

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.310/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169616-91
Impugnação: 40.010129693-97
Impugnante: Lava Car Guarará Ltda
IE: 001037883.00-58
Proc. S. Passivo: Marcos Almeida Junqueira Reis/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, por meio de levantamento quantitativo, procedimento previsto no art. 194, inciso II da Parte Geral do RICMS/02, que a Autuada promoveu entrada de gasolina comum sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária, sem o devido acobertamento fiscal. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, III e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a, majorada em 100%, nos termos do art. 53, § 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAIDA DESACOBERTADA – CONCLUSÃO FISCAL. Constatado, mediante conclusão fiscal, saída de gasolina comum desacobertada de documentação fiscal. Exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, alínea “a, majorada em 100%, nos termos do art. 53, § 6º e 7º, ambos da Lei nº 6.763/75. Mantida a penalidade exigida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – SAIDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, saída de gasolina comum desacobertada de documentação fiscal. Exigência apenas da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, majorada em 100%, nos termos do art. 53, § 6º e 7º, ambos da Lei nº 6.763/75. Mantida a penalidade exigida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - UTILIZAÇÃO/FORNECIMENTO DE PROGRAMA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - Constatada, mediante confronto entre os dados constantes de documentos fiscais e aqueles do relatório geral de encerrantes, a utilização pela Autuada de programa aplicativo fiscal, para uso em Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em desacordo com o Ato Cotepe ICMS nº 21/10. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – MANIPULAÇÃO DE ENCERRANTES. Constatado o retorno dos instrumentos de medição de volume exigidos e controlados pelo Fisco (encerrantes). Exige-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXVI e § 3º, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime

RELATÓRIO

Versa a autuação sobre as seguintes irregularidades:

1) entrada de 5.741,9 litros de gasolina comum sem documentação fiscal e sem recolhimento do ICMS-ST, detectada através de levantamento quantitativo. Exige-se ICMS-ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56 inciso II, § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II, do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75. A penalidade isolada foi majorada em 100% por ser a Contribuinte reincidente por mais de uma vez, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei;

2) saída de 5.678,73 litros de gasolina comum, sem documentação fiscal e sem passar pelos encerrantes das bombas de combustíveis, no dia 01/01/11. Exige-se a Multa Isolada prevista na alínea “a”, do inciso II do art. 55, majorada em 100% (cem por cento) por ser a Contribuinte reincidente por mais de uma vez, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º ambos da Lei nº 6.763/75;

3) entrada de 1.369 litros de gasolina comum sem documentação fiscal, nos dias 31/12/10 e 30/01/11. Exige-se ICMS-ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso III e Multa Isolada prevista na alínea “a” do inciso II do art. 55 ambos da Lei nº 6.763/75. A penalidade isolada foi majorada em 100% (cem por cento) por ser a Contribuinte reincidente por mais de uma vez, nos termos do art. 53, § 6º e 7º da mesma lei;

4) saída de 804,75 litros de gasolina comum sem documentação fiscal e sem passar pelos encerrantes das bombas de combustíveis, conforme apurado em levantamento quantitativo, no dia 24/02/11. Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, majorada em 100% (cem por cento) por ser a Contribuinte reincidente por mais de uma vez, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º ambos da Lei nº 6.763/75;

5) utilização de Programa Aplicativo Fiscal PAF-ECF em desacordo com os requisitos específicos para postos revendedores de combustíveis, em especial o requisito XXXV do Anexo 1 do art. 1º do Ato/Cotepe/ICMS nº 21/10. Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVII da Lei nº 6.763/75;

6) adulteração, com o retorno dos encerrantes, dos bicos de abastecimento das bombas de combustíveis, número 2 de gasolina comum e número 4 de Etanol C, no final do dia 24/02/11. Exige-se a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXVI c/c § 3º, da Lei nº 6.763/75.

Infringências caracterizadas no art. 16, incisos VI, VII, IX e XIII e art. 25 caput, ambos da Lei 6.763/75; art. 96, incisos X, XVII e XIX e art. 2º, § 2º do Anexo VI, ambos do RICMS/02 e art. 130 da Portaria nº 068/08.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 54/63, requerendo, em preliminar, a nulidade do lançamento e, no mérito, que seja julgado improcedente o lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 73/83, contestando as razões de defesa, e postulando a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A tese da Impugnante relativa à nulidade do Auto de Infração por falta do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF), no momento da visita fiscal, não tem respaldo na legislação, conforme dissertação a seguir.

A atividade de comércio varejista de combustíveis e lubrificantes é uma atividade monitorada pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, não estando o Fisco obrigado a emitir AIAF para atividades de monitoramento conforme prevê o art. 66 do RPTA (Decreto nº 44.474/08). Transcreve-se:

Art. 66. A realização dos procedimentos fiscais auxiliares abaixo mencionados não caracteriza o início da ação fiscal:

I - monitoramento, assim considerada a avaliação do comportamento fiscal-tributário de sujeito passivo, de carteira de contribuintes ou de setor econômico, mediante o controle corrente do cumprimento de obrigações e análise de dados.

Outrossim, preceitua o art. 27 da Parte I 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.

Há de se observar, que após a ação de monitoramento, quando o Fisco detectou indícios de irregularidades, houve a emissão do AIAF 003.0010378830058.2011, fls. 02 dos autos, que foi recebido na data de 14/03/11.

Mencione-se que a Contribuinte atendeu, no prazo regulamentar, a intimação relativa ao AIAF enviando os documentos exigidos ao Fisco, nos termos do art. 70 do RPTA, *in verbis*:

Art. 70. O Auto de Início de Ação Fiscal será utilizado para solicitar do sujeito passivo a apresentação de livros, documentos, dados eletrônicos e demais elementos relacionados com a ação fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada.

A Impugnante questiona também a não apresentação da ordem de serviço (OS).

Certo é 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 O.S..

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco explica que na visita à Empresa, a O.S. 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. 02 dos autos;

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

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 pela Contribuinte.

No caso em tela, a Ordem de Serviço 08.100.093.291-32 foi emitida para que o Fisco cumprisse determinado procedimento de fiscalização no estabelecimento da Contribuinte, ora sujeito passivo do Auto de Infração.

O Fisco informa que este procedimento consta na descrição da atividade da seguinte forma: *Verificações fiscais nos documentos, instalações equipamentos e mercadorias para apuração do cumprimento das obrigações principal e acessórias.*

Reitera-se que este procedimento não significa um início de ação fiscal, mas uma verificação preliminar no estabelecimento. Se a Fiscalização não encontra indícios de irregularidades, este procedimento termina. Caso contrário, se a Autoridade Fiscal detectar indícios, inicia-se a ação fiscal com a emissão do AIAF.

Na hipótese dos autos, ao realizar este procedimento preliminar, o Fisco detectou que o programa aplicativo fiscal do equipamento emissor de cupom fiscal encontrava-se em desacordo com a legislação e apurou, ainda, que os livros de movimentação de combustíveis não se encontravam no estabelecimento.

Desta forma, não foi possível concluir o procedimento no momento da visita ao estabelecimento sendo necessário o início de uma ação fiscal, conforme já explicitado. Acrescente-se apenas que no AIAF, bem como no AI, constam o número da O.S. regularmente emitida.

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

Outro fato ensejador da nulidade do Auto de Infração constitui o entendimento de cerceamento de defesa, pois, segundo a Impugnante o item 6.5 do AI não explicita qual seria o programa utilizado e qual a infringência detectada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação refere-se à utilização de Programa Aplicativo Fiscal PAF-ECF em desacordo com os requisitos específicos para postos revendedores de combustíveis.

Verifica-se que no próprio texto do Auto de Infração, item 6.5, fl. 09, conta a informação de “detectada a infringência ao Ato/Cotepe/ICMS nº 21/10, art. 1º, Anexo 1 requisito XXXV”, que dispõe:

1	<p>O PAF-ECF deve funcionar integrado com o sistema de bombas abastecedoras interligadas a computador, devendo ainda:</p> <p>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":</p> <p>b) manter a integridade das informações captadas das bombas e armazenadas nos equipamentos concentradores, assegurando a impossibilidade de que as mesmas sejam adulteradas;</p> <p>c) quando do envio de comando para a emissão do documento Redução Z ao último ECF com movimento aberto no dia, enviar, imediatamente antes ou imediatamente após a emissão deste documento, conforme o comando tenha sido realizado até ou após às 02:00h do dia seguinte ao movimento, comando para impressão de um (1) Cupom Fiscal com meio de pagamento "dinheiro":</p> <p>d) possibilitar a impressão, comandada pelo usuário, de Relatório Gerencial, no ECF, denominado "ABASTECIMENTOS PENDENTES", onde serão impressos os seguintes dados capturados das bombas abastecedoras relativos aos registros de abastecimentos com status "PENDENTE":</p> <p>e) REVOGADO</p> <p>f) disponibilizar função, executada conforme item 12 do requisito VII (Menu Fiscal), que permita realizar a gravação de arquivo eletrônico do tipo texto (TXT), em conformidade com o leiaute e com as especificações estabelecidas no Anexo IX, contendo as seguintes informações relativas a cada abastecimento realizado:</p>
2	<p>Para o controle de abastecimentos pendentes previsto no item 1 deste requisito, ocorrendo o cancelamento de item no Cupom Fiscal ou cancelamento do Cupom Fiscal, o PAF-ECF deve retornar o status do registro relativo ao respectivo abastecimento para "PENDENTE".</p>

Por conseguinte, não há como acatar o alegado cerceamento de defesa. Foi possível à Empresa ter total ciência da irregularidade a ela imputada.

A Impugnante apresenta pedido de prova pericial, apresentando quesitos às fls. 62/63, por entendê-los necessário ao deslinde da questão.

Entretanto, como destaca a Autoridade Fiscal, o trabalho 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsabilidade do próprio Autuado. Disso, infere-se que as informações necessárias ao deslinde da contenda já se encontram nos autos, sendo desnecessário 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:

- a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

Isto posto, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

A autuação versa sobre as irregularidades de entradas de combustíveis desacobertas de documentação fiscal e sem o recolhimento do ICMS substituição tributária, saídas de combustíveis sem passar pelos bicos das bombas de combustíveis e sem documentação fiscal, utilização de programa aplicativo fiscal PAF-ECF em desacordo com a legislação e adulteração dos marcadores de volume (encerrantes) dos bicos das bombas de combustíveis, com o retorno dos encerrantes.

O procedimento utilizado pela Fiscalização para apuração da infração praticada pela Contribuinte, é tecnicamente idôneo e está previsto no art. 194, inciso 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.

A autuação se baseou no Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC utilizado pela Contribuinte. A respeito, frise-se que os livros fiscais fazem prova contra ou a favor da Contribuinte, nos termos do art. 226 do Código Civil.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Contribuinte alicerça sua defesa de mérito na existência de constantes picos de energia ocorridos no estabelecimento. Aduz que quando a energia retorna à normalidade, são geradas informações desencontradas entre o sistema contábil e a efetiva medição dos encerrantes. Acrescenta que a alteração na medição não gerou prejuízo ao Estado.

Contestando essa premissa, o Fisco destaca que a contagem física de mercadorias especifica tanto o encerrante mecânico quanto o eletrônico, conforme documento às fls. 26/27.

Não obstante, tendo em vista que o LMC era preenchido pela Contribuinte a partir dos dados do encerrante mecânico, o Fisco também partiu deste encerrante mecânico para efetuar o levantamento quantitativo, às fls. 08/09.

Cabe destacar que nos livros apresentados pela Contribuinte às fls. 35/37 deste Auto de Infração, os encerrantes de fechamento do dia 24/02/11 apresentavam valores inferiores que os verificados no momento da contagem física realizada às 10:44 hrs, conforme horário constante na leitura X do PAF/ECF, às fls. 32. Este fato demonstra a adulteração dos encerrantes mecânicos, após a ação fiscal.

Ilidida, pois, a tese de erros por problemas de pique de energia.

Pelo exposto acima, restaram-se caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração em comento.

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 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