

A. I. N° - 089010.1203/03-5

AUTUADO - COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO P. SOUTO LTDA.

AUTUANTE - GILSON AMARAL MACEDO

ORIGEM - INFRAZ ITAMARAJU

INTERNET - 18.06.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209/01-04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Vícios formais do procedimento. No mérito, provado que, em vez de omissão de entradas, houve foi omissão de saídas de gasolina, álcool e óleo diesel. Como se trata de mercadorias cujo imposto é pago por antecipação, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS/97, não há imposto a ser lançado. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES NÃO MAIS TRIBUTÁVEIS. IMPOSTO PAGO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Provada a realização de vendas de gasolina, óleo diesel e álcool carburante sem a devida emissão de documentos fiscais. Embora não haja imposto a ser lançado, houve o descumprimento de obrigação acessória. Mantida a multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, apurado em função do valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto nos valores de:
 - 1.1 R\$ 12.390,83, com multa de 60%;
 - 1.2 R\$ 5.628,84, com multa de 60%;
2. saídas de mercadorias cuja fase de tributação estava encerrada, sem emissão dos documentos fiscais correspondentes [descumprimento de obrigação acessória], sendo aplicada multa de R\$ 50,00.

O autuado apresentou defesa alegando que o levantamento fiscal foi elaborado de forma incompleta, pois não foram incluídas 3 Notas Fiscais, de modo que não há omissão de entradas, conforme acusa o Auto de Infração. Critica a forma como foi feita a verificação do fato. Pede a improcedência do lançamento. Requer, ainda, a produção de provas, inclusive prova pericial.

Juntou demonstrativo para demonstrar sua versão quanto ao levantamento do estoque, Juntou também cópias de documentos.

O fiscal autuante prestou informação observando que as Notas Fiscais 54, 59 e 56, emitidas por E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda., dizem respeito a operações vedadas pela ANP, de acordo com o art. 9º da Portaria nº 116/00. Aduz que as aludidas Notas Fiscais não foram lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Considera que deveria ser feita uma verificação dos aludidos documentos junto à empresa emitente dos mesmos. Acrescenta que as medições foram efetuadas com a presença de preposto da empresa. Conclui admitindo que no levantamento fiscal houve erro, pois não foi observada a redução da base de cálculo em 40%, conforme prevê o RICMS/97, no art. 87, XIX, relativamente ao óleo diesel, de modo que o imposto devido no item 1º é de R\$ 7.434,50.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo, este deu entrada em petição insistindo em que, no tocante aos itens 1º e 2º, os documentos anexados à defesa provam que as mercadorias foram efetivamente adquiridas, e o fiscal deixou de computar os referidos documentos no levantamento efetuado. Quanto à vedação a que alude o autuante, o sujeito passivo contrapõe que, no plano fiscal, a operação é regular, não podendo ser invocada uma possível infração administrativa, a qual cabe à ANP fiscalizar. Reitera o pedido de improcedência do lançamento.

O processo foi submetido à apreciação da 1ª Junta, na pauta suplementar de 5/5/04, concluindo-se que a lide está em condições de ser julgada.

VOTO

Os itens 1º e 2º referem-se ao lançamento de ICMS por antecipação, apurado em função do valor acrescido, relativo a mercadorias adquiridas sem documentos fiscais, por se tratar mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – gasolina e óleo diesel. Em ambas as situações, o débito foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadoria.

Na descrição das infrações de que cuidam os referidos itens 1º e 2º, o fiscal autuante se equivocou ao descrever os fatos como se se tratasse de falta de recolhimento do imposto por antecipação, apurado em função do valor acrescido, haja vista que, ao contrário do que acusa o Auto de Infração, o demonstrativo à fl. 9 torna patente que o lançamento não diz respeito ao imposto “apurado em função do valor acrescido”, ou seja, em função da margem de valor adicionado (MVA), uma vez que abrange, também, o tributo que no jargão fiscal é denominado (impropriamente) de imposto “normal”. Note-se que a descrição dos fatos nos referidos itens 1º e 2º é literalmente idêntica em todos os aspectos, não tendo o fiscal prestado os devidos esclarecimentos pertinentes a cada caso, como manda o art. 39, III, do RPAF/99, segundo o qual a descrição das infrações deve ser feita com precisão e clareza. Verificando os demonstrativos, noto que o item 1º diz respeito a óleo diesel, e o 2º, a gasolina. Isso deveria ser dito no Auto de Infração. Além disso, óleo diesel não é tributável à alíquota de 25%, como consta no Auto de Infração e no demonstrativo à fl. 9. Observo que as “datas de vencimento”, no Auto de Infração, foram estipuladas aleatoriamente, sem observância das normas legais.

Tomando em particular o item 1º, cumpre destacar que não foi observada a redução da base de cálculo em 40%, conforme prevê o RICMS/97, no art. 87, XIX. Isso foi notado pelo fiscal autuante, ao prestar a informação, quando refez os cálculos, reduzindo o débito para R\$ 7.434,50.

A defesa apresentou três Notas Fiscais de compras de óleo diesel e gasolina. O fiscal não aceitou os documentos dizendo que eles se referem a operações vedadas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), de acordo com o art. 9º da Portaria nº 116/00 daquele órgão.

A ANP tem motivos de ordem econômica, empresarial, estratégica e mesmo de segurança, para disciplinar a distribuição dos derivados de petróleo, vedando certas práticas comerciais. Porém essas vedações não podem afetar o regime tributário das mercadorias. Cada ente da Administração Pública, direta e indireta, nos três planos de governo, atua no seu âmbito de competência. Se a ANP estabelece uma regra e esta não é cumprida, compete à própria ANP, se for o caso, impor as sanções cabíveis. Porém, do ponto de vista tributário, o que importa são as normas baixadas pelo ente dotado da competência constitucional para instituir, fiscalizar e arrecadar o tributo incidente sobre os fatos considerados. Nesse sentido, não conheço nenhum preceito legal ou regulamentar do Estado da Bahia que proíba um posto de combustíveis de vender ou transferir combustíveis para outro.

Em face dessas considerações, acolho as Notas Fiscais 54, 59 e 56 (fls. 51, 52 e 58), emitidas por E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda.

No tocante ao óleo diesel, de acordo com o levantamento à fl. 9, teria havido omissão de entradas de 36.670,91 litros no período de 10 de novembro a 13 de dezembro de 2001, sendo que, em face das Notas Fiscais 54 e 59 (fls. 51 e 52), de E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda., que dão conta da entrada de mais 40.000 litros, a diferença, que era relativa a omissão de entradas, passa a ser por omissão de saídas. Já no que concerne à gasolina, conforme o levantamento à fl. 9, teria havido omissão de entradas de 7.318,70 litros no mesmo período, sendo que, com a apresentação da Nota Fiscal 56 (fl. 58), da mesma empresa, acusando a entrada de mais 10.000 litros, a diferença, que era relativa a omissão de entradas, passa a ser por omissão de saídas. Nos dois casos, como se trata de mercadorias cujo imposto é pago por antecipação, estando, por isso, encerrada a fase de tributação, nos termos do art. 356 do RICMS/97, não há imposto a ser lançado. É cabível, contudo, a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória – pena esta já estipulada no item 3º.

Resta, por conseguinte a multa do item 3º. A empresa vendeu gasolina, óleo diesel e álcool carburante sem a devida emissão de documentos fiscais. Embora não haja imposto a ser lançado, houve o descumprimento de obrigação acessória. Mantida a multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 nº **089010.1203/03-5**, lavrado contra **COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO P. SOUTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de junho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA