

A. I. N° - 232854.0016/03-9
AUTUADO - TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13.05.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0133-03/04

EMENTA: ICMS. 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. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que se trata de mercadoria que já havia sofrido tributação na entrada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/12/2003, exige o pagamento do ICMS de R\$22.120,79, 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, nos anos de 1999, 2000 e 2001. ICMS de R\$17.397,78 e multa de 70%.
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. Exercícios de 1999, 2000 e 2001. ICMS de R\$3.350,58 e multa de 60%.

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, ICMS de R\$1.042,17 e multa de 70%.
4. Falta de recolhimento do ICMS, 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. ICMS de R\$330,26 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 147/160, e, inconformado com o lançamento, aduz que tem como atividade o “comércio a varejo de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores”, especialmente gasolina, óleo diesel, e álcool, cujas mercadorias são adquiridas através de notas fiscais idôneas, com o ICMS substituído pela Distribuidora. Recebe também as referidas mercadorias por transferências de filiais. Diz que o Auto de Infração não pode subsistir, pois o art. 356 do RICMS/97, desonera de tributação as operações internas subseqüentes de mercadorias adquiridas com o ICMS substituído e não pode o autuante querer impor à defendente o pagamento do imposto como se tributáveis fossem as mercadorias adquiridas pela mesma.

Assevera que jamais adquiriu mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, bem como nunca deixou de lançar os documentos de aquisição de seus produtos nos livros fiscais e nos livros de movimentação de combustíveis. Assim, em observância ao prescrito no art. 3º, inciso I da Portaria nº 445/98, elaborou planilhas que apontam falhas técnicas do autuante, demonstrando, por fim, que não houve as irregularidades apontadas neste lançamento.

Reclama que as aferições não foram consideradas, e são de obrigatoriedade da defendente fazê-las, antes da abertura do posto, diariamente, para efeito de verificação da regularidade das bombas e dos equipamentos de medição para a venda de combustíveis, 20 litros por cada bico, fazendo retornar o produto ao próprio tanque. Porém tem-se que levar em conta os encerrantes porque o produto sai e retorna ao tanque, sendo que a diferença é relevante. Levando em consideração o ano calendário, porque a aferição é feita com bombona de 20 litros, por dia, ao fim de 365 dias, ter-se á 7.300 litros em cada bico de bomba. Considerando que possui 5 bicos (4 diesel e 1 álcool), isso significa 36.500 litros por ano.

Giza que, tratando-se de levantamento quantitativo em empresas desta atividade, para se apurar a quantidade, efetivamente saída, não se pode olvidar das perdas e das aferições. Nesse passo, elaborou planilhas referentes aos exercícios de 1999 – álcool e óleo diesel – e 2000, 2001 e 2003, atinentes a álcool, para demonstrar que não houve entradas desses produtos sem notas fiscais.

Requer diligência ao Sr. Presidente do CONSEF, para outro técnico da Secretaria examinar a veracidade dos fatos e constatar que não é devido o ICMS cobrado pelo autuante.

Protesta em razão do autuante não ter observado as exigências previstas na Portaria nº 445/98, vez que no caso de combustíveis, há que se levar em conta que existe Portaria regulamentando a perda de 0,6%, em razão de sua evaporação – Portaria nº 283, de 02 de junho de 1980, da CNP, hoje ANP, ainda em vigor.

Transcreve os artigos 354 e 356 do RICMS/97, para evidenciar que não mais recai sobre si, a obrigação de pagar o imposto, por haver a Distribuidora feito a substituição do mesmo.

Se por absurdo, tivesse omitido o registro de entradas de mercadorias, caberia apenas a aplicação de multa formal, por descumprimento de obrigação acessória, haja vista que as saídas de combustíveis não estão mais sujeitas à tributação.

Diz que a cobrança elevada do imposto e da multa resultará em verdadeiro confisco do patrimônio da defendente, inviabilizando a atividade econômica, em contrário ao que preconiza a Carta Magna no art. 150, IV.

A final, pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 224/225, e ressalta que no demonstrativo apresentado pela defesa, a mesma considera perda de combustível (págs. 164 a 221), mas não considera as sobras, constantes no mesmo LMC. Existem perdas de mais de 5.000 litros em um só dia (pág. 164), e outras de valores também consideráveis. A norma da ANP (pág. 151) comprova a irregularidade. Seguindo o mesmo raciocínio, se há evaporação de combustível (e realmente há), como se explica a enorme incidência de variação zerada, de um dia para outro ou por diversos dias consecutivos? Na verdade, o que se verifica é uma manipulação de valores nas sobras e perdas, no sentido de camuflar as omissões e ajustar os estoques. Informa que lavrou três autos de infração na mesma rede de combustíveis tendo o contribuinte reconhecido o lançamento em dois deles. Opina pela procedência 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.

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.

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, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 8/43; 47/80; 82/117; 119/142, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos álcool e óleo diesel, 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 infrações, verifica-se que o preposto fiscal apurou as quantidades relativas às saídas, estoque inicial e final, de álcool e diesel, através do livro de Movimentação de Combustível (LMC), 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 que as aferições não teriam sido consideradas no levantamento, o que totalizaria 36.500 litros por ano, haja vista que possui 5 bicos de saídas de combustível.

Contudo, este argumento não pode ser acolhido pois as aferições, se ocorreram e na absurda quantidade apontada, não há nos autos a prova de que elas ocorreram.

Quanto à alegação referente às perdas por evaporação (0,6%), entendo que também não prospera a argumentação defensiva, uma vez que, pelas características dos produtos levantados, e com base no processo de comercialização do autuado, tais perdas só poderiam ser computadas no estoque inicial dos produtos, fato que agravaria a infração cometida, pois aumentaria a quantidade das omissões de entradas apuradas.

No que tange às entradas, em função da variação de temperatura no transporte dos combustíveis, tanto pode haver variação positiva como negativa de volume, fato que também impede a incorporação de uma perda uniforme, como pleiteia o sujeito passivo.

Não se pode admitir a referida perda em relação às saídas do produto, uma vez que a quantidade vendida corresponde exatamente ao que é registrado na bomba. No que diz respeito ao estoque final, também não se admite perda, já que corresponde exatamente à quantidade medida fisicamente em determinado período.

Vale ainda frisar que, na situação em análise, o autuado é um posto de gasolina e, como tal, recebe 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 **232854.0016/03-9**, lavrado contra **TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.120,79**, sendo R\$11.284,29, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.123,26 e 70% sobre R\$10.161,03, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos moratórios e R\$10.836,50, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.557,58 e 70% sobre R\$8.278,92, previstas nos incisos II, “d” e III, do citado artigo e Lei 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