

A. I. Nº - 108880.0007/04-1
AUTUADO - FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 28.07.05

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-02/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL ANIDRO E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL E ANTECIPADO. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificado o débito de cada infração por erro na sua apuração, e aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória sobre a omissão de saídas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. b) ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Fatos não contestados. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2004, e reclama o valor de R\$ 391.576,57, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto, relativamente a Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Álcool e Diesel, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 108, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 250.459,95, 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, relativo aos exercícios de 2002 e 2003.
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 135.506,17, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os 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 tributária, relativa aos exercícios de 2002 e 2003.
3. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 1.474,70, em decorrência de erro na determinação na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a novembro de 2002, conforme demonstrativos às fls. 109 a 112.

4. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 4.135,75, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho a setembro de 2002, conforme demonstrativos às fls. 109 a 112.

O sujeito passivo, por seu advogado legalmente constituído, apresenta defesa conforme documentos às fls. 180 a 203 dos autos, onde, após descrever os fatos, admitiu o acerto da fiscalização, no tocante às infrações 03 e 04, e informou que oportunamente providenciará o pagamento dos respectivos valores autuados.

Em seguida, argüiu a nulidade do Auto de Infração com base na preliminar de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que na lavratura do Auto de Infração não foi observado o disposto no artigo 39, inciso VIII, do RPAF/99, pois não consta “a indicação da repartição fazendária aonde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa”.

No mérito, teceu breves comentários sobre o ICMS, destacando os critérios material, espacial e temporal, à luz do artigo 155, inciso II, da CF/88 e também do artigo 2º, inciso I, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, e a visão de renomados professores de direito tributário acerca de tais questões.

Feitas essas considerações, foram apontadas as seguintes inconsistências no levantamento das entradas e das saídas dos produtos ÁLCOOL ANIDRO; GASOLINA; ÁLCOOL HIDRATADO e GASOLINA A, no exercício de 2002, e ÁLCOOL HIDRATADO; ÓLEO DIESEL B e D; GASOLINA A; e ÁLCOOL ANIDRO, no exercício de 2003, conforme documentos às fls. 189 a 199, concernentes a:

1. Inclusão indevida de notas fiscais relativas a operação de venda para entrega futura;
2. Inclusão indevida de notas fiscais relativas a operação de simples faturamento;
3. Falta de inclusão de diversas notas fiscais de entradas;
4. Notas fiscais de entradas computadas a mais e a menos, respectivamente, no levantamento;
5. Falta de inclusão de diversas notas fiscais de devolução de armazenamento;
6. Falta de inclusão de notas fiscais de remessa para armazenamento;
7. Falta de inclusão de notas fiscais de transferência;
8. Notas fiscais de um produto considerado no levantamento de outro produto;
9. Não levar em considerações perdas operacionais;
10. Inclusão de nota fiscal inexistente;
11. Notas fiscais canceladas;
12. Notas fiscais de remessa por entrega futura;

EXERCICIO 2002

ÁLCOOL ANIDRO

Entradas: a) falta de inclusão da Nota Fiscal nº 1.278 = 34.790 litros; b) inclusão indevida da Nota Fiscal nº 33.118 = 200.000 litros, referente a operação de venda para entrega futura; c) não foi considerada a Nota Fiscal de empréstimo nº 31.926 = 25.000; e c) Nota Fiscal nº 11.788 = 34.496 litros, e foi computada a quantidade de 35.000 litros.

Saídas: a) falta de inclusão da Nota Fiscal de devolução nº 999 = 235.497 litros; b) Idem Nota Fiscal nº 1000 = 230.401 litros; c) item NF 995 = 3.750 litros, referente a venda para entrega futura de 15.000 litros de Gasolina C; d) idem NF nº 997 = 3.750 litros.

GASOLINA A

Saídas: a) inclusão indevida das notas fiscais 995 (15.000 litros) e 997 (15.000 litros), referente a operação de simples faturamento; b) Inclusão indevida de 276.000 litros de Gasolina Aditivada; da

Nota Fiscal nº 1.278 = 34.790 litros; b) inexistência da diferença apurada tomando por base o ganho operacional previsto pela ANP.

ÁLCOOL HIDRATADO

Entradas: a) falta de inclusão da Nota Fiscal nº 1.278 = 34.790 litros.

EXERCICIO 2003

ÁLCOOL HIDRATADO

Entradas: a) falta de inclusão da Nota Fiscal nº 53.575 = 14.900 litros; b) idem, idem Nota Fiscal nº 53.599 = 9.900 litros.

Saídas: a) falta de inclusão da Nota Fiscal nº 3292 = 5.000 litros, referente a empréstimo de Álcool Anidro; b) idem, idem Nota Fiscal nº 3.293 = 10.000 litros; c) lançamento a menos da Nota Fiscal nº 3.333 na quantidade 50 litros; d) falta de inclusão da Nota Fiscal nº 3.523 = 799 litros, correspondente a remessa para armazenamento.

ÓLEO DIESEL “B” e “C”

Entradas: a) não inclusão da Nota Fiscal nº 34.291 = 14.881 litros, referente a devolução de armazenamento; b) idem, idem NF 42.266 = 30.000 litros, relativo a entrada por empréstimo; c) idem, idem Nota Fiscal nº 247 = 192,62 litros; d) Nota Fiscal nº 50.089 = 30.000 não considerado no levantamento.

Saídas: Alega que existe diferença entre o total da empresa para o apurado pela fiscalização na quantidade de apenas 6 litros.

GASOLINA “A”

Entradas: a) inclusão indevida da Nota Fiscal nº 2 cancelada = 10.000 litros; b) idem, idem Nota Fiscal nº 6.420 = 2.513,60 litros, relativa a aquisição de Álcool Anidro; c) idem, idem, Nota Fiscal nº 6.937 = 3.611,10.

Prosseguindo, o defendente ressalta que se efetuada a correção dos equívocos apontados inexistem as diferenças e as omissões apontadas no trabalho fiscal, e que a atuação do fisco extrapola a sua competência, afrontando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da capacidade contributiva e o princípio do direito adquirido, entendendo que o critério material estipulado no Auto de Infração não se ajusta ao critério material do ICMS.

Fez algumas considerações sobre o critério temporal da hipótese de incidência do ICMS, à luz do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, e do artigo 116, incisos I e II, do CTN.

Requeru a realização de diligência fiscal a fim de esclarecer a controvérsia instaurada com a sustentação da autuação e dos argumentos e provas acostadas à defesa, com vistas a verificar se existem ou não omissões e diferenças de estoques nas movimentações das mercadorias pelo estabelecimento autuado, com base nos seguintes quesitos:

- a) Refazer o levantamento das entradas e das saídas de mercadorias, em cotejo com as notas fiscais e dos respectivos livros fiscais e contábeis, para informar se existem omissões de entradas e falta de registro de notas fiscais nos períodos auditados de que cuidam as infrações 01 e 02;
- b) Esclarecer outras questões relacionadas à matéria controvertida que surjam durante o trabalho revisional, qual seja, a existência ou não das omissões apontadas.

Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração.

A autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 454 e 455), declara que após uma minuciosa análise dos documentos anexados ao PAF pelo autuado, confirma a existência de divergências no levantamento fiscal, relativas a notas fiscais de compra e venda para entrega futura consideradas no levantamento erroneamente, devido a falta de observação nos citados documentos.

Informa que após a retificação nos demonstrativos iniciais constatou a existência de entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal no item GASOLINA A, no exercício de 2002, na quantidade de 44.465 litros, considerada pelo autuado como ganho operacional no exercício de 0,52% da movimentação, e que este percentual está enquadrado dentro dos parâmetros aceitáveis pela ANP. Porém, diz que analisando pela movimentação de entradas de Gasolina A, constatou um ganho operacional de 1,0256%.

Quanto ao resultado do exercício de 2003, a autuante, esclarece que após os ajustes constatou que a saída de mercadorias sem documentação fiscal foi maior que a de entradas, devendo ser aplicada a penalidade fixa.

Conclui pela procedência parcial de sua ação fiscal, no valor de R\$ 19.929,67 de ICMS normal, e de R\$ 15.507,28 de ICMS por substituição, relativos ao exercício de 2002, tudo conforme demonstrativos e documentos às fls. 456 a 527.

Tomando conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou a impugnação constante às fls. 529 a 533, sendo alegado que as colocações da autuante não atendem à regra do § 6º, do artigo 127, do RPAF/99, porquanto não esclarece com clareza e precisão os aspectos trazidos em sua defesa, por faltar a fundamentação que pudesse permitir a exata compreensão sobre a lide.

Ressalta que a autuante insiste em apontar diferença nos estoques do estabelecimento, sob a premissa de entradas de Gasolina A sem documentação fiscal, e, ainda, saída desse mesmo produto, desacobertado de documentos fiscais.

Diante disso, reafirma a necessidade da realização de diligência fiscal, nos termos do item 4 de sua defesa de págs. 23 e 24, reiterando seus argumentos anteriores de que a ação fiscal afronta aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da capacidade contributiva e do direito adquirido.

Ao final, pede que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração.

Considerando as alegações defensivas, foi decidido na Pauta Suplementar do dia 28/10/2004, em baixar o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal estranho ao feito, à luz da escrita fiscal e respectivos documentos fiscais, efetuasse revisão fiscal do Auto de Infração tomando por base os equívocos apontadas na defesa às fls. 189 a 199.

No Parecer ASTEC/CONSEF nº 59/2005 (docs. fls. 547 a 548), o revisor fiscal informou que analisou os documentos constantes nos autos e verificou que haviam sido acatadas pela autuante as ponderações defensivas, e corrigiu as inconsistências apontadas na defesa, exceto quanto ao argumento de ganho operacional.

Comentou que o autuado aponta um ganho operacional equivalente a 0,52%, enquanto que a autuante apurou o percentual de 1,0256 (44.465/4.335.521), conforme documento à fl. 455.

Disse que para elucidar a divergência percentual foi solicitado ao autuado a demonstração matemática de seu percentual de ganho, sendo esclarecido que o cálculo levou em conta 44.466 litros dividido pela movimentação (entradas + saídas = 8.531.697 litros).

Informou que o autuado apresentou como documento para fundamentar o seu entendimento cópia da Portaria nº 09, de 26 de março de 1992 do Departamento Nacional de Combustíveis, e que analisando a mesma concluiu que não dá sustentação legal à defesa, pois trata de direito a resarcimento a título de perdas por evaporação e manuseio na cabotagem, enquanto que no presente processo o que se discute é ganho operacional não contemplado na normativa apresentada pelo autuado.

Por conta disso, opina que seja mantido o valor apontado na informação fiscal à fl. 455, por considerar a insuficiência de provas que sustente a tese defensiva quanto à omissão constatada na ação fiscal.

O sujeito passivo foi intimado pela repartição fazendária, a respeito do resultado da revisão fiscal, conforme documentos às fls. 562 a 563, e não se pronunciou no prazo estipulado.

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade, observo que em momento algum o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois a lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, e contém todos os elementos esclarecedores das acusações fiscais, tais como a descrição dos fatos, o enquadramento legal, os valores de cada infração por período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, constam a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, dentre outras informações.

O fato de não constar explicitamente o nome repartição fazendária aonde o processo permaneceu aguardando o pagamento ou defesa não causou nenhum prejuízo ao contribuinte, pois o mesmo no prazo de trinta dias ao protocolar sua defesa constante às fls. 180 a 204 demonstrou que tinha conhecimento da repartição fiscal onde o processo se encontrava. Ademais, na página 3 do AI consta a intimação nos seguintes termos: “Fica o autuado intimado a recolher o débito reclamado ou apresentar defesa na Repartição Fazendária de sua circunscrição, sob pena de revelia”.

Desta forma, indefiro a preliminar argüida na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, na análise das peças processuais, verifico que as infrações 03 e 04, relativas a recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da base de cálculo e por erro na aplicação da alíquota, no período de julho a novembro de 2002, nos valores de R\$ 1.474,70 e R\$ 4.135,75, foram devidamente reconhecidas pelo autuado. Ante o seu reconhecimento, subsistem integralmente.

Quanto às infrações 01 e 02, verifico que o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, na antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e documentos às fls. 04 a 178.

Pelo que constam dos autos, constato que as ocorrências citadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos GASOLINA COMUM; GASOLINA ADITIVADA; DIESEL e ÁLCOOL, com base na documentação fiscal que originou a escrituração efetuada pelo contribuinte.

Considerando as alegações defensivas, na Pauta Suplementar do dia 28/10/04, o processo foi baixado em diligência para a realização de revisão fiscal levando em conta os equívocos apontados na citada defesa, cujo funcionário da ASTEC/CONSEF que realizou o trabalho revisional, apresentou o Parecer nº 059/2005, constante às fls. 546 a 547, informando, que com base nos documentos constantes nos autos, verificou que a autuante, por ocasião da informação fiscal, acatou as ponderações defensivas e corrigiu as inconsistências apontadas na defesa, exceto quanto ao argumento do ganho operacional.

Sobre esta questão, foi informado pelo revisor fiscal que a autuante calculou o percentual de ganho operacional de Gasolina “a” tomando por base a quantidade apurada dividida pela quantidade das entradas, encontrando o percentual de 1,0256, enquanto que o autuado considerou a quantidade dividida pelas entradas mais as saídas.

Para elucidar a questão o revisor fiscal intimou a empresa autuada a apresentar documento que fundamentasse legalmente o entendimento defensivo, sendo apresentada cópia da Portaria nº 09, de 26/3/1992 do Departamento Nacional de Combustíveis, no artigo 1º trata de assunto diverso no que se refere a cálculo de ganho operacional.

Por conta disso, concluiu que diante dos documentos constante nos autos e da insuficiência de provas que sustente a tese defensiva quando à omissão constatada na ação fiscal, opinou que deve ser mantido o valor devido apontado na informação à fl. 455.

Acato o resultado da revisão fiscal, por considerar que foram examinadas todas as questões levantadas na defesa, restando demonstrado que o diligente adotou todas as providências no sentido de que o sujeito passivo comprovasse suas alegações defensivas, merecendo ressaltar que o autuado foi intimado a se manifestar sobre o trabalho revisional e não se pronunciou no prazo estipulado.

O fato alegado por uma das partes quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 140, RPAF/99). Considerando que o sujeito passivo silenciou sobre a revisão fiscal, na qual foi informado que não foi devidamente comprovado o ganho operacional alegado na defesa, concluo com base nos demonstrativos às fls. 456 a 527, e nos termos da Portaria nº 445/98, no tocante às diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária apuradas no exercício de 2002, que o imposto é devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), no valor de R\$ 19.929,67 (infração 01), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, no valor de R\$ 15.507,28 (infração 02).

Acrescento, ainda, quanto a omissão de saídas constatada no exercício de 2003, que se impõe a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a falta de emissão de documentos fiscais, no valor de R\$ 50,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 41.097,40, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
31/12/2002	9/1/2003	73.813,59	27	70	19.929,67	1
31/12/2003	9/1/2004	-	-	50,00	50,00	1

31/12/2002	9/1/2003	57.434,37	27	60	15.507,28	2
31/8/2002	9/9/2002	2.923,26	27	60	789,28	3
30/9/2002	9/10/2002	680,44	27	60	183,72	3
31/10/2002	9/11/2002	1.652,70	27	60	446,23	3
30/11/2002	9/12/2002	205,44	27	60	55,47	3
31/7/2002	9/8/2002	611,41	27	60	165,08	4
31/7/2002	9/8/2002	6.417,37	27	60	1.732,69	4
31/8/2002	9/9/2002	8.256,52	27	60	2.229,26	4
30/9/2002	9/10/2002	32,30	27	60	8,72	4
TOTAL DO DÉBITO					41.097,40	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0007/04-1**, lavrado contra **FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 41.047,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 21.117,73 e 70% sobre R\$ 19.929,67, previstas no artigo 42, II, “a” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no XXII do citado dispositivo legal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA