

PROCESSO - A. I. Nº 156743.0033/03-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMERCIAL SAVÓIA LTDA.
RECORRIDOS - COMERCIAL SAVÓIA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JFF nº 0286-01/04
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 11/08/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0232-11/05

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. Modificada a Decisão recorrida com base em diligência fiscal que revisou o lançamento de ofício. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Corrigidos, mediante diligência, os valores exigidos. Infrações desconstituídas parcialmente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário o 1º interposto pela 1ª JFF e o segundo pelo autuado contra a Decisão que julgou Procedente em Parte Auto de Infração, lavrado em 29/12/03, para cobrar ICMS no valor de R\$204.820,86 acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência:

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 1999 a 2002) e exercício aberto (1/1/20003 a 9/11/2003) – R\$117.652,31;
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais da margem de valor adicionado, deduzida a 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 1999 a 2002) e exercício aberto (1/1/20003 a 9/11/2003) – R\$87.168,55.

O contribuinte inconformado, contestou o relatório do autuante, afirmando que jamais adquiriu mercadoria sem nota fiscal, diz acreditar, haver equívoco com a não inclusão de algumas notas fiscais, somas de quantidades errôneas, aferições imperfeitas, perdas por evaporação, transporte ou perdas no descarregamento, ou mesmo na drenagem do tanque de diesel por acúmulo de água.

Alegando mais:

1. Que a medição dos tanques é efetuada através de régua, que não é 100% precisa;
2. O autuante havia se equivocado ao lançar, no exercício de 1999, para a gasolina aditivada, as quantidades dos encerrantes de 31/01/2000;

3. No ano de 2001, para a gasolina aditivada, na Nota Fiscal nº 6075 o autuante considerou 15.000 litros de gasolina comum. Acontece que por falta de espaço no tange de gasolina aditivada, descarregou 5.000 litros no tange de gasolina aditivada e 10.000 no da comum.
4. No exercício de 2003 e em relação ao óleo diesel, cometeu um equívoco ao transferir a quantidade de 12.038,90 litros constantes do estoque de abertura no Livro de Movimentação de Combustíveis para o item volume disponível (14.548,90 litros).

Requerendo, portanto, a improcedência da autuação.

O autuante procedeu uma revisão no levantamento fiscal vindo a acatar a quase totalidade dos argumentos do contribuinte, reduzindo o valor do imposto a pagar para R\$18.957,26.

Em nova manifestação o autuado reitera suas afirmações quanto à evaporação, aferição, drenagem do tanque de diesel e variação de medição. Reafirmando que as aferições não foram lançadas no LMC, e que não foram observados os erros dos encerrantes de fechamento da gasolina aditivada no exercício de 1999, e o problema de ter colocado gasolina aditivada no tanque de gasolina comum.

Pede que se confirme com a ANP suas alegações, e manteve seu pedido de improcedência da autuação.

A 1ª JJF manifestou-se informando que o autuado apresentou falhas no levantamento fiscal, que consideradas, reduziu a exigência fiscal para R\$18.957,26.

Quanto às demais ponderações do impugnante, assim se pronunciou a 1ª JJF:

1. *“Em relação ao erro de quantidade dos encerrantes, em 31/12/1999, da gasolina aditivada, razão assiste a defesa. Analisando o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, de fato o autuante transpôs as quantidades do fechamento dos encerrantes em 31/01/2000 (fl. 129) para o dia 31/12/1999 (fl. 130). Este fato afeta o quantitativo dos estoques do ano de 1999 e 2000, já que o estoque final de 1999 é inicial de 2000”.*
2. *“Quanto a aquisição de 15.000 litros de gasolina aditivada (Nota Fiscal nº 0006075, emitida pela Star Petróleo do Brasil em 30/1/2001 – fl. 136) que foram descarregadas nos tanges de gasolina comum (10.000 litros) e de gasolina aditivada (5.000 litros) no exercício de 2001, lembro ao impugnante que a ANP veda aos postos de combustíveis aquisições além de sua capacidade de armazenamento. Entretanto, não prossigo com qualquer discussão a respeito do assunto, pois, após revisão fiscal, neste ano, para ambos os combustíveis, o que se apurou foram omissões de saídas e não de entradas. Não existe imposto a ser exigido”.*

Quanto às colocações do impugnante sobre perdas, sobras, drenagem e medições, informa o relator, que conforme é do seu reconhecimento existe no LMC campo para escrituração desses eventos, sendo necessário o seu registro, em não havendo, não se pode considerar.

A respeito das aferições, estas não são perdas. As aferições 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. Porém, esta quantidade retornada não é igual para todas bombas e postos, pois ela depende das quantidades vendidas, ou seja, a quantidade de combustível que saiu e foi registrada através do encerrante, uma pequena quantidade retorna. Para correta contagem é que 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 determina que estas aferições sejam feitas e escrituradas no citado livro. Portanto, para se saber esta quantidade é necessário que ela nele esteja indicada. Como o autuante utilizou o LMC e pelas cópias do citado livro trazidas aos autos não existem quaisquer anotações sobre estas quantidades, neste momento, informa não poder considerá-las.

Diz mais a JJF que quanto às evaporações, ao serem consideradas somente aumentará o valor do débito, pois as saídas se tornariam maiores do que aquelas apuradas através dos documentos fiscais.

Para concluir suas afirmações a JJF elaborou novo quadro demonstrativo somente em relação à gasolina aditivada do ano de 1999 e 2000, ensejando uma redução no valor do imposto exigido, para R\$16.375,35. Votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente faz juntada de novos documentos, para demonstrar que não foram consideradas suas alegações quanto às perdas e aferições, trazendo cópias autenticadas do LMC para comprovar os registros de aferições. Entendendo também que a existência de pequenas diferenças expostas nos documentos anexados e de planilhas confeccionadas não pode ser considerada como omissão de entrada, pois decorrem das características do produto que pela sua volatilidade se sujeitam à ação do tempo, que lhes rouba massa, quer pela evaporação ou pela variação de volume, ou até pelo processo impreciso de medição. Requerendo o Provimento do Recurso Voluntário para julgar Improcedente o Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário o fez pela necessidade de realização de diligência, para uma melhor análise dos documentos juntados, e se eles são suficientes para comprovar a inexistência de omissões de entradas.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal concordou com o posicionamento da ilustre procuradora e determinou o envio do processo à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito ateste se os documentos acostados aos autos comprovam a inexistência de omissões de entradas.

Em Parecer de nº 0303/04 a auditora fiscal encarregada da tarefa, ressalta que após a comprovação de que os documentos trazidos ao processo pelo Recurso Voluntário, estão de acordo com os originais, onde estão registradas as aferições relacionadas as fls. 361 a 363. Com relação aos 15.000 litros de gasolina aditivada ficou comprovada a afirmação do recorrente de que efetivamente houve troca de depósito, sendo parte da gasolina aditivada depositada no tanque de gasolina comum, por falta de espaço no depósito apropriado.

Após o refazimento dos resumos de estoques dos exercícios considerados, computando-se as aferições, e efetuadas as retificações nas entradas de gasolina aditivada e comum, apurou-se novo valor do imposto a ser cobrado no montante de R\$4.272,93, em substituição ao valor anteriormente encontrado R\$16.375,35.

Em nova manifestação o recorrente reafirma sua convicção de não ter adquirido mercadorias sem notas e aponta incorreções nos demonstrativos elaborados pela ASTEC, sugerindo a existência de erro no cálculo do valor do imposto na gasolina aditivada, solicitando que os mesmos sejam refeitos.

A ilustre procuradora, representante da PGE/PROFIS, ao recepcionar os autos reconhece a necessidade de devolvê-los a ASTEC para que a auditora se manifestasse sobre os erros de lançamento apontados pelo recorrente. Tendo esta, em Parecer s/n, confirmado os erros de cálculos apontados pelo recorrente, que retificados reduz o imposto para R\$1.130,91.

Diante da nova realidade a representante da PGE/PROFIS reconhece que o recorrente tem razão ao afirmar que as notas fiscais trazidas no Recurso devem ser consideradas como gasolina comum, o que reduz o débito para o ultimo valor encontrado pela ASTEC. Pelo exposto opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Nos termos do art. 46, II, da Lei nº 8.207/02 e da designação contida na Portaria nº PGE 048/03 o Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, Procurador Assistente/PROFIS, ratifica o Parecer acima exarado pela Dra. Maria Dulce Baleeiro, a fim de que seja reduzido o valor da infração conforme relatório final da fiscal diligente.

VOTO

O Auto de Infração em julgamento foi lavrado com as seguintes acusações:

- 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 1999 a 2002) e exercício aberto (1/1/2003 a 9/11/2003) – R\$117.652,31;

- 2 Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais da margem de valor adicionado, deduzida a 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 1999 a 2002) e exercício aberto (1/1/2003 a 9/11/2003) – R\$87.168,55.

No que toca ao Recurso de Ofício suscitado pela 1ª JF nos termos do art.169, I, “a”, item 1 do RPAF/9, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, apresentado diante do julgamento pela Procedência Parcial do Auto de Infração, entendo que o mesmo NÃO DEVE SER PROVIDO, mantendo-se a Decisão recorrida, elididas parcialmente as infrações imputadas ao autuado, conforme revisão parcial procedida pelo próprio autuante e posteriormente pela 1ª JF.

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte trouxe aos autos esclarecimentos respaldados por documentos que após diligências, fatos foram esclarecidos, fazendo com que o valor inicial do Auto de Infração tivesse seu valor reduzido de R\$204.820,86, para R\$18.957,26 pelo fiscal autuante e posteriormente para R\$16.375,35 pela 1ª JF. Em diligência proposta por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal a ASTEC ao refazer os cálculos considerou os 15.000 litros de gasolina aditivada referente às Notas Fiscais nºs 6.011 e 6.738, entendendo que tais valores devam ser adicionados às entradas de gasolina comum, e excluídas das entradas de gasolina aditivada. Refeitos os resumos de estoques dos exercícios, e levando-se em conta às retificações nas entradas de gasolina aditivada e comum, apurou novos valores como omissão de entradas, calculando-se um imposto de R\$4.272,93.

O recorrente contestou os números da ASTEC, indicando a ocorrência de erros de cálculos que reconhecidos pela própria ASTEC, proporcionou uma redução do valor em questão para R\$1.130,91.

Considerando corretos todos os procedimentos adotados ao longo do presente julgamento voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 156743.0033/03-4, lavrado contra **COMERCIAL SAVÓIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.130,91**, sendo R\$23,80, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$5,73 e 70% sobre R\$18,07, previstas no art. 42, II, “d” e III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$1.107,11, acrescido das multas de 60% sobre R\$246,32 e 70% sobre R\$860,79, previstas no art. 42, II, “d” e III, da referida lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

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