

PROCESSO - A. I. Nº 269610.0008/04-0
RECORRENTE - RAMOS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MODÊLO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0288-01/05
ORIGEM - INFAS IRECÊ
INTERNET - 20/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0442-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Após as devidas correções, as omissões de operações de entradas que remanesçam foram elididas, restando a ocorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada, sendo cabível a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96, a qual já tinha sido aplicada no presente lançamento. A inexpressiva variação encontrada no estoque de álcool é admissível em face da natureza do produto e do volume movimentado. Rejeitada a argüição de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir imposto e aplicar multa em razão das seguintes infrações, apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécies de mercadorias (combustíveis):

1. Falta de recolhimento de imposto, 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. Fatos ocorridos nos exercícios de 2002 e 2003, tendo sido exigido ICMS nos valores de R\$318,16, R\$1.515,09 e R\$6.197,09 (Infrações 1 a 3, respectivamente);
2. Falta de recolhimento de 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Fatos ocorridos nos exercícios de 2002 e 2003, tendo sido exigido ICMS nos valores de R\$100,83, R\$629,67 e R\$5.661,66 (Infrações 4 a 6, respectivamente);
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração. Fatos ocorridos nos exercícios de 2003 e 2004, tendo sido aplicada multa no valor de R\$100,00 (Infração 7).

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida afastou a preliminar de nulidade, argumentando que *nenhum vício formal foi apontado para justificar a sua decretação, apenas questões de mérito no tocante à aplicação da legislação e à apuração do valor devido, tendo sido respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.*

No mérito, afirmou que *todas as notas fiscais apresentadas [na defesa] devem ser consideradas*. Em seguida, asseverou que *devem ser lançadas as quantidades registradas nos LMC's a título de aferições como entradas nos tanques de combustíveis*. Não acolheu as alegações defensivas pertinentes à evaporação. Ao finalizar, votou pela procedência parcial das infrações 1, 3, 4 e 6, pela insubsistência das infrações 2 e 5 e pela redução da multa indicada na infração 7 para R\$50,00, por entender que a pena deve ser aplicada pela infração detectada, e não por exercício fiscalizado. Os demais membros da Junta de Julgamento Fiscal acompanharam o voto proferido.

Inconformado com a Decisão exarada, o recorrente apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, ratifica os argumentos já expendidos na defesa. Em seguida, alega que as “aferições” registradas no seu LMC nº 1, referentes ao período de 26 de junho a 30 de dezembro de 2002, no total de 761 litros de gasolina, devem ser consideradas. Diz que, após computar essas “aferições”, a omissão de entrada remanescente (699,6 litros) passa a ser uma omissão de saída de 61,4 litros. Às fls. 198 a 295, acostou fotocópias do referido LMC. Solicita que a ação fiscal seja julgada improcedente.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, foi sugerido o envio do PAF à ASTEC para análise dos documentos acostados no Recurso Voluntário. Após apreciar o processo em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF indeferir a diligência sugerida, pois entendeu que os elementos necessários ao deslinde da questão já estavam presentes nos autos.

Ao exarar o Parecer de fls. 303 e 304, a ilustre representante da PGE/PROFIS disse que vislumbrava a nulidade da Decisão recorrida, pois a Junta de Julgamento Fiscal acolheu o argumento defensivo pertinente às aferições e, no entanto, não as incluíram no levantamento quantitativo. Considerando que o deslinde da questão poderia ser favorável ao contribuinte, adentrou no mérito e disse que as “aferições” devem ser consideradas, para evitar que ocorram distorções no levantamento. Opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que as “aferições” fossem computadas no levantamento quantitativo. O Parecer foi ratificado, conforme despacho à fl. 305.

VOTO

Considerando que o recorrente reiterou todos os argumentos já apresentados, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa, pois não há no presente Auto de infração qualquer vício que o inquira de nulidade. O lançamento foi efetuado de acordo com a legislação tributária pertinente, e os equívocos citados na defesa são referentes ao mérito da lide.

Quanto aos argumentos de mérito expendidos na defesa, ressalto que todos eles foram abordados na Decisão recorrida, com a devida fundamentação. Exceto no que tange às “aferições”, reitero o posicionamento da Junta de Julgamento Fiscal, considerando-o como se aqui estivessem transcritos.

Adentrando no mérito do Recurso Voluntário, observo que o recorrente pleiteia a exclusão do levantamento quantitativo de 2002 das “aferições” de gasolina. Para fundamentar o seu pedido, o recorrente trouxe ao processo fotocópias do seu LMC nº 1, onde estão regularmente lançadas as “aferições” efetuadas durante o período de 26 de junho a 30 de dezembro de 2002, no total de 761 litros de gasolina, consoante demonstrado à fl. 196.

Segundo o entendimento já pacificado neste CONSEF, as “aferições”, quando devidamente lançadas no LMC, devem ser consideradas na auditoria de estoque, para que não haja dupla contagem do mesmo combustível. Dessa forma, acolho o pleito recursal e, do total das saídas de gasolina do exercício de 2002, excluo as “aferições” lançadas no LMC nº 1, no montante de 761

litros. Em conseqüência a omissão de entrada de gasolina que remanesce (699,6 litros) passa a ser uma omissão de saída de 61,4 litros e, portanto, as infrações 3 e 6 não subsistem.

Após a exclusão das infrações 2 e 5 (pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal) e 3 e 6 (por esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal), remanesce apenas a omissão de entrada de 41,6 litros de álcool ocorrida no exercício de 2003 (infrações 1 e 4).

Entendo, contudo, que essa omissão de entrada de álcool (infrações 1 e 4), pela sua insignificância frente ao total de combustível comercializado, deve ser considerada como uma variação ocorrida em função da temperatura e da imprecisão das medições efetuadas. Além disso, saliento que os postos de revenda de combustível não costumam fazer aquisições tão inexpressivas (41,6 litros). Para corroborar esse entendimento, transcrevo parte do voto proferido pelo ilustre Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro, no Acórdão CJF Nº 0204-12/05, onde esta 2^a Câmara decidiu que a omissão de entrada de combustível deveria ser desconsiderada, em razão de ser uma quantidade muito pequena:

[...]

No entanto, não posso deixar de observar que, após as revisões efetuadas, as omissões de entradas e saídas reais, são absolutamente inexpressivas, sendo que todas as diferenças encontradas que resultaram na apuração de entradas, que poderiam implicar em prejuízo ao erário, são inferiores a 0,44%, ou seja: menores do que a variação de estoque físico - 0,6% - admitida, sem necessidade de justificativa, pela Portaria DNC nº 26/92, que regula o registro de combustíveis no Livro de Movimentação o "LMC".

Ora, trata-se de controle sobre movimentação de líquidos combustíveis, material volátil e que sofre variação acentuada de volume em decorrência da temperatura ambiente. Imagine-se que os trilhos da rede ferroviária que são de aço, são fixados na linha férrea com uma certa folga para permitir a sua expansão ao sofrer a ação do calor ao longo do dia. Os combustíveis são bombeados para os tanques dos caminhões transportadores com a temperatura controlada. A partir desse momento passam a sofrer variação de volume, sobretudo no momento da saída pelas bombas, que a depender da temperatura ambiente registrando, forçosamente, valores diferentes do registrado na entrada.

Entendo que daí resulta a tolerância de 0,6% admitida pelo Conselho Nacional de Petróleo, conforme se deduz da sua Portaria nº 26/92.

Há que se entender que, ao registrar um volume maior de saída de uma mesma porção de combustíveis, resultará em aparente diferença a menos nas entradas.

As medidas - peso e volume - são valores relativos, o peso variando em relação à altitude, em decorrência da pressão atmosférica, e o volume sofrendo alterações em face da temperatura ambiente, decorrente da expansão de suas moléculas.

No caso em concreto, as diferenças encontradas foram todas justificadas pelo contribuinte e reduzidas na revisão realizada pela ASTEC, resultando em valores, repito, absolutamente inexpressivos, eis que dos 16 itens/exercícios verificados, apenas 2 apresentaram variação superior aos 0,6%, qual seja: omissões de saídas de óleo diesel de 1.056 l, correspondente a 1,11% do total movimentado e 264 l de gasolina, representando, 0,84% do total, ambas no exercício de 2000.

Devo salientar que não se trata de abater essa variação do levantamento de estoque e, sim, de admitir que variações dessa monta podem ser desconsideradas diante da sua inexpressividade e da possibilidade de ocorrerem em face da natureza dos produtos.

Assim, invocando o princípio da razoabilidade, julgo que as variações encontradas no estoque não podem ser consideradas, de fato, como omissões de entradas ou de saídas das mercadorias objeto do levantamento quantitativo realizado, porque os valores das variações

encontradas são admissíveis em face da natureza dos produtos e dos volumes movimentados e, portanto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida para decretar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de infração em lide.

Em face do acima exposto, entendo que também as infrações 1 e 4 não subsistem, pois são referentes a variações admissíveis em razão da natureza do produto.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração procedente em parte, mantendo apenas a infração 7, no valor de R\$50,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº 269610.0008/04-0, lavrado contra **RAMOS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO MODÉLO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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