

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.257/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000198443-34
Impugnação: 40.010134529-83
Impugnante: S.W. Comércio de Petróleo Ltda
IE: 702909398.00-18
Proc. S. Passivo: Maxwell Ladir Vieira/Outro(s)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

MERCADORIA – ENTRADA DESACOBERTADA – CRUZAMENTO DE DADOS – MEMÓRIA FISCAL E MEMÓRIA DE FITA DETALHE DE ECF - COMBUSTÍVEL. Imputação fiscal de entradas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante cruzamento dos dados da memória fiscal e memória de fita detalhe de equipamento ECF com as notas fiscais de entrada, livro de Movimentação de Combustíveis – LMC e estoques iniciais e finais do período autuado. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a”, todos da Lei nº 6.763/75, majorada nos termos do art. 53 §§ 6º e 7º da mesma lei. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre entradas de mercadorias no estabelecimento da Autuada desacobertas de documentos fiscais, referente a gasolina comum, etanol e óleo diesel, constatadas mediante cruzamento dos dados da memória fiscal e memória de fita detalhe de equipamento ECF com as notas fiscais de entrada do período de 16/03/12 a 31/03/13, lançamentos no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC e estoques iniciais do dia 16/03/13 e finais do dia 31/03/13, resultando em falta de pagamento de ICMS/ST.

Exige-se o ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, alínea “a” majorada nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Os arquivos gerados no estabelecimento da Autuada, por meio do Termo de Leitura e Gravação de Memória Fiscal e Memória de Fita Detalhe de Equipamento ECF, foram apreendidos pelo AAD nº 008478 de 17/04/13 (fl. 02).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 3.112 a 3.130, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 4.107 a 4.117.

Em sessão realizada em 08/10/13, presidida pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, acorda a 2ª Câmara do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as

prefaciais arguidas. Também, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista do processo, nos termos da Portaria nº 04/01, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 15/10/13.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: a Conselheira Maria Vanessa Soares Nunes (Relatora) e Eduardo de Souza Assis, que julgavam procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Maxwell Ladir Vieira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder de Sousa.

DECISÃO

Das Preliminares

Da Nulidade Arguida

Alega a Impugnante que a fundamentação legal do crédito tributário não lhe possibilita saber exatamente qual parte do ordenamento jurídico foi contrariada por ela, havendo ainda imprecisão na relação dos dispositivos legais infringidos.

Esclareça-se que, os dispositivos legais relacionados no Auto de Infração guardam total relação com os fatos ocorridos e praticados pela Impugnante. Como exemplo cita-se o art. 16 da Lei nº 6.763/75, o qual dispõe que são obrigações do contribuinte emitir documentos fiscais na forma regulamentar. Tal ato, descrito na norma tributária, fora descumprido pela Impugnante ao praticar cancelamentos indevidos de abastecimentos quando o Ato COTEPE nº 021/2010 determina que somente podem ser cancelados itens do cupom fiscal ou o próprio cupom fiscal, conforme demonstrado no Relatório do Auto de Infração às fls.13 a 23.

O inciso VII do citado art. 16 determina que o contribuinte exija do remetente o documento fiscal correspondente à operação realizada e, mais uma vez, verifica-se que a Impugnante o desrespeitou, pois se constatou que ela deu entrada de mercadorias em seu estabelecimento sem os devidos documentos fiscais para acobertá-las. Portanto o referendado inciso guarda, também, total relação com fatos relacionados no Auto de Infração.

Por outro lado, o inciso IX do art. 16 impõe ao contribuinte o dever de pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados na legislação tributária e, conforme demonstrado nos autos à fl. 03, a Impugnante deixou de pagar ICMS, portanto, descumpriu o que ali está determinado.

Por fim, a Portaria SRE nº 068/02 dispõe sobre as regras de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF e, como demonstrado no Relatório Fiscal, a Impugnante descumpriu por completo o que ali está determinado, logo, essa norma também guarda total relação com fatos relacionados nos autos.

Vê-se, assim, que as alegações da Impugnante não procedem, estando o trabalho fiscal em perfeita harmonia com que determina o art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03/03/08.

Alega a Impugnante que não fora especificado o período a que se refere o ICMS supostamente devido e suas respectivas multas, sendo essas informações imprescindíveis ao desdobramento do procedimento fiscal. Meramente protelatória tal alegação, uma vez que em sua própria Impugnação, à fl. 3.113, logo no primeiro parágrafo, ela retrata que a Fiscalização realizou diligência junto à empresa, efetivando leitura e gravação da memória fiscal e memória de fita detalhe de equipamento ECF, referente ao período de 16/03/12 a 31/03/13. Não bastasse a própria Impugnante reconhecer tal fato, o Relatório do Auto de Infração, à fl. 03, destaca que os dados capturados e armazenados em arquivo eletrônico da memória fiscal e memória de fita detalhe de equipamento ECF referem-se ao período de 16/03/12 a 31/03/13.

Ainda, em preliminar, a Impugnante estranha o fato de a Fiscalização, após tantas visitas efetuadas na empresa, detectar suposta entrada de combustíveis sem emissão dos respectivos documentos fiscais, sendo que nas fiscalizações anteriores não fora detectado nenhuma irregularidade. Nesse ponto, destaca-se que o fato de a Impugnante ter sido acompanhada pela Fiscalização em visitas ao seu estabelecimento, para verificação dos estoques, não invalida o trabalho de que trata os autos, pois esse compreende a leitura e gravação da memória fiscal e memória de fita detalhe de ECF, confrontando-se com as notas fiscais de entrada e os lançamentos de estoques iniciais e finais de cada produto lançados no LMC.

A Impugnante levanta a possibilidade de alteração dos dados constantes nos arquivos eletrônicos gerados e apreendidos, de forma deliberada ou por um simples erro humano. Ao levantar tal possibilidade, a Impugnante não mostra onde os arquivos poderiam ter sido manipulados ou alterados de forma a se ter uma interpretação errada dos dados constantes nos arquivos eletrônicos que deram origem ao trabalho fiscal. Outro aspecto que a Impugnante parece desconhecer é o fato de que, ao se fazer a leitura e gravação da memória fiscal e memória de fita detalhe do ECF utilizado pela empresa, foi gerada a assinatura digital de tais arquivos (MD-5), conforme demonstrado no Anexo I, fls. 26 e 27 dos autos. Mais uma vez, descabida a alegação da Impugnante.

Quanto à nulidade arguida referente à aplicação das multas de revalidação e isolada, verifica-se que se confunde com a matéria meritória e será analisada mais adiante.

Do Pedido de Perícia

Argumenta também a Impugnante que, o caso em questão comporta exame pericial.

Contudo, confrontando os quesitos arrolados pela Impugnante, tem-se que as questões suscitadas para perícia já estão, de fato, respondidas nos autos pela própria Fiscalização.

Assim, desnecessária a prova pericial para respondê-las como prevê o art. 142, §1º, inciso II, alíneas “a” e “c” do RPTA:

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for: a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...)

c) considerado meramente protelatório.

Requer a Impugnante o cancelamento dos autos em face dos supostos vícios em sua constituição. Contudo, restou demonstrado que inexistem vícios e que o trabalho fiscal foi realizado nos ditames do que determina a legislação tributária e nos termos do que determina o RPTA. Conclui-se, assim, que as preliminares arguidas são insuficientes para invalidar o lançamento.

Do Mérito

A Impugnante alega que o *software* utilizado por ela encontra-se homologado pelo Estado de Minas Gerais e, portanto, todas as funções habilitadas nesse *software* e no ECF são consideradas autorizadas e válidas. Ressalte-se, no entanto, que o art. 2º do Anexo VI do RICMS/02 determina que o Programa Aplicativo Fiscal Emissor de Cupom Fiscal - PAF-ECF deve atender aos requisitos estabelecidos em convênio específico, celebrado pelo CONFAZ e que a análise funcional seja feita por órgão técnico credenciado pela COTEPE/ICMS, existindo funções que podem ser geradas para fins de auditoria fiscal, podendo a Fiscalização, mesmo com o PAF-ECF homologado, verificar tais ocorrências.

A Impugnante alega que a Fiscalização não demonstrou que houve entrada desacobertada de documento fiscal, pois incluiu os cupons fiscais cancelados como vendas, o que gerou duplicidade de informações, elevando assim as suas saídas. Mas, o que de fato ocorreu é que a Impugnante cancelou abastecimentos de combustíveis, sendo que o art. 105 da Portaria SRE nº 068/02 e o requisito previsto no inciso XXXV, item 2 do Ato COTEPE nº 021/10 dispõem que somente poderão ser cancelados itens de cupom fiscal ou o próprio cupom fiscal. Para tanto, a Portaria SER nº 068/02 estabelece as regras que devem ser adotadas quando do cancelamento de documento fiscal emitido pelo ECF.

O trabalho fiscal desconsiderou os cancelamentos indevidos, incluindo-os como vendas, visto que os produtos saíram dos tanques de combustível. Cabe destacar que a Impugnante foi intimada a justificar os cancelamentos ocorridos, porém ela nada apresentou.

Outro ponto que merece ser observado é o fato de que o Ato COTEPE nº 021/10 estabelece que o PAF-ECF deve adotar, no mínimo, um dos procedimentos abaixo descritos ao ser reiniciado, na hipótese de interrupção ou impedimento de uso durante a emissão do cupom fiscal:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) recuperar, na tela de registro da venda, os dados contidos no cupom fiscal em emissão no ECF e comandar o prosseguimento de sua impressão, mantendo o sincronismo entre os dispositivos;

b) cancelar automaticamente o cupom fiscal em emissão no ECF;

c) acusar a existência de cupom fiscal em emissão no ECF, impedindo o prosseguimento da operação e a abertura de novo documento, devendo disponibilizar, como única opção de operação possível, o cancelamento do cupom fiscal em emissão.

Contudo, a Impugnante, ao cancelar por diversas vezes abastecimentos pendentes, não obedeceu tais determinações legais.

Ademais, vale destacar que na atividade de posto revendedor de combustíveis é quase impossível o cancelamento de um abastecimento realizado na pista de abastecimento, pois seria necessária a retirada do combustível do tanque do veículo abastecido, uma vez que o combustível já se encontrava dentro do tanque do cliente. Devendo ainda, o posto revendedor, emitir nota fiscal de entrada referente ao volume abastecido para retornar ao tanque de armazenamento, o que não foi demonstrado pela Impugnante.

A Impugnante afirma, também, que houve falha na fiscalização ao trabalhar as informações capturadas e armazenadas em arquivo eletrônico, distorcendo-as de forma a gerar uma hipotética entrada de combustíveis desacobertada de documento fiscal. Contudo, o trabalho fiscal não se baseou apenas nos dados armazenados na memória fiscal e memória de fita detalhe do equipamento emissor de cupom fiscal, sendo levantadas, também, as vendas realizadas pela Impugnante, cupom a cupom, os estoques iniciais e finais lançados no LMC, referentes ao período analisado, apurando-se entrada desacobertada de documento fiscal de 40.980 litros de gasolina comum, 8.816 litros de etanol e 11.152 litros de óleo diesel. Esclarece-se assim que não houve falha na fiscalização, as informações capturadas foram trabalhadas e demonstradas corretamente.

Alega, também, que a Portaria do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC nº 26, de 13/11/92, em seu art. 5º, considera como aceitável a perda do estoque físico de combustível até 0,6%, devendo esse percentual ser considerado no aspecto fiscal. Incabível, no entanto, tal pretensão. Esclareça-se que citado dispositivo diz respeito ao limite tolerável para meio ambiente. Não é direito do contribuinte e não tem qualquer interferência no levantamento fiscal realizado no estabelecimento do contribuinte.

Outro ponto levantado pela Impugnante é o fato de o Auto de Infração indicar o art. 55, inciso II, alínea "a" e o art. 56, inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75, afirmando que os dois incisos são colidentes entre si. Entretanto, tal alegação não procede, pois o art. 55, inciso II prevê penalidade por dar saída a mercadoria, entregá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, devendo-se aplicar a multa de 40% ou 20%, dependendo do caso, sobre o valor da operação, também denominada de Multa Isolada. Por outro lado, o art. 56, inciso II prevê penalidade de 50% do valor do imposto, quando não se tratar de mercadoria sujeita a substituição tributária. Em se tratando de mercadoria sujeita à substituição tributária, a

penalidade aplicável será em dobro, ou seja, de 100%; é o que prevê o § 2º, inciso III do mesmo artigo, denominando-se essa de Multa de Revalidação.

As multas foram exigidas na forma da legislação tributária estadual, sendo cobradas conforme a natureza da infração cometida. Percebe-se que tais penalidades possuem naturezas distintas e têm como referência valores diversos. A multa de revalidação refere-se a descumprimento de obrigação principal exigida em razão do não recolhimento do imposto não recolhido no todo ou em parte, enquanto que a multa isolada aplica-se sobre descumprimento de obrigação acessória.

Segundo o entendimento exarado pela Coordenação do Sistema de Tributação da então Secretaria da Receita Federal no Parecer Normativo nº 61/79, “punitiva é aquela penalidade que se funda no interesse público de punir o inadimplente. É a multa proposta por ocasião do lançamento. É aquela cuja aplicação é excluída pela denúncia espontânea a que se refere o art. 138 do Código Tributário Nacional - CTN, onde o arrependimento oportuno e formal da infração faz cessar o motivo de punir”.

Por outro lado, a multa de natureza compensatória destina-se, diversamente, não a afligir o infrator, mas a compensar o sujeito ativo pelo prejuízo suportado em virtude do atraso no pagamento que lhe era devido. É penalidade de caráter civil, posto que comparável à indenização prevista no direito civil. Em decorrência disso, nem a própria denúncia espontânea é capaz de excluir a responsabilidade por esses acréscimos, via de regra, chamados moratórios.

Nesse sentido é o entendimento de abalizada doutrina.

Para Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Derzi, 11ª ed., p. 759), as penalidades compreendem as infrações, relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e as infrações apuradas em autuações, de qualquer natureza (multas moratórias ou de revalidação) e as infrações aos deveres de fazer ou não fazer, chamados acessórios (às quais se cominam multas específicas).

Na lição de RICARDO LOBO TORRES (in Curso de Direito Financeiro e Tributário, 6ª ed., p. 277-278):

"As penalidades pecuniárias e as multas fiscais não se confundem juridicamente com o tributo. A penalidade pecuniária, embora prestação compulsória, tem a finalidade de garantir a inteireza da ordem jurídica tributária contra a prática de ilícitos, sendo destituída de qualquer intenção de contribuir para as despesas do Estado. O tributo, ao contrário, é o ingresso que se define primordialmente como destinado a atender às despesas essenciais do Estado, cobrado com fundamento nos princípios da capacidade contributiva e do custo/benefício."

O Professor Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 2002, p. 417), ao discorrer sobre ilicitude e sanção tributária, destaca que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“ilícito administrativo tributário é o comportamento que implica inobservância de norma tributária. Implica inadimplemento de obrigação tributária, seja principal ou acessória”.

“Sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a este cominada”.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 08/10/13. ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Eduardo de Souza Assis e Guilherme Henrique Baeta da Costa.

Sala das Sessões, 15 de outubro de 2013.

Antônio César Ribeiro
Presidente / Revisor

Maria Vanessa Soares Nunes
Relatora

D