

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.125/13/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000190323-56
Impugnação: 40.010134028-11
Impugnante: Sempre Comércio de Combustível Ltda
IE: 001033567.02-45
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - SAÍDA DESACOBERTADA – Constatado, mediante levantamento quantitativo, exercício aberto, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II, § 1º do RICMS/02, saída de combustíveis (gasolina comum), desacobertados de documentação fiscal. Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inc. II da mesma Lei, adequada ao § 1º do mesmo artigo, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES - ENTRADA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatado, mediante levantamento quantitativo, exercício aberto, procedimento idôneo previsto no art. 194, inciso II, § 1º do RICMS/02, entrada de combustíveis (álcool hidratado - AEHC – e gasolina comum), mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, desacobertados de documentação fiscal. Corretas as exigências de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro de acordo com o art. 56, inciso II, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mesma lei, adequada ao § 1º do mesmo artigo, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, todas apuradas mediante diversos levantamentos quantitativos, exercício aberto, ocorridas no período de 01/01/13 a 01/02/13:

1) saídas de gasolina comum desacobertadas de documentação fiscal, pelo que, exige-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei;

2) entradas de álcool hidratado (AEHC) e gasolina comum desacobertadas de documentação fiscal, pelo que, exige-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro de acordo com o art. 56, inciso II, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada

prevista no art. 55, inciso II da mesma lei, adequada ao § 1º do mesmo artigo, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

O processo foi instruído pelo Fisco com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 02); Auto de Infração - AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fl. 06); Relatório anexo ao AI com discriminação dos levantamentos quantitativos e demonstrativo do crédito tributário (fls. 07/18); Levantamento Quantitativo – Declaração de Estoque de Combustível (fls. 19/38); demonstrativo da reincidência (fls. 40/45); cópias das notas fiscais de aquisições (fls. 46/87) e cópia do livro de Movimentação de Combustível – LMC (fls. 89/192).

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e, por seu representante legal, Impugnação às fls. 195/209, onde alega, resumidamente, que:

- o Auto de Infração deve ser declarado nulo, em preliminar, pois foi amparado em procedimento carente de fundamentação legal;
- o Fisco não provou a ocorrência do fato gerador do imposto e penalidades, ou seja, baseou-se apenas em indício não comprovado, devendo ser declarada a nulidade do lançamento tributário em vista de patente impertinência do fundamento legal utilizado;
- todo lançamento tributário foi pautado em supostas diferenças apurado nos lançamentos de entrada e saídas de combustíveis;
- o Fisco não analisou os dados discriminados no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), onde se perceberia que nenhuma irregularidade ocorreu na entrada e saída de combustível e, ignorá-lo permite a conclusão equivocada e errônea;
- é incorreto o procedimento do Fisco para a apuração de eventual ilícito fiscal, visto que foi calcado em verificações de dados e lançamentos contábeis sem analisar dados constantes de livro auxiliar, o LMC;
- os combustíveis mencionados no Auto de Infração foram adquiridos por meio de notas fiscais, lançadas no LMC, o que comprova que não há diferença nos lançamentos de entrada e saída;
- o Fisco desprezou as quedas e perdas de estoque de combustíveis toleráveis e que perfazem a quantidade correspondente a 0,6% (seis décimos por cento) na apuração de venda de combustíveis, conforme a Portaria nº 26 de 13/11/92 do DNC;
- o Fisco violou o dever da busca da verdade e de investigação. Ou seja, não verificou o fato das entradas e saídas de combustíveis tenham realmente acontecido;
- o Fisco optou pelo uso da presunção, ao contrario de apurar se as diferenças por ele encontradas efetivamente não existiam, o que macula todo o procedimento fiscal;
- o lançamento foi pautado em meros indícios e simples presunções que não as legalmente permitidas e, entende ser precário na medida em que utilizou-se de critério carecedor de fundamentação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- é impossível a utilização da taxa Selic como taxa de juros moratórios incidentes sobre débitos de natureza fiscal;

- a taxa de juros para correção cabível seria a taxa de juros de 1% (um por cento) ao mês no cálculo dos débitos tributários e não, a taxa Selic.

Requer, ao final, que o lançamento seja julgado improcedente.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação às fls. 217/224, refuta os argumentos da Defesa e pede que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar de nulidade

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração alegando impropriedade do lançamento por falta de fundamentação legal que o ampare, tendo em vista a patente impertinência do fundamento legal utilizado.

Razão não assiste à Impugnante, pois nos itens 10, 11 e 12 do Anexo ao Relatório do Auto de Infração (fl. 16) constam a capitulação legal das infringências, das penalidades e a base legal utilizada na elaboração da peça fiscal. Assim, o trabalho fiscal seguiu estritamente o princípio da legalidade, pois os fundamentos legais estão ali explicitados, não sendo cabível o pedido de nulidade do lançamento.

O Auto de Infração contém todos os elementos necessários e suficientes para que se determine com segurança, a natureza das infrações e, encontra-se embasado, as infrações cometidas e as penalidades aplicadas. Todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade do lançamento, previstos no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Dec. nº 44747/08, foram observados.

Do Mérito

Como relatado, cuida o presente contencioso das seguintes irregularidades, todas apuradas mediante diversos levantamentos quantitativos, exercício aberto, ocorridas no período de 01/01/13 a 01/02/13:

1) saídas de gasolina comum desacobertas de documentação fiscal, pelo que, exigiu-se a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei.

2) entradas de álcool hidratado (AEHC) e gasolina comum desacobertas de documentação fiscal, pelo que, exigiu-se ICMS/ST, multa de revalidação em dobro de acordo com o art. 56, inciso II, § 2º, inciso III da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da mesma Lei, adequada ao § 1º do mesmo artigo, majorada em 100 % (cem por cento) por ser o Autuado reincidente por mais de uma vez, nos termos no art. 53, §§ 6º e 7º da citada lei.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O levantamento quantitativo realizado indica entrada e saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

Em análise às peças que compõem os autos, verifica-se que o trabalho fiscal revestiu-se de método tecnicamente idôneo para apuração da diferença apontada, utilizando-se o Fisco, de Contagem Física do Estoque em diversas datas compreendidas entre o período de 01/01/13 a 01/02/13 (fls. 19/38).

O levantamento quantitativo realizado indica com precisão as diferenças apontadas comprovando a entrada e saída de combustíveis sem documento fiscal.

No levantamento quantitativo, exercício aberto, as quantidades apuradas originaram-se dos documentos e lançamentos efetuados na escrita comercial e fiscal da Impugnante e do levantamento físico das mercadorias existentes efetuado pelo Fisco.

O procedimento fiscal previsto no art. 194, inciso II do RICMS/02 é tecnicamente idôneo, não deixando o Fisco de observar as determinações nele previstas, especialmente as contidas em seu § 1º. Assim prescreve o citado dispositivo:

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

(...)

II - levantamento quantitativo de mercadorias;

(...)

§ 1º - No caso de levantamento quantitativo em exercício aberto, será observado o seguinte:

I - antes de iniciada a contagem física das mercadorias, a autoridade fiscal intimará o contribuinte, o seu representante ou a pessoa responsável pelo estabelecimento, presente no momento da ação fiscal, para acompanhar ou fazer acompanhar a contagem;

II - a intimação será feita em (duas) vias, ficando uma em poder do Fisco e a outra em poder do intimado;

III - o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento aporão o "ciente" na via da autoridade fiscal e, nessa oportunidade, indicará, por escrito a pessoa que irá acompanhar a contagem física das mercadorias, que poderá, durante a mesma, fazer por escrito as observações convenientes;

IV - terminada a contagem, o contribuinte, o seu representante legal ou a pessoa responsável pelo estabelecimento assinarão, juntamente com a autoridade fiscal, o documento em que a mesma ficou consignada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco não ignorou as perdas e sobras de estoque em percentual inferior a 0,6% (seis décimos por cento), nos termos da Portaria DNC nº 26/92, no art. 5º e Instrução Normativa anexa à citada portaria, no inciso VII, item 12. No trabalho fiscal foi considerado o percentual máximo de perdas ou sobras possível de acordo com as seguintes equações, conforme demonstrado às fls. 07/15:

$\text{GANHO PERMITIDO} = 0,6\% \times (\text{ESTOQUE INICIAL} + \text{COMPRAS} - \text{ESTOQUE MEDIDO})$

$\text{PERDA PERMITIDA} = - 0,6\% \times (\text{ESTOQUE INICIAL} + \text{COMPRAS} - \text{ESTOQUE MEDIDO})$

Reclama a Impugnante que o Fisco não observou os lançamentos efetuados no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Razão não lhe assiste, porque os levantamentos de estoque de combustível realizados no estabelecimento foram regularmente acompanhados pelo responsável.

O confronto entre o LMC e o método utilizado na auditoria solicitado pelo Impugnante não se presta aos fins pretendidos de descaracterizar o trabalho fiscal, na medida em que se verifica nos autos divergências entre o estoque físico medido nos tanques de combustíveis e o escriturado no LMC. Desse modo, preferiu o Fisco, baseado na legislação acima transcrita, utilizar os levantamentos físicos realizados na presença de representante do Impugnante e, atestado por esse, conforme verifica-se às fls. 19/38.

Correta a exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6763/75. Corretas também, a majoração da multa isolada pela caracterização da reincidência e da multa de revalidação em função do previsto no § 2º do art. 56 da Lei 6.763/75. Abaixo a transcrição dos dispositivos legais relativos às penalidades aplicadas:

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

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

(..)

§ 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.

§ 7º - A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

(...)

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10º do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

III - por falta de pagamento do imposto, quando verificada a ocorrência de qualquer situação referida no inciso II do caput do art. 55, em se tratando de mercadoria sujeita a substituição tributária.

O questionamento em relação à utilização da taxa Selic na atualização das exigências não socorre o Autuado. Tal regra decorre de mandamento contido na lei mineira, nos termos do art. 226 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art.226 - Sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou entendimento de que é legítima a aplicação da taxa Selic aos débitos tributários estaduais pagos em atraso, conforme REsp nº 879.844/MG, estando as decisões posteriores decididas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme. Veja abaixo excerto do REsp 1146996/09, de relatoria do Ministro Carlos Meira:

NO QUE TOCA À LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC, NO CASO EM APREÇO, CONSTATA-SE QUE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APRESENTA FIRME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, NO SENTIDO DA APLICAÇÃO DO REFERIDO ÍNDICE NO CÁLCULO DOS DÉBITOS FISCAIS, CONFORME SE DEPREENDE DAS RAZÕES

INCIDENTAIS DO RECURSO ESPECIAL N.º 879.844/MG, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC, COM DECISÃO ASSIM EMENTADA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL.ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE LEI ESTADUAL QUE DETERMINA A ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS ADOTADOS NA CORREÇÃO DOS DÉBITOS FISCAIS FEDERAIS. (PRECEDENTES: AGRG NO AG 1103085/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04/08/2009, DJE 03/09/2009; RESP 803.059/MG, REL.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 24/06/2009; RESP 1098029/SP, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 29/06/2009; AGRG NO AG 1107556/SP, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 01/07/2009; AGRG NO AG 961.746/SP, REL. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 19/05/2009, DJE 21/08/2009)

3. RACIOCÍNIO DIVERSO IMPORTARIA TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO, PORQUANTO A FAZENDA RESTARIA OBRIGADA A REEMBOLSAR OS CONTRIBUINTES POR ESTA TAXA SELIC, AO PASSO QUE, NO DESEMBOLSO, OS CIDADÃOS EXONERAR-SE- IAM DESSE CRITÉRIO, GERANDO DESEQUILÍBRIO NAS RECEITAS FAZENDÁRIAS.(...)

9. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008 (RESP 879844/MG, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 25.11.2009).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Orias Batista Freitas (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 21 de agosto de 2013.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator**

CI