

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0003/04-6
RECORRENTE - AUTO POSTO REFORÇO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0344-03/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 14/12/2004

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA E OLEO DIESEL. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. 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. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário em face da Decisão em destaque no preâmbulo em que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decretou a procedência do Auto de Infração nº 206984.0003/04-6, lavrado em 31/03/2004, para exigência de R\$59.733,33 de ICMS, mais multa, tendo sido apontadas as seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.937,69, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (óleo diesel), nos exercícios de 1999, 2000 e 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$45.109,63, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (gasolina), nos exercícios de 2001 e 2002.

3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$12.598,41, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, de acordo com a MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas do regime da Substituição Tributária (gasolina), exercícios de 2001 e 2002.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$87,60, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, de acordo com a MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas do regime da Substituição Tributária (óleo diesel), exercício de 2002.

O atuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 401 a 416 dos autos, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando como preliminar, que a peça acusatória por ele recebida não fora acompanhada de toda a documentação que lhe dera suporte, e por isso, entendera que houve cerceamento do direito de defesa e requerera fosse declarado nulo o Auto de Infração, além da reabertura de todos os prazos de defesa e do ciclo processual.

Quanto ao mérito, discordara do levantamento quantitativo realizado pelo atuante, por considerar que em relação à primeira infração, os documentos que acompanham a impugnação e demonstrativos elaborados nas razões de defesa comprovam a inexistência das diferenças apuradas. Ressaltou que a partir de 2003 o sistema de carga e recarga na distribuidora passou a ser eletrônico, mas anteriormente a essa modificação a aferição era tomada com base em um marco visual, uma bóia que se localiza no interior do reservatório do caminhão, e o funcionário, guiando-se pela mencionada bóia e por sua percepção sensorial, fechava manualmente o registro quando o combustível atingia o nível da bóia. Por isso, considera que o sistema utilizado pelas distribuidoras até 2003, certamente gerava distorções, e não se pode pretender atribuir precisão matemática às operações de entradas de combustíveis do atuado.

O atuado alegara que a aferição do volume de combustível no enchimento dos caminhões seria impreciso, daí as pequenas diferenças encontradas.

O atuado concluíra suas razões de defesa requerendo a total improcedência do Auto de Infração em lide.

O atuante apresentou informação fiscal fls. 434 a 438, dizendo que em relação à preliminar de nulidade, não pode ser acatado o argumento de que o atuante não entregou ao atuado as xerocópias de toda a documentação que embasou o Auto de Infração, uma vez que se pode verificar que no levantamento fiscal consta o recebimento por parte do contribuinte.

Quanto ao mérito, o atuante informou que as alegações do atuado não são capazes de elidir a autuação, por considerar que são argumentos pautados em informações imprecisas, colocadas no intuito de induzir decisões favoráveis ao atuado, e apesar dos avanços tecnológicos tratados nas razões de defesa, é do conhecimento dos revendedores e distribuidores que algumas diferenças quantitativas para mais ou para menos até hoje acontecem. Certamente os defensores do atuado não observaram detalhadamente as folhas dos LMCs utilizados, especialmente no campo 08 (perdas e sobras), no qual são realizados todos os ajustes das distorções quantitativas.

Quanto à Infração 2 o atuante informou que também não procedem os argumentos do atuado, haja vista que em relação à diferença de 444 litros de gasolina apurada no exercício de 2001, os argumentos defensivos são inválidos em razão das irregularidades na escrituração das fls. 115 e 187 do LMC nos dias 20/07/2001 e 30/09/2001, e não foram apresentados elementos capazes de alterar os resultados, por não haver divergência entre as quantidades apuradas no campo 7 e as do

campo 9 do LMC. Por isso, entendeu que não havia o que modificar nos valores lançados no Auto de Infração, uma vez que o engano ocorreu apenas no campo 6, relativo ao estoque escritural, e no campo 8 (perdas e sobras), ressaltando que após as correções na escrituração no dia 20 não houve nem perda nem sobra, e no dia 30, ocorreu sobra de 400 litros, não declarada no LMC pelo autuado.

Com relação à diferença de 90.000 litros de gasolina apurada em 2002, disse que realmente observou nas fls. 510 e 511 do LMC que as quantidades foram transcritas a maior. Mas, após verificação criteriosa e com base em diversas ocorrências, a exemplo de troca, empréstimo ou aquisição de equipamento usado, não se trata de mero equívoco, mas engenhoso artifício utilizado para promover o ajuste da divergência existente entre o total registrado no encerrante da bomba e o escriturado no LMC, em decorrência de entradas de mercadorias sem documento fiscal, fato comprovado através do levantamento quantitativo de estoques. Disse que outro fato marcante que derruba a hipótese de equívoco foi a própria omissão dos 90.000 litros, um número redondo e múltiplo de 5.000, sendo este o volume constante em todas as notas fiscais de aquisição de gasolina no exercício, correspondendo a diferença encontrada a 18 caminhões do produto.

Infrações 3 e 4 – Como essas infrações são decorrentes das anteriores, o autuante informou que os valores ficam também mantidos integralmente, pelos mesmos motivos. Assim, opinou pela procedência do Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 447 a 458 dos autos, alegando que em relação à primeira infração, está totalmente comprovado pelo autuante que o autuado não adquire quantidades fracionadas de combustível e jamais poderia ter adquirido 1.082 litros óleo diesel sem documentação fiscal, e não há qualquer possibilidade de uma distribuidora faturar 1.082 litros, e o autuado ter deixado de contabilizar essa quantidade sem documentação fiscal. Disse que o autuante não deveria ter consignado no Auto de Infração como omissão de entrada uma diferença tão insignificante, deveria ter sido aplicado o bom senso, desprezando essa diferença apurada, sem relevância, haja vista que a empresa comercializa com aproximadamente 10 milhões de litros de óleo diesel e venha adquirir 1.082 litros sem documentação fiscal. O mesmo argumento foi apresentado quanto ao exercício de 2000, referente à diferença de 11.756 litros de óleo diesel e demais diferenças apuradas. O defendente reiterou os termos da impugnação inicial, inclusive quanto às infrações 2, 3 e 4, concluindo que o Auto de Infração em lide deve ser julgado improcedente.

Na pauta suplementar do dia 11/08/2004, após análise dos elementos constantes nos autos, os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiram que o processo encontrava-se em condições de ser apreciado, sendo por isso, redistribuído para a devida instrução.

Em seu voto o relator do processo em primeiro grau, analisando a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, de que houvera cerceamento do direito de defesa pela falta de entrega dos demonstrativos referentes aos levantamentos fiscais objeto do Auto de Infração, disse ter em cada demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 10 a 14 dos autos, a existência de declaração do representante legal do autuado quanto ao recebimento da respectiva cópia, na mesma data de ciência do Auto de Infração. Assim, rejeitara a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, haja vista que não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para se decretar a Nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, observara tratar-se de Auto de Infração decorrente de levantamento quantitativo de estoques relativo aos exercícios de 1999 a 2002, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, relativamente às diferenças encontradas.

O relator do processo na 3ª JJF não acatou as alegações defensivas porque:

Em relação às diferenças apuradas no levantamento de óleo diesel, exercícios de 1999, 2000 e 2002, haja vista que inexistem nos autos qualquer comprovação de que as aferições foram realizadas “a olho nu” por funcionários da distribuidora capaz de elidir as diferenças apuradas.

Quanto à gasolina, exercícios de 2001 e 2002, o autuante considerou no demonstrativo referente às saídas à fl. 14 dos autos, os totais de abertura e fechamento dos encerrantes de cada bico, e não ficou comprovado pelo autuado erro quanto aos estoques inicial e final consignados no levantamento fiscal.

Quanto a suposto erro na escrituração das fls. 510 e 511 do LMC (diferença de 90.000 litros de gasolina), a apresentação pelo autuado de apenas duas folhas do LMC não comprova que o erro apontado tenha persistido até o final do exercício, sendo insuficientes as fotocópias anexadas aos autos para a prova pretendida.

Sendo procedentes as duas primeiras infrações, conseqüentemente, também são subsistentes os valores apurados nas infrações 3 e 4.

Assim, considerando que as infrações apuradas e os respectivos valores exigidos dizem respeito a mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, a JJF considerou devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 1 e 2), conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V, sendo devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infrações 3 e 4), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98, o ilustre relator do processo na 3ª JJF votou pela Procedência do Auto de Infração.

Em sua peça recursal o autuado alega inicialmente que a Decisão recorrida não teria examinado as questões suscitadas, volta a repetir as alegações defensivas, especialmente quanto à suposta imprecisão no enchimento dos caminhões tanques, a irrelevância das diferenças apuradas em face o volume de mercadorias negociadas e de ausência de prejuízo para o tesouro Estadual, por se tratar de mercadorias com imposto antecipado.

A PGE/PROFIS, em Parecer da D. procuradora Sílvia Amoêdo, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário posto que as alegações recursais repetem as alegações defensivas, com repetição dos parágrafos no texto, repetições da defesa, o que demonstra mais fortemente a falta de embasamento das alegações recursais para modificar a Decisão recorrida e porque restaram caracterizadas as infrações.

VOTO

A peça recursal revela a disposição do recorrente em apenas repetir alegações já enfrentadas na Decisão recorrida. Se a empresa recorre da Decisão, e nela vê defeitos, caber-lhe-ia apontar tais erros, agregando ao texto oferecido os elementos de prova de suas alegações.

Efetivamente o carregamento de combustíveis era feito a olho nu pelas distribuidoras o que implica que poderia ter havido erros para mais ou para menos. No entanto, como ninguém dar nada de graça para ninguém, todos os caminhões transportadores antes de serem liberados para transporte de combustíveis são aferidos pelo órgão oficial de medidas do Estado quanto a sua

capacidade de armazenamento. Logo, se alguma diferença houvesse, as distribuidoras de petróleo estariam perdendo, ou os postos de combustíveis, o que não é da prática comercial.

Ante o exposto, acolho o Parecer opinativo da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **206984.0003/04-6**, lavrado contra **AUTO POSTO REFORÇO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.733,33**, sendo R\$118,09, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$59.615,24, acrescido da multa de 70% sobre R\$46.929,23 e 60% sobre R\$12.686,01, previstas no art. 42, III, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

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