

A. I. N° - 110188.0020/03-2
AUTUADO - POSTO DE GASOLINA A CABANA LTDA.
AUTUANTE - MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 14.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0156/01-04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se estas já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado demonstra existência de equívoco no levantamento, reduzindo o valor do débito. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/12/2003 exige ICMS, no valor de R\$ 13.791,29, pelos motivos abaixo relacionados:

Infração 1 – falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 12/09/03), no valor de R\$ 8.652,49;

Infração 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, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 12/09/03), no valor de R\$ 5.138,80.

O autuado, às fls. 20 a 30, apresentou defesa argumentando que as mercadorias foram adquiridas junto a fornecedores regulares. Que se trata de combustíveis (diesel, gasolina e álcool), sendo de

obrigatoriedade da distribuidora proceder a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Alegou existência de erros e as justificativas que foram apresentadas ao fisco e não consideradas: ou seja, a nota fiscal nº 177928, de 18/02/03 de aquisição de 5.000 litros de gasolina aditivada que não foi escriturada no LMC e no Registro de Entradas; a nota fiscal nº 179030, de 08/03/03, de 10.000 litros de gasolina comum, sendo descarregado 5.000 litros no tanque de gasolina aditivada em razão de o pedido ter sido feito assim e por engano a distribuidora Ipiranga mandou errado o que levou a fazer essa divisão sem prejuízo para o cliente, porque foi comunicado o erro e o distribuidor imediatamente mandou o aditivo para ser adicionado à gasolina comum. Assim, o lançamento no LMC está correto, ou seja, lançado 5.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina aditivada. Apenas na nota fiscal consta todo o combustível como gasolina comum; a nota fiscal nº 185286, de 11/06/03, de 10.000 litros de gasolina comum, por não caber todo no tanque de armazenagem que tem capacidade para 15.000 litros foram descarregados 2.400 litros no tanque de gasolina aditivada e também assim foi escriturado no LMC; a nota fiscal nº 185408, de 12/06/03, de 5.000 de gasolina aditivada, lançada no LMC, e não escriturada no Livro de Entradas. Concluiu que a diferença apontada nos autos de 18.278 litros, na verdade é de 878 litros e, que tal diferença deve-se a venda já efetuada no dia da medição do tanque que foi realizada durante o expediente, e que o encerramento do LMC considera todo o dia.

Alegou que a diferença de óleo diesel de 435 litros também diz respeito a medição realizada durante o expediente, com o posto em movimento.

Que a fiscalização não levou em conta a Portaria que regula a perda de 0.6% do combustível, em razão de evaporação e as aferições a que são obrigados os postos a fazê-las, diariamente, para verificação quanto a regularidade dos equipamentos de medição para venda dos combustíveis.

Protestou dizendo ser ato arbitrário a lavratura do Auto de Infração contra o autuado, uma vez que na aquisição do produto, em face da substituição tributária, o valor do ICMS é embutido no preço pago pelo revendedor.

Requeru a improcedência da autuação e, caso não seja julgado improcedente que seja descaracterizada a multa aplicada, pois, ao seu ver, o correto seria a aplicação do disposto no RICMS que prevê a multa acessória, por ser de direito.

A autuante informou que realizou as correções em face de apresentação de notas fiscais que não foram consideradas no decorrer da fiscalização, apurando novo levantamento, sendo alterado o valor da infração 01 para R\$ 524,78 e da infração 02 para R\$ 259,79. Anexou novos demonstrativos aos autos.

Foi dada ciência, ao autuado, do resultado da informação fiscal e seus demonstrativos, “via correios”, cuja ciência se deu em 08/03/04, sem, contudo, constar dos autos manifestação do impugnante.

VOTO

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que foi realizada Auditoria dos Estoques, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 12/09/03), tendo sido identificadas omissões de entradas de mercadorias. Por esta razão, foi exigido imposto na condição de responsável solidário por ter, o autuado, adquirido mercadorias sem nota fiscal e, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, já que a mercadoria se encontra enquadrada no regime da substituição tributária.

O sujeito passivo, em sua impugnação, trouxe aos autos a comprovação de que algumas notas fiscais não tinham sido levadas em conta no levantamento realizado pela autuante. Também, em relação ao item “gasolina” haviam ocorrido dois fatos que não foram considerados na fiscalização, sendo: o 1º foi o de ter adquirido gasolina comum e por erro da distribuidora 5.000 litros da mercadoria foi descarregada no tanque de gasolina aditivada; o 2º fato se deu em razão da necessidade de se colocar 2.400 litros de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada por estar o tanque na sua capacidade máxima. Esclareceu, ainda, que para não haver prejuízo para o consumidor, o distribuidor mandou adicionar aditivo no tanque. Concluiu apontando uma diferença de 878 litros de gasolina aditivada e 453 litros de óleo diesel.

Em relação às diferenças constatadas alegou que o imposto não poderia ser exigido do autuado, haja vista que os valores foram pagos por antecipação, também que a autuante não considerou a existência de evaporação dos combustíveis e nem as aferições obrigatórias. Citou as Portarias nºs 283, de 02/06/1980 e 116/00 da ANP.

A autuante reconheceu e acolheu os documentos e esclarecimentos trazidos pelo autuado refazendo o demonstrativo do débito do Auto de Infração.

Observo, inicialmente, que o sujeito passivo exerce a atividade de revendedor varejista de combustíveis, estando obrigado a possuir e escriturar o Livro de Movimento de Combustíveis – LMC, em conformidade com o que dispõe o art. 314, V, do RICMS/97. A escrituração do referido livro deve ser feita diariamente com o lançamento de todo o volume diário vendido, inclusive, informados as aberturas e fechamentos de cada bomba (art. 324 do RICMS/97). O autuado está obrigado a manter em perfeito estado de funcionamento e conservação os medidores e tanques de armazenamento de sua propriedade e de terceiros, além de consignar no LMC todas as ocorrências, inclusive a modificação do método de medição dos tanques (Portaria ANP nº 116/00 e Portaria DNC nº 26/92).

Os trabalhos de Auditoria dos Estoques tomados como base nos elementos constantes no Livro de Movimento de Combustíveis – LMC, por ser o livro idôneo para identificação no tocante ao controle dos estoques, retratam as saídas diárias de combustíveis consignadas em suas bombas, além das quantidades existentes na abertura e fechamento, dia a dia. Estas quantidades somente podem ser desconstituídas por ocorrência de fatos alheios à vontade do contribuinte.

Não tem cabimento o argumento do autuado de que não foi observada a saída do final do dia, haja vista que se tratou de levantamento quantitativo em exercício aberto, em que foram tomados os dados correspondentes as medições e registros consignados no momento do levantamento físico, não podendo argüir, o autuado, de que não foram consideradas as saídas posteriores daquele dia, ou seja, do dia da realização da contagem física (12/09/03).

Saliento que, no tocante à alegação de não terem sido observadas as quantidades de combustíveis que ocorreram perdas em razão de “evaporação”, como tal perda equivale a saída do produto, ou seja, baixa dos estoques, não descaracteriza a omissão apurada, já que a inclusão de qualquer quantidade de saída seja por evaporação, corrosão, ou mesmo problemas nos tanques dos combustíveis, não descaracteriza a omissão apurada, uma vez que a inclusão de qualquer quantidade no levantamento das saídas, majora a quantidade apurada por diferença em relação às omissões de entradas, ou seja, confirma a existência de aquisição de mercadorias sem documentação fiscal em quantidade superior ao apontado pelo autuado (na impugnação) e autuante, após reconhecimento e inclusão dos documentos apresentados pelo sujeito passivo, quando da informação fiscal.

Também, no tocante as aferições realizadas pelo autuado, devem estar devidamente consignadas no LMC o retorno do combustível aos tanques, como determinam as Portarias ANP nº 116/00 e DNC nº 26/92, assim como o RICMS/97.

No tocante ao argumento de que o imposto foi pago por antecipação, ressalvo que se está exigindo ICMS em relação a aquisições de mercadorias que ingressaram no estabelecimento do autuado sem documentação fiscal, desta forma, o sujeito passivo responde solidariamente pelo pagamento do imposto devido na operação anterior, bem como, do imposto devido pelo próprio sujeito passivo, por antecipação tributária, uma vez que as mercadorias se encontram enquadradas no regime da substituição tributária. Neste caso, não se está falando de aquisições com documentação fiscal comprobatória das operações realizadas, já que estas são atribuídas aos distribuidores a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Assim, no caso em questão, como se trata de identificação, no estabelecimento do autuado, de mercadorias adquiridas sem documentação fiscal, não se pode falar em responsabilidade do distribuidor, e sim, de quem adquiriu mercadorias sem documentação fiscal por não se poder identificar a origem das mesmas.

Depois de retificadas as diferenças comprovadas pelo impugnante, cujo levantamento foi feito mediante a realização do roteiro de Auditoria dos Estoques, através de levantamento quantitativo por espécie, as diferenças de quantidade apuradas passaram a ser de 878,83 litros de gasolina aditivada e 435,33 litros de óleo diesel. Assim, o valor do imposto devido, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias sem documentação fiscal fica reduzido para R\$ 524,77, e o devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio autuado, fica reduzido para R\$ 259,79.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº110188.0020/03**, lavrado contra **POSTO DE GASOLINA A CABANA LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 784,56**, acrescidos das multas de 70% e 60%, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e, dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA