

PROCESSO - A. I. Nº 295841.0102/03-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0463-04/04
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 23/03/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/05

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior. Em relação a estes dois itens houve diminuição do valor do imposto originalmente cobrado. Modificada a Decisão. Restabelecidos os valores relativos ao exercício de 2001, por tratar-se de omissão de entradas de mercadorias. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, o qual exige o ICMS e multa em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 1998 a 2001);
2. Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (1/1/2003 a 28/10/2003);
3. 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, deduz, parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de

Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (exercícios de 1998 a 2001);

4. 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, deduz, parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto (1/1/2003 a 28/10/2003).

Sustenta a Decisão da 4ª JJF, ora recorrida:

- quanto à solicitação de diligência fiscal, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 a indefiro, tendo em vista o convencimento sobre a Decisão da lide;
- ao contrário da evaporação, as aferições, conforme constam dos autos, são realizadas, já que a quantidade de combustível que passou pelos encerrantes e foi contada, parte dela retorna ao tanque subterrâneo, o que significa uma saída a menos do que a efetiva. Por isto, o antigo DNC – Departamento Nacional de Combustíveis (hoje ANP), através da Portaria nº 26 de 13/11/92, quando instituiu o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC determina que estas aferições sejam feitas diariamente e escrituradas no citado livro para sua correta contagem. Para se saber esta quantidade é necessário que ela esteja indicada no LMC, o que não foi feito.;
- em relação ao argumento de ter havido aquisições de óleo diesel que foram distribuídas entre a matriz e filial, não posso aceitar. Em primeiro lugar não é verdade, e não poderia jamais ser, que a ANP vede a transferência de mercadorias entre estabelecimentos. O que ela veda no seu art. 9º, I da Portaria nº 116 de 5/7/2000 é a alienação, empréstimo ou permuta. Em segundo lugar, diante das determinações da legislação tributária relativa ao ICMS, uma transferência corresponde a uma venda, mesmo simbólica, e por isto, existe a obrigação da emissão de documento fiscal. Este procedimento, inclusive, foi realizado ao longo de todo o período pelo próprio autuado e por sua filial, conforme comprovam as notas fiscais base do levantamento. Se para a ANP a emissão do documento fiscal não tem finalidade, ela é essencial e imperiosa no âmbito do ICMS. E, por fim, mesmo na suposição de que houve um erro, as mercadorias entraram nos tanques da empresa e somente poderiam sair pelos encerrantes, ou seja, pelos medidores. Não existe qualquer pertinência, desta forma, se falar em erro de cunho meramente acessório;
- no que diz respeito a não consideração de uma saída no ano de 2002 no encerrante do medidor nº 04 na quantidade de 64.159,5 litros, de fato existe este erro (fl. 8 e fl. 225), porém como neste ano não foi cobrado o imposto, na presente lide este fato nada acrescenta;
- por fim, em relação à duplicidade de lançamento das quantidades de saídas ao ser consideradas as dos encerrantes e as notas fiscais de transferências, concordo com a defesa. A Portaria nº 116, de 5/7/2000, da ANP, no seu art. 10, III determina que o fornecimento de combustível automotivo somente pode ser efetuado por intermédio de equipamento medidor. Portanto, como o levantamento fiscal teve por base os encerrantes das bombas, estas transferências já foram contempladas. Se houver em um levantamento quantitativo a utilização do LMC e de documentos fiscais para determinar as vendas, se estará duplicando saídas. A única maneira de se considerar as duas situações seria se fosse, cabalmente, provado, que houve saídas de combustível diretamente dos tanques sem passarem pelos encerrantes. As transferências por si só não são provas de um ilícito tanto fiscal como de

igual forma, perante o órgão federal de controle dos postos de combustíveis. Estes documentos devem ser excluídos, porém somente em relação ao exercício de 2001, pois, conforme dito, nos demais exercícios não houve a cobrança do ICMS e, para o exercício de 2003, tais documentos fiscais não foram incluídos no levantamento fiscal;

- excluindo do levantamento fiscal para o exercício de 2001 (fl. 8 do PAF) 2.477.153,55 litros do óleo diesel saídos através das notas fiscais, identifica-se omissão de saídas e não de entradas do produto, que por ter a fase de tributação encerrada quando das entradas não se pode mais cobrar o imposto nas suas saídas;
- nos exercícios de 1998 e 2003 continuaram as omissões de entradas, apenas no ano de 1998 elas passam de 23.772,30 para 13.772,30 litros, conforme refeito pelo fiscal autuante.

Conclui pela Procedência Parcial da autuação no valor de R\$40.932,41, conforme demonstrativo constante à fl. 330.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 4ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega:

- a necessidade de uma revisão nos trabalhos efetuados pelo autuante que foi solicitado na inicial e não foi atendida em total desrespeito ao direito de defesa que é dado a todo acusado pela Carta Magna;
- para mostrar que não houve má-fé nem tampouco falta de recolhimento do imposto, junta-se por amostragem, cópia da folha nº 064 do LMC devidamente visado pelo autuante para que seja comparado o número de encerrantes ali registrado com o demonstrativo de folhas nº 226 elaborado pelo autuante onde se lê no fechamento do livro o número do bico 1, 785.982,6 litros. No demonstrativo consta 785.492,3 litros. Bico 2, no livro 138.250,2 litros, no demonstrativo está registrado 138.402,5; no bico 4, no livro 98.852,7 litros, no demonstrativo 99.098,5 litros;
- sobre o demonstrativo (fl. 225), para o ano de 2002 no bico 4 da bomba medidora, não foi apurada a saída de 64.139,5 litros.

Conclui pela nulidade absoluta do auto ou, que se converta o mesmo em diligência para que fiscais estranhos ao feito examinem as provas existentes nos seus arquivos, confrontem os quantitativos dos produtos objeto de levantamento de estoque, para comprovar de que não houve prejuízo ao Erário.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação opinou pelo indeferimento do pedido de diligência e pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto, sob o fundamento de que todos os fatos e provas foram observados e sopesados por ocasião do julgamento realizado na 1ª Instância, o qual se mostra acertado em sua fundamentação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, uma vez que não se encontram presentes nos autos os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

Ademais, não há que se falar em desrespeito ao direito de defesa do recorrente. Este foi devidamente intimado dos demonstrativos de débito, tendo inclusive se manifestado sobre os mesmos.

No mérito, entendo que os argumentos suscitados pelo recorrente não procedem, senão vejamos.

Para fundamentar a tese de que o demonstrativo fiscal está eivado de vícios, o recorrente, a título exemplificativo, apontou erros no demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante em relação à fl. 64 do LMC.

Todavia, o referido documento é incapaz de lançar dúvida sobre a ação fiscal. Isto porque, a folha 64 do LMC refere-se à movimentação do dia 27.10.03 e o levantamento fiscal é relativo ao período de 01.01.98 a 28.10.03 o que, por conseguinte, abrange o último dia do espaço de tempo analisado (28.10.03) e impede que sejam os registros comparados entre si.

Quanto à referência feita à inexistência de registro da saída de 64.139,5 litros relativamente ao exercício de 2002, está o recorrente repetindo o argumento deduzido na peça de defesa e que, à vista do fato de no mencionado exercício não haver sido cobrado o ICMS, restou refutado pela 4ª JJF.

Ante o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Em relação ao Recurso de Ofício, voto pelo PROVIMENTO EM PARTE para restabelecer os valores da autuação do exercício de 2001, tendo em vista tratar-se de omissão de entrada de mercadorias.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295841.0102/03-2, lavrado contra **POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$176.958,32**, sendo R\$1.317,82 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$471,38 e 70% sobre R\$846,44, previstas no art. 42, II, “d” e III “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$175.640,50, acrescido das multas de 60% sobre R\$41.926,21 e 70% sobre R\$133.714,29, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS