

PROCESSO - A. I. N.º 206991.0001/04-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDOS - GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0053-03/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 29/07/2005

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0234-12/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. Infração elidida. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Ficou comprovado que as notas fiscais foram emitidas por contribuinte do SimBahia, sendo por isso, indevido o crédito fiscal utilizado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÓLEO DIESEL, GASOLINA. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. É devida a multa relativa à falta de cumprimento de obrigação acessória pelas saídas sem documentação fiscal de mercadorias não tributáveis. Mantidas as Decisões. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Mantidas as Decisões. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 3ª. Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado exigindo pagamento de imposto no valor de R\$179.678,56, acrescido de multas, reduzindo a exigência do tributo para o valor de R\$114.803,00.

O referido lançamento aponta as seguintes irregularidades:

1. *utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos exercícios de 1999 e 2000, constando que o autuado utilizou em duplicidade o crédito destacado nos documentos fiscais*

referentes a essas aquisições;

- 2. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado em documento fiscal. Aquisição de mercadorias de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SimBahia;*
- 3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, apurada em levantamento quantitativo de estoques, aplicando-se multas;*
- 4. falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques;*
- 5. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, de acordo com percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária.*

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação às fls. 223 a 236, alegando que os produtos comercializados foram adquiridos à Petrobrás Distribuidora e que o autuante não considerou diversas notas fiscais, devidamente contabilizadas. Alegou, ainda, que não foram consideradas as perdas e variações ocorridas na compra, transporte, armazenamento e comercialização dos combustíveis.

Apresentou suas razões para cada infração indicada na autuação fiscal.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 347 a 350, refutando as alegações do autuado e manteve a autuação integralmente.

A Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante fizesse correções no lançamento, consignando na Auditoria de estoques, de forma correta, as notas fiscais de aquisição de combustíveis.

Em resposta, a autuante apresentou nova Informação Fiscal, com os ajustes das notas fiscais não lançadas ou lançadas de forma incorreta, incluindo as aferições, reduzindo o valor do débito para R\$154.094,62.

Tendo em vista nova manifestação do defendente sobre a revisão efetuada, o processo foi remetido à ASTEC para responder os quesitos formulados pela 3ª JF, daí foi exarado o Parecer ASTEC nº 290/2004, fls. 453 a 457, concluindo pela apresentação de dois demonstrativos, considerando ou não os argumentos defensivos.

A Decisão de primeira instância acolheu a constatação do diligente em relação à infração 1 de que houve equívoco da autuante, tendo em vista que os valores considerados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração do ICMS são apenas transposições dos valores lançados no livro Registro de Entradas, não restando comprovada a utilização do crédito em duplicidade.

Sobre a utilização indevida de crédito fiscal, manteve o item 2, porque constatou que o emitente dos documentos fiscais encontrava-se inscrito no SimBahia e que nas próprias notas fiscais foi apostado carimbo com a observação que os mencionados documentos não geram crédito fiscal.

Quanto aos itens 3, 4 e 5, decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, observou que constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis é exigido o imposto, além da multa por falta de cumprimento de obrigação acessória.

Salientou que não acatava o argumento do autuado de que houve a estocagem de gasolina comum nos tanques destinados à gasolina Supra, por não haver registro e devido à falta de

comprovação do alegado, bem como a alegação de que a responsabilidade do autuado só iria até o mês de agosto de 2003, prevalecendo o levantamento até 30/09/2003.

Por fim, acatou o primeiro demonstrativo do diligente, excluindo o valor apurado de imposto devido por responsabilidade solidária no exercício de 2002, tendo em vista que tal irregularidade não constara no lançamento original, representando à autoridade competente para instaurar novo procedimento para exigir o tributo devido.

Assim, restou reduzida a exigência do imposto para o valor total de R\$114.803,00 e multas de 2 UPFs-BA e de R\$140,00.

O contribuinte, intimado da Decisão de primeira instância, apresenta, por seu advogado, Recurso Voluntário onde analisa a autuação e o julgamento *a quo* e afirma que demonstrará a total improcedência do lançamento.

Ressalta que os produtos comercializados pela empresa estão incluídos na substituição tributária, e que no valor do produto pago pelo adquirente já se encontra embutido o valor do ICMS, cujo recolhimento é da responsabilidade da distribuidora, deduzindo daí que inexistente prejuízo para os cofres estaduais decorrentes da existência de variações de combustíveis comercializados uma vez que o imposto já foi pago antecipadamente, não havendo sentido praticar omissão de saída de um produto cujo imposto já foi pago.

Sobre as omissões de entradas, reitera que o recorrente nunca adquiriu produtos desacompanhados de documentação fiscal, aduzindo que as etapas existentes entre o ato da compra e da venda final, além das características físico-químicas dos produtos envolvidos, inserem variações que traduzem ao final do processo, pequenas variações entre dos volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor.

Aponta as variações decorrentes do recebimento e transporte do produto, em face da norma NBR 5992 (Determinação de massa específica e do teor do álcool etílico e suas misturas com a água), da Resolução nº 6/70, do CNP, que estabelece o uso de tabelas de conversão para a comercialização de derivados de petróleo para temperaturas acima de 20° C, contemplando a ocorrência de oscilações de volume do produto comercializado em função das oscilações de temperatura entre o ato da compra e o da venda.

Salienta também a existência de perdas por evaporação no armazenamento de gasolina, a razão de 0,6% por dia, conforme prevê a Portaria nº 283/80 do CNP.

Ressalta que as medições dos volumes estocados são feitas com varas de madeira metrificadas cuja aferição é comparada com uma tabela padrão para se extrair o volume armazenado, alertando que como essas tabelas são únicas para todos os tanques fabricados e o próprio posicionamento do tanque no solo, em função da sua inclinação pode gerar erros de leitura de até 1.000 litros.

Por fim, discorre sobre as variações ocorridas na comercialização de combustíveis, afirmando que o IBAMETRO ao aferir cada bico de abastecimento ao consumidor admite uma variação de mais ou menos 100 ml para cada 20 litros aferidos, o que corresponde a 0,5%.

Conclui que os volumes envolvidos na comercialização de combustíveis sofrem variações em função das características específicas dos produtos envolvidos e que a Decisão recorrida não as levou em consideração, bem como os outros incidentes que ocorreram com o estabelecimento autuado que causaram distorções nos registros comercializados.

Assim, em relação ao exercício de 1999 afirma que naquele período ocorreu uma reforma no Posto com a troca das bombas que passaram de duplas para quádruplas, o que ocasionara diversos erros nos lançamentos no LMC, devido a mudança na numeração dos bicos de

combustíveis, que nas bombas novas vieram zerados, e por não ter sido feito o ajuste dos últimos números registrados nas bombas antigas, resultou nas supostas omissões de saídas.

Já em relação ao exercício de 2002, reitera a questão da perda normal por evaporação e as diversas variações ocorridas na compra, transporte e armazenagem e a mistura nos estoques de gasolina comum e gasolina supra, fato também verificado no exercício de 2003, tendo em vista que como o volume de comercialização da primeira é bastante superior ao da segunda, é possível acontecer que determinado volume transportado exceda a capacidade do tanque destinada à gasolina comum e nesses casos vende-se o produto misturado com a gasolina supra adicionando-se aditivo, observando as especificações do fornecedor.

Destaca que se fosse efetuado o levantamento em conjunto dos dois tipos de combustíveis, a diferença encontrada torna-se irrisória, se compara ao volume comercializado no período.

Sobre o levantamento de estoque relativo ao exercício de 2003, o recorrente reitera a ocorrência de diversas falhas na auditoria, a questão das variações ocorridas no manuseio dos produtos e a mistura nos tanques de armazenamento de gasolinas.

Salienta, ainda, que não foi considerado pelos julgadores de primeira instância que o recorrente só foi responsável pelo Posto Revendedor autuado até o mês de agosto de 2003, o que estaria devidamente comprovado nos autos através dos documentos apensados, inclusive, cartas dirigidas a Petrobrás Distribuidora S/A.

Ressalta que a partir de 1º/09/2003, uma outra empresa passou a funcionar no mesmo endereço do autuado, a AEROCUBE COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETROLÉO LTDA, inscrita no CNPJ desde o dia 29/08/2003, conforme cópia do referido cadastro.

Esclarece, também, que de forma irregular a Petrobrás Distribuidora continuou a utilizar a razão social do autuado na venda de combustível para o novo responsável pela exploração do Posto Revendedor na Boca do Rio, fato que levou à autuação daquele estabelecimento pela Agência Nacional de Petróleo, com a suspensão de suas atividades de comercialização.

Reitera que o autuado somente pode responder pelos atos praticados até o momento que esteve à frente do referido Posto revendedor, tendo em vista que a partir de setembro de 2003 a responsabilidade pela exploração passou para a empresa AEROCUBE COM. DE DERIVADOS DE PETRÓLEO S/A.

Conclui, requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, inclusive a juntada posterior de documentos, para que afinal seja o Auto de Infração em lide julgado Improcedente.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, analisa os autos e salienta que a diligência realizada pela ASTEC analisou pormenorizadamente tudo o que o recorrente voltou a sustentar, refez todo o levantamento fiscal, considerou a evaporação em seus índices permitidos e também as aferições realizadas pelo contribuinte.

Aponta que os argumentos recursais são os mesmos já analisados em Primeira Instância, onde foi constatado que o contribuinte não registrou entradas de mercadorias e detectadas saídas sem tributação, sendo corretamente exigido o imposto devido por substituição, como também o de responsabilidade própria do sujeito passivo e multas por descumprimento de obrigação acessória pela falta de emissão de notas fiscais de saída, restando comprovado o cometimento da infração.

Assim, opina que o Recurso Voluntário não deve ser Provido.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário)

Em relação ao Recurso de Ofício entendo que a Decisão recorrida está correta, porque apenas acolheu a constatação do diligente em relação à infração 1 de que houve equívoco da autuante, tendo em vista que os valores considerados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração do ICMS são apenas transposições dos valores lançados no livro Registro de Entradas, não restando comprovada a utilização do crédito em duplicidade.

No tocante ao Recurso Voluntário verifico que duas alegações do recorrente merecem ser consideradas.

A primeira diz respeito à questão da estocagem de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada, que teria ocorrido nos exercícios de 2002 e 2003. De fato, verifico que a argumentação é crível e os demonstrativos apontam omissão de saídas e entradas desses produtos em valores quase simétricos em 2002 – 328.522 litros e 335.063 litros, respectivamente, indicando que se a auditoria fosse efetuada por gênero – gasolinas –, a omissão resultante seria bem menor, conforme aponta o demonstrativo ASTEC, fls. 435 e 458.

Assim, invocando o princípio da razoabilidade, acolho o argumento defensivo, considerando a apuração das omissões pela apuração conjunta dos produtos.

Por outro lado, como os valores apurados em 2003, omissões de 54.866 litros e 109.400 litros, de entradas e saídas, expressam valores distintos que não endossam os argumentos defensivos, mantenho os valores apontados na Decisão recorrida.

Quanto à transferência do estabelecimento realizada em 31/08/2003, verifico que o contribuinte carrou várias provas aos autos de sua efetivação, inclusive a cópia do CNPJ do novo estabelecimento.

Portanto, entendo que o levantamento realizado deve ter seu termo em 31/08/2003, acatando, assim as omissões apuradas na diligência, no valor de R\$10.473,98.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

Acompanho o voto do ilustre relator no que tange ao Recurso de Ofício, pois entendo que a Decisão recorrida quanto a esse Recurso de Ofício não merece reparos.

Todavia, discordo do seu entendimento quanto ao Recurso Voluntário, uma vez que considero correta a Decisão, conforme passo a me pronunciar.

Minha discordância prende-se apenas às questões da estocagem de gasolina comum em tanque de gasolina aditivada e a transferência da titularidade do estabelecimento.

No que tange à estocagem de gasolina comum em tanques de gasolina aditivada, a alegação recursal não pode ser aceita pelos seguintes motivos:

- a) o levantamento quantitativo de estoque foi realizado segundo as diferentes espécies de mercadorias, aglutinar essas diferentes espécies de mercadorias seria desfigurar o levantamento quantitativo;
- b) as diferenças verificadas nos demais exercícios não mostram a simetria das omissões; c) não foi apresentado pelo recorrente qualquer prova para embasar essa sua alegação.

Quanto à alegada transferência da titularidade do estabelecimento, ocorrida em 31/08/03, ressalto que, apesar de ter sido apresentado comprovante de inscrição no CNPJ do novo estabelecimento, para fins do fisco estadual o recorrente estava, no período fiscalizado, em situação cadastral

ativa. Dessa forma, entendo que, para fins do ICMS, o novo estabelecimento é um mero gestor das atividades do recorrente.

Em face do comentado, entendo que a Decisão recorrida está correta e não merece reparos. Em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206991.0001-04-7**, lavrado contra **GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$114.803,00**, sendo R\$2.010,24, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$112.792,76, acrescido das multas de 60% sobre R\$43.225,28 e 70% sobre R\$69.567,48, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei e artigo, e demais acréscimos legais, além das multas fixas de **R\$140,00** e **2 UPFs-BA**, previstas no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Representa-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento para exigir o imposto por solidariedade do exercício de 2002, no valor de R\$116.702,44 (demonstrativo à fl. 461), de acordo com o art. 156, do RPAF/99.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

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