

A. I. Nº - 206991.0001/04-7
AUTUADO - GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - LEDNALDA REIS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 09.03.2005

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-03/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. Infração comprovada. **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. 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. **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 refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2003, refere-se à exigência de R\$179.678,56 de ICMS, mais multas, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.086,99 referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro e junho de 1999; janeiro, fevereiro e setembro de 2000. Consta ainda, que o autuado utilizou em duplicidade o crédito destacado em documentos fiscais referentes às aquisições interestaduais de bens para o ativo imobilizado.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.010,24, referente a imposto não destacado em documento fiscal. Aquisição de mercadorias de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no SIMBAHIA, no mês de julho de 1999.
3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem a respectiva escrituração, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques, sendo aplicadas as multas de R\$39,71 em cada exercício de 1999 e 2000; R\$40,00, para o exercício de 2001 e R\$50,00, para cada exercício de 2002 (exercício fechado) e 2003 (exercício aberto). Total: R\$219,42

4. 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 estoques, exercícios de 2000 e 2003. Valor do débito: R\$93.633,61,
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 desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas do regime da Substituição Tributária, exercícios de 1999 a 2003. Valor do débito: R\$82.728,30,

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 223 a 236 dos autos, alegando inicialmente que os produtos comercializados foram adquiridos junto à Petrobrás Distribuidora S/A e o autuante não considerou diversas notas fiscais, que foram devidamente contabilizadas, além de outros documentos fiscais lançados de forma incorreta, gerando erros no levantamento fiscal. Entende que, após as necessárias retificações, ficará afastada qualquer presunção de sonegação. Disse que a revenda de combustíveis requer a compra dos produtos junto à distribuidora, produtos estes que são transportados por carretas e descarregados em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros, nas instalações dos postos, e todas as etapas entre o ato da compra e o da venda final, além das características físico-químicas dos produtos envolvidos, inserem variáveis que no final do processo apresentam distorções entre os volumes comprados e os totalizados nas vendas ao consumidor. Em seguida, descreveu algumas das etapas nas quais podem ocorrer as diferenças alegadas:

- a) variações ocorridas na compra, transporte e armazenamento: a título de exemplo, disse que uma gasolina comprada e embarcada a uma temperatura de 27°C e densidade de “750 gr/litro”, quando comercializada a 29°C pode ter o seu volume reduzido em 0,21%;
- b) evaporação no armazenamento de gasolina: ressaltou que a Portaria nº 283/80 da ANP, prevê a redução diária de até 0,6% do volume estocado da gasolina em função das perdas por evaporação no armazenamento e manuseio do produto;
- c) instrumento de medição dos tanques: as medições são feitas com varas de madeira metrificadas, que ao serem introduzidas no tanque apresentam uma área molhada. Lê-se o comprimento molhado e recorre-se a uma tabela padrão do fornecedor do tanque, calculando-se o volume armazenado. Ocorre imprecisão, em função de inclinação do tanque, o que pode gerar erros substanciais de leitura;
- d) variações ocorridas na comercialização do produto: para cada vinte litros registrados na bomba de combustível é permitida uma variação de mais ou menos 0,5%. Disse que as aferições foram desconsideradas e o posto é obrigado a fazer diariamente uma verificação da regularidade dos equipamentos (20 litros por cada bico), fazendo retornar o produto ao próprio tanque.

O defendant aduziu, ainda, que os postos de combustíveis realizam aferições por períodos que variam de acordo com o entendimento de cada revendedor, e uma vez constatada extrapolação dos limites permitidos é solicitada a regulagem das bombas, o que é realizado por empresa credenciada pelo Ibametro. Disse que na comercialização de combustíveis é permitida uma variação de mais ou menos meio por cento, concluindo-se que os volumes envolvidos nessa comercialização sofrem variações em função das características específicas dos produtos

envolvidos, inclusive do seu armazenamento. Quanto às infrações indicadas na autuação fiscal, alegou:

Infrações 01 e 02: Disse que não existiu qualquer lançamento em duplicidade, conforme se pode comprovar nas cópias do livro Registro de Entradas que anexou aos autos, e que não há que se falar também em estorno de crédito por aquisição de mercadorias para integrar o ativo, por considerar que somente a partir da alteração do RICMS, no ano de 2001, é que ocorreu a vedação da utilização destes créditos. E como o período da autuação corresponde aos exercícios de 1999 e 2000, o defensor entende que agiu corretamente ao aproveitar os créditos fiscais.

Quanto à utilização de crédito fiscal por aquisição de mercadorias de empresa enquadrada no SIMBAHIA, argumentou que o imposto foi destacado nas quatro notas fiscais referidas pelo autuante, considerando que à época de emissão dos documentos fiscais a empresa não estava ainda incluída no SIMBAHIA. Por isso, alegou que não procede a exigência fiscal.

Infração 03 – Ressaltou que a mercadoria objeto da autuação encontra-se incluída no regime de substituição tributária, inexistindo qualquer prejuízo para o erário estadual, caso ficasse comprovada a omissão. Disse que descabe a aplicação da multa porque não houve omissão de saídas, por considerar que as diferenças encontradas indicam perdas que estão dentro dos parâmetros normais na atividade de comercialização de combustíveis, e as variações encontradas são pertinentes em função das características específicas dos produtos envolvidos.

Infrações 04 e 05 – Enfatizou que jamais houve aquisição de produtos desacompanhados de documento fiscal, considerando a sua inclusão no regime de substituição tributária. Quanto à antecipação tributária com acréscimo da MVA, alegou que não houve a omissão de entradas, muito menos, a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por isso, resta improcedente a acusação fiscal.

O defensor aduziu, ainda, que a auditoria de estoques realizada nos exercícios de 1999 a 2003 apresenta diversos erros, e as supostas omissões de saídas, bem como a falta de recolhimento do imposto originada por aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais decorreu de diversos motivos:

Exercício de 1999 – Houve uma reforma no posto com a troca das bombas, que passaram de duplas para quádruplas, ocasionando diversos erros nos lançamentos do LMC, devido à mudança na numeração dos bicos, e a autuante não considerou essa modificação, o que gerou graves distorções em seu levantamento. Disse que também ocorreram erros em decorrência da falta de consideração no levantamento fiscal das aferições periódicas realizadas, e a autuante deixou de considerar as seguintes notas fiscais e respectivas quantidades: NF 235910, emitida em 17/02/99 com 10.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de gasolina supra; NF 278.414, emitida em 27/07/99, com 5.000 litros de gasolina supra. Além disso, lançou de forma incorreta a mesma NF 278.414 como sendo 5.000 litros de gasolina comum, quando na verdade se tratava de gasolina supra; lançou ainda a NF 250.890, emitida em 13/04/99 como sendo 5.000 litros de gasolina supra quando o correto seria ter lançado 10.000 litros desse mesmo combustível. Disse que após os ajustes das notas fiscais não consideradas e daquelas lançadas incorretamente, além da inclusão das aferições, encontram-se novos valores, conforme demonstrativo que anexou à fl. 282 dos autos, concluindo que as diferenças encontradas são operacionalmente normais em decorrência do tipo de atividade fiscalizada.

Exercício de 2000 – Disse que apresenta os mesmos argumentos do ano anterior, acrescentando, que deixaram de ser lançadas as seguintes notas fiscais no levantamento de gasolina comum: NF 352.243, emitida em 25/04/2000, com 5.000 litros; NF 352466, emitida em 26/04/2000, com 15.000 litros; NF 401.585, emitida em 24/10/2000, contendo 10.000 litros. Alegou, ainda, que foram lançadas equivocadamente duas notas fiscais de óleo diesel, que na realidade nunca existiram: NF 336.653,

de 25/02/2000 e NF 392265, de 24/10/2000, com 5.000 litros cada uma, totalizando 10.000 litros. Disse também, que em relação às NFs 352.243 e 352.466, de gasolina comum, foram solicitadas cópias desses documentos fiscais junto à Petrobrás Distribuidora para posterior juntada ao presente processo. Concluindo, aduziu que após as correções encontram-se novos valores conforme demonstrativo que anexou ao PAF à fl. 283, apresentando o entendimento de que as diferenças apuradas são normais em decorrência do tipo de atividade fiscalizada, e por isso, não deve permanecer a autuação, pois na realidade, a diferença encontrada é insignificante considerando o volume comercializado.

Exercício de 2001 – Informou que no dia 01/01/2001 ocorreu um sinistro no estabelecimento, tendo como causa uma colisão de um automóvel contra duas bombas de combustível, o que resultou num incêndio com a explosão das duas bombas. Tal acontecimento está comprovado pelos documentos que anexou aos autos, tais como, laudo de exame pericial, reportagens de jornais da época, certidão de ocorrência do Corpo de Bombeiros, recibo de quitação do seguro pela indenização do incêndio. Disse que além do sinistro e das considerações feitas nos exercícios anteriores, o fechamento do exercício de 2000 ficou prejudicado, refletindo na abertura do exercício seguinte, causando distorções nos lançamentos do exercício de 2001. Ressaltou ainda, que algumas notas fiscais foram emitidas em janeiro de 2001, quando na realidade o combustível havia saído em dezembro de 2000, além disso, argumentou que os encerrantes de álcool B17, B18, B21 e B22 devem ser considerados do dia 06/01/2001, quando voltaram a funcionar após o incêndio; referente às bombas de gasolina supra B23 e B24, devem ser considerados os encerrantes do dia 05/01/2001 e não, do dia 01/01/2001; os encerrantes das bombas de gasolina comum B19 e B20 devem ser considerados do dia 04/01/2001 somando-se à venda do dia 01/01/2000, anterior ao incêndio. Acrescentou que as NFs de números 421.461, 436.056, 441.233, 470.099, 508.793 e 510.992 deixaram de ser consideradas no levantamento fiscal, o que apresentou uma diferença de 30.000 litros de gasolina supra. Citou à fl. 230 outros equívocos cometidos pela autuante, relativamente ao lançamento incorreto de outras notas fiscais referentes a óleo diesel, gerando uma diferença de 45.000 litros e quanto à gasolina comum, uma diferença de 45.000 litros. Juntou à fl. 284 dos autos o demonstrativo, após as correções efetuadas, apresentando os mesmos argumentos dos exercícios anteriores quanto às diferenças constatadas.

Exercício de 2002 – Acrescentou aos argumentos já relatados, o fato de ser realizada a mistura nos tanques de armazenamento de gasolina comum e gasolina supra, o que ocasionou descontrole nas saídas. Disse que o seu procedimento não configura nenhuma infração ao consumidor ou à legislação tributária, por considerar que não existe norma proibitiva, ressaltando que a soma da movimentação de estoque da gasolina comum com a gasolina supra resulta dados consistentes, por entender que se fosse efetuado levantamento em conjunto dos dois tipos de combustível, a diferença encontrada seria irrisória. Citou à fl. 2312 dos autos diversos erros que alegou ter constatado no levantamento fiscal, como lançamento de notas fiscais em duplicidade, falta de lançamento de algumas notas fiscais de gasolina supra, lançamento incorreto de nota fiscal de gasolina comum e o lançamento de uma nota fiscal que não existe. Concluindo, alegou que após as correções encontrou novos valores, conforme demonstrativo que anexou aos autos à fl. 285.

Exercício de 2003 – Disse que ocorreram as mesmas falhas dos exercícios anteriores, ressaltando que a responsabilidade do autuado vai até agosto de 2003, haja vista que a partir de setembro do citado exercício outra empresa passou a funcionar no mesmo endereço, sendo esta a verdadeira responsável pelos atos praticados a partir da mudança, e a Petrobrás Distribuidora foi comunicada através de carta. Esclarece que, de forma irregular, a Petrobrás Distribuidora continuou utilizando a sua razão social na venda de combustível para o novo responsável pela exploração do Posto Revendedor da Boca do Rio, e este fato causou diversos problemas aos sócios da GT Comércio de Combustíveis Ltda., que enviou diversas correspondências à BR

Distribuidora, e está tomando providências para responsabilizar judicialmente o citado distribuidor.

Quanto ao levantamento fiscal, alegou ainda que constatou diversos equívocos, referentes a lançamento de notas fiscais em duplicidade, falta de lançamento de algumas notas fiscais de gasolina supra, além do lançamento incorreto de nota fiscal de gasolina comum e lançamento de uma nota de álcool o que não existe. Tudo conforme discriminado às fls. 234 e 235 dos autos. Disse que após as correções efetuadas, foram encontrados novos valores, conforme demonstrativo que anexou aos autos, à fl. 286.

Por fim, o defendantre requer sejam deferidos todos os meios de prova admitidos em direito, que seja o Auto de Infração em lide julgado improcedente, esclarecendo que os livros e documentos fiscais estão à disposição do Fisco para a conferência e constatação dos equívocos alegados.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 346 a 349 dos autos, esclarecendo inicialmente que mantém a autuação fiscal, diante da impugnação do sujeito passivo. Apresentou os seguintes argumentos, quanto às alegações defensivas:

- referente à primeira infração, disse que os demonstrativos e documentos (fls. 195 a 211) comprovam que o contribuinte creditou-se em duplicidade;
- a NF 95.937, de 01/01/99 teve o correspondente crédito fiscal lançado no livro Registro de Entradas, e também registrado o crédito no campo “outros créditos”, no livro RAICMS;
- quanto à segunda infração, os documentos relativos às terceiras vias das notas fiscais em questão, obtidas através do CFAMT (fls. 216 a 219 dos autos) demonstram claramente que o autuado adquiriu mercadorias da empresa Gelemax Ind. de Refrigeração Ltda., e os documentos fiscais não geram crédito fiscal, de acordo com o art. 402-A, do RICMS/97;
- em relação ao levantamento quantitativo, infrações 3, 4 e 5, informou que o procedimento fiscal foi realizado de acordo com os livros e documentos apresentados pelo contribuinte, e das alegações defensivas, a única que pode ser aceita é a que diz respeito aos lançamentos de notas fiscais em duplicidade e/ou com valores trocados. Ressaltou que é muito mais rápido fazer correções e apontar erros do que levantar dados de um monte de notas fiscais enviadas para a fiscalização dentro de vários sacos de lixo. Disse que as correções somente poderão ser efetuadas com a apresentação das notas fiscais originais através de diligência a ser realizada por preposto da ASTEC/CONSEF, e apesar de a empresa ter alegado que adquiriu combustível somente da Petrobrás Distribuidora, constatou através do livro Registro de Entradas diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias da empresa Sol Distribuidora de Petróleo Ltda. Por fim, esclareceu que o período fiscalizado vai até a data do pedido de baixa da inscrição estadual do sujeito passivo. Pede pela procedência do Auto de Infração em lide.

Em 22/06/2004 o presente processo foi convertido em diligência pela 2^a JJF à INFRAZ de origem (fl. 354) para a autuante fazer correções no lançamento, consignando na Auditoria de Estoques, de forma correta, as notas fiscais de aquisição de combustíveis, e ao final, apresentar novos demonstrativos conclusivos, referente às infrações 03 a 05. Posteriormente, ao órgão preparador para dar ciência ao autuado, fornecendo-lhe cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo para se pronunciar, querendo.

Às fls. 357 a 363 dos autos, a autuante prestou nova informação fiscal, esclarecendo inicialmente que não deixou de lançar diversas notas fiscais conforme alegado pelo autuado, haja vista que a fiscalização foi efetuada de acordo com os documentos fiscais apresentados, tendo a autuante questionado sobre a existência de outras notas fiscais não fornecidas. Quanto à duplicidade de lançamento, disse que esse fato geralmente ocorre devido à carga de

trabalho com limitação de tempo, que não deixa espaço para a devida conferência e revisão dos lançamentos.

Informou que foram acatadas as alegações defensivas, exceto quanto aos seguintes fatos:

- as notas fiscais consideradas pelo autuado como inexistentes não foram alteradas porque se foram lançadas no levantamento fiscal é porque foram analisadas. Pode ter ocorrido algum erro na digitação do número do formulário em vez do número da nota fiscal, ou invertida alguma numeração;
- não houve qualquer alteração do lançamento em decorrência de sinistro alegado pelo autuado, haja vista que os valores considerados foram extraídos dos livros LMCs, devidamente escriturados e encadernados.
- não foi acatada a alegação defensiva de que a responsabilidade do autuado vai até agosto de 2003, haja vista que nos documentos fiscais de entradas e de saídas, além da escrituração dos livros fiscais, inclusive LMC constam a razão social do autuado, ressaltando o fato de a Petrobrás Distribuidora não ter efetivado a baixa de inscrição do autuado no tocante ao fornecimento de combustíveis, e a fiscalização se baseia em fatos concretos e documentos comprobatórios, não podendo acatar os documentos de fls. 233, 271 a 280 do PAF para excluir o lançamento de todo o mês de setembro. Por isso, informou que permaneceu o levantamento fiscal até setembro de 2003; que se trata de uma fiscalização para baixa de inscrição conforme pedido datado de 28/11/2003.

Às fls. 360 a 362 dos autos, a autuante indicou as correções efetuadas, informando que após os ajustes das notas fiscais não lançadas ou lançadas de forma incorreta, além da inclusão das aferições, ficou alterado o imposto exigido para R\$154.094,62, conforme demonstrativo de débito à fl. 363 do presente processo. Disse, ainda, que não há absolutamente nenhuma outra possibilidade de erro de procedimento ou ajuste no presente PAF, haja vista que foram revisadas as planilhas às fls. 364 a 430.

Intimado a tomar conhecimento da nova informação fiscal prestada pela autuante e respectivos demonstrativos acostados aos autos, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 435 a 444 dos autos, alegando que a autuante reconheceu a existência de diversos equívocos, entretanto, ainda restam alguns pontos controversos que devem ser considerados pelo julgador. Apresentou os mesmos argumentos da primeira impugnação, alegando ainda, que foram lançadas algumas notas inexistentes, conforme relacionou à fl. 439 dos autos. Disse que não se pode conceber que permaneçam no lançamento notas fiscais inexistentes, e que o imposto não pode ser exigido mediante presunção, haja vista que se deve ter a certeza da ocorrência do fato. Ressaltou que o acidente ocorrido em 2001, já descrito na defesa inicial, causou grandes distorções nos resultados nos exercícios de 2000 e 2001, o que não foi levado em consideração pela autuante, mas deve ser avaliado com atenção e bom senso pelos julgadores.

O defensor apresentou o entendimento de que as diferenças encontradas são operacionalmente normais, são insignificantes frente ao volume comercializado no período, são decorrentes de perdas normais e das variações nas medições, conforme esclarecimentos iniciais na primeira impugnação. Citou o entendimento contido no Acórdão CJF nº 0207-11/04, em Auto de Infração sobre a mesma matéria.

Quanto ao exercício de 2003, o defensor contestou a justificativa da autuante para não levar em consideração que foi responsável pelo Posto Revendedor até agosto de 2003, alegando que as operações a partir de setembro não estavam mais sob sua responsabilidade. Entende que restou provada essa alegação, considerando que a nova empresa assumiu a responsabilidade pela exploração a partir de setembro. Por fim, reiterou os demais argumentos apresentados na peça inicial de defesa, pedindo que o presente lançamento seja julgado totalmente improcedente.

À fl. 446, a autuante registra que tomou conhecimento da manifestação apresentada pelo autuado e reafirma as informações prestadas às fl. 357 a 363 do presente processo.

Considerando as alegações defensivas e informação fiscal prestada pela autuante, esta 3^a JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para fiscal estranho ao feito, após analisar os livros e documentos fiscais do autuado em confronto com o levantamento fiscal, apurar:

1 – Em relação às notas fiscais de entradas de números 336653, 392265, 548060 e 610550, relacionadas nas razões de defesa à fl. 439 dos autos, apurar se os mencionados documentos fiscais existem, se foram regularmente escriturados e se as quantidades neles consignadas são as mesmas lançadas no levantamento fiscal. Fazer correções, se necessário.

2 – Quanto às aferições, apurar as quantidades em cada exercício fiscalizado, de acordo com os registros efetuados nos LMCs, fazendo as inclusões nos exercícios fiscalizados, nos quais, a autuante não considerou.

3 – Verificar os estoques inicial e final de cada exercício fiscalizado, de acordo com a escrituração constante do livro Registro de Inventário, devendo confrontar com o levantamento fiscal, fazendo as correções, se necessário.

4 – Quanto ao exercício de 2003, apurar se a empresa que substituiu o autuado na exploração do posto de combustíveis assumiu todos os encargos, inclusive quanto à escrituração fiscal e pagamento do ICMS a partir de setembro/2003, conforme alegado pelo autuado. Ficando comprovada a alegação defensiva, deverá excluir do levantamento fiscal os dados relativos ao citado mês 09/2003.

5 – Em relação ao crédito considerado indevido (Infração 01), a autuante esclareceu na informação fiscal que houve lançamento em duplicidade dos respectivos valores. Considerando que não constam nos autos as fotocópias integrais dos livros Registro de Entradas e RAICMS, apurar se efetivamente houve duplicidade na utilização dos créditos fiscais em questão.

Em atendimento ao solicitado, foi exarado o PARECER ASTEC Nº 290/2004 (fls. 453 a 457), sendo informado pelo diligente, após a verificação realizada nos livros e documentos fiscais do autuado:

- Quesito 1: as Notas Fiscais de números 336653, 392265, 548060 e 610550, relacionadas nas razões de defesa à fl. 439 dos autos foram emitidas pela BR DISTRIBUIDORA S/A, se referem à venda de diesel a outros contribuintes, conforme relacionado pelo diligente à fl. 454.
- Quesito 2: as aferições foram consideradas pela autuante nos demonstrativos de fls. 357 a 430 e constam dos demonstrativos elaborados na diligência fiscal.
- Quesito 3: foram confirmados os estoques inicial e final consignados nos demonstrativos da autuante (fls. 357 a 430). Quanto ao exercício de 2003, foram elaborados dois demonstrativos, um considerando a movimentação até 30/09/2003, conforme apurado pela autuante. Outro demonstrativo com a movimentação até 31/08/2003, que aponta valor diferente, caso seja aceito o argumento defensivo de que o autuado transferiu a propriedade do Posto Revendedor em 01/09/2003.
- Quesito 4: o autuado não apresentou, nem consta dos autos documento que comprove juridicamente que outra empresa o substituiu na exploração do posto de combustíveis, assumindo todos os encargos, inclusive quanto à escrituração fiscal e pagamento do ICMS do mês 09/2003.

- Quesito 5: não houve lançamento da nota fiscal em duplicidade que a autuante indicou à fl. 195. Foi constatado equívoco da autuante, tendo em vista que os valores por ela considerados no campo “outros créditos” do livros Registro de Apuração do ICMS são apenas transposições dos valores lançados no livro Registro de Entradas, a exemplo do mês 06/99, fls. 199 e 200. Quanto ao crédito relacionado na fl. 212 (infração 02), relativo às NFs fls. 216 a 219, o diligente constatou que o autuado efetivamente tinha direito ao citado crédito, de acordo com o art. 401-A, do RICMS.

Após a revisão efetuada pelo preposto da ASTEC, a partir dos demonstrativos da autuante (fls. 357 a 430), foi apresentado o seguinte resultado em relação ao levantamento quantitativo de estoques:

| EXERCÍCIO | ICMS APURADO | OBSERVAÇÃO |
|-----------|--------------|---|
| 1999 | - | Não há imposto a ser exigido |
| 2000 | - | Não há imposto a ser exigido |
| 2001 | - | Não há imposto a ser exigido |
| 2002 | 143.870,77 | Considerando os registros nos LMCs |
| | 2.808,60 | Se acatado o argumento defensivo quanto à estocagem de G. Comum nos tanques de G. Supra |
| 2003 | 85.624,43 | Considerando a movimentação até 30/09/2003 |
| | 10.473,98 | Considerando a movimentação até 31/08/2003 |

Por fim, o diligente apresentou dois demonstrativos de débito: o primeiro, sem considerar os argumentos defensivos; e o segundo, considerando os argumentos do autuado, observando que em relação ao primeiro demonstrativo, caso seja acatado, haverá agravamento da infração.

Intimado a tomar conhecimento do Parecer ASTEC, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 480 a 489, alegando:

1 – Quanto à primeira infração, a diligência comprovou não ter havido lançamento em duplicidade do crédito fiscal reclamado pela autuante, sendo por isso, improcedente este item da autuação.

2 – Com relação ao levantamento quantitativo de estoques, o revisor apresentou dois demonstrativos para avaliação dos julgadores, levando em consideração os argumentos defensivos quanto ao estoque de gasolina comum nos tanques destinados à gasolina supra, sendo também considerada a informação de que o autuado operou o posto até 30/08/2003.

3 – Relativamente aos exercícios de 1999, 2000 e 2001, disse que após a revisão fiscal efetuada, não restou imposto a recolher, havendo somente exigência de multa, correspondente aos exercícios de 2000 e 2001.

4 – Citou alguns pontos que considera controversos, já citados na impugnação inicial, a exemplo de: a) variações ocorridas na compra, transporte e armazenamento; b) medição dos tanques que apresenta distorções entre os volumes comprados e os volumes comercializados, ressaltando que essa medição é realizada com varas de madeira metrificadas; c) variações na comercialização dos produtos.

5 – Com relação ao exercício de 2003, argumenta que deve ser acatado o segundo demonstrativo do revisor, tendo em vista que o autuante não levou em consideração o fato de que a responsabilidade do autuado só vai até o mês de agosto, conforme comprovam os diversos documentos acostados aos autos pela defesa. Ressaltou que a justificativa da autuante não é suficiente para responsabilizar o autuado por operações que não estavam mais sob sua responsabilidade.

6 – Disse que a Petrobrás continuou a utilizar sua razão social na venda de combustível para o novo responsável pela exploração do Posto Revendedor da Boca do Rio; esta situação causou problemas aos sócios da GT Distribuidora de Combustíveis, que enviou diversas correspondências à Distribuidora, e está tomando as providências para responsabilizar judicialmente o distribuidor. Portanto, o autuado entende que somente pode ser responsabilizado até o momento em que esteve à frente do Posto Revendedor. Conclui, protestando pela improcedência do presente Auto de Infração.

À fl. 491 a autuante informa que tomou conhecimento do PARECER ASTEC 0290/2004, e solicita a procedência do Auto de Infração em lide.

VOTO

A primeira infração, trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, constando na descrição dos fatos que o autuado utilizou em duplicidade o imposto destacado nos documentos fiscais relativos às aquisições interestaduais de bens para o ativo imobilizado.

De acordo com a diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, ficou constatado que houve equívoco da autuante tendo em vista que os valores por ela considerados no campo “outros créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS são apenas transposições dos valores lançados no livro Registro de Entradas, a exemplo do mês 06/99, fls. 199 e 200. Portanto, não ficou comprovada a utilização do crédito fiscal em duplicidade, por isso, é improcedente a exigência fiscal neste item.

A segunda infração se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de imposto não destacado em documento fiscal relativo à aquisição de mercadorias de empresa enquadrada no SIMBAHIA, no mês de julho de 1999, conforme notas fiscais às fls. 216 a 219.

O autuado alegou que o imposto foi destacado nas quatro notas fiscais referidas pelo autuante, considerando que à época de emissão dos documentos fiscais a empresa emitente ainda não estava incluída no SIMBAHIA.

Observo que os documentos fiscais acostados aos autos foram emitidos em julho de 1999, o imposto está destacado no campo próprio e, de acordo com sistema de Informações do Contribuinte (INC), no exercício de 1999 o emitente encontrava-se inscrito como microempresa, enquadrada no SIMBAHIA. Portanto, não poderia ser utilizado o crédito fiscal pelo autuado, relativamente ao imposto destacado indevidamente, ressaltando-se que nas próprias notas fiscais foi aposto carimbo com a observação de que os mencionados documentos não geram crédito fiscal. Mantida a exigência fiscal deste item.

As infrações 3, 4 e 5 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 1999 a 2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, além da multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, relativamente às diferenças encontradas.

Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que constatou inconsistências, relativamente às quantidades consideradas e aferições. Por isso, o deficiente juntou aos autos, planilhas para comprovar as alegações defensivas (fls. 282 e 287).

Em decorrência das alegações apresentadas pelo autuado em sua impugnação, a autuante refez os cálculos acatando parcialmente as provas acostadas aos autos, conforme novos demonstrativos elaborados na informação fiscal às fls. 364 a 431 do PAF. Por isso, o autuado foi intimado a tomar

conhecimento quanto aos novos cálculos efetuados pela autuante, tendo apresentado nova manifestação contestando os novos valores apontados na informação fiscal.

O PAF foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para estranho ao feito dirimir as divergências, ficou apurado que em relação aos exercícios de 1999, 2000 e 2001, que após a revisão fiscal efetuada, não restou imposto a recolher, conforme apurado nos demonstrativos às fls. 458 a 460. Quanto aos exercícios de 2002 e 2003, foram apresentados dois demonstrativos: o primeiro, considerando as alegações defensivas; e o segundo, sem considerar os argumentos do autuado.

Quanto ao argumento do autuado de que houve estocagem de Gasolina comum nos tanques destinados a Gasolina Supra, embora exista essa possibilidade, não ficou demonstrado pelo livro LMC que tal procedimento tenha ocorrido, haja vista que não foi registrado, e devido à falta de comprovação do alegado, entendo que deve prevalecer o levantamento efetuado com base nos dados colhidos no mencionado livro fiscal, que foi escriturado pelo próprio contribuinte.

O outro argumento defensivo, é quanto à responsabilidade do autuado, sendo alegado que só vai até o mês de agosto de 2003. Por isso, foi solicitado ao preposto da ASTEC para apurar se a empresa que assumiu a exploração do Posto Revendedor, também assumiu os encargos, inclusive quanto à escrituração fiscal e recolhimento do ICMS, sendo informado que o autuado não apresentou ao diligente tais comprovações, nem consta nos autos documento que permita essa conclusão.

Portanto, entendo que nas duas situações acima mencionadas, deve prevalecer o primeiro demonstrativo do diligente, ou seja, no exercício de 2002, o levantamento (fl. 461) considerando os registros efetuados nos LMCs. Quanto ao exercício de 2003, prevalece o demonstrativo à fl. 463, levantamento fiscal até 30/09/2003.

Analizando o resultado do levantamento fiscal após a revisão efetuada pela ASTEC, conforme Parecer nº 290/2004, faço as seguintes observações em relação ao levantamento quantitativo em questão:

- Ficam mantidas as multas aplicadas na infração 03, haja vista que em todos os exercícios indicados na mencionada infração foram apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, por isso, são devidas as multas por descumprimento de obrigação acessória, consoante o art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII.
- Quanto à infração 04, nos demonstrativos elaborados pelo diligente, ficou comprovada a irregularidade apontada em relação ao exercício de 2003 (fl. 463), sendo devido o imposto pelo sujeito passivo (no valor de R\$69.567,48) na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- Embora tenha sido apurado pelo diligente, imposto por responsabilidade solidária no exercício de 2002, tal irregularidade não constou do lançamento original, por isso, não pode ser exigido no presente processo o valor indicado no demonstrativo do diligente. Assim, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento para exigir o imposto por solidariedade, no valor de R\$116.702,44 (fl. 461), de acordo com o art. 156, do RPAF/99.
- Referente à infração 05, é devido o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada nos exercícios de 2002 e 2003, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98, ficando alterados os valores originalmente apurados conforme demonstrativos elaborados pelo diligente, fls. 461 e 463.

Assim, acatando o resultado da diligência fiscal realizada pelo preposto da ASTEC, fica alterado o total do imposto exigido no presente Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

| IN FRA ÇÃ O | DATA DE OCORRÊNCIA | DATA DE VENCIMENTO | VALOR DO I C M S R\$ | MULTA R\$ |
|----------------------|--------------------------|--------------------------|----------------------------|----------------------|
| 2 | 16/07/1999 | 09/08/1999 | 136,38 | - |
| 2 | 17/07/1999 | 09/08/1999 | 1.541,00 | - |
| 2 | 19/07/1999 | 09/08/1999 | 221,00 | - |
| 2 | 28/07/1999 | 09/08/1999 | 111,86 | - |
| 3 | 31/12/1999 | 09/01/2000 | - | 1UPF |
| 3 | 31/12/2000 | 09/01/2001 | - | 1UPF |
| 3 | 31/12/2001 | 09/01/2001 | - | 40,00 |
| 3 | 31/12/2002 | 09/01/2003 | - | 50,00 |
| 3 | 28/11/2003 | 09/12/2003 | - | 50,00 |
| 4 | 28/11/2003 | 09/12/2003 | 69.567,48 | - |
| 5 | 31/12/2002 | 09/01/2003 | 27.168,33 | - |
| 5 | 28/11/2003 | 09/12/2003 | 16.056,95 | - |
| T O T A L | | | 114.803,00 | 2UPFs+ 140,00 |

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206991.0001/04-7, lavrado contra **GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, inciso VII, alínea “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, inciso II, alínea “d”, e III da citada Lei e artigo e dos acréscimos legais correspondentes, além das multas fixas de **R\$140,00 e 2UPFs**, previstas no art. 42, inciso 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.

Recorre-se de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR