

A. I. N° - 206766.0013/03-9
AUTUADO - PÉROLA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11.05.04

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0148-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO ABERTO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Comprovado erro na auditoria de estoques. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/11/2003, e reclama o valor de R\$ 23.792,03, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01 a 20/10/2003), conforme demonstrativos e documentos às fls. 05 a 539, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 15.014,83, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL E GASOLINA COMUM) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 8.777,20, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL E GASOLINA COMUM) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, tempestivamente, apresenta defesa, conforme documentos às fls. 542 a 547 dos autos, onde, alega que nunca adquiriu mercadoria sem nota fiscal, pois todas as suas compras foram efetuadas na empresa fornecedora de petróleo Ipiranga, com o devido recolhimento do ICMS na fonte.

Impugnou o resultado constatado no produto GASOLINA COMUM, com base na informação de que a diferença apurada no trabalho fiscal é decorrente de ter comprado gasolina aditivada e tê-la vendido como sendo gasolina comum, justificando o seu procedimento sob alegação de que sendo similares os preços entre os dois produtos, resolveu oferecer a sua clientela um produto de melhor qualidade. Para fundamentar esta alegação, o defendante diz que o demonstrativo de estoque do período examinado apresenta uma diferença de entradas de 225.000 litros de gasolina aditivada e uma diferença de saídas de 194.401,40 litros de gasolina comum, resultando numa diferença de estoque a mais de 30.000 litros de gasolina aditivada, que foi vendida como gasolina comum.

Assevera que mesmo ocorrendo venda de um produto como sendo outro não gerou prejuízo ao Estado, por entender que o recolhimento do ICMS é deduzido na fonte, no momento em que realiza a compra do produto no distribuidor, tendo apresentado as notas fiscais às fls. 565 a 622 para comprovar sua argumentação.

Quanto ao produto ÁLCOOL HIDRATADO, diz que não houve aquisição deste produto sem documento fiscal, alegando que ocorreu erro do preposto fiscal ao medir o estoque de petróleo nos tanques de armazenamento, sob alegação de que a medida foi feita como se o tanque tivesse 15.000 litros de capacidade, ao invés de 10.000 litros, conforme documento emitido pela empresa fornecedora de petróleo Ipiranga (docs. fls. 563 a 565).

Além disso, alega que o fato de não ter registrado no LMC a entrada de mercadoria não gera nenhum prejuízo ao Fisco, por entender que o tributo fora recolhido no ato da compra.

Feitas essas considerações, o patrono do autuado analisando os aspectos formais do lançamento, aduz que na lavratura do Auto de Infração não foi obedecido o disposto no artigo 10 do RPAF/99, no tocante a hora da lavratura, a descrição do fato, e a disposição legal infringida e a penalidade aplicada. Citou o ensinamento de Samuel Monteiro sobre esta questão. Por conta disso, foi argüido pelo defendante que faltaram ao AI os requisitos mencionados na lei e doutrina especializada, ficando, no seu entendimento, viciado o processo administrativo, e que deveria ser sanado pela autoridade competente, a fim de permitir o exercício da ampla defesa, na forma da garantia Constitucional que lhe é assegurada.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, a impugnação total dos valores lançados, e provar o alegado por todos os meios de prova cabíveis em direito admitidos.

Através do Processo nº 031203/2001-4, protocolado em 18/02/04, o autuante presta a sua informação fiscal (docs. fls. 626 a 630), contesta as observações feitas pelo autuado, esclarecendo que:

1. Nos dias 10/01/03 e 31/10/03 o estabelecimento adquiriu da Ipiranga, 10.000 litros de Gasolina C F1 Master – Aditivada através das Notas Fiscais nºs 18997 e 19170 (docs. fls. 534 e 535), registrando no LMC como Gasolina Comum, e também como Gasolina Aditivada (docs. fls. 39/40 e 390 e 400). Entendeu que este procedimento do autuado teve o intuito de acobertar a entrada sem nota fiscal.
2. Não foram apresentadas as notas fiscais nºs 19351 em 17/02/03 (5.000 litros, fl. 58); 19486 em 15/03/03 (5.000 litros, fl. 70); 20628 em 14/07/03 (5.000 litros, fl. 133) e 22180 em 09/10/03 (5.000 litros,

fl. 176), que foram registradas no LMC de gasolina comum, e que tais documentos fiscais não foram escriturados no Registro de Entradas (docs. fls. 334/381).

3. Quanto ao estoque de gasolina comum do dia 17/09/03, foi registrado no LMC, no Campo 7, a quantidade de 3.190 litros, e foi transportado para o Campo 3.1 do dia 18/09/03 a quantidade de 6.190 litros (doc. fl. 165).
4. Com relação a alegação defensiva de que a omissão de venda de gasolina aditivada é decorrente da venda da mesma como sendo gasolina comum, o preposto fiscal salienta que o procedimento vai de encontro com a legislação tributária, pois os produtos ao serem vendidos devem obedecer as suas respectivas espécies de acordo como foram adquiridos.
5. Sobre a alegação de que o tanque que armazenava o Álcool na época tinha capacidade de 10.000 litros, e que foi considerado 15.000 litros de combustíveis, foi informado pelo autuante que a medição e a conversão do estoque de álcool do tanque para a quantidade em litros foram feitas juntamente com o funcionário da própria empresa, mais precisamente o Sr. Claudison de Souza Miranda, que acompanhou todo o procedimento da contagem física do estoque. Diz que, considerando a tabela de conversão apresentada à fl. 565, e que como foi esclarecido na defesa que o tanque de álcool utilizado é de 10.000 litros, ao efetuar a conversão com base na tabela citada, obtém-se aproximadamente 2.370,6 litros de Álcool, que se considerado na auditoria de estoques do período examinado como sendo o estoque final, a diferença a título de omissão de entrada desaparece, resultando, no entanto, numa diferença de saídas de 541,94 litros, conforme demonstrativo.

Por conta desses argumentos, conclui que a infração 01, com a exclusão do ICMS normal relativo a diferença de Álcool no valor de R\$ 833,46, fica reduzida para a cifra de R\$ 14.181,37, correspondente a omissão de entradas de Gasolina Comum, e a infração 02, perfaz o valor de R\$ 8.513,08, após a dedução da antecipação do Álcool no valor de R\$ 264,12.

Consta às fls. 632 e 633 (Intimação e AR dos Correios), que o sujeito passivo recebeu cópia da informação fiscal, porém não apresentou qualquer manifestação a respeito.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observo que em momento algum houve desobediência aos requisitos legais atinentes ao processo administrativo fiscal, eis que, no corpo do Auto de Infração contém a indicação do local, da data e da hora de sua lavratura, os dispositivos legais infringidos e a penalidade aplicada, ressaltando-se que a descrição dos fatos foi feita de forma satisfatória, deixando claro o enquadramento legal que está indicado na peça vestibular, merecendo salientar que os levantamentos e demonstrativos que instruem a ação fiscal são suficientemente explicativos da origem do lançamento fiscal, inociorrendo, assim, qualquer impedimento para o exercício da ampla defesa e do contraditório, como aliás o fez o patrono do autuado ao adentrar no mérito das acusações que lhe foram imputadas. Assim, rejeito o pedido de nulidade por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, da análise das peças processuais, constata-se que as infrações imputadas ao estabelecimento autuado foram apuradas por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, cuja acusação fiscal concerne a omissão de entradas de ÁLCOOL e GASOLINA COMUM, e reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente (infração 01), e da antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA (infração 02), conforme demonstrativos, levantamentos e documentos constantes às fls. 05 a 539.

Nos demonstrativos às fls. 05 e 07, a quantidade do estoque inicial foi obtida com base no que consta registrado no LMC, e o estoque final do período, tratando de exercício aberto (de 27/12/03 a 19/10/03) foi extraído da declaração de estoque da contagem física (doc. fl. 09), devidamente assinada pelo preposto da empresa. As quantidades das entradas e das saídas nos períodos examinados também foram extraídas do LMC.

O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) é um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuado com base nas operações ou prestações realizadas relativas a cada produto comercializado. Portanto, o LMC constitui-se como um livro fiscal que reflete a movimentação de cada mercadoria comercializada pelo estabelecimento de determinado período.

Desta forma, não vejo como acatar o argumento defensivo de que a diferença apurada no item relativo a GASOLINA COMUM, é decorrente de ter comprado gasolina aditivada e tê-la vendido como sendo gasolina comum, pois de acordo a legislação tributária o controle de estoque deve ser feito arrolando-se separadamente cada produto, conforme o registro das entradas e do registro diário que sai pelos bicos, refletindo, assim, a real movimentação dos produtos. Vale observar ainda que foi feito, separadamente, com base nos registros do estabelecimento, no mesmo período, o levantamento quantitativo de GASOLINA ADITIVADA sendo constatado omissão de saídas, conforme demonstrativos às fls. 537 a 539.

Quanto ao produto ÁLCOOL HIDRATADO, considerando que o autuante acatou a comprovação apresentada na defesa de que o tanque que armazenava o Álcool na época tinha capacidade de 10.000 litros, e que é devido fazer a conversão do estoque existente com base na tabela à fl. 565, resultando no estoque de 2.370,6 litros, por esse motivo, deve o mesmo ser excluído da exigência fiscal, haja vista que após considerar na auditoria de estoques dita quantidade resultou em diferenças de saídas.

Além do mais, cumpre observar que o contribuinte ao não atender a intimação à fl. 632 acabou por acatar os termos da informação fiscal e do novo demonstrativo de estoque, pois o fato alegado por

uma das partes quando o outro não contestar será considerado como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 140, RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 22.694,45, conforme demonstrativos abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Infração 01 - 04.06.09

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Item
20/10/03	09/11/03	52.523,59	27	70	14.181,37	1
TOTAL DA INFRAÇÃO 01						14.181,37

Infração 02 - 04.06.10

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Item
20/10/03	09/11/03	31.529,93	27	60	8.513,08	2
TOTAL DA INFRAÇÃO 02						8.513,08

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206766.0013/03-9, lavrado contra **PÉROLA COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 22.694,45, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 8.513,08 e 70% sobre R\$ 14.181,37, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR