

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0015/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E TRANSPORTADORA OÁSIS LTDA.
RECORRIDOS - COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E TRANSPORTADORA OÁSIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0336-04-04
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 09/12/2004

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. 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-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Efetuadas correções nos levantamentos. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 24/11/03, para exigir ICMS no valor de R\$ 166.195,86, em decorrência da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

O autuado apresentou defesa tempestivamente (fls. 161 a 165) e, após alegar que a comercialização de combustíveis é regida por Portaria e Instrução Normativa emitidas pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), apontou os seguintes equívocos existentes nos levantamentos quantitativos elaborados pelo autuante:

Exercício de 2000

Alega que o autuante, em relação ao produto álcool, não considerou as aferições efetuadas no período e registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no total de 2.720 litros, além de não computar a variação para mais ou para menos de 0,6% permitida pela ANP.

Quanto ao item gasolina, não computou as quantidades consignadas nas Notas Fiscais de Entradas nºs 215 (fl. 199), 33.675 (fl. 202), 33.763 (fl. 205), 33.791 (fl. 206), 244 (fl. 209) e 284 (fl. 212), com um total de 65.100 litros, bem como não levou em conta as aferições e as perdas permitidas pela ANP.

Aduz que além dos fatos acima, houve um lapso do funcionário responsável pela escrituração do LMC, que transportou a leitura inicial do bico 7, do dia 31/12/99 (308.223,3) como sendo 153.392,0.

Com relação ao diesel comum, diz que o autuante deixou de computar o crédito de retorno ao tanque das aferições no período equivalente a 4.942,0 lts, não havendo, portanto, qualquer prejuízo à Fazenda Estadual, haja vista que a falta ou sobra de 956,6 litros está dentro da regulamentação da Portaria DNC/ANP nº 26/92.

Exercício de 2002

No tocante ao produto álcool, alega que não foram consideradas as aferições efetuadas de 2.889 litros, nem a evaporação permitida pela ANP.

No item gasolina, diz que não foram computadas as entradas consignadas nas Notas Fiscais nºs 4861, 44786, 4966 e 1694, num total de 65.300 litros (Doc-07/11), bem como não foram consideradas as aferições no total de 4.339 litros e as perdas de 0,6 % permitidas pela ANP.

Acerca do produto diesel comum, argumenta que não foram computadas as entradas consignadas nas Notas Fiscais nºs 4861, 44798 e 44864, no total de 80.700 litros (Doc-08/9), além de não terem sido consideradas as aferições e as perdas permitidas pela ANP, bem como a troca do encerrante do bico 6, em razão da qual o fechamento em 13/11/02 foi de 867.590,4 e a abertura em 14/11/02 passou a ser de 79.391,9 (Doc-09/6).

Requer a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 236, o autuante acata apenas a alegação defensiva pertinente às notas fiscais não consideradas (65.100 litros de álcool, 65.300 litros de gasolina e 80.700 litros de diesel comum), oportunidade em que elaborou às fls. 237 a 240 novos demonstrativos, onde o débito do imposto originalmente cobrado foi reduzido de R\$ 166.195,86 para R\$ 101.563,68.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e teve o prazo de lei para se manifestar (fl. 241). Nessa nova oportunidade, o contribuinte alegou que o autuante não retificou os demonstrativos de forma correta, desprezando a legislação que regula o comércio de combustíveis, em especial a questão das aferições e da evaporação admitidas pela ANP, bem como não considerou os erros listados na impugnação.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidido pela sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl.247.

Ao cumprir a diligência solicitada, o auditor fiscal incumbido de sua realização, mediante Parecer ASTEC nº 0117/2004 (fls. 249 a 253 dos autos), descreveu, inicialmente, o que foi pedido pelo relator, o procedimento do autuado e de como foi realizado o trabalho diligencial, com base nos documentos apresentados.

Ao encerrar o seu Parecer, o diligente assim se posicionou:

- a) Relativo ao bico 7 (gasolina), constatou pela análise da seqüência de lançamentos ter ocorrido registro da quantidade em outro bico em 01/01/2000, pelo que foi procedido o ajuste com base na quantidade seqüenciada;
- b) Quanto ao bico 6 (diesel), verificou ter o autuante apurado as saídas pela diferença entre o acumulado inicial e final do ano, não tendo considerado a intervenção registrada no LMC que reduziu a quantidade acumulada em virtude do travamento do acumulador da bomba.

Diz que por ter sido apresentado o atestado de intervenção, corrigiu as saídas do período com base no referido documento;

c) Com as correções feitas, o valor exigido de R\$ 101.563,68 (fls. 238 a 240), foi reduzido, pelos ajustes na forma solicitada, para R\$ 8.280,43, conforme Anexo I.

d) Com as observações feitas nos itens 3, foi elaborado o seguinte demonstrativo de débito:

D. DE OCORRÊNCIA	D. DO VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR DEVIDO
30/12/2000	09/01/2001	4.293,06	17%	70%	729,82
30/12/2000	09/01/2001	28.120,84	25%	70%	7.030,21
30/12/2002	09/01/2003	1.927,41	27%	70%	520,40
TOTAL					8.280,43

O CONSEF, em despacho à fl. 288, encaminhou o PAF à INFAZ-Paulo Afonso, para dar ciência ao autuado e ao autuante do resultado da diligência da ASTEC, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 289 e 295.

Em nova manifestação às fls. 291 a 293, o autuado discordou da conclusão do diligente da ASTEC, ao não levar em consideração as aferições e evaporações, bem como os erros listados na defesa apresentada, oportunidade em que ratificou os termos de sua impugnação ao lançamento.

Ao concluir, requereu o acolhimento de sua defesa, para que o Auto de Infração seja considerado insubsistente.

O julgador de Primeira Instância, inicialmente, afasta a preliminar suscitada pelo sujeito passivo, já que nos termos do §º 1º, do art. 18, do RPAF/99, as eventuais incorreções no lançamento fiscal não acarretam a sua nulidade, desde que as mesmas sejam corrigidas, por determinação da autoridade competente, o que foi feito mediante a diligência da ASTEC, cuja cópia foi fornecida à empresa e estipulado o prazo de dez dias para se manifestar.

No mérito, concorda integralmente com o levantamento efetuado pela ASTEC, e fundamenta o seu voto:

I - Sobre a alegação defensiva de que não foram computadas as aferições, não procede, pois, ao compulsar o LMC do autuado, cujas cópias encontram-se às fls. 266 a 285 dos autos e acostadas pela defesa, constatou este relator que nele não consta nenhum lançamento no campo 5.5. destinado a registrar as referidas aferições;

II - Quanto às perdas por evaporação no percentual de até 0,06%, admitido pela ANP – Agência Nacional de Petróleo, ressalto que, se o mesmo for computado no levantamento, irá aumentar a omissão de entradas, com a conseqüente majoração do ICMS devido;

III – Com relação ao pedido do autuado em sua segunda manifestação, para que seja concedido o crédito fiscal no valor de R\$7.056,21, o mesmo não pode ser aceito, por falta de respaldo na legislação do ICMS.

E ainda, face à constatação das diferenças acima e por serem os produtos enquadrados no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, orienta que deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V).

Vota pela Procedência Em Parte do Auto de Infração no importe de R\$8.280,43, conforme demonstrativo elaborado pelo diligente da ASTEC à fl. 253, e recorre, de ofício de sua Decisão.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente impugna a Decisão da JJF, reafirmando, que as diferenças apuradas referem-se a aferições diárias e semanais, correspondentes às quantidades de produtos que saíram pelos bicos das bombas e foram devidamente devolvidas aos tanques, reclamando crédito a seu favor dos valores indevidamente apurados, no que se refere a álcool e gasolina, e um débito em favor do fisco referente a diesel, resultando um crédito a seu favor no valor de R\$ 7.056,21. Afirma que no LCM estão assentadas todas as aferições contestadas e não levadas a seu crédito.

Requer a nulidade do Auto de Infração e o reconhecimento do crédito de R\$ 7.056,21.

A PGE/PROFIS Nega Provimento ao Recurso Voluntário, por entender que a alegação da existência de créditos decorrentes das aferições não prospera, já que as mesmas não foram lançadas no LMC (fls. 266 a 285), como atestado pelo diligente e pelo relator, tornando-se, pois, impossível considerar os valores apresentados pelo contribuinte. Sendo o LMC de escrituração obrigatória, cabe ao contribuinte demonstrar por outros meios de prova, já que é seu o ônus *da prova*.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade, que se confunde com o mérito da autuação, e a fundamentação do recorrente baseia-se no fato de não haverem sido consideradas as aferições para efeito de apuração do alegado crédito fiscal. Como ficou demonstrado, as alegações do recorrente esbarram-se na comprovação de que as referidas aferições não estão registradas no LMC, conforme se pode verificar às fls 266 a 285 do processo. Por todas essas razões, NEGOU PROVIMENTO a ambos os Recursos, Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269275.0015/03-0, lavrado contra **COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E TRANSPORTADORA OÁSIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.280,43**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS