

A. I. Nº - 087163.0020/03-5

AUTUADO - MACHADO LIMA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.

AUTUANTE - JOSÉ SILVIO LEONE DE SOUSA

ORIGEM - INFAZ BONOCÔ

INTERNET - 20.04.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-03/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. IMPOSTO PAGO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. Caracterizado o descumprimento de obrigação acessória. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 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, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se os valores originalmente apurados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/12/2003, exige o pagamento do ICMS de R\$19.101,31, e multa de R\$50,00 em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Multa de R\$50,00.
2. Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, ICMS de R\$14.695,49 e multa de 70%.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme 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, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. ICMS de R\$4.405,82 e multa de 60%.

O autuado, ingressa com defesa, fls. 15/29, e inconformado com o lançamento, aduz que é um posto de combustível, de bandeira Petrobrás Distribuidora S.A que, pelo contrato de distribuição é obrigada a comercializar, exclusivamente, os produtos da estatal, não podendo adquirir de terceiros, sob pena de multa, e até mesmo, de rescisão do vínculo contratual. Esclarece que a Petrobrás Distribuidora, segue as normas de direito administrativo, no que respeita à legalidade, não podendo comercializar seus produtos sem a emissão dos documentos fiscais obrigatórios, tampouco permitir que seus distribuidores revendam combustível de outras marcas, em clara violação ao contrato. Portanto, a empresa é por demais fiscalizada, e, como ficará provado, não tem como política, descumprir qualquer cláusula do contrato, quanto mais, normas de direito tributário.

Com relação à infração 1, aponta que a diferença encontrada na gasolina supra e no diesel se comparado ao volume circulado, revela-se insignificante, sendo portanto abusiva a autuação. Diz que a multa deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sobretudo quando a infração da obrigação tem natureza acessória. Cita a doutrina, para referendar o pensamento de que o ICMS impõe extrema dificuldade de não se infringir algumas das suas normas, quando a tributação se dá por substituição.

Quanto à infração 2, lembra que os produtos comercializados respeitam o regime de substituição tributária, sendo apenas responsável solidário, quando adquire mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, que de fato não aconteceu.

Diz que o agente fiscal desconsiderou, sem qualquer justificativa, os lançamentos do LMC, e encontrou uma diferença de 30.000 litros da gasolina comum, nas notas fiscais de entrada do Posto. Contudo, esta diferença advém de dois erros na fiscalização: O primeiro erro, foi pela falta de lançamento de uma das Notas Fiscais, a de nº 617.731. O segundo foi pelo fato do agente ter lançado uma Nota Fiscal, nº 663.893, de gasolina comum como se fosse gasolina supra. Assim, somando-se a Nota Fiscal nº 617.731 de 20.000 litros de gasolina, omitida na auditoria de estoque, e a Nota Fiscal nº 663.893 de 10.000 litros, que foi lançada como gasolina supra, no lugar da gasolina comum, encontra-se o déficit de 30.000 litros.

Ademais, o desprezo do agente fiscal ao LMC em conjunto com os erros na realização da auditoria, ensejaram essa autuação. Como se observa no estoque de abertura do LMC, (doc. nº 6 e 7), o estoque inicial da gasolina comum no dia 01.01.03 era de 15.843 litros. A empresa adquiriu entre o dia 01.01.2003 e o dia 19.09.03 (período fiscalizado), a quantidade de 1.125.000 litros do produto. O fiscal verificou a quantidade de 1.095.000, portanto encontrando uma diferença de 30.000 litros da gasolina comum nas notas fiscais de entrada do Posto. Refaz o quadro de demonstrativo das omissões, com os dados do LMC em anexo, e encontrou uma diferença de 109,34 litros. Encontra também uma diferença entre as vendas realizadas e a saída do LMC, da ordem de 694,89 litros, decorrente das aferições dos bicos das bombas que são realizadas, pelo INMETRO, pela Petrobrás, pela ANP. Após a aferição o produto retorna para o tanque, gerando essa diferença; Ressalta que as aferições constam no LMC e não foram consideradas pelo agente fiscalizador. Portanto para a gasolina comum, há uma sobra de 109,34 litros, o que representa 0,00974% do total de produto circulado pelos tanques, quantidade que considera razoável nos

critérios técnicos do comércio de combustíveis, não se observando nenhuma omissão de entrada por parte do autuado.

No produto álcool, fazendo uma análise através do LMC, constatou uma diferença de 6,86 e ao cruzar do LMC os dados dos encerrantes e dos iniciantes dos bicos de álcool, encontrou uma diferença de saída de 704,46 litros. Essa diferença refere-se às aferições que são realizadas e que constam no LMC e que não foram consideradas pelo fiscal.

Encontrou uma diferença a menor no estoque do álcool equivalente a 6,86 litros, o que representa 0,00936 do total circulado no tanque. Diz que esta diferença é perfeitamente aceitável, pois está de acordo com a oscilação do estoque dos combustíveis previsto pelos critérios técnicos do setor, e aceitáveis pelos órgãos reguladores e fiscalizadores. Logo, pelo LMC verifica-se que a diferença é menor do que a encontrada na auditoria, após a correção dos erros do agente.

Assim, o autuado recalculou a autuação, desconsiderando o LMC e seguindo a auditoria do estoque com o abatimento dos 30.000 litros de gasolina comum, lançados de forma equivocada, e encontrou o ICMS de R\$520,48 para a infração 2 e de R\$159,98 para a infração 3.

Lembra que a administração pública está totalmente vinculada à lei, e fala da supremacia do interesse público, que inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Reclama das multas aplicadas, pois as sanções devem ser proporcionais ao valor do tributo, e o STF em mais de um momento reconheceu o caráter confiscatório da multa, autorizando a redução.

Requer a improcedência da autuação, ou sucessivamente, a correção dos equívocos ocorridos na auditoria, com a condenação da empresa apenas nos valores devidos, com base nos cálculos apresentados na defesa.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 57, nos seguintes termos:

1. Que ao efetuar os levantamentos se baseou estritamente no que foi estabelecido para “Operação Combustível”, pela Diretoria de Planejamento Fiscal, DPF, desta secretaria, em fiel cumprimento ao que estabelece a ANP.
2. Os levantamentos efetuados decorreram das leituras efetuadas nas bombas, contagem de estoque realizados nos tanques de combustíveis, livro de Movimentação de Combustíveis e notas fiscais de entradas do período fiscalizado.
3. Acata as informações do contribuinte referente a não contabilização da Nota Fiscal nº 617.731 de 20.000 litros de gasolina comum, devido a mesma não ter sido entregue pelo contribuinte no momento da fiscalização, como também a Nota Fiscal nº 663.893 de 10.000 litros, que por equívoco, foi lançada como gasolina supra, portanto perfazendo um total de 30.000 litros de gasolina comum não contabilizado, conforme fl. 19.
4. Acata também a planilha elaborada pelo contribuinte, fl. 29, com abatimento dos 30.000 litros de gasolina comum, fartamente demonstrado no item anterior.
5. Opina pela procedência em parte do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado atendendo às exigências formais, conforme a previsão do art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Verifico que as multas aplicadas estão previstas nos artigos 42, inciso III e II “d” da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este CONSEF, não possuindo, deste modo, o alegado caráter confiscatório.

No mérito, o presente Auto de Infração exige o ICMS apurado através de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, no período de 1 de janeiro a 19 de setembro de 2003.

Na infração 1 a multa aplicada de R\$50,00 decorreu da constatação de operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e,conseqüentemente sem a respectiva escrituração.

Verifico que no demonstrativo de cálculo das omissões de fl. 7, está detectada esta acusação, no que se refere à gasolina supra e ao diesel. Comprovado, portanto, o cometimento da infração, devendo ser mantida a multa aplicada.

A infração 2 cobra o imposto 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, em exercício aberto. As mercadorias gasolina comum e álcool estão relacionadas no demonstrativo de fl. 8.

Quanto à infração 3, imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. O demonstrativo de fl. 9 esclarece os elementos base de cálculo, alíquota e imposto.

Contudo, o contribuinte, na sua peça de defesa, aduziu que o autuante, equivocadamente, encontrou uma diferença de 30.000 litros da gasolina comum nas notas fiscais de entrada do Posto. Refez o quadro de demonstrativo das omissões, com os dados do LMC em anexo, e encontrou uma diferença de 109,34 litros. Ressaltou ainda que as aferições constam no LMC e não foram consideradas pelo agente fiscalizador.

O autuante acatou as informações do contribuinte referente a não contabilização da Nota Fiscal nº 617731 de 20.000 litros de gasolina comum, devido a mesma não ter sido entregue no momento da fiscalização, como também a Nota Fiscal nº 663893 de 10.000 litros, que por equívoco, foi lançada como gasolina supra, portanto perfazendo um total de 30.000 litros de gasolina comum não contabilizado, conforme fl. 19. Acatou também a planilha elaborada pelo contribuinte, fl. 23, com abatimento dos 30.000 litros de gasolina comum. Desta forma, o ICMS a ser exigido na infração 2 perfaz o total de R\$520,48 e na infração 3 de R\$158,98, no que concordo.

Constato que as saídas de mercadorias, estão fundamentadas nos lançamentos efetuados pelo contribuinte no livro de Movimentação de Combustíveis, relativos aos saldos de abertura e de fechamento, cujas cópias estão às fls. 46/53.

Verifico também, que o autuante apurou as operações através do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), instituído pelo Departamento Nacional do Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao registro diário das operações de combustíveis. Ressalto que este livro é obrigatório, e sua escrituração tem valor probante para o contribuinte, conforme Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 304, V, do RICMS/97.

Deste modo, entendo que restou parcialmente caracterizado o cometimento das infrações acima relatadas, e o demonstrativo de débito assume a seguinte configuração, conforme reconhecido pelo próprio contribuinte:

Data Ocorr.	Data de Venc.	Base de cálculo	Alíquota	Multa	Valor ICMS
19/09/2003	09/10/2003	0,00	0,00	50,00	-
19/09/2003	09/10/2003	1.927,72	27%	70%	520,48
19/09/2003	09/10/2003	2.516,58	27%	60%	158,98
					679,46

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087163.0020/03-5**, lavrado contra **MACHADO LIMA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$679,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$158,98 e de 70% sobre R\$520,48, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais e da multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da citada Lei, com alteração da Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR