impor restrições ou impedir a utilização de ECF, de UAP ou de PAF-ECF, sempre que for verificada, tanto quanto à programação (software) como quanto à construção do equipamento (hardware), a possibilidade de prejuízo aos controles fiscais.

.....  
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.

Parágrafo único - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, será cancelada a autorização de uso de ECF, quando for constatada a utilização de mecanismo de fraude eletrônica no hardware ou no software básico do ECF, hipótese em que o estabelecimento usuário deverá providenciar o pedido de autorização de uso de outro modelo de ECF no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data do cancelamento.



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 2º, § 1º do Anexo VI do RICMS/MG, remete para a Portaria n.º 68, de 15 de dezembro de 2008, da Subsecretaria da Receita Estadual com a função de estabelecer procedimentos a serem observados pelas empresas interventoras, desenvolvedoras e os usuários disciplinando as regras do programa aplicativo fiscal, a saber:

Art. 2º - Programa Aplicativo Fiscal Emissor de Cupom Fiscal (PAF-ECF) é o programa aplicativo desenvolvido para possibilitar o envio de comandos ao software básico do ECF e que esteja, desta forma, cadastrado na Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º - Para fins do cadastro do PAF-ECF, a Subsecretaria da Receita Estadual expedirá portaria estabelecendo:

I - os procedimentos a serem observados pela empresa desenvolvedora de PAF-ECF;

II - as hipóteses e situações em que o cadastro será suspenso ou cancelado;

III - as atribuições, responsabilidades e procedimentos que devem ser observados pela empresa desenvolvedora de PAF-ECF;

IV - as obrigações acessórias a que se sujeita a empresa desenvolvedora de PAF-ECF.

§ 2º - O PAF-ECF deverá atender aos requisitos estabelecidos em Convênio específico celebrado pelo CONFAZ, sem prejuízo do disposto no art. 20 desta Parte.

§ 3º - A empresa desenvolvedora do PAF-ECF responsabilizar-se-á por qualquer alteração indevida no programa, devendo providenciar as proteções necessárias para impedir sua manipulação ou sua alteração por terceiros.

Já o art. 130, inciso I da Portaria n.º 068/08 determina regras específicas no que se refere ao estabelecimento comercial varejista de combustível, obrigando estes a 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, *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;

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

II - na hipótese de emissão de nota fiscal englobando as vendas realizadas no período, nos termos do § 3º do art. 12 da Parte 1 do Anexo V do RICMS, consignar no documento fiscal emitido pelo ECF:

a) a razão social e as inscrições estadual e no CNPJ do contribuinte adquirente;

b) a placa e a quilometragem do hodômetro do veículo abastecido;

III - imprimir no documento fiscal emitido pelo ECF o preço unitário e a quantidade do produto, conforme estabelecido na Portaria nº 30/94, de 06 de julho de 1994, do Departamento Nacional de Combustíveis;

IV - imediatamente antes da emissão do documento Redução Z a que se refere o art. 106, emitir, pelo ECF, relatório gerencial com o volume de cada tipo de combustível comercializado no dia, acumulado pelo programa aplicativo fiscal;

V - manter o relatório gerencial de que trata o inciso anterior, anexo ao documento Redução Z a que se refere o art. 106, observado o disposto em seu § 3º.

**Efeitos a partir de 1º/10/2011 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 3º, II, ambos da Portaria SRE nº 95, de 15/07/2011:**

**"VI - utilizar ECF com configuração que não permita a emissão automática do documento Redução Z devendo esta emissão ser comandada exclusivamente pelo Programa Aplicativo Fiscal a que se refere o inciso I."**

.....  
Alega ainda a Defendente que é necessário fazer uma releitura do inciso XXIII, quando se lê as disposições do inciso XXVII do mesmo preceptivo legal, arguindo que o programa ou o dispositivo estranho ao equipamento, seriam aqueles desenvolvidos paralelamente ao equipamento, tratar-se-ia de um outro *software* ou dispositivo, não se referindo ao próprio equipamento em si. Importante assim, se reportar os dispositivos legais citados pela defesa, a saber:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....  
XXIII - por desenvolver, fornecer, instalar ou utilizar software ou dispositivo em ECF que possibilite o uso irregular do equipamento, resultando em omissão de operações e prestações realizadas ou em supressão ou redução de valores dos acumuladores do equipamento - 15.000 (quinze mil) UFEMG's por equipamento

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.....  
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) UFEMG's por infração;  
.....

Os dispositivos legais acima transcritos atestam que a norma pune a utilização de *software* ou dispositivo que possibilite o uso irregular do equipamento, seja ele externo ou interno, desenvolvido por terceiro ou mesmo pelo próprio fabricante, utilizado paralelamente ou originalmente.

Explica a Impugnante que os “Eprons” nada mais são que os processadores físicos que captam e geram os volumes de combustíveis que passam pelos bicos, tratando-se de peças integrantes das próprias bombas, conforme se extrai da declaração enviada pela Gilbarco, são originais de fábrica.

Este fato não é contestado pela Fiscalização e nem é a matéria em foco nos presentes autos.

Como dito anteriormente, o que se discute aqui é a existência de um programa desenvolvido que permiti alteração do funcionamento das bombas e não que estas não sejam originais.

No presente caso os dispositivos estão irregulares porque possibilitam que a Impugnante promova aquisições e vendas de combustíveis desacobertadas de documentação fiscal utilizando-se de um programa que permita alterar os registros dos totalizadores destes volumes.

Quanto à afirmativa da defesa de que as bombas estavam lacradas, é importante ressaltar que as bombas são eletrônicas não existindo lacres para tais.

O art. 390 do Anexo IX do RICMS/02, citado pela defesa, aplica-se apenas às bombas do tipo mecânica, fato este reforçado pelo Auto de Apreensão e Depósito – AAD de fl. 09, quando indica a lacração das bombas de combustíveis, não documentando a deslacração de qualquer equipamento tanto das bombas em si, quanto do lacre aplicado no totalizador de volume das bombas medidoras e dos equipamentos para distribuição dos combustíveis.

Assim, a Fiscalização não utilizou o art. 390 do Anexo IX do RICMS/02, não tendo igualmente, identificado a ausência da placa vedadora ou o rompimento dos lacres de segurança, porque não há lacre a ser rompido.

Desta forma, restou comprovada e documentada no Auto de Constatação de Irregularidades (fl. 08), a irregularidade nos encerrantes das bombas WB067-A e WB044, com a possibilidade de manipulação nos totalizadores das bombas. A título de exemplo a bomba de serie WB067-A, lado 1, bico, apresentava no totalizador a seguinte numeração 1690413,195, após a aplicação do roteiro pela Fiscalização, foi possível programar para a seguinte numeração 1234567,590 – gasolina.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, estabelece o art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75, que a multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que não seja tomada pelo voto de qualidade e observados §§ 5º e 6º de tal artigo.

Para ficar ainda mais clara a questão, veja-se a regra contida no citado §3º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75:

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

.....  
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.  
.....

Ressalte-se que a aplicação do permissivo legal não atinge o mérito da imputação fiscal, mas apenas inibe a exigência da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, infração considera como cometida.

O efeito prático desta decisão é de que o pagamento a ser feito pela Contribuinte será reduzido, por ter sido acionado o permissivo legal. Entretanto, como a decisão de mérito foi desfavorável à empresa, ficou configurado o cometimento da infração à legislação tributária.

Assim, caso a empresa volte a praticar a mesma infração, no período de 05 (cinco) anos, será considerada reincidente, a multa será aplicada em dobro e o Conselho de Contribuintes não mais poderá reduzir ou cancelar a penalidade lhe aplicada. É esta a determinação contida nos §§ 5º e 6º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75, in verbis:

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

.....  
§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:  
1) de reincidência;  
2) de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou anotações nos livros e documentos fiscais do sujeito passivo;  
3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.  
4) de imposição da penalidade prevista no inciso XXIV do art. 55 desta Lei;  
5) de aproveitamento indevido de crédito;  
6) de imposição da penalidade prevista na alínea "b" do inciso X do art. 54 desta lei.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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.

Com base no dispositivo legal supra citado e tendo em vista os elementos dos autos aliados à inexistência de efetiva lesão ao Erário Público Mineiro e a não comprovação de ter o Contribuinte agido com dolo, fraude ou má-fé, temos por cabível a aplicação do permissivo legal para reduzir a 30% (trinta por cento) de seu valor a penalidade isolada aplicada.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Em seguida, também à unanimidade, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, para reduzir a multa isolada a 30% (trinta por cento) do seu valor. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Tábata Hollerbach Siqueira (Revisora), Ivana Maria de Almeida e Carlos Alberto Moreira Alves.

**Sala das Sessões, 18 de outubro de 2011.**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão**  
**Presidente / Relatora**