

PROCESSO - A.I. N° 206847.0002/04-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS ENCONTRO DAS ÁGUAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF n° 0188/01-04
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 29.07.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0180-12/04

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LMC. EXTRAVIO. MULTA. Não provada a materialidade do sinistro (incêndio) que teria ocasionado a perda dos livros, de forma que não pode ser afastada a culpa “*in custodiendo*” do autuado. Não prevalece a tese, contida na Decisão “*a quo*”, de que o contribuinte denunciou espontaneamente a infração, pois a comunicação do suposto sinistro se verificou quando o mesmo já se encontrava sob ação fiscal. Modificada, neste item, a Decisão da Junta de Julgamento. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA E ÁLCOOL). b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Pelos elementos constantes nos autos, em vez de omissão de entradas, houve omissão de saídas de gasolina e álcool. Como se trata de mercadorias cujo imposto é pago por antecipação, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS/97, não há imposto a ser lançado. Todavia, remanescente a multa prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, pois o contribuinte deixou de emitir nota fiscal nas saídas de mercadorias com fase de tributação já encerrada. Modificada parcialmente, nestes itens, a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sua própria Decisão, na forma do art. 169, inc. I, letra “a”, item 1, do RPAF/99, que declarou a total improcedência do Auto de Infração acima mencionado.

Ao contribuinte foram imputadas as seguintes infrações:

1. extravio de 6 (seis) livros fiscais – Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) – sendo aplicada multa de R\$ 5.520,00;
2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente à mercadoria adquirida de terceiros sem documentação fiscal, sendo que a mercadoria é enquadrada no regime de substituição tributária (gasolina e álcool), fato apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003) lançando-se o imposto no valor de R\$ 42.388,14, com multa de 60%;

3. falta de recolhimento do imposto (ICMS) pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros sem documentos fiscais, sendo a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (gasolina e álcool), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto no valor de 151.481,75, com multa de 70%.

Na impugnação administrativa o contribuinte alegou, em síntese, o seguinte:

- a) que não foram consideradas no levantamento quantitativo as perdas decorrentes de “evaporação” do combustível, prevista em Portaria do DNC além das aferições efetuadas nas bombas de abastecimento;
- b) que em relação ao estoque de álcool não foi levado em conta a retirada da bomba medidora de 3.289 litros para a limpeza do tanque e que esta quantidade foi posteriormente reposta no tanque, estando registrado o fato no LMC;
- c) em relação ao óleo diesel foram tomados, no levantamento, números inexistentes, não foram consideradas as perdas e não foram contabilizadas notas fiscais;
- d) relativamente à gasolina, houve erro na apuração dos encerrantes, pois o equipamento quando chega a 999.999 passa para 1.000.000, porém não aparece o algarismo 1, ficando 000.000 e além disso, não foram feitos os levantamentos de modo correto;
- e) e, finalmente, em relação ao extravio de 6 livros de movimentação de combustíveis trouxe ao processo comunicação dirigida à repartição fazendária visando provar que os livros foram danificados num incêndio ocorrido no escritório do contador da empresa, tendo o autuado, juntado cópias de fotografias do incêndio publicadas no jornal “A Tarde”, de Salvador.

Na informação fiscal, o autuante declara que, em relação aos livros extraviados, a empresa foi intimada a fazer a reconstituição da escrita, mas não atendeu à intimação.

Quanto à alegação da defesa, no caso do 2º item, de que não foi levada em conta a retirada, pela bomba medidora, da quantidade de 3.289 litros de álcool para limpeza do tanque, conforme cópias anexas das folhas 38, 39, 30 e 161 do LMC de álcool, o fiscal contrapõe que, tendo examinado as cópias dos referidos instrumentos, constatou que os mesmos foram rasurados, tendo sido apagados valores neles contidos, além de ser registrada na cópia da fl. 38, após a autuação, no campo 5.5, a quantidade de 3.289 litros de álcool, a título de “aferições”, dando idéia de falso retorno de álcool ao tanque, posteriormente utilizados para lavagem do mesmo, com o objetivo de neutralizar o efeito da autuação. O fiscal diz considerar estranho o consumo de 3.289 litros de álcool para se lavar um tanque. Observa que, se no dia 27/7/03 o estoque de abertura foi de 3.300 litros, a venda no bico consignada no campo 5.6 da folha 30 do LMC foi zero e houve uma entrada que alega ser relativa à aferição, e o estoque final daquele dia 27/7/03 deveria ser de 6.589 litros, e não de 3.330 litros, como constou. Prossegue dizendo que esta entrada por aferição, se realmente existisse, deveria ser acobertada com nota fiscal de entrada da própria empresa, para regularizar o estoque, e tal nota fiscal não foi apresentada ao fisco nem registrada no LMC.

Quanto à gasolina, comentando a alegação da defesa de que teria havido erro ao serem tomados os encerrantes, não se considerando que quando se chega a 999.999 passa para 1.000.000, porém não aparece o algarismo 1, ficando 000.000, e de que não teriam sido feitos os levantamentos de

modo correto, o fiscal autuante contrapõe que tais alegações não procedem, porque, de acordo com os registros feitos pela empresa nos LMCs e com o exame feito por ele, autuante, “*in loco*”, as saídas acumuladas no bico 2 da bomba de gasolina chegaram ao seu limite de acumulação de memória, ou seja, 999.999,99, em 18/7/03, reiniciando o seu contador em zero, de modo que o procedimento fiscal está correto. Aduz que, mesmo que se considere o argumento do autuado, no bico 2 de gasolina o fechamento acumulado em 27/11/03, considerando o algarismo 1, seria obtido o total de 1.060.575,00, e o resultado seria o mesmo, ou seja, no período de 1/10/03 a 27/11/03, houve saída de 226.405 litros de gasolina.

O fiscal conclui a informação assinalando que a autuação foi feita com base nas notas fiscais, nos Livros de Movimentação de Combustíveis e nas provas apensadas aos autos. A seu ver, os argumentos, bem como os rascunhos e as cópias dos LMCs e de certidões dando conta do sinistro dos livros só vêm ratificar a autuação. Conclui, opinando pela manutenção do procedimento fiscal.

A Decisão recorrida, prolatada pela Junta de Julgamento Fiscal, apresentou a fundamentação abaixo transcrita:

“O item 1º deste Auto de Infração diz respeito a multa por extravio de livros fiscais.

A defesa juntou elementos para provar que os livros foram danificados num incêndio ocorrido no escritório do contador. Foi feita comunicação do fato à repartição fazendária (fl. 71). O autuado juntou cópias de fotografias do incêndio (fls. 69 e 70, publicadas no jornal A Tarde). Houve, portanto, denúncia espontânea da situação. A questão que se impõe então é esta: pode o sujeito passivo ser multado por um fato por ele comunicado à repartição, em face das normas que regulam o instituto da denúncia espontânea? Noutros termos: a denúncia espontânea exclui a aplicação de multa apenas em se tratando de descumprimento da obrigação principal, ou exclui a multa relativa a qualquer tipo de infração?

Embora o RICMS/97 trate da denúncia espontânea, os dispositivos sobre a matéria foram derrogados pelo RPAF/99, já que, sendo este posterior e constituindo estatuto de igual hierarquia, prevalece sobre o primeiro.

*Os arts. 140 a 148 do RICMS/97 fazem uma síntese de todas as obrigações acessórias a serem observadas pelos sujeitos passivos. Nas disposições gerais ali estabelecidas, é feita menção a obrigações acessórias que se encontram detalhadas nos locais próprios do Regulamento. A empresa é culpada por não ter empenhado o devido cuidado na conservação e guarda dos aludidos livros (*culpa in custodiando*). Está caracterizado, assim, o descumprimento de obrigação acessória. Há previsão legal de multa pelo extravio ou inutilização de livros fiscais. Sendo assim, resta ser analisado se, diante de uma comunicação formal de extravio de livro fiscal por parte do sujeito passivo, poderia este vir a ser apenado.*

A resposta a essa indagação está no art. 98 do RPAF/99, que repete disposição do art. 138 do CTN:

“Art. 98. A denúncia espontânea exclui a aplicação de multa por infração a obrigação tributária principal ou acessória a que corresponda a falta confessada, desde que acompanhada, se for o caso:

I - do pagamento do débito devido e seus acréscimos; ou

II - do depósito administrativo da importância fixada provisoriamente pela autoridade fazendária local, com base nos elementos descritos pelo sujeito passivo na

comunicação de que cuida o artigo anterior, quando o montante do débito depender de apuração.”

A cabeça do artigo é clara ao declarar que a denúncia espontânea tanto exclui a obrigação principal como a acessória.

O contribuinte fez a denúncia espontânea do extravio dos livros fiscais. Essa denúncia, "se fosse o caso", deveria fazer-se acompanhar do pagamento do imposto e seus acréscimos. A comunicação foi feita conforme manda o art. 146, I, do RICMS/97. O fato de não ter feito a denúncia no prazo de 8 dias, conforme prevê o Regulamento, constitui outra infração acessória, que é igualmente absorvida pela denúncia espontânea. Poder-se-ia contrar-argumentar que, por não ter a empresa feita a comunicação no prazo regulamentar, haveria agravamento de sua situação, por não atender a uma regra obrigatória. Ora, todas as disposições atinentes ao cumprimento de obrigações tributárias, principal ou acessórias, são de caráter obrigatório. Mas o fato de o implemento dos deveres ser obrigatório não significa que sua inobservância não possa ser objeto de denúncia espontânea. Em face de qualquer situação, se antes do início da ação fiscal o fato é comunicado pelo sujeito passivo à repartição fazendária, deve ter o tratamento que se dispensa à denúncia espontânea. Do contrário, pergunta-se, que "vantagem" teria o contribuinte em comunicar qualquer irregularidade ao fisco, se de qualquer forma, comunicando ou não, seria apenado? Não fosse a salvaguarda do instituto da denúncia espontânea, seria preferível aguardar que a própria fiscalização descobrisse a irregularidade, apostando na sorte, pois o fisco não é onisciente.

Segundo o RICMS, ao fazer a denúncia espontânea o contribuinte deve demonstrar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas para efeito de verificação do pagamento do imposto (art. 146, II).

O § 1º do art. 146 do RICMS/97 prevê o que deve ser feito quando é feita uma denúncia espontânea. Entendo que, ao fazer a comunicação do extravio de seus livros, em atendimento ao disposto no art. 146 do RICMS/97, o contribuinte fez a sua parte, cumprindo ao fisco, a partir daí, fazer a sua, ou seja, fiscalizar, e não simplesmente multar, pois a lei veda essa medida.

Dispõe o § 1º do aludido art. 146:

“§ 1º. Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuá-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária”.

A redação do § 1º, acima transcrito, indica que, em face da comunicação do extravio dos livros, deveria a fiscalização apurar a repercussão do fato, a partir dos demais livros e documentos fiscais, inclusive da DMA. Nota que, para demonstrar a regularidade de sua situação, o contribuinte apresentou uma série de demonstrações (fls. 13 a 15). Essas demonstrações foram submetidas ao crivo da fiscalização. Se alguma irregularidade houvesse, quanto ao descumprimento da obrigação principal, teria sido objeto de autuação, ainda que mediante arbitramento. Como não foi feita nenhuma exigência nesse sentido, fica patente que o fiscal considerou não haver descumprimento da obrigação principal no período

referente ao extravio. Não se perca de vista que se trata de um posto de combustíveis, cujo tributo, em regra, é pago pelo sistema de antecipação tributária.

O que o Estado pretende não é aplicar multas, como se estas fossem um fim em si mesmas. O Estado quer é que o imposto devido seja pago. É evidente que, se o imposto não é pago, deve o fisco exigir as quantias devidas com os acréscimos legais cabíveis, inclusive multas pelo descumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias.

A denúncia espontânea não constitui uma benesse da legislação estadual. Ela está prevista no art. 138 do CTN. Nesse instituto jurídico não se deve enxergar um possível encorajamento a que maus contribuintes simulem extravio ou sinistro de seus livros e documentos. Sempre que o fisco se deparar com situação em que haja evidência de fraude ou simulação, devem ser adotadas medidas rigorosas, punitivas. A legislação prevê, inclusive, o arbitramento da base de cálculo, nos casos em que o contribuinte deixar de demonstrar as operações do estabelecimento, ou quando a demonstração for considerada insuficiente ou inidônea (RICMS/97, art. 146, § 1º).

Em suma, no caso em exame houve infração, mas a denúncia espontânea do sujeito passivo exclui a possibilidade de multa, nos termos do art. 98 do RPAF/99.

Passo ao exame dos itens 2º e 3º, que se referem à falta de pagamento de ICMS, relativamente a compras de gasolina e álcool efetuadas sem documentos fiscais. Foi lançado o imposto devido a título de responsabilidade solidária (item 2º), e mais o tributo relativo à parcela do valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – álcool carburante e gasolina (item 1º).

No que concerne ao álcool, consta nos autos cópia do LMC (fl. 55) demonstrando que foram retirados do tanque 3.289 litros, e essa mesma quantidade foi reposta no mesmo dia. Na sessão de julgamento, o representante da empresa explicou que o álcool foi retirado pelo “bico” da bomba, para troca do tanque, e, feita a troca, o combustível foi despejado no novo tanque. Essa informação é condizente com os lançamentos constantes no LMC. Se a retirada do combustível fosse feita mediante outro procedimento (sem passar pelo “bico”), a saída e a reposição não precisariam ser registradas no LMC. No entanto, tendo saído pela bomba, está correto o lançamento a título de “aferição”. Se saíram 3.289 litros e no mesmo dia entraram 3.289 litros, isso não afeta em nada o estoque.

A diferença em questão decorreu do fato de no levantamento fiscal ter sido considerada apenas a saída. Ao prestar a informação, o autuante diz que, se realmente tivesse havido a entrada, esta deveria ser acobertada com Nota Fiscal, para regularizar o estoque, e tal Nota Fiscal não foi apresentada nem registrada no LMC. Ocorre que, para ser emitida Nota Fiscal de entrada, como pretende o autuante, teria de ter sido também emitida Nota Fiscal de saída. Porém o combustível nem saiu nem entrou, pois não consta que tivesse saído do estabelecimento. De acordo com o instrumento à fl. 55, o combustível foi posto numa carreta-tanque enquanto eram feito o serviço, sendo em seguida reposto no estoque, num novo tanque.

O fiscal, na informação prestada, diz que no LMC o registro das vendas na bomba em questão no dia 27/7/03 foi “zero”. Isso vem corroborar as explicações do representante da empresa, na sessão de julgamento, de que naquele dia houve troca do tanque. De fato, se está sendo processada a troca de um tanque, é natural que nesse dia não sejam efetuadas vendas.

Em suma, computando a entrada dos 3.289 litros de álcool, não considerada pela fiscalização, a diferença, que era omissão de entradas, passa a ser omissão de saídas. Como se trata de

mercadoria cujo imposto é pago por antecipação, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS/97, não há imposto a ser lançado.

Quanto à gasolina, a defesa e o fiscal concentram-se no registro dos chamados “encerrantes”, discutindo se teria havido erro de medição, haja vista que quando o equipamento chega a 999.999 passa para 1.000.000, porém não aparece o algarismo 1, acusando 000.000. Além desse aspecto, a defesa alega que os levantamentos não foram feitos de modo correto.

A alegação de erro na coleta dos dados do medidor é descabida. Analisei os assentamentos efetuados pelo autuante, no instrumento à fl. 32, não constatando o equívoco assinalado pelo sujeito passivo. Observe-se que, em 18/7/03, a bomba 2 (“bico” 2) atingiu o limite de 999.999,99 e reiniciou em zero, fechando o dia com 000.336,99. Do dia 19/7/03 até 27/11/03, data da ação fiscal, houve saídas de 60.575 litros. Não há, portanto, nenhum erro no que concerne à bomba 2 (“bico” 2).

No entanto, no tocante à alegação da defesa de que o levantamento fiscal não teria sido feito de modo correto, o representante da empresa, na sessão de julgamento, explicou que o erro alegado diz respeito à bomba 3 (“bico” 3). No demonstrativo à fl. 32 (gasolina - 1ª linha), o autuante se equivocou ao calcular as saídas de gasolina: o fechamento do encerrante em 27/11/03 foi de 498.000 litros, e a abertura do dia 1/1/03 acusa 413.196 litros, de modo que a saída no período é de 84.804 litros, e não de 412.698 litros, como consta no demonstrativo fiscal. Isso implica uma diferença de 327.894 litros. Por conseguinte, em vez de omissão de entradas, o que houve foi omissão de saídas. Pelas mesmas razões expostas no caso do álcool, também a gasolina é mercadoria cujo imposto é pago por antecipação, de modo que, estando encerrada a fase de tributação, não há imposto a ser lançado.

Ao final, o julgador de 1ª Instância decidiu pela Improcedência total do Auto de Infração, suscitando, nos termos da lei, o processamento do Recurso de Ofício.

VOTO

Inicialmente passo a apreciar a multa aplicada em razão do extravio de 6 (seis) livros de movimentação de combustíveis (LMCs), tendo o autuado sido regularmente intimado para processar a reconstituição da escrita, não o fazendo. Fundamenta-se a aplicação da multa no art. 42, inc. XIV, da Lei nº 7.014/96, que dispõe expressamente ser aplicável a penalidade de R\$920,00, por livro extraviado, inutilizado ou mantido fora do estabelecimento, em local não autorizado. No caso em questão, o fato motivador da perda dos livros, segundo a defesa, foi a ocorrência de incêndio verificado no escritório do profissional contabilista da empresa, ocorrência que foi comunicado à repartição fazendária competente, conforme atesta a declaração e documentos anexos, juntados às fls. 69 a 79 dos autos. De plano, verifico que a alegação do contribuinte quanto à verificação do sinistro nas dependências do escritório do contador não se encontra devidamente comprovada nos autos. Primeiro porque o local de funcionamento do escritório não é o mesmo onde se verificou o sinistro, já que as chamas consumiram o depósito da empresa Atacadão Centro Sul Ltda, situado no prédio vizinho, no andar térreo. Segundo, em razão de constar da declaração policial anexada ao processo que a fumaça do incêndio atingiu os demais andares do prédio sinistrado, não estando demonstrado, de forma clara, que as chamas atingiram também a edificação vizinha, onde funcionava o escritório contábil. Terceiro, em virtude de não constar nos autos, o laudo pericial da polícia (corpo de bombeiros) demonstrando que as chamas consumiram o local onde funcionava a contabilidade do autuado. Nestas situações, é imprescindível a juntada da prova pericial, já que o sinistro se verificou em 23 de junho de 2002 e a comunicação do fato, à repartição fiscal, foi realizada somente em 10 de dezembro de 2003, mais de um ano após a ocorrência do sinistro. Portanto, apresenta-se, neste caso, a culpa “in

custodiendo”, configurada no dever de guarda e adequada conservação dos livros e documentos fiscais, não havendo, na hipótese, a excludente de aplicação da multa (excludente de ilicitude), pois a própria materialidade do sinistro, no local onde funcionava o escritório contábil não se encontra sobejamente demonstrada. A exclusão de culpabilidade é circunstância que pode apresentar no direito tributário, desde que demonstrado, por exemplo, que o fato decorreu de evento independente da vontade do agente, como nas hipóteses de “força maior” ou “caso fortuito”, que se apresentam, por exemplo, na verificação de um incêndio. Todavia, neste específico processo, conforme já afirmei, não existe a prova material de que o sinistro tenha se verificado nas dependências do escritório contábil, pois a simples declaração de ocorrência do sinistro à autoridade policial, não afasta a necessidade de prova da ocorrência através de laudo pericial, inclusive como forma de excluir a responsabilidade do profissional liberal em relação aos seus clientes, o fisco, seguradoras e outros interessados.

Além dessa circunstância de ordem material, não está presente no processo a prova de que a obrigação de comunicação do sinistro, nos termos do art. 146 do RICMS, tenha sido feita sob o amparo do instituto da denúncia espontânea. O comunicado do sujeito passivo de ocorrência do alegado sinistro, foi protocolada na Secretaria da Fazenda em 10/12/2003, conforme atesta o documento anexado a fl. 71 dos autos, data em que o autuado já se encontrava sob ação fiscal, com a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, verificado em 27 de novembro de 2003.

Diante dessa evidência probatória, a fundamentação do relator de 1^a Instância torna-se desprovida de base documental. Em verdade, o julgamento *“a quo”* está em conflito com as provas documentais existentes no processo. Em razão disso, voto pela reforma da Decisão recorrida, em relação ao item 1 do lançamento, restabelecendo a multa de R\$ 5.520,00, prevista no art. 42, inc. XIV da Lei nº 7.014/96, motivada pelo extravio de 6 livros de Movimentação de Combustíveis

Quanto aos itens 2 e 3 da autuação, compreendendo a apuração de omissão de entradas e correspondente responsabilidade solidária pelo imposto além do ICMS devido por substituição tributária, verifico que a questão se circunscreve, basicamente, aos seguintes pontos apresentados pela defesa e não acatados pela fiscalização:

- a) que não foram consideradas no levantamento quantitativo as perdas decorrentes de “evaporação” do combustível, prevista em Portaria do DNC além das aferições efetuadas nas bombas de abastecimento;
- b) que em relação ao estoque de álcool não foi levado em conta à retirada da bomba medidora de 3.289 litros para a limpeza do tanque e que esta quantidade foi posteriormente reposta no tanque, estando registrado o fato no LMC;
- c) em relação ao óleo diesel foram tomados, no levantamento, números inexistentes, não foram consideradas as perdas e não foram contabilizadas notas fiscais;
- d) relativamente à gasolina, houve erro na apuração dos encerrantes, pois o equipamento quando chega a 999.999 passa para 1.000.000, porém não aparece o algarismo 1, ficando 000.000 e além disso, não foram feitos os levantamentos de modo correto.

O fiscal afirma que os retornos de combustível ao tanque, em razão das aferições, deveriam ser precedidos da emissão da correspondente nota fiscal de entrada. Descabe essa prova ou exigência pois a mercadoria efetivamente não saiu do estabelecimento, bastando que as aferições estejam documentadas no LMC. O mesmo se aplica em relação à retirada de 3.289 litros de álcool para a manutenção e limpeza do tanque. Por questão de cautela, no curso da ação fiscal, o autuante deveria reproduzir as folhas dos livros relacionados ao estoque, e autenticá-los na repartição fiscal, de forma a dar sustentação às alegações de que o mesmo foi rasurado

posteriormente. Não há, nessa fase do processo, como se provar as afirmações contidas na informação fiscal.

Em relação aos encerrantes da gasolina adoto idêntica fundamentação do relator de 1^a Instância, pois a alegação de erro na coleta dos dados do medidor é descabida, já que analisando os assentamentos efetuados pelo autuante, no instrumento à fl. 32, não constato o equívoco assinalado pelo sujeito passivo. Observe-se que, em 18/7/03, a bomba 2 (“bico” 2) atingiu o limite de 999.999,99 e reiniciou em zero, fechando o dia com 000.336,99. Do dia 19/7/03 até 27/11/03, data da ação fiscal, houve saídas de 60.575 litros. Não há, portanto, nenhum erro no que concerne à bomba 2 (“bico” 2). Todavia, no demonstrativo à fl. 32 (gasolina - 1^a linha), o autuante se equivocou ao calcular as saídas de gasolina: o fechamento do encerrante em 27/11/03 foi de 498.000 litros, e a abertura do dia 1/1/03 acusa 413.196 litros, de modo que a saída no período é de 84.804 litros, e não de 412.698 litros, como consta no demonstrativo fiscal. Isso implica uma diferença de 327.894 litros. Por conseguinte, em vez de omissão de entradas, o que houve foi omissão de saídas. Pelas mesmas razões expostas no caso do álcool, também a gasolina é mercadoria cujo imposto é pago por antecipação, de modo que, estando encerrada a fase de tributação, não há imposto a ser lançado. Houve, sim, falta de emissão de nota fiscal para acobertar essas saídas, de forma que o contribuinte deixou de cumprir obrigação tributária acessória prevista em lei, motivo pela qual lhe apliquo a multa prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 50,00. Ressalte-se que o autuante, intimado da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, não voltou a se pronunciar nos autos em relação à matéria fática.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, modificando em parte a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, aplicando as multas acima descritas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0002/04-2, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS ENCONTRO DAS ÁGUAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$5.520,00**, prevista no art. 42, XIV, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00, e da multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, alterada pela Lei nº 8.534/02.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, César Augusto da Silva Fonseca, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

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