

PROCESSO - A.I. Nº 206855.0036/03-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.
RECORRIDOS - POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0101-02/05
ORIGEM - INFAS BONOCÔ
INTERNET - 29/07/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão não fundamentada. As questões abordadas na peça impugnatória não foram devidamente enfrentadas. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado exigindo pagamento de imposto no valor de R\$105.271,18, acrescido de multas, reduzindo a exigência do tributo para o valor de R\$81.580,69.

O referido lançamento aponta as seguintes irregularidades:

1. *Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de 1 UPF, nos exercícios de 1998 e de 1999.*
2. *Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$69.879,72 e multa de 70%.*
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 partir 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. ICMS de R\$14.098,35 e multa de 60%.*
4. *Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Multa de R\$50,00.*
5. *Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, 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. ICMS de R\$12.796,25 e multa de 70%.

6. *Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, 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 desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributário, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. ICMS de R\$8.367,44.*

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação às fls. 269 a 278, alegando que os produtos comercializados foram adquiridos a fornecedores regulares e, se tratando de combustíveis, o ICMS é pago pelo adquirente, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto. Afirma, ainda, que o autuante não considerou diversas notas fiscais, devidamente contabilizadas. Alegou, ainda, que houve erro no demonstrativo de leitura de encerrantes de gasolina comum.

O autuante apresentou informação fiscal, fls. 330 a 336, refutando as alegações do autuado e manteve a autuação integralmente.

A Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligencia à ASTEC, para a verificação dos argumentos trazidos pelo autuado.

Em resposta, a ASTEC apresentou o Parecer nº 236/2004, fls. 418 e 421, apontando os ajustes realizados, salientando que em relação às saídas de gasolina comum, não foi possível acolher a alegação de erros de lançamento no LMC, resultante da troca de numeração das bombas; destacou a exclusão das perdas resultantes de evaporação, por não estarem escrituradas e tendo em vista que o autuado alega que elas não ocorreram. Por fim, apresentou novo demonstrativo de débito.

O autuado manifestou-se as fls. 531 a 533, contestando o resultado da diligência, destacando, principalmente, a impossibilidade técnica de um único bico de bomba de combustíveis, que tem uma capacidade de vazão limitada e que recebe o produto de um tanque com capacidade de 15.000 litros, vender entre o fechamento de um dia e a abertura do seguinte, a quantidade de 218.831 litros. Fato apontado em relação a outro bico, que estaria registrando a saída instantânea de 952.442 litros.

A Decisão de Primeira Instância, fls. 538 a 542, destacou que as infrações foram detectadas através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, considerou a infração 1 Improcedente, tendo em vista que a multa aplicada tem o mesmo fundamento da infração 4, acolheu o resultado da diligência em relação às infrações 2 e 3 e manteve integralmente as infrações 5 e 6.

Assim, restou reduzida a exigência do imposto para o valor total de R\$81.580,69 e multa de R\$50,00.

O contribuinte, intimado da Decisão de Primeira Instância, apresenta, por seu advogado, Recurso Voluntário onde analisa a autuação e, preliminarmente, suscita a nulidade do julgamento *a quo* afirmando que a Decisão carece de fundamentação, contrariando o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal e o art. 18, inciso III, do próprio RPAF, apontando que a relatora ao julgar as infrações 2 e 3 informa apenas que coadunava com o resultado da diligência e, no tocante às infrações 5 e 6 simplesmente afirma que deveriam ser mantidos os valores originalmente apontados, sem indicar a motivação de seu convencimento.

No mérito, reitera os argumentos expendidos em sede de impugnação, informando que a empresa autuado somente comercializa produtos que foram adquiridos à Petrobrás Distribuidora S.A., os quais estão incluídos na substituição tributária imposta por lei, daí sustenta que o fato

gerador do imposto ocorreu quando o produto saiu do fornecedor e este recolheu o ICMS por substituição.

Afirma que inexiste prejuízo para os cofres estaduais decorrentes de eventuais variações no volume de combustíveis comercializados, uma vez que não teria sentido omitir saídas de um produto cujo imposto já foi pago e, quanto às entradas, o autuado nunca adquirira produtos desacompanhados de documentação fiscal.

Aduz que, em face da especificidade da revenda de combustíveis e das características fisico-químicas dos produtos envolvidos, inserem variáveis que traduzem, ao final do processo, pequenas distorções entre os volumes comprados e os comercializados, decorrentes do recebimento e transporte do produto; da evaporação no armazenamento de gasolina e da imprecisão do instrumento de medição dos tanques.

Relata também as variações ocorridas na comercialização do produto, salientando a aferição realizada anualmente pelo IBAMETRO que admite uma variação de 0,5% para mais ou para menos, na comercialização de combustíveis.

Salienta que, embora constem no processo todas as informações e documentos necessários, a Decisão de Primeira Instância não levou em consideração as variações e o incidente da troca das bombas que causaram as distorções nos registros dos exercícios fiscalizados.

Passa, então, a relatar os fatos relacionados com a troca das bombas de abastecimento de gasolina comum que passaram de duplas para quádruplas, ensejando a substituição dos registros dos bicos 1 e 2, que passaram a ser 1, 2, 3 e 4. Decorrendo dessa substituição erros que resultaram em nova troca de numeração, eventos esses ocorridos entre os dias 28 a 31 de outubro de 1999, tudo isso demonstrado em anexo a sua peça defensiva.

Destaca o caso do encerrante do bico 6 que termina o dia 28/10 com um registro de 608.872,1 e abre o dia seguinte com o registro de 827.703,8, que levou o autuante a concluir pela saída de 218.831,7 litros, aduzindo a impossibilidade técnica de um único bico de combustível dar vazão à tamanha quantidade do produto em um período tão curto, uma vez que o tanque teria que ser reabastecido umas 15 vezes por caminhões que transportam em média 20.000 litros por viagens que duram em média 2 horas.

Igualmente, disserta sobre o ocorrido com o bico 5, que também registrou naquela data uma diferença de 952.441,9 litros, essa não considerada pelo autuante que, assim, adotou um tratamento diferenciado para bico 6, cuja diferença apurada, embora menor que a do bico 5, é igualmente inverossímil.

Salienta, ainda, que o Parecer ASTEC nº 236/2004 apresenta dois demonstrativos de débito, um deles acatando os seus argumentos que o diligente teria deixado claro que a divergência na quantidade de litros apurada estava restrita às saídas do bico 6, decorrentes dos encerrantes dos dias 28 e 29/10 e, grifa, o trecho do Parecer que conclui pela inexistência da venda dos 218.831 litros.

Conclui que os fatos descritos e a documentação anexada ao PAF comprovam a improcedência das omissões, tendo em vista a impossibilidade de terem ocorrido tais vendas em um período tão curto, e que não houve qualquer demonstração de irregularidade até os dias onde as alterações dos bicos ensejaram os transtornos de medição dos encerrantes.

Por fim, requer que seja julgado Improcedente o Auto de Infração em lide, destacando as nulidades suscitadas em preliminar.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, analisa os autos e salienta que as alegações de nulidade da Decisão recorrida não merecem acolhimento, posto que fundamentada em diligência realizada pela ASTEC, sobre a qual o contribuinte foi informado e teve oportunidade de se manifestar.

Quanto ao mérito, verifica que a autuação se baseou em informações contidas no LMC, cujos erros já foram analisados pela ASTEC que apresentou novos demonstrativos, os quais serviram de substrato para a Decisão recorrida.

Destaca que as alegações de evaporação foram consideradas pelo autuante e as demais, relacionadas como imprecisão de medições, aferições, etc, vieram desacompanhadas de provas.

Igualmente, em relação à troca de numeração dos bicos das bombas que, como dito pelo diligente, também não veio acompanhada das provas necessárias.

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

VOTO

Preliminarmente observo que, conforme suscita o recorrente, é flagrante a falta de fundamentação da Decisão recorrida, uma vez que não foram refutados os argumentos expendidos pelo contribuinte em sua defesa, nas questões fáticas em relação aos itens 2 e 3, em face das alternativas apontadas pelo diligente que deu o substrato do julgamento.

Ademais, na conclusão sobre as infrações 5 e 6, que não foram objeto da diligência realizada, a Ilustre relatora não explicita o motivo que a levou a votar pela manutenção dos valores originalmente apontados na autuação, uma vez que a defesa do autuado abrangeu todos os itens da autuação e requereu a improcedência de todo o Auto de Infração. Saliente-se que o próprio autuante, em sua minuciosa informação fiscal, às fls. 332 a 336, acatou boa parte dos argumentos defensivos, reduzindo sensivelmente a exigência do imposto nesses itens.

Assim, tendo em vista o disposto na alínea III, do artigo 18 do RPAF, entendo que a Decisão deve ser nulificada para que seja realizado novo julgamento na Primeira Instância.

Portanto, considero PREJUDICADO o Recurso de Ofício e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado para julgar NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para julgar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206855.0036/03-2**, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

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