

PROCESSO - A.I. N° 206903.0038/03-9
RECORRENTE - WHL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100-02/04
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 29.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0119-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO ABERTO. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão. Neste caso, as variações volumétricas de combustível estão compatíveis com os padrões estabelecidos pela Portaria nº 023, de 25/03/1985, do INMETRO. Infração insubstancial. Rejeitada a nulidade argüida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para reclamar ICMS no valor de R\$142,85 e a multa no valor de R\$50,00, apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, conforme demonstrativos e documentos.

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, relativa ao período de 01/01 a 18/09/2003, sujeitando-se a multa de R\$ 50,00.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 110,27, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativa ao período de 01/01 a 18/09/2003.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 32,58, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativa ao período de 01/01 a 18/09/2003.

Em sua defesa, esclarece preliminarmente o autuado que a atividade da empresa está voltada para o comércio a varejo de combustíveis automotivos, produtos inflamáveis e voláteis, cujo volume varia em função de temperatura e densidade. Informa ainda que as bombas medidoras para a comercialização dos combustíveis e aferidas pelo INMETRO, podem apresentar variações volumétricas de 0,5% para mais ou para menos, conforme disposto no item 11.2.1 da Portaria nº 023 de 25/02/85, do INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (doc. fl. 27).

Invoca o artigo 5º da Portaria nº 26 de 13/11/1992 do DNC – Departamento Nacional de Combustíveis que instituiu o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) a ser escriturado pelo posto, para mostrar que “independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustível superior a 0,6% (seis décimos por cento) caberá ao PR proceder à apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar reparo do (s) equipamento (s) correspondente (s)” (doc. fl. 28).

Transcreve a jurisprudência administrativa no âmbito do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda sobre o reconhecimento da não observância das diferenças até o limite previsto na legislação tributária.

Prosseguindo, falou que a medição dos tanques de armazenamento é feita mediante régua de madeira com escala centimétrica, e que mesmo sendo um método rudimentar apresenta variações volumétricas dentro dos parâmetros normais, tendo efetuado com base no resultado apurado na auditoria de estoques a demonstração da variação volumétrica ocorrida entre as quantidades saídas com notas fiscais e as omissões constatadas nos produtos Gasolina; Álcool e Óleo Diesel, obtendo respectivamente os percentuais de -0,2%; +1,3% e +0,3%.

Alega ainda que houve também que houve erro de medição do estoque em função da inclinação apresentada pelo tanque subterrâneo quando de sua instalação, podendo apresentar variações de mais ou menos 300 litros a depender do volume existente. Além disso, argüiu ainda que existe diferença de volume verificada na carga e descarga do caminhão-tanque recebido da distribuidora, em função de outros fatores tais como, aferição do tanque caminhão; diferença entre a temperatura de carregamento e a temperatura do tanque subterrâneo do posto.

Por fim, requer a Improcedência do Auto de Infração.

A autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 34 e 35), manteve integralmente o seu procedimento fiscal, contestou as observações feitas pelo autuado, esclareceu que o seu trabalho fiscal está baseado nos livros, registros e documentação apresentada pelo contribuinte, e disse que as “perdas” e “sobras” escrituradas regularmente foram consideradas no levantamento quantitativo, ressalvando que não procurou verificar os percentuais estabelecidos na Portaria DNC nº 26 de 13/11/92, mas sim as perdas reais consignadas no Livro de Movimentação de Combustíveis pelo autuado. Concluindo, considerou infundadas as alegações defensivas, e que elas se contradizem com os próprios registros fiscais.

O julgador “a quo” emitiu o seguinte”

“Na análise das peças processuais, constata-se que as infrações foram apuradas por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativamente aos produtos GASOLINA COMUM; ÁLCOOL e ÓLEO DÍESEL, conforme demonstrativos, levantamentos e documentos constantes às fls. 05 a 21, cuja acusação fiscal de que cuida o item 01 concerne a omissão de saídas, enquanto que os itens 02 e 03, reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, e da antecipação

tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA.

Trata-se de auditoria de estoques em exercício aberto (período de 01/01 a 30/09/2003), cuja quantidade do estoque inicial foi obtido com base no que consta registrado no LMC, e o estoque final foi extraído da declaração de estoque da contagem física (doc. fl. 17), devidamente assinada pelo preposto da empresa. As quantidades das entradas e das saídas nos períodos examinados também foram extraídas do LMC.

De acordo com os artigos 314 e 324, do RICMS/97, o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) trata-se de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, e destina-se ao registro diário de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda.

Considerando que para a obtenção das quantidades foram utilizados os dados lançados no LMC, no qual é registrado diariamente todo o combustível que sai pelos bicos, refletindo a real movimentação dos produtos, para que sejam aceitas as alegações defensivas de que ocorreram variações volumétricas, por perda ou evaporação; variações na medição dos tanques de armazenamento; e diferença de volume verificada na carga e descarga do caminhão-tanque recebido da distribuidora, deveria o sujeito passivo ter registrado tais ocorrências no livro fiscal de controle dos combustíveis (LMC), ou demonstrado com provas contundentes tais ocorrências.

Com relação ao pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo, pelo que foi exposto e pelo que consta dos autos, julgo desnecessária e o indefiro, com fulcro no artigo 147, inciso I, do RPAF/99, por constatar que estão presentes nos autos os elementos necessários para a instrução do processo, salientando-se que caberia ao autuado carregar aos autos provas de que a escrituração do LMC foi feita incorretamente sem a inclusão das perdas e/ou variações volumétricas.

Nestas circunstâncias, considero caracterizado o cometimento das infrações imputadas ao estabelecimento, não merecendo qualquer alteração nos cálculos, seja porque o sujeito passivo não comprovou qualquer erro nos números, bem assim porque foi calculado de acordo com a Portaria nº 445/98.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente argüiu a nulidade do Auto de Infração por inobservância do roteiro de fiscalização, pois a autuante efetuou a leitura de encerrante e contagem de estoque no dia 18/09/2003 e formalizou intimação para apresentação de livros e documentos referentes ao período de 01/01 a 18/09/2003, tendo o recorrente formalizado a entrega em 22/09/2003.

Entretanto, consta do Auto de Infração como período fiscalizado de 01/01/2003 a 30/09/2003.

No mérito, contesta os valores levantados, porque a autuante não considerou os valores de leitura dos bicos de bombas e dos tanques apurados na contagem física. Apresentam novos demonstrativos. Afirma ainda que as variações ocorreram e continuam ocorrendo diariamente perdas e sobras, estão todas elas devidamente registradas nos LMC. A autuante nas as considerou quando da apuração das saídas.

A Douta Procuradoria opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, argumentando que o quantitativo se refere a exercício aberto, daí ser possível a data final do levantamento ser 18/09/2003; nos papéis de trabalho a data de 30/09/2003, caracteriza essa como sendo a data de exigência do imposto naquele mês. No mérito, entende que se erros existem, como alegado, deveriam ser demonstrados pelo recorrente, pois, o livro obrigatório devidamente escriturado, faz prova contra si. Como não há no Recurso Voluntário, indicação precisa dos equívocos, não vislumbra o cabimento da diligência requerida.

VOTO

Inicialmente, acompanho o entendimento da PGE/PROFIS quanto ao não acolhimento da preliminar de nulidade, ainda mais que o engano apontado não é parte da análise do processo.

Quanto ao mérito, a argumentação do recorrente evidencia que foi apurada uma insignificante diferença na quantidade de combustíveis medida, em mais ou menos vinte medições. Não me parece razoável que o contribuinte tivesse a intenção de fraudar 275 litros de gasolina, em um total de 145.000 litros, ou seja, um percentual de aproximadamente 0,2%. As outras diferenças são também insignificantes, devidamente acobertadas pela Portaria nº 023 de 25/03/1985, do Ministério da Indústria e Comércio INMETRO que estabelece: “Item 11.2 – AFERIÇÕES PERIODICAS – 11.2.1 O erro relativo máximo tolerado, para mais ou para menos, de 0,5% em qualquer vazão situada dentro do campo de utilização”. Por essas razões dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206903.0038/03-9**, lavrado contra **WHL COMERCIAL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS