

A. I. N° - 232948.0079/03-8
AUTUADO - ECOPOSTOS COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 29.11.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0463-03/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS. Considerando que se trata de lançamento complementar, ficou comprovado nos autos que houve equívoco do autuante no refazimento dos cálculos do imposto exigido no Auto de Infração anterior e, conseqüentemente, não ficaram comprovadas as infrações apontadas no presente lançamento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2004, refere-se à exigência de R\$12.003,66 de ICMS, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$2.964,09, 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. Omissão de entrada de gasolina e álcool, no exercício de 2001.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$2.057,67, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício de 2001.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$4.362,87, 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. Omissão de entrada de gasolina e álcool, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 15/09/2003.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$2.619,03, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de

documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01/2003 a 15/09/2003.

Consta ainda na descrição dos fatos, que o presente Auto de Infração é complementar, conforme solicitação do CONSEF, em virtude da alteração para mais do valor do débito do Auto de Infração anterior, de nº 232948.0066/03-3, após informação do autuante, pelo fato de o PAF ter sido baixado por pagamento efetuado pelo contribuinte com base no valor original.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 23 a 28 dos autos, alegando que a exigência fiscal está pautada em uma situação inexistente, considerando que o imposto relativo à descrição dos fatos foi pago quando do lançamento efetuado através do Auto de Infração nº 232948.0063/03-4, por isso entende que o presente Auto de Infração é insubsistente, motivando a sua nulidade.

O defendente alegou que a pretensão da fiscalização não pode prosperar por dois motivos: primeiro porque foi reconhecido pelo Fisco, quando da análise do PAF 232948.0063/03-4, que, sendo o percentual de evaporação permitido pela Portaria 23, de 25/02/85, do INMETRO, e pela Portaria 26, de 13/11/92, do DNC, desde que não superior a 0,6%, o ICMS incidente sobre esse percentual não poderia ser exigido, por isso, foi excluído da cobrança do auto de infração já mencionado. Disse que há arbitrariedade, em face da inexistência de omissão de entrada comprovada, por considerar que as diferenças encontradas são compatíveis com as perdas admissíveis por evaporação, uso e manuseio do combustível gasolina. Lembrou que, depois de excluído o percentual de evaporação, efetuou o pagamento do imposto, reconhecendo o débito apurado no Auto de Infração 232948.0063/03-4, extinguindo, desta forma, o PAF, de acordo com o inciso III, do art. 27, do Decreto 7.629/99. Por isso, entende que inexistente o imposto complementar exigido no presente processo.

Aduziu que, em momento algum, quando da descrição dos fatos do presente Auto de Infração, houve referência de que o procedimento administrativo complementar diz respeito à diferença referente ao percentual de evaporação, mencionando apenas que se trata de alteração para mais do imposto recolhido. Citou o art. 39 do RPAF/99, argumentando que não há no corpo do Auto de Infração a descrição precisa da suposta infração, o que macula o procedimento administrativo de nulidade, de acordo com o art. 18 do RPAF/99, por isso, entende que ficou evidente a nulidade e a improcedência do presente Auto de Infração. Disse ainda, que o levantamento quantitativo não poderia ter sido feito, sendo mais viável analisar a regularidade dos índices de perda ocorridos em cada mês com base no LMC, e não, da forma como foi realizado. Entende que o Fisco presumiu a ocorrência de uma infração, e para tanto, utilizou figuras repelidas pela legislação, isto é, indícios de um ilícito tributário consubstanciado no fato da perda de combustível, decorrente das diferenças derivadas de oscilações volumétricas em decorrência de mudança de temperatura. Citou ensinamentos do Prof. Ives Gandra.

O defendente argumentou, ainda, que o Auto de Infração foi lavrado sem que houvesse provas concretas quanto à motivação da infração, havendo o intuito de abranger maior benefício fiscal para a Fazenda Estadual e não se concebe que dentre as várias alternativas de interpretação, o fisco tenha escolhido aquela mais gravosa ao autuado. Argumenta que a interpretação deve ser a mais benigna ao autuado, de acordo com o art. 112 do CTN. Por fim, requer seja decretada a total nulidade e improcedência do Auto de Infração em lide e, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao autuado.

O autuante apresentou informação fiscal, às fls. 52 a 54 dos autos, esclarecendo que se trata de Auto de Infração complementar, exigindo imposto referente a omissões de entradas de mercadorias tributadas, sob o regime da Substituição Tributária (álcool, gasolinas comum e aditivada), em virtude de alteração para mais, com a incorporação do percentual de evaporação

dos produtos, conforme informação fiscal referente ao Auto de Infração anterior, de nº 232948.0063/03-4, que foi quitado com base no valor original.

Quanto às alegações defensivas, o autuante informou que, no ato da lavratura do Auto de Infração anterior, não foram considerados os valores da evaporação nos cálculos dos combustíveis, e tentando corrigir os valores, refez os cálculos quando prestou informação fiscal, considerando que os percentuais estão em consonância com a legislação aplicada pelo INMETRO, e a retirada desses percentuais não estaria representando a real saída de combustíveis. Disse que todo o trabalho foi realizado levando em conta os registros constantes do LMC em virtude de ficar evidenciado no mencionado livro todo o movimento relativo às entradas, saídas e aferições dos combustíveis, sem considerar os percentuais de evaporação, que foram científica e tecnicamente estabelecidos pelos órgãos competentes. Conclui afirmando que o contribuinte não tem razão para solicitar a nulidade ou improcedência do presente Auto de Infração, e pede a sua procedência, por considerar que as alegações defensivas são inconsistentes.

À fl. 57, o presente processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem para ser anexada fotocópia do Auto de Infração anterior, o que foi atendido, conforme fls. 60 a 153 deste PAF.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, não foram constatados vícios formais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, constatei que o presente lançamento é complementar ao Auto de Infração de nº 232948.0063/03-4, que foi lavrado para exigir imposto referente à falta de registro de entradas de mercadorias tributáveis (álcool, gasolinas comum e aditivada), em virtude de alteração para mais efetuada pelo autuante na informação fiscal, com a incorporação do percentual de evaporação dos produtos. Ressalto que o autuado recolheu o ICMS apontado no lançamento anterior com base no valor original, razão pela qual não houve decisão por parte do órgão julgador.

Inconformado com este lançamento, o autuado alegou em sua defesa que, em face da inexistência de omissão de entrada comprovada, reconheceu o débito apurado no Auto de Infração anterior, de nº 232948.0063/03-4, extinguindo-se, desta forma, a lide, de acordo com o inciso III, do art. 27, do RPAF/99. Por isso, entende que inexistente o imposto complementar exigido no presente processo.

Analisando as comprovações que compõem este processo, faço as seguintes observações:

1. No Auto de Infração anterior (fls. 60 a 62), o autuado alegou em sua defesa (fls. 90 a 94) que, no levantamento fiscal, não foram consideradas as perdas e, em virtude dessa alegação, o autuante refez os cálculos quando prestou a informação fiscal (fls. 123/124) alterando para mais os valores originalmente apurados.
2. Ao refazer os cálculos, o autuante apurou as quantidades de evaporação sobre os totais das entradas de mercadorias, acrescentando os resultados obtidos às saídas, conforme demonstrativos às fls. 126 e 128.
3. De acordo com as Portarias nºs 283/80 e 26/92, expedidas pelo CNP, as variações relativas às perdas por evaporação devem ser calculadas sobre o estoque físico médio registrado nos LMCs. Logo, percebe-se que houve equívoco no cálculo efetuado pelo autuante.

4. Vale ressaltar que, além de não ter ficado comprovada nos autos a escrituração dessas perdas no LMC, como previsto na legislação, para serem consideradas, deveriam ser calculadas sobre o estoque médio registrado, jamais sobre o estoque final ou sobre as entradas.
5. Quanto às entradas, sabe-se que, em função da temperatura no transporte dos combustíveis, pode haver variação positiva ou negativa de volume, o que é de difícil mensuração, fato que não permite a incorporação de perdas como pretendeu o autuante.

Assim, entendo que está caracterizado o equívoco do preposto fiscal no refazimento dos cálculos do imposto exigido no Auto de Infração anterior, por ocasião da informação fiscal, e, conseqüentemente, não ficaram comprovadas as infrações apontadas no presente lançamento. Ademais, esta JJF, em decisões anteriores, tem entendido que a evaporação não pode ser efetivamente quantificada, sendo incorreto considerá-la no levantamento quantitativo de estoques.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232948.0079/03-8, lavrado contra **ECOPOSTOS COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR