

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.233/13/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000194237-38
Impugnação: 40.010134494-51
Impugnante: Derivados de Petróleo São Paulo Ltda - EPP
IE: 702984152.00-02
Proc. S. Passivo: Hersey de Oliveira/Outro(s)
Origem: DFT/Uberlândia

EMENTA

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). Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXVI c/c o § 3º do mesmo dispositivo, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, ambos da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA ESTOQUE DESACOBERTADO - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada a existência de estoque de etanol desacobertado de documento fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c o disposto no § 1º do mesmo dispositivo e majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS LUBRIFICANTES /SIMILARES - ENTRADA DESACOBERTADA - MANIPULAÇÃO DE ENCERRANTES. Constatada a entrada de etanol desacobertada de documento fiscal, apurada mediante a constatação de violação de instrumentos de medição de volumes com a redução dos encerrantes. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre:

a) manipulação dos encerrantes (redução) de bombas de abastecimento de álcool combustível;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) estoque de álcool combustível desacobertado de documento fiscal, apurado mediante Levantamento Quantitativo;

c) entrada de álcool combustível desacobertada de documento fiscal, apurada em decorrência da redução dos encerrantes dos bicos de abastecimento “07” e “10”.

Foram exigidas as parcelas de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c com o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multas Isoladas capituladas nos arts. 54, inciso XXVI, majorada em 50% (cinquenta por cento) e 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento), sendo que a multa em decorrência da apuração de estoque desacobertado está ajustada ao disposto no art. 55, § 1º, todos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 139/140, alegando, em apertada síntese, que:

- há cerceamento de defesa porque as intimações não foram entregues, pessoalmente, aos sócios da empresa, que só vieram tomar ciência das notificações ao final do prazo para impugnação;

- as provas produzidas nos autos não observaram o devido processo legal, haja vista que não foi devidamente comprovada a materialidade da irregularidade, bem como não foi realizado o necessário exame pericial para se apurar a mencionada alteração dos encerrantes ou dispositivos totalizadores, nem tão pouco se apurou as causas destas diferenças, que podem ter ocorrido em virtude de vários fatores;

- a diferença nos totalizadores nem sempre ocorre por intervenção dolosa de quem opera os equipamentos e que, no caso do autos, a empresa não alterou dolosamente os encerrantes, os quais se deram por outros fatores e causas que devem ser apuradas.

Requer, ao final, a procedência da peça de Defesa.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em Manifestação de fls. 152/159, refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 164/173, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento para que sejam excluídas as exigências relativas à acusação de entrada de mercadoria sem documento fiscal.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, em parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações de estilo.

Das Preliminares

Alega a Impugnante, em sede de preliminar, que as intimações inerentes a este processo não foram entregues pessoalmente aos sócios da empresa, resultando em cerceamento de defesa, uma vez que somente tomaram ciência do teor das notificações e intimações quando o prazo para a tomada das correlatas providências já estava se esgotando.

Aduz, ainda, que as provas produzidas nos autos não observaram o devido processo legal, haja vista que não foi devidamente comprovada a materialidade da irregularidade, bem como não foi realizado o necessário exame pericial para se apurar a mencionada alteração dos encerrantes ou dispositivos totalizadores, deixando o Fisco de apurar as causas das alterações dos encerrantes.

Afirma, também, que não participou de forma dolosa e consciente em qualquer eventual alteração de dados ocorrida nos totalizadores de volume das bombas de combustível.

Sem razão, no entanto a Defesa. Com efeito, a escolha da modalidade de intimação é uma prerrogativa do Fisco, a teor do que dispõe o art. 10 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

Optando-se, como no presente caso, pela intimação por via postal, aplica-se o disposto no art. 12, inciso II, alínea “a” do RPTA, que assim prescreve:

Art. 12. As intimações dos atos do PTA serão consideradas efetivadas:

(...)

II - em se tratando de intimação por via postal com aviso de recebimento:

a) na data do recebimento do documento, por qualquer pessoa, no domicílio fiscal do interessado, ou no escritório de seu representante legal ou mandatário com poderes especiais, ou no escritório de contabilidade autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais;

Além do mais, como bem destacou o Fisco, se a reclamação decorre de falta de tempo suficiente para elaboração da Impugnação, tal hipótese não se confirma, haja vista que, embora o Aviso de Recebimento (AR) tenha sido assinado por terceiro em 20/06/13, o que não invalida a intimação, o representante da Autuada, signatário da Impugnação, tivera o conhecimento da autuação em 25/06/13, conforme demonstra a ação de cobrança efetuada pela Divisão de Cobrança da AF/Uberlândia (fls. 137).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante assinalar que a pessoa que assina o AAD - Auto de Apreensão e Depósito e os Termos de Leitura e Gravação de Memória de Equipamento de Automação em Posto Revendedor é pessoa qualificada como sócio da Impugnante e assina a presente Impugnação.

Além do mais, na peça de Defesa há a demonstração clara de que a Autuada possui conhecimento das acusações fiscais, em especial no tocante à manipulação dos encerrantes.

Dessa forma, reputa-se válida a intimação do Auto de Infração.

Relativamente à materialização da manipulação dos encerrantes, não obstante tratar-se de questão de mérito, cumpre destacar que a apuração realizada pelo Fisco, a partir dos relatórios com extensão "LOG" gerados pelos equipamentos eletrônicos e capturados a partir da memória do equipamento concentrador CBC 04, encontra-se largamente demonstrada nos autos.

Nesse caso, se a Impugnante discorda da apuração fiscal, caberia a ela fazer prova em sentido contrário.

No tocante à ausência de dolo na manipulação dos encerrantes, cumpre destacar que o ilícito é de natureza formal, não comportando análise da intenção do agente.

Assim, rejeitam-se as prefaciais arguidas pela Defesa da Autuada.

Do Mérito

A autuação versa sobre manipulação dos encerrantes (redução) de bombas de abastecimento de álcool combustível, estoque desacobertado e entrada de álcool combustível desacobertada de documento fiscal.

a) Manipulação dos encerrantes (redução) de bombas de abastecimento de álcool combustível.

Frise-se, inicialmente, que a regulação do sistema de segurança das bombas medidoras e dos equipamentos para distribuição de combustíveis líquidos encontra-se posta nos arts. 390 e 391 do Anexo IX do RICMS/02, com a seguinte redação:

Art. 390 - Será aplicado, no totalizador de volume das bombas medidoras e dos equipamentos para distribuição de combustíveis líquidos, sistema de segurança constituído de:

I - placa de vedação, conforme modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), confeccionada em material transparente e retangular, fixada com dois parafusos nas laterais, a ser adaptada na parte frontal do totalizador de volume;

II - lacre da Secretaria de Estado da Fazenda (dispositivo assegurador da inviolabilidade), a ser apostado nos parafusos de fixação da placa de vedação e nos parafusos de fixação do gabinete da bomba, que terá as seguintes características:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a - será confeccionado em polipropileno, plástico, náilon ou acrílico;

b - terá fechadura, constituída por cápsula oca, com travas internas, na qual se encaixa a parte complementar que lhe dá segurança;

c - conterá gravação do logotipo da Secretaria de Estado da Fazenda em uma das faces da cápsula;

d - conterá gravação do número de ordem dos lacres em uma das faces da lingueta.

Parágrafo único - Os dispositivos de segurança somente serão afixados pelos funcionários da Secretaria de Estado da Fazenda.

Art. 391 - O contribuinte possuidor de bomba medidora ou de equipamento para distribuição de combustíveis líquidos deverá:

I - comunicar, previamente, à Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito:

a - a necessidade de intervenção no totalizador de volume;

b - a instalação ou a substituição de bombas medidoras ou de equipamento para distribuição de combustíveis;

II - enviar cópia reprográfica do relatório de manutenção dos serviços prestados, na hipótese de intervenção nos totalizadores de volume, no prazo de 5 (cinco) dias, contado do término dos serviços, contendo:

a - marca e número de série da bomba medidora ou do equipamento para distribuição de combustíveis;

b - descrição sucinta das tarefas executadas;

c - número dos lacres substituídos e dos substitutos;

d - indicação quantitativa volumétrica do totalizador de volume do início e do término da intervenção;

III - na hipótese de remoção de bomba medidora ou de equipamento para distribuição de combustíveis, registrar a indicação quantitativa volumétrica do totalizador de volume no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) ou no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO), bem como comunicar, previamente, o fato à AF a que estiver circunscrito, para fins de recolhimento do sistema de segurança.

§ 1º - Excepcionalmente, diante da impossibilidade da comunicação de que trata o inciso I do caput deste artigo, a mesma deverá ser efetuada no 1º (primeiro) dia útil subsequente à intervenção, substituição ou instalação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Os lacres da Secretaria de Estado da Fazenda e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) somente poderão ser rompidos na hipótese de o seu rompimento tornar-se imprescindível à intervenção técnica por empresa de assistência credenciada pelo Instituto de Pesos e Medidas do Estado de Minas Gerais (IPEM/MG) ou por órgão da Rede Nacional de Metrologia Legal (RNML).

§ 3º - Os procedimentos relativos à implementação e à fiscalização do sistema de segurança serão disciplinados mediante portaria conjunta da Superintendência de Fiscalização (SUFIS) e do IPEM/MG.

Como bem destaca o Fisco no Relatório do Auto de Infração, os totalizadores de volumes (encerrantes) devem acumular os volumes de saídas de cada um dos combustíveis, sendo que os quantitativos dos encerrantes são utilizados para preenchimento do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e para a escrituração fiscal dos volumes comercializados.

Em caso de fraude nos dispositivos eletrônicos torna-se possível a adulteração do real volume de combustível comercializado, possibilitando a manipulação das entradas e saídas de combustíveis, com o retorno ou ajuste dos encerrantes.

Nos termos da legislação tributária, o estabelecimento revendedor varejista de combustível deve operar com programa aplicativo fiscal emissor de cupom fiscal, o PAF-ECF, com o sistema de bombas de abastecimentos interligado ao computador, mantendo-se a integridade das informações captadas e armazenadas nos equipamentos concentradores, de modo a impossibilitar a adulteração das informações, conforme dispõe o requisito XXXV, itens 1-a e 1-b do ATO COTEPE/ICMS nº 21, de 17/06/10, *in verbis*:

"O PAF-ECF deve funcionar integrado com o sistema de bombas abastecedoras interligadas a computador, devendo ainda:

a) armazenar os dados capturados das bombas mantendo banco de dados destas informações conforme Requisito XXXII e atribuindo a cada registro de abastecimento capturado os seguintes "status":

a1) PENDENTE: status inicial do registro no momento da captura que deve ser mantido até que ocorra uma das situações previstas nas alíneas a2, a3 ou a4 deste item;

a2) EMITIDO CF: status que deve ser assumido quando ocorrer a emissão do Cupom Fiscal relativo ao respectivo abastecimento;

a3) EMITIDA NF: status que deve ser assumido quando ocorrer a emissão relativa ao respectivo abastecimento de Nota Fiscal manualmente ou por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PED, no caso previsto nos itens 1b e 1c do Requisito XVII;

a4) AFERIÇÃO: status que deve ser assumido quando ocorrer o registro da informação de que o registro de abastecimento se refere à retirada de combustível para aferição da bomba/bico com posterior devolução do volume retirado ao tanque, devendo o PAF-ECF disponibilizar função para registrar tal informação.

b) manter a integridade das informações captadas das bombas e armazenadas nos equipamentos concentradores, assegurando a impossibilidade de que as mesmas sejam adulteradas;"

Mediante diligências fiscais realizadas no período de 14 a 19/03/13, o Fisco apreendeu arquivos eletrônicos da memória do equipamento concentrador (CBC 04, série 4443), referentes aos dados de abastecimentos de combustíveis armazenados no período de 11 a 18/03/13.

Após a análise dos dados armazenados na memória de automação do equipamento "CBC 04", apurou o Fisco a prática de manipulação dos encerrantes dos bicos "07" e "10", destinados à comercialização de etanol.

Conforme quadro demonstrativo de fls. 09/11, apurou o Fisco 8 (oito) manipulações no bico "07" e 10 (dez) manipulações no bico "10", no período de 11 a 14/03/13, enquanto no período de 14 a 18/03/13 foram apuradas 7 (sete) manipulações no bico "07" e outras 8 (oito) no bico "10".

As manipulações resultam em redução dos encerrantes, quando comparados com os registros anteriores, hipótese autorizada somente por ocasião do esgotamento de capacidade de armazenamento, conforme explica o Fisco às fls. 07 dos autos.

Para apurar as diferenças, o Fisco elaborou o "Anexo IV", com os dados da leitura de automação do equipamento "Companytec CBC 04" (fls. 30/114), para em seguida apurar as diferenças lançadas no Relatório Fiscal (fls. 09/11).

Com efeito, a análise dos dados demonstra, por exemplo, que o encerrante do registro "0008" de 11/03/13 (21:57 hs) é 341.310,40, enquanto o registro "0010", emitido na mesma data (22:25 hs) é de 340.962,82, resultando na diferença de 347,58 litros apurada pelo Fisco.

Assim, concluiu o Fisco pela existência de 33 (trinta e três) manipulações dos encerrantes, o que o levou à aplicação da penalidade prevista no art. 54, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75 c/c o disposto no § 3º do mesmo dispositivo, que assim dispõem:

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:

(...)

XXVI - por reduzir ou mandar reduzir totalizador geral de ECF, ressalvadas as reduções por defeito técnico e sua reinicialização nos casos previstos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

na legislação tributária - 15.000 (quinze mil) UFEMGs por infração;

(...)

§ 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.

(...)

Conforme demonstrativo do crédito tributário de fls. 13, apurou o Fisco a existência de uma reincidência para o ato praticado pela Autuada, conforme PTA nº 01.000171540-71, cujo ato de revelia foi lavrado em 30/11/11 (fls. 124 e 127), resultando na majoração da multa isolada em 50% (cinquenta por cento).

Restando absolutamente comprovadas as manipulações dos encerrantes, a única defesa trazida pela Impugnante diz respeito à ausência de participação dolosa e intencional na alteração dos dados dos totalizadores dos equipamentos.

Aplica-se ao caso a regra prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional - CTN, por se tratar de infração formal, que não demanda análise no tocante à intenção do agente, sendo suficiente a constatação dos fatos.

Como visto no relatório do Auto de Infração, não há como negar a ocorrência das reduções dos totalizadores. Fato esse não negado pela Defesa, até mesmo pela impossibilidade de fazer a contraprova.

Por tudo, revela-se correta a imputação da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVI c/c o disposto no § 3º do mesmo dispositivo, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, ambos da Lei nº 6.763/75.

b) Estoque de álcool combustível desacobertado de documento fiscal, apurado mediante Levantamento Quantitativo.

Constatou o Fisco a existência de estoque de etanol desacobertado de documento fiscal, apurado mediante Levantamento Quantitativo, compreendendo o período de 18 a 19/03/13, conforme item 2.1 do Relatório Fiscal (fls. 14).

Para apuração do estoque desacobertado, o Fisco confrontou o estoque medido nos tanques de álcool na data de 19/03/13, às 06h55min (docs. de fls. 116/117) com o estoque escritural apurado mediante a diferença do estoque inicial do dia 18/03/13, lançado no LMC, com as vendas ocorridas entre os dias 18 e 19/03/13, esta até a contagem física.

O cálculo da diferença e do crédito tributário relativo a esse item encontra-se demonstrado nos quadros de fls. 14 e 15 dos autos.

Para esse item, são exigidos o ICMS/ST, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II c/c o disposto no § 1º do mesmo dispositivo, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante não contesta o lançamento e, analisando a apuração realizada pelo Fisco, não se vislumbra qualquer mácula no lançamento.

No tocante à multa isolada, ao calcular o valor da exigência, apurou o Fisco um valor menor que 500 (quinhentas) UFEMGs, razão pela qual aplicou o disposto no § 1º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

(...)

§ 1º A prática de qualquer das infrações previstas neste artigo ensejará aplicação das penalidades nele estabelecidas em valor nunca inferior a 500 (quinhentas) UFEMGs.

(...)

Registre-se, ainda, que as telas do SICAF de fls. 125/126 e 129/131 comprovam a prática de duas reincidências, justificando a majoração da multa isolada em 100% (cem por cento), nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

Corretas, portanto, as exigências fiscais.

c) Entrada de álcool combustível desacobertada de documento fiscal, apurada em decorrência da redução dos encerrantes dos bicos “07” e “10”.

Imputa o Fisco a ocorrência de entrada de etanol desacobertada de documentação fiscal, em face da constatação de que no período de 11 a 19/03/13 a Autuada reduziu os encerrantes dos bicos “7” e “10” das bombas de abastecimentos de etanol.

As exigências são do ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei nº 6.763/75.

Como visto no item anterior, a majoração da multa isolada decorre da constatação de duas reincidências, devidamente comprovadas, conforme telas do SICAF de fls. 125/126 e 129/131, o que justifica a aplicação do disposto nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei nº 6.763/75.

A diferença em litros detectada na redução dos encerrantes das bombas de combustíveis, apontada nas planilhas do Anexo IV (fls. 30/114) e consolidada nos quadros de fls. 09/11, constitui a quantidade apurada de produto tida como desacobertada de documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, o entendimento do Fisco de que a conduta da Autuada de reduzir os encerrantes das bombas de abastecimento de etanol visa encobrir as entradas de etanol desacobertas de documentação fiscal decorre de um raciocínio lógico, porquanto, de fato, só se justifica a manipulação dos encerrantes, no caso dos postos revendedores de combustíveis, para camuflar as entradas desacobertas, já que o imposto deve ser recolhido por substituição tributária na operação anterior e não nas saídas dos produtos do estabelecimento varejista.

Ademais, a apuração procedida pelo Fisco, em que considerou que cada redução de encerrantes apurada corresponde a quantidade de litros de etanol que entrou desacoberta de documento fiscal, conforme demonstrado nos quadros de fls. 09/11, é um procedimento idôneo com respaldo no que estabelece o *caput* do art. 194, Parte Geral do RICMS/02, *verbis*:

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

Assim, não há nenhuma impropriedade na forma adotada pelo Fisco para se apurar as entradas desacobertas de documentos fiscais do etanol, estando corretas as exigências fiscais constantes nesse item do Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para excluir as exigências relativas à acusação de entrada de mercadoria sem documento fiscal. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além do signatário e da Conselheira vencida, os Conselheiros Orias Batista Freitas e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 26 de novembro de 2013.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.233/13/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000194237-38	
Impugnação:	40.010134494-51	
Impugnante:	Derivados de Petróleo São Paulo Ltda - EPP	
	IE: 702984152.00-02	
Proc. S. Passivo:	Hersey de Oliveira/Outro(s)	
Origem:	DFT/Uberlândia	

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa a presente autuação acerca das seguintes imputações fiscais:

- 1) manipulação dos encerrantes (redução) de bombas de abastecimento de álcool combustível;
- 2) estoque de álcool combustível desacobertado de documento fiscal, apurado mediante Levantamento Quantitativo;
- 3) entrada de álcool combustível desacobertada de documento fiscal, apurada em decorrência da redução dos encerrantes dos bicos “07” e “10”.

Exigências das parcelas de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c com o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multas Isoladas capituladas nos arts. 54, inciso XXVI, majorada em 50% (cinquenta por cento) e 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento), sendo que a multa em decorrência da apuração de estoque desacobertado está ajustada ao disposto no art. 55, § 1º, todos da Lei n.º 6.763/75.

A divergência entre o presente voto e a decisão majoritária limita-se à terceira imputação fiscal que, na mesma linha do bem elaborado o parecer da Assessoria do CC/MG, acredito não deva prevalecer. Assim, este voto apenas tratará dessa parte.

No caso específico da imputação fiscal descrita no item 3 acima, imputa o Fisco a ocorrência de entrada de etanol desacobertada de documentação fiscal, exigindo-se em decorrência as parcelas de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, todos da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A majoração da multa isolada decorre da constatação de duas reincidências, devidamente comprovadas, conforme telas do SICAF de fls. 125/126 e 129/131, o que em tese justifica a aplicação do disposto nos §§ 6º e 7º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75.

A justificativa para as exigências foram assim narradas pelo Fisco:

“Constatada as voltas de encerrantes nos bicos de abastecimento de combustível “07” e “10” de etanol, no período de 11/03/2013 a 18/03/2013, conclui-se que o autuado praticou, além da infração tipificada no Art. 54, Inciso XXVI, Parágrafo 3º da Lei 6763/75, entrada desacobertada de documento fiscal no montante de 14.216,18 litros de etanol, implicando em falta de recolhimento de ICMS/ST no valor de R\$ 5.864,30, conforme demonstrativo de crédito tributário 2.”

“O montante de 14.216,18 litros de etanol, correspondente às entradas desacobertadas de documento fiscal, obtém-se ao somarmos os valores absolutos correspondentes às voltas de encerrantes no período de 11/03/2013 a 18/03/2013, como demonstrado abaixo.”

Não obstante a possibilidade de que a acusação fiscal tenha de fato ocorrido, não restou demonstrado nos autos a apuração via levantamento quantitativo que pudesse materializar a acusação fiscal.

Veja-se que não se trata aqui de ater-se a uma hierarquia de provas, mas sim a buscar a sistemática de apuração do crédito tributário que levaria à certeza e liquidez necessárias para formalizá-lo.

O lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Proceder nos termos da lei, na hipótese de lançamento tributário e nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, é se pautar nos seguintes passos:

- 1 – verificar a ocorrência do fato gerador;
- 2 – determinar o crédito tributário;
- 3 – calcular o imposto devido;
- 4 – identificar o sujeito passivo;
- 5 – identificar a penalidade (propor a penalidade a ser aplicada de acordo com a norma legal própria).

Nos presentes autos, verifica-se que nem todos esses passos foram seguidos, uma vez que o crédito apurado em relação às entradas desacobertadas não ficou perfeitamente materializado.

Veja-se que a simples constatação de voltas de encerrantes nos bicos de abastecimento de combustível “07” e “10” de etanol, apresenta um forte indício, mas não a certeza que a Impugnante tenha praticado entrada desacobertada de documento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As presunções admitidas em Direito Tributário são aquelas expressamente previstas na legislação, o que não é o caso em tela.

Surgindo situações que conduzam o Fisco à conclusão de ocorrência do fato gerador faz-se imperioso que esse busque demonstrar com clareza e certeza que a partir desses indícios, houve materialização do fato. Além disso, deve ainda o Fisco comprovar que o resultado da omissão ou do vício da documentação implicou em completa impossibilidade de descoberta direta da grandeza manifestada pelo fato jurídico para se utilizar de presunções.

Assim, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas às entradas desacobertas, uma vez que não tendo o Fisco desenvolvido o roteiro específico para a constatação do que se acusa prejudicou a certeza e liquidez do crédito tributário.

Certo é que, em decorrência da presunção de legitimidade do ato administrativo, o lançamento deve se mostrar líquido e certo, o que não acontece com a acusação ora em análise.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas à acusação de entrada de mercadoria sem documento fiscal.

Sala das Sessões, 26 de novembro de 2013.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira**