

A. I. N° - 269610.0008/04-0
AUTUADO - RAMOS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 25.08.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0288-01/05

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. A multa deve ser aplicada pelo fato em si, não por exercício. Infração parcialmente caracterizada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Autuado apresentou documentos que reduziram o valor do débito. Refeitos os cálculos. Infrações 01, 03, 04 e 06 parcialmente subsistentes e Infrações 02 e 05 insubsistentes. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002 e 2003, exigindo ICMS nos valores de R\$ 318,16, R\$ 1.515,09 e R\$ 6.197,09 (Infrações 01 a 03, 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, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2002 e 2003, exigindo ICMS nos valores de R\$ 100,83, R\$ 629,67 e R\$ 5.661,66 (Infrações 04 a 06, respectivamente);

3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2003 e 2004, aplicando multa no valor de R\$ 100,00 (Infração 07).

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 102 a 110), onde suscitou a nulidade da autuação por afrontar os princípios constitucionais do contraditório, do processo legal e da legalidade, tendo sido caracterizada a falta de fundamentação porque o autuante não considerou notas fiscais com imposto já antecipado, as aferições destacadas no LMC e os percentuais de perda de evaporação, de acordo com os seguintes esclarecimentos:

- a) No exercício de 2002, onde foi apontada a omissão de entradas de 11.588,5 litros de gasolina, não foram consideradas as aquisições através das Notas Fiscais n^{os} 040.131, 0001 e 0002, no total de 10.889,9 [10.888,9] litros (fls. 111 a 113 e 117 a 119);
- b) No exercício de 2002, onde foi apontada a omissão de entradas de 4.377,3 litros de óleo diesel, não foi considerada a aquisição através da Nota Fiscal n^o 040.132, no total de 5.000 litros (fls. 114 a 116);
- c) Nos exercícios de 2002 e 2003, onde foram apontadas as omissões de entradas de 285 e 761,6 litros de álcool, respectivamente, não foram consideradas as aferições registradas nos LMC's como retorno de combustíveis ao tanque nem a perda de combustíveis em razão de evaporação (fls. 120 a 146);

Quanto à multa pela omissão de saídas de mercadorias sem a respectiva escrituração, disse que o autuante não indicou o período, o livro que ficou sem escriturar e como encontrou o valor, apesar de existir um demonstrativo. Afirmou que o processo não contém elementos suficientes para determinar com segurança a infração e requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 160 a 164), disse que o processo legal foi inteiramente seguido e que acatou as Notas Fiscais n^{os} 040.131 e 040.132, elaborando novos demonstrativos (fls. 165 a 168), não considerando as Notas Fiscais n^{os} 0001 e 0002, por terem sido emitidas por fornecedor não autorizado pela ANP, acobertar quantidades que não indicam compra para revenda e não terem sido escrituradas no LMC, sendo as mesmas inidôneas, pois não se prestam à destinação prevista na legislação.

Alegou que o autuado não fez aferições diárias de 20 litros conforme foi declarado, sendo que as cópias de folhas dos LMC's juntadas aos autos estampam realidade diversa e não foram emitidas as notas fiscais de saída exigidas pela legislação. Afirmou que o LMC não prova nada e que a legislação estadual não estabelece sistemática para enfrentamento das perdas, devendo ser consideradas apenas 99,4% das quantidades estampadas nas notas fiscais de entrada, pois só este montante vai poder ser objeto de saídas, sendo que os tanques são subterrâneos, ao abrigo do sol e de fontes de calor, para os quais a evaporação é desprezível, e o DNC não admite uma perda média de 6%, mas que o posto não precisa se justificar se a perda apurada for de até este limite percentual. Opinou pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação (fls. 172 e 173), disse que o autuante presumiu a inidoneidade das Notas Fiscais n^{os} 0001 e 0002, que a legislação não impede que um posto de combustíveis de

pequeno porte recorra a outro para suprir as faltas emergenciais e que o preenchimento do LMC é obrigatório e determinado pela Portaria 26/92 do DNC, solicitando que seja desconstituído todo o crédito tributário do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de não ter recolhido imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como aplica multa pela falta de emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente da respectiva escrituração, nas operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, tudo apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob a alegação de que foram afrontados os princípios constitucionais do contraditório, do processo legal e da legalidade, além de abuso de poder e de não conter elementos suficientes para determinar com segurança a infração.

Saliento que este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária do ICMS, a teor do artigo 167, I do RPAF/99.

Rejeito a arguição de nulidade, pois 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.

O autuado acostou cópias das Notas Fiscais nºs 040.131, 040.132, 0001 e 0002 para elidir a acusação, além de questionar a não consideração das aferições e das perdas com evaporação, sendo que o autuante só acatou as Notas Fiscais nºs 040.131 e 040.132, sustentando que as outras notas fiscais são inidôneas, que as aferições não foram efetuadas e que não há previsão na legislação estadual quanto às referidas perdas.

Entendo que todas as notas fiscais apresentadas devem ser consideradas, pois não há prova de que a gasolina não tenha entrado nos tanques do autuado, embora tenha sido adquirida de forma ilegal nos termos da legislação federal que rege a matéria, a qual proíbe a saída de combustíveis de um posto para outro.

Também entendo que devem ser lançadas as quantidades registradas nos LMC's a título de aferições como entradas nos tanques de combustíveis, pois estas, na quantidade de 20 litros cada, retornam aos tanques após saírem pelos bicos das bombas. Embora a legislação estadual exija a emissão de notas fiscais para documentar as aferições, esta é uma obrigação acessória, não podendo ser desconsideradas as quantidades efetivamente registradas nos LMC's.

Entretanto, as perdas com evaporação, se consideradas, apenas teriam o condão de aumentar a omissão de entradas, pois tornariam maiores as saídas, elevando os valores a serem exigidos do autuado.

Como as Infrações 01 a 03 se referem à responsabilidade solidária, e as Infrações 04 a 06 à antecipação tributária, dos combustíveis álcool, óleo diesel e gasolina, respectivamente, estando as mesmas relacionadas às quantidades omitidas de cada combustível, me reportarei de forma a agrupar as infrações de acordo com cada combustível.

Em relação ao álcool hidratado, as aferições registradas nos LMC's apresentados pelo autuado totalizam 321 litros no exercício de 2002, sendo 1 litro referente à análise do combustível, e 720 litros no exercício de 2003. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 285 e 761,6 litros de álcool nestes respectivos exercícios, as Infrações 01 e 04 são parcialmente

subsistentes, relativamente a 41,6 litros de álcool no exercício de 2003, nos valores de R\$ 11,61 e R\$ 3,68, respectivamente.

No tocante ao óleo diesel, com a inclusão no levantamento da Nota Fiscal nº 040.132, no total de 5.000 litros, no exercício de 2002, como foi apontada a omissão de entrada de 4.377,3 litros, as Infrações 02 e 05 são insubsistentes, pois o levantamento passou a indicar omissão de saídas, já tendo sido aplicada a multa devida na Infração 07.

Quanto à gasolina, com a inclusão no levantamento das Notas Fiscais nºs 040.131, 0001 e 0002, no total de 10.888,9 litros, no exercício de 2002, como foi apontada a omissão de entradas de 11.588,5 litros, as Infrações 03 e 06 são parcialmente subsistentes, relativamente a 699,6 litros de gasolina, nos valores de R\$ 374,12 e R\$ 341,80, respectivamente.

Desta forma, entendo que as Infrações 01, 03, 04 e 06 são parcialmente subsistentes e as Infrações 02 e 05 são insubsistentes, conforme demonstrativo abaixo:

| Data Ocorr. | Comb. | Omissão Entrada (l) | Preço Médio | Base de Cálculo | Alíq. | ICMS Resp. Solid. | MVA | Base de Cálculo | Alíq. | ICMS Ant. Trib. |
|--|----------|---------------------|-------------|-----------------|-------|-------------------|--------|-----------------|-------|-----------------|
| 31/12/2002 | Álcool | - | 1,3716 | - | 27% | - | 31,69% | - | 27% | - |
| 31/12/2003 | Álcool | 41,6 | 1,0340 | 43,01 | 27% | 11,61 | 31,69% | 56,65 | 27% | 3,68 |
| Valor Total das Infrações 01 e 04 | | | | | | 11,61 | | | | 3,68 |
| 31/12/2002 | Diesel | - | 1,3845 | - | 25% | - | 41,56% | - | 25% | - |
| Valor Total das Infrações 02 e 05 | | | | | | - | | | | - |
| 31/12/2002 | Gasolina | 699,6 | 1,9806 | 1.385,63 | 27% | 374,12 | 91,36% | 2.651,54 | 27% | 341,80 |
| Valor Total das Infrações 03 e 06 | | | | | | 374,12 | | | | 341,80 |
| Valor Total das Infrações 01 a 06 | | | | | | 385,73 | | | | 345,48 |

Em relação à Infração 07, onde o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória nos exercícios de 2003 e 2004, por terem sido demonstradas as ocorrências de omissões de saídas de combustíveis, esta não deveria ter sido aplicada por exercício, mas pela ocorrência do fato em si, devendo ser reduzida para o valor de R\$ 50,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total de R\$ 781,21, conforme demonstrativo abaixo:

| Infração | Data Ocorrência | Data Vencimento | Imposto Devido | Multa Devida |
|--|-----------------|-----------------|----------------|--------------|
| 01 | 31/12/2003 | 9/1/2004 | 11,61 | 70% |
| 02 | 31/12/2002 | 9/1/2003 | - | 70% |
| 03 | 31/12/2002 | 9/1/2003 | 374,12 | 70% |
| 04 | 31/12/2003 | 9/1/2004 | 3,68 | 60% |
| 05 | 31/12/2002 | 9/1/2003 | - | 60% |
| 06 | 31/12/2002 | 9/1/2003 | 341,80 | 60% |
| 07 | 31/12/2003 | 9/1/2004 | - x - | 50,00 |
| Valor Total do Auto de Infração | | | 731,21 | 50,00 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0008/04-0**, lavrado contra **RAMOS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 731,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 345,48 e 70%

sobre R\$ 385,73, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII do referido diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR