

PROCESSO - A. I. Nº 087016.0712/03-5
RECORRENTE - POSTO AVENIDA DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0449-01/04
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$3.036,23, acrescido de multas, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. *Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$4.240,09, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2002.*
2. *Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$952,34, 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 desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2002.*
3. *Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$886,91, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 2003.*
4. *Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$236,04, 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 desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em*

sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 2003.

O autuado apresentou defesa aleGando, em síntese, que na comercialização de combustíveis há perdas decorrentes de variação de temperatura, admitidas de até 0,6% pela ANP. E pede que sejam consideradas notas fiscais anexadas.

O auditor em sua Informação Fiscal reconheceu a procedência das alegações defensivas relativas às notas fiscais acostadas na defesa e elaborou novo demonstrativo de débito.

O autuado manifesta-se requerendo revisão fiscal e pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou que o processo fosse encaminhado em diligência a ASTEC, para rever o novo demonstrativo apresentado pelo autuante, em face de se ter constatado indícios de incorreções.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado apresentou o Parecer Técnico nº 204/2004, apresentando novo demonstrativo revisado e adequado ao disposto na Portaria nº 455/1998.

O autuado se manifestou concordando com a inclusão das notas fiscais apresentadas, mas reiterou que não foram considerados os coeficientes de perdas e pede a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

O ilustre relator da Decisão recorrida fundamentou o seu voto conforme a seguir transcreto:

"Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infrações 01 e 03), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infrações 2 e 4).

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em sua peça defensiva o autuado apontou alguns erros do auditor na elaboração dos levantamentos, juntados diversos documentos para comprovar os equívocos do autuante, os quais foi objeto de diligência pela ASTEC, tendo o autuante elaborado novos demonstrativos corrigindo os valores do imposto devido, como o qual concordo, porém, não acato a multa constante do demonstrativo elaborado na revisão fiscal, uma vez que já foi cobrado imposto referente aos referidos exercícios.

Em relação a alegação de perdas, as mesmas somente podem ser consideradas quando devidamente escrituradas no LCM. Ademais, se forem incluídas quaisquer perdas, as saídas seriam elevadas, resultando no maior da quantidade das entradas sem notas fiscais, majorando o imposto devido, o que não é permitido pela legislação em vigor.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque (infrações 01, 02) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) *do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);*

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d")".

O recorrente, por seu advogado, interpôs Recurso Voluntário afirmando que o recorrente sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações fiscais e reitera pela aplicação do coeficiente de perdas por evaporação de 0,6%, afirmindo que há equívoco na Decisão recorrida ao interpretar que resultaria no maior da quantidade de entradas, pois se essas perdas não forem aplicadas nas saídas, haverá uma diferença que erroneamente será indicada omissão de entrada, na conclusão do levantamento quantitativo.

Disserta sobre a questão da variação da temperatura ao longo do manuseio do produto, afirmindo que um tanque pode apresentar diferença de até 2% e sobre as aferições semanais em cada bico de abastecimento, que implica em retirada do tanque de vinte litros do produto.

Aponta a disposição do Departamento Nacional de Combustíveis, mediante a Portaria nº 26/92 que instituiu a obrigatoriedade do Livro de Movimentação de Combustíveis, na sua Instrução Normativa que trata do preenchimento do LMC, fala expressamente que apenas as variações que ultrapassarem a 0,6% do estoque físico é que deverão ser devidamente justificadas, conforme foi juntada no momento da impugnação do Auto de Infração em tela.

Conclui que se o DNC considera que somente são anormais as perdas superiores a 0,6%, a Fazenda Pública não deveria considerar a falta nesse mesmo percentual como saídas reais.

Requer que, após os argumentos aduzidos, o Auto de Infração deve ser considerado Nulo ou Improcedente e, caso assim o julgador não entenda, que seja procedida Revisão Fiscal em decorrência dos erros apontados ou, a produção de Prova Pericial.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dr. José Augusto Martins Júnior, após analisar o andamento dos autos, a diligência realizada e a Decisão de Primeira Instância e as alegações do recorrente, salienta que o ponto a ser apreciado diz respeito a "análise da questão da aferição das perdas e sobras de combustíveis".

Discorre sobre as finalidades do Livro de Movimentação de combustíveis criado pela Portaria nº 23/96, controle mais eficaz para detectar vazamentos de produtos para o meio ambiente e facilitar a atividade de fiscalização da arrecadação dos tributos estaduais e municipais.

Assim, apontando que a inteligência daquela norma há de ser feita de acordo com o seu fim social e, assim, entender que em toda revenda haveria de existir a perda de até 0,6%, ao seu ver, é elastecer demais a norma. Por isso, entende que o recorrente deveria ter carreado aos autos o seu LMC, discriminando minuciosamente suas perdas de combustíveis, com os índices específicos, não se limitando tão-somente a existência da perda obrigatória de 0,6%.

Conclui que inexistindo prova do alegado, não há como se emprestar abrigo a tal alegação e opina pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

VOTO

Verifico que o recorrente reitera a alegação de perdas, as quais, se não forem aplicadas nas saídas, implicaria em uma diferença que erroneamente seria indicada omissão de entrada, na conclusão do levantamento quantitativo.

Ocorre que as perdas, porventura existentes, limitadas ao percentual de 0,6% sem a necessidade de comprovação, só podem ser consideradas quando devidamente escrituradas no LCM, o que não se constata no presente caso.

Por outro lado, conforme aponta o relator da Decisão recorrida, se fossem incluídas quaisquer perdas, as saídas seriam maiores do que constadas e resultaria maior quantidade de entradas sem notas fiscais, majorando o imposto devido, em prejuízo do recorrente.

Assim, persistindo as diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque e tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento do imposto, cujo pagamento não estiver comprovado.

Dessa forma, entendo que a Decisão recorrida está correta, acompanho o Parecer do Douto procurador e, assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 087016.0712/03-5, lavrado contra POSTO AVENIDA DE COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO E SERVIÇOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$3.036,23, sendo R\$1.379,79, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.079,00 e 60% sobre R\$300,79, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$1.656,44, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.319,66 e 60% sobre R\$336,78, prevista no art. 42, III e II, “d”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS