

A. I. N - 087469.0031/03-8
AUTUADO - POSTO CANAÃ COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO MIRANDA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13.05.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0132-03/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a.1) MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido; **a.2) MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-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. Rejeitadas a preliminar de decadência. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 23/12/2003, exige o pagamento do ICMS de R\$235.811,93, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, multa de 70%.

Exercício de 1998 – R\$ 26.692,65 - infração 01
Exercício de 2000 - R\$ 6.766,66 - infração 03
Exercício de 2001 – R\$ 6.641,94 - infração 05
Exercício de 2002 – R\$ 158,75 - infração 07
Exercício de 1998 – R\$ 16.885,75 - infração 09
Exercício de 2000 – R\$ 11.372,36 - infração 11
Exercício de 1998 – R\$ 75.947,49 - infração 15

Exercício de 2000 – R\$ 6.279,23 - infração 17

Exercício de 2002 – R\$ 3.343,84 - infração 19

Exercício de 2002 – R\$ 3.054,94 - infração 20

2. 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, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Multa de 60%.

Exercício de 1998 – R\$ 8.458,90 - infração 02

Exercício de 2000 – R\$ 2.155,35 - infração 04

Exercício de 2001 – R\$ 2.104,83 - infração 06

Exercício de 2002 – R\$ 50,31 - infração 08

Exercício de 1998 – R\$ 9.403,68 - infração 10

Exercício de 2000 – R\$ 6.333,27 - infração 12

Exercício de 1998 – R\$ 42.295,16 - infração 16

Exercício de 2000 – R\$ 6.191,32 - infração 18

3. Falta de recolhimento do 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, multa de 70%.

Exercício de 2003 – R\$ 1.509,85 - infração 13

Exercício de 2002 – R\$ 3.054,94 - infração 20

4. 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. Multa de 60%.

Exercício de 2003 – R\$ 176,65 - infração 14

O autuado, ingressa com defesa, fls. 378/392, apresentando as seguintes razões de fato e de direito:

1. Diz que seus produtos são adquiridos junto à Petrobrás Distribuidora S/A.
2. Que quando o produto é adquirido, encontra-se embutido o valor do ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto.
3. Invoca o instituto da decadência, para o exercício de 1998, a partir do momento em que sequer foi feita a intimação em 2003, pouco importando que a ação fiscal tenha se iniciado posteriormente.

4. Diz que os demonstrativos de cálculo das supostas omissões não têm sentido e que não foram considerada notas fiscais, o que pode ser retificado.
5. Aponta a necessidade de tecer considerações sobre a atividade de revenda de combustíveis, que não foram levadas em conta pela fiscalização, e que ocasionou desvios nos levantamentos.
6. Esclarece que a revenda de combustíveis pressupõe a compra de produtos a granel, junto a uma Distribuidora, transportados por carreta tanque, produtos descarregados em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros nas instalações dos postos e vendidos em pequenos volumes aos consumidores, utilizando-se de bombas eletromecânicas com sistema de medição. Assim, que todas essas etapas inserem variáveis que traduzem ao final do processo, pequenas distorções entre os volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor.
7. Aponta variações ocorridas na compra, transporte e armazenamento, tal como no recebimento e transporte do produto, em função das oscilações de temperaturas encontradas entre o ato da compra e o da comercialização do produto. A evaporação no armazenamento de gasolina, caso em que a Portaria NR 283 de 2 de junho de 1980, editada pelo CNP prevê, na sua redação, o abate diário de até 0,6% do volume estocado da gasolina
8. Esclarece que todos os tanques de armazenamento de combustíveis dos postos revendedores possuem tubulação de respiro que comunica o tanque à atmosfera, como forma de evitar a sobrepressão de gases, formada no interior do armazenamento. Através deste respiro ocorre a perda do produto evaporado. A resolução CONAMA 273, a partir de 1998, prevê como forma de preservação do meio ambiente a colocação de válvulas de retenção nas saídas dos respiros de forma a reduzir o volume liberado para a atmosfera. Porém ainda hoje a ANP admite a perda de 0,6% de produto em função de perdas ocorridas pela evaporação da gasolina.
9. Alerta que o instrumento de medição dos tanques, quando não seja através de meios eletrônicos, é bastante rudimentar, e que assume fundamental importância na distorção de valores quando considerados espaços de tempo e volume comercializados de baixa magnitude.
10. Giza que há variações ocorridas na comercialização do produto, tal como na venda. Diz que as multas pela comercialização de combustíveis em volumes que estejam lesando o consumidor são bastante pesadas, sendo prudente que o posto revendedor realize a aferição periodicamente, de modo a evitar a infração. Outrossim, na comercialização de combustíveis é permitida uma variação de mais ou menos meio por cento, pelo fato de se trabalhar com um produto vendido a granel e que necessita de equipamentos de medição para a realização da venda.
11. Discorre sobre os equívocos cometidos pelo autuante, por produto, como segue:

A_ Diesel

1. Troca de bomba de diesel, atinente ao bico 5, em 05/07/98, não considerado ensejando um erro de 198.836,15.
2. Alega venda de 2.693.020,63, e de compra de 1.398.149,00 quando houve erro nas somas das notas fiscais; encontra-se o montante de 2.949.491 litros de combustível (relação das entradas de 1998).

B – Álcool

1. Em 1998 a fiscalização apontou compra de 364.200 litros e venda de 563.158,89 litros, mas em verdade houve erro na soma das notas ou notas não foram contabilizadas pelo fiscal, existindo comprovação da aquisição de mais de 435.000 litros de álcool.
2. Troca de bomba de álcool em 11.07.98, apontando o fiscal que teria havido venda de 258.993,66 em um só dia. Teria que considerar a mudança dos encerrantes.
3. No ano de 2000 a fiscalização deixou de contabilizar 25.000 litros, além de não considerar que no ano de 1999, no final de dezembro foi emitida nota fiscal de 10.000 litros de álcool, porém a descarga só se realizou em janeiro de 2000, existindo erro.
4. A indicação de entrada a maior deságua em diferença que irá subsistir decorrente de erros de medições, com encerrantes, com aferições e evaporação, situações que são próprias da legislação que balisa o comércio de combustíveis.
5. Diz que no ano de 2001 encontrou nota fiscal de 10.000 litros não contabilizadas pela fiscalização.

C – Gasolina Aditivada

1. No ano de 2000 não considerou a aquisição de 10.000 litros com a nota fiscal sendo emitida no final de 1999. Todavia o descarregamento deu-se nos primeiros dias de 2000, daí o erro no levantamento.
2. Não considerou a Nota Fiscal nº 043.956, na quantidade de 10.000 litros, não contabilizada.
3. No ano de 2002 houve erro de soma quando indicou a quantidade de 45.000 litros que é de 55.000 litros.
4. Que a pequena diferença que permanece decorre de erros de medições, com encerrantes, aferições e evaporação, situações próprias da legislação que balisa o comércio de combustíveis.

D- Diesel Aditivado

1. No ano de 1998, houve erro no levantamento e foram encontradas, de acordo com as somas, 425.000 litros, sem contar erros encontrados pela troca da bomba medidora, bico 12 em 06.07.98.
2. Foram tomados erros no bico 7, de 1405,13 litros não houve venda e sim número de registro. Outro erro foi tomado no bico 7 de 1552,00 litros, bem como no bico 8 de 1.438,88.
3. Em 2000 houve erros nos encerrantes, Não houve venda da ordem de 215.136,91, restringindo-se esta a 115.136,68 litros.
4. Em 2003 não foi considerado erro na descarga e nas aferições.

Alerta que o Estado da Bahia tem que respeitar toda a legislação do comércio de combustíveis, sob pena de nulidade dos atos praticados pela fiscalização. Também que o autuante não

considerou os cupons fiscais e nem as “pequenas notas retiradas”. Diz que a lavratura deste Auto de Infração pode ser considerada como um verdadeiro confisco, além do que estaria havendo bitributação em relação ao Posto Revendedor (BR). Cita a doutrina, no tocante à substituição tributária, que deve ser permeada pelos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.

Ao final requer lhe sejam deferidos todos os meios de prova em direito admitidos, indicando de logo a juntada posterior de documentos, além dos anexados na defesa. Por cautela, que se descaracterize a multa aplicada, a nulidade dos demonstrativos feitos pelos autuantes, e coloca à disposição do Fisco, os livros contábeis e as notas fiscais de entradas e de saídas.

O autuante presta informação fiscal, fls. 395/401, e diz que o Auto de Infração foi lavrado para reclamar a omissão de entradas de combustíveis, de álcool, óleo diesel aditivado, óleo diesel comum, gasolina aditivada. Ressalta que o autuado faz as suas colocações sem juntar ao processo nenhum elemento que possa constituir-se em prova material de suas alegações. Quanto à arguição de decadência, com a lavratura do Auto de Infração consuma-se o lançamento do crédito tributário, sendo que a decadência só é admissível no período anterior a esta lavratura.

Diz que considerou as perdas por evaporação, o que pode ser constatado nos demonstrativos, nas colunas “aferição” e “perdas”, letras “h” e “i”, respectivamente, às fls. 24, 53, 72 e 87 do PAF. No que tange a troca de bomba e valores referentes a compras e vendas indicados pelo autuante, como divergentes daqueles levantados e constantes do Auto de Infração, não poderão ser levados em conta, haja vista que são apenas indicações do autuado, sem todavia juntar qualquer documento ou planilha que venha demonstrar a veracidade de suas afirmações.

Esclarece que os trabalhos foram desenvolvidos sobre os encerrantes e notas fiscais de saídas, pois são através destes encerrantes que se verificam os controles eficazes de saídas pelos bicos de todos os combustíveis colocados nos tanques e destas (notas fiscais), quando os combustíveis não são saídos pelos bicos, isto é, são sugados diretamente nos tanques. Opina pela procedência do Auto de infração.

O autuado ao ser cientificado da informação fiscal, tendo em vista a juntada de novos documentos, aduz que aquela em nada modifica a argumentação apresentada por ocasião da defesa. (fl. 411).

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.

Nego o pedido de diligência, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e ainda com base no que dispõe o artigo 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

Deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro/98 a dezembro/98 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/03. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2003, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros Acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº 0274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”

2. Acórdão CJF nº 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

“Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo, ou seja, do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra Curso de Direito Tributário, 13ª edição, pág. 148 - O Tributário Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a arguição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigi-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida venia, está equivocada.

Deste modo, rejeito a arguição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.”

3. Acórdão CJF nº 0260-11/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

“Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração

ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Prof^a. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela prof^a. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

No mérito, trata o presente Auto de Infração de exigência de ICMS em decorrência de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 24/32; 53/58; 72/79; 87/89, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos álcool, gasolina aditivada, diesel e diesel aditivado, adquiridas pelo sujeito passivo sem a competente documentação fiscal. Nestas condições, deve ser exigido o pagamento do imposto por responsabilidade solidária, bem como também o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Em relação às irregularidades apontadas, verifica-se que o preposto fiscal apurou as quantidades relativas às saídas, estoque inicial e final, de álcool hidratado, gasolina e diesel, através do livro de Movimentação de Combustível (LMC), às fls. 16/20; 34/51; 59/71; 81/86; 91/97, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao Registro Diário das Operações de Combustíveis. O referido livro é obrigatório, e sua escrituração tem valor probante, conforme Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 314, V, do RICMS/97.

O autuado, em sua defesa, alegou, de forma genérica, que o autuante, de forma genérica, teria cometido erros no levantamento, e que não teria considerado algumas entradas, sem contudo

apontar especificamente, quais seriam e em que períodos. Também que o auditor fiscal, ao promover o cálculo do levantamento quantitativo, não levou em conta o coeficiente de perdas naturais do produto combustível, no percentual de 0,6% de perda por evaporação, e nem as aferições.

O autuante, na informação fiscal, rebateu os argumentos da defesa e apontou que considerou as perdas por evaporação, o que pode ser constatado nos demonstrativos, nas colunas “aferição” e “perdas”, letras “h” e “i”, respectivamente, às fls. 24, 53, 72 e 87 do PAF.

Quanto à troca de bomba e valores referentes a compras e vendas indicados pelo autuante, como divergentes daqueles levantados e constantes do auto, coaduno com o entendimento do auditor fiscal, de que não poderão ser levados em conta, haja vista que são apenas indicações do autuado, que não promoveu a juntada de qualquer documento ou planilha que demonstrasse a veracidade de suas afirmações.

Além disto, a ação fiscal foi desenvolvida sobre os encerrantes e notas fiscais de saídas, pois são através destes encerrantes que se verificam os controles eficazes de saídas pelos bicos de todos os combustíveis colocados nos tanques e destas (notas fiscais) quando os combustíveis não são saídos pelos bicos, isto é, são sugados diretamente nos tanques.

Além disso, a Declaração de Estoque de fl. 15, traduz a contagem física dos combustíveis no dia 07/10/03, e foi assinada pelo contribuinte.

Constato, ainda, que o autuante anotou os estoques finais de cada período e o estoque medido “in loco”, computando o estoque de fechamento no LMC, já deduzidas as perdas ou sobras do estoque escritural, conforme demonstrativos às fl. 24, 53, 72 e 87, o que, ao meu ver, tornou subsistente o trabalho fiscal.

Vale ainda frisar que, na situação em análise, o autuado é um posto de gasolina e, como tal, recebe o álcool hidratado, gasolina e diesel com o imposto já antecipado pela empresa distribuidora de combustíveis, consoante o artigo 512-A, do RICMS/97, que estabelece que “são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de sujeito passivo por substituição, os distribuidores de combustíveis, como tal definidos e autorizados pelo órgão federal competente”.

Entretanto, como foi apurado pelo preposto fiscal, por meio de levantamento de estoques, que o autuado havia adquirido os produtos em tela sem a correspondente nota fiscal de origem, foi exigido corretamente o ICMS, por responsabilidade solidária, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto aquele devido em razão da substituição tributária.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087469.0031/03-8**, lavrado contra **POSTO CANAÃ COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$235.811,93**, sendo R\$179.683,63, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$60.157,74, e 70% sobre R\$119.525,89

previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos moratórios e R\$56.128,30, acrescido das multas de 60% sobre R\$17.000,73 e 70% sobre R\$39.127,57, previstas no inciso II, “d” e III, da citada Lei e artigo e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR