

PROCESSO - A. I. Nº 298921.0015/03-9
RECORRENTE - FLECHA S/A TURISMO COMÉRCIO E INDÚSTRIA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0038-01/04
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 03.06.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infração caracterizada. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS. FALTA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL. MERCADORIAS ENQUAQUADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. A falta de emissão de documentos fiscais, nas saídas de mercadorias com fase de tributação já encerrada, enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. A multa, neste caso, é não cumulativa, e não, relativamente a cada exercício. Infração parcialmente confirmada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/10/2003 exige ICMS, no valor de R\$ 3.467,03, além de multas no total de R\$ 219,42, pelos motivos abaixo relacionados:

1. omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, multa aplicada nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, no valor de R\$ 169,42;
2. falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, exercício de 2001, no valor de R\$ 1.136,42;
3. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias

sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, no valor total de R\$ 1.961,16;

4. omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, multa aplicada em exercício aberto, (02/10/03), no valor de R\$ 50,00;
5. falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, exercício aberto (02/10/03), no valor de R\$ 238,61;
6. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, exercício aberto (02/10/03), no valor de R\$ 130,84.

O autuado, às fls. 61 a 78, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa argumentando existência de equívocos do autuante em relação aos valores referentes às saídas de combustíveis. Com relação ao ano de 2000, juntou planilha geral anual, mensais e analíticas referentes ao álcool, diesel aditivado, gasolina comum, aditivada e diesel comum, além de cópia do LMC, relativo às operações com diesel aditivado. No exercício de 2001, em relação a álcool, diesel comum e aditivado e gasolina comum e aditivada.

Alegou que o autuante indicou como saídas com nota fiscal, no ano 2000, a quantidade de 98.006,80 litros de óleo diesel, quando é de 150.390,80 litros, deduzido das saídas reais de 150.976,30, apura-se uma diferença de 585,40 litros, que se refere a perda do produto, e não, supostas sobras. Tais perdas ocorreriam dentro da margem de 0,6%, reconhecida pela Portaria nº 26 do Departamento Nacional de Combustíveis. Seguindo a mesma linha quanto a perda de 0,6% seus argumentos são em relação aos exercícios de 2000 e 2001. Argumentou inconstitucionalidade da multa por entender ser confiscatória

O autuante, à fl. 645/647, informou que o defendente apresentou contestação apenas em relação aos exercícios de 2000 e 2001, sendo que na infração 1, foi exigido multa no valor de R\$ 39,71 e R\$ 40,00 (exercícios 2000 e 2001, respectivamente). Reconheceu que houve equívoco, no levantamento do exercício de 2000, na indicação da saída de diesel aditivado, uma vez que não foi computado, no dia 05/07/00, a substituição do relógio da bomba nº 5, porém, continuou a persistir a omissão de saída de combustíveis.

O autuante acrescentou em sua manifestação que o autuado utiliza as perdas/sobras como forma de impugnação, porém estas não fazem parte do fechamento físico dos tanques; que são ajustes, somas e subtrações escriturais computadas na escrituração diária do livro LMC, não consideradas no estoque final físico, como deseja o autuado. Esclareceu que a Portaria nº 26 da ANP, no seu art. 5º é aplicada somente quando há vazamento para o meio ambiente, fato não detectado por não haver qualquer observação neste sentido no livro LMC.

Esclareceu, ainda, que no ano de 2001 não foram contestados os valores dos encerrantes (saídas reais), os ajustes escriturais também não foram considerados.

A JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, tendo sido retificada a multa aplicada.

Irresignado, o autuado interpôs Recurso Voluntário. A discussão trazida no Recurso é a mesma já exposta na impugnação. Para o recorrente não houve aquisições/entradas desacompanhadas de documentação fiscal, mas somente variações volumétricas do produto a ser comercializado decorrentes das variações de temperatura, pressão atmosférica e umidade relativa do ar. Entende ainda o recorrente que quanto às obrigações principais infringidas houve excessos na aplicação das multas, que considera inconstitucionais.

O Parecer da PGE/ PROFIS foi pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As 6 infrações descritas no Auto Infração em análise decorrem basicamente de: aquisição de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal o que tem por consequência a infração de falta de recolhimento do imposto, e a omissão de saídas.

Da análise das peças que constituem o presente processo, verifica-se que foi realizada Auditoria dos Estoques, nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002 (exercícios fechado), além do período de 01/01/03 a 02/10/03 (exercício aberto), tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas e de saídas de mercadorias, sem documentação fiscal.

A omissão de saídas foi caracterizada como descumprimento de obrigação acessória, uma vez que a mercadoria comercializada está sujeita ao regime de substituição tributária, tendo o imposto sido recolhido antecipadamente. A multa aplicada pelo autuante foi retificada pela JJF, determinado que se levasse em consideração o fato e não os exercícios fiscais correspondentes aos períodos em que foram detectadas as infrações.

Quanto à aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal foi exigido o imposto na condição de responsável solidário e como responsável pelo ICMS do próprio sujeito passivo.

Em que pese à fundamentação dos argumentos trazidos pelo Contribuinte/Recorrente, inclusive decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o mesmo não demonstra a semelhança entre ambos os casos. Não menciona ou traz ao PAF qualquer laudo ou explicação técnica abalizada que possa ser utilizada para aceitação de sua tese.

Pelos esclarecimentos trazidos pelo autuante, foi levado em consideração para autuação a leitura dos encerrantes (saída final). Esse procedimento, do qual decorreu o apontamento das infrações, não foi motivo de impugnação ou recurso por parte do recorrente, que focou a discussão nas variações volumétricas que ensejariam a diferença nas aquisições e consequente escrituração das entradas.

Pelas informações trazidas aos autos não restou comprovado que as variações volumétricas são aceitas para o efeito que pretende o recorrente. Ademais, a mesma não fundamentou seu entendimento, confiando apenas em sua própria argumentação.

Um desses argumentos é o de que as variações apontadas no Auto de Infração estão em todos os casos, exceto no caso do Alcool, dentro do limite de 2,4% padrão, o que permitiria que todas as diferenças inferiores não fossem consideradas para efeitos fiscais. Esse limite, segundo o recorrente foi estabelecido pela ASTEC e DITRI.

Ocorre que esse parâmetro não tem qualquer possibilidade de aplicação geral, vez que determinado em caso particular.

Outro argumento trazido pelo recorrente desde a impugnação é que está de acordo com o disposto na Portaria 26 da ANP. Essa portaria, no art. 5º dispõe que:

“Art. 5º - 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 a apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s).”

Parágrafo Único - Quando os referidos equipamentos forem de propriedade de terceiros, caberá a esses a responsabilidade do reparo.”

Da leitura do dispositivo, compreende-se que o aceitável máximo de perda de estoque físico é de 0,6%. Esse percentual leva em consideração as variações a que estão sujeitos os produtos - combustíveis. Se ocorrer diferença maior, não será normal, havendo algum outro motivo para tanto, por exemplo a ocorrência de vazamentos.

As variações volumétricas apontadas no recurso são todas superiores ao índice apontado pela ANP. Dessa forma, não havendo, como não houve, constatação de ocorrência de vazamento para o meio ambiente, verifica-se que não há como acatar para efeito de afastamento da infração o argumento de que as diferenças apontadas na infração decorreram de características do produto e de seu manuseio.

Quanto à inconstitucionalidade das multas, vale ressaltar que a esse Conselho não cabe manifestar-se, devendo ser aplicada a Legislação estadual que rege a matéria.

Voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0015/03-9, lavrado contra **FLECHA S/A TURISMO COMÉRCIO E INDÚSTRIA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.467,03**, sendo R\$2,49, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$3.464,54, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.089,51, e 70% sobre R\$1.375,03, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS