

PROCESSO - A. I. Nº 280080.0075/06-6
RECORRENTE - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0286-01/06
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 05/01/2007

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0503-11/06

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado descaber a exigência do tributo. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração não elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. b) OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE VENDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As diferenças apontadas como sendo decorrentes de omissão de saídas após retificações foram convertidas para omissão de entradas. As diferenças apontadas como sendo diferenças por omissão de entradas situam-se dentro dos limites decorrentes da variação de temperatura, estabelecida pela ANP. Autuações insubsistentes. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Não foi atribuído nenhum valor no item da autuação. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Comprovado descaber parte da aplicação da multa. Constam, ainda, documentos de simples remessa, tendo sido devidamente escrituradas as notas fiscais “mãe”, ou seja, as de vendas para entrega futura. Aplicado para esses casos a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente. Declarada de ofício a nulidade das infrações 3, 4 e 5. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciação do Recurso de Ofício em relação a decisão emanada do acórdão nº 0286-01/06 relativo ao Auto de Infração lavrado em 30/03/2006, exigindo originalmente o ICMS no valor de R\$219.322,11, além de multas no valor total de R\$16.567,11, pelos motivos abaixo relacionados:

INFRAÇÃO 1 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, mês novembro de 2003, no valor de R\$ 482,15;

INFRAÇÃO 2 - recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de setembro de 2002, no valor de R\$0,08;

INFRAÇÃO 3 - falta de recolhimento do imposto, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas

omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercício de 2002, no valor de R\$ 55.269,38;

INFRAÇÃO 4 - falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, nos exercícios de 2003 e 2004, no valor de R\$163.191,06;

INFRAÇÃO 5 - falta de recolhimento do imposto constatado pela diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício de 2004, no valor de R\$ 379,44;

INFRAÇÃO 6 - falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2002. Não existe valor exigido;

INFRAÇÃO 7 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, deixando de registrar os Documentos Fiscais nºs 11749, 11782, 11807, 03028, 11579, 04073 e 08463, multa de 10%, no valor de R\$ 16.427,11;

INFRAÇÃO 8 – declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no mês de dezembro de 2002, multa no valor de R\$ 140,00.

Apensa às fls. 152 a 163, impugnação refutando integralmente cinco exigências (infrações 1, 3, 4, 5 e 7) e acatando as demais infrações por entender serem de pequena representatividade econômica, sejam os itens 2, 6 e 8 do Auto de Infração.

O ilustre relator da 1ª JJF da análise das peças processuais tece as seguintes considerações a respeito das infrações alcançadas pelo Recurso de Ofício em apreciação;

“Infração 1 – Apesar da indicação equivocada do código da receita, o autuado comprova ter efetuado o recolhimento do imposto devido no mês de novembro de 2003, inclusive, em valor superior ao efetivamente devido, já que deixou de computar o valor do saldo credor existente na conta corrente fiscal, na quantia de R\$ 4.607,01, para deduzir do valor apontado como saldo devedor do referido mês R\$ 5.089,16, que resultaria na quantia a recolher de R\$ 482,15, valor exigido na presente autuação. Ocorre que o impugnante, traz aos autos cópias reprográficas de comprovantes de recolhimento do imposto (DAEs) regime normal, no valor de R\$ 4.987,37 e relativo a Fundo Pobreza, no valor de R\$ 101,79, totalizando a quantia de R\$ 5.089,16. Desta forma, concluo pelo descabimento da exigência do tributo.

Os valores apontados nas infrações 03 a 05, dizem respeito a realização do roteiro de Auditoria dos Estoques, nos exercícios de 2002 a 2004.

No tocante a infração 03, em que foi inicialmente detectada diferença por omissão de saídas de gasolina C, óleo diesel B e álcool hidratado, o autuado traz ao processo a comprovação de que não haviam sido incluídos no levantamento, os documentos fiscais de saídas de nºs 000094 e 000417, emitidas em 25/06/02 e 26/07/02, nas quantidades de 2.000 e 5.000 litros de álcool hidratado e a nota fiscal nº 01199, de 27/09/02, na quantidade de 5.000 litros de óleo diesel, descabendo as omissões inicialmente detectadas.

Quando da manifestação a respeito da informação fiscal, o autuado traz ao processo a comprovação de ter sido incluída, indevidamente, a nota fiscal nº 109922, no levantamento quantitativo das entradas de gasolina tipo C, referente a 109.469 litros de gasolina tipo A que se destinou à unidade SOLL Distribuidora de Petróleo LTDA, em São Francisco do Conde,

com modificação processada pela fornecedora, Petróleo Brasileiro S/A, nos termos da Carta Retificadora de 12/08/2002, bem como da cópia do livro Registro de Entradas da unidade de São Francisco de Conde de agosto de 2002, cujas cópias reprográficas dos documentos e da folha do referido livro foram anexados aos autos.

Também, o autuado, demonstra, tomando por base o mesmo critério adotado pelo autuante, que a diferença apontada inicialmente como decorrente de omissão de saídas passa para omissão de entradas na quantidade de 33.484,74 litros. Na apuração do novo cálculo foi excluída do quadro denominado Mistura Álcool Gasolina, a quantidade de 109.469 litros de gasolina A, relativos à nota fiscal nº 109922, passando o total das entradas de 5.247.572,69 litros para 5.101.615,26 litros.

Assim, considerando que a diferença apontada na infração 03 ficou comprovada se tratar de diferença decorrente de omissão de entradas, como acima apontado e, se trata da mesma situação constatada nas infrações 04 e 05, passarei a analisá-las conjuntamente.

Todo o questionamento do autuado é para demonstrar que as diferenças apontadas a título de omissão de entradas dizem respeito ao fato dos combustíveis estarem sujeitos a variações de volume em razão da mudança de temperatura. E, para normatizar o fenômeno da dilatação ou da contração do volume dos combustíveis, a partir de entendimento técnico de que estando o combustível a temperatura 20°C não ocorreriam variações volumétricas, o Conselho Nacional do Petróleo (CNP) editou a Resolução nº 6/70, disciplinando a forma de sua medição. E, que, neste sentido o CONSEF, na 1ª e 2ª Instância Administrativa, já tratou de matéria idêntica, resultando em Decisão favorável ao contribuinte.

Também, anexou aos autos cópia reprográfica do Parecer ASTEC nº 0031/2006, de 28/02/06, às fls. 195 a 199 dos autos, que trata de Auto de Infração nº 206900.0053/04-8, lavrado contra estabelecimento pertencente a empresa SOLL Distribuidora de Petróleo Ltda., e diz respeito a adoção do roteiro de Auditoria dos Estoques, tendo sido identificado diferença por omissão de entradas de combustíveis (gasolina e óleo diesel).

Consta do citado Parecer solicitação da 2ª Junta de Julgamento Fiscal para que o revisor fiscal revise os cálculos realizados pelo autuante, unificando os dados relativos a óleo diesel B e óleo diesel aditivado, se for o caso; considerar nos cálculos das diferenças, se fosse o caso, os índices de perdas admitidos pelos órgãos competentes no âmbito federal ou agências reguladoras e; compatibilizar os resultados com o regramento estatuído na Portaria nº 445/98.

Naquele Parecer, o auditor designado informa que as distribuidoras de combustíveis quando adquirem produtos sujeitos à expansão ou retração em razão de temperatura ambiente, a refinaria de petróleo e as usinas de álcool faturam os produtos a uma temperatura de 20°C, independentemente da real temperatura a que fisicamente o produto esteja sendo expedido. E que o procedimento é o adotado pela Petróleo Brasileiro S.A. Cita como exemplo: se no momento do embarque do produto a temperatura é de 35°, o faturamento se realiza considerando a medição de 20°, de modo que, ao ser desembarcado o produto, como a temperatura dificilmente será igual à temperatura existente no momento do embarque, tendo em vista a localização da distribuidora na Região Nordeste, a distribuidora terá fisicamente uma quantidade maior de combustíveis em relação àquele que foi faturado. Ao final, esclarece que, em virtude desse fato, haveria uma omissão de entradas. Também afirma ter adotado, naquele caso examinado, o limitador estabelecido pela Portaria DNC nº 26/92, de 0,6%, apesar de tal portaria não incluir as distribuidoras de combustíveis, já que trata apenas de aplicação do percentual de 0,6% aos postos revendedores.

Esclarece o revisor, no Parecer ASTEC 0031/2006, que o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, através da Portaria nº 27/1959, para viabilizar o comércio destes produtos e valorizar todas as operações comercializadas e estabelecer os preços com os volumes referidos à temperatura de 20°C, adotou a temperatura de referência de 20°C, para medição do petróleo e seus derivados líquidos. E, é essa a temperatura de referência, sobre a qual são feitas as transações de compras e vendas na indústria do petróleo, em todo Território

Nacional, o controle das sobras e faltas, e a determinação com a menor incerteza possível dos volumes recebidos, armazenados e transportados. Para se medir a altura de produto num tanque, com a finalidade de determinar o volume nele contido, se faz necessário também medir a temperatura na qual o produto se encontra armazenado, e corrigir o volume à temperatura ambiente para a temperatura à 20°C.

O Conselho Nacional do Petróleo (CNP) adotou critério idêntico, para corrigir o volume à temperatura ambiente para a temperatura de referência a 20°C, mediante a Resolução nº 6/70, que aprovou para uso em todo o território nacional, na comercialização dos derivados do petróleo, a Tabela nº 2, para correção de volume para 20°C, elaborada pela Petrobrás, após estudos em colaboração com o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM).

Informa, ainda, no Parecer acima indicado que, para se obter o fator de correção de volume é necessário coletar uma amostra representativa do produto armazenado no tanque e efetuar o ensaio de determinação da densidade, registrando a temperatura na qual foi medida a densidade e, com essas duas informações, entra na Tabela nº 1 do CNP, e determinar a densidade da amostra a 20°C. Com a densidade da amostra referida a 20°C e a temperatura média do produto no interior do tanque, utilizar a Tabela nº 2.

Ao final, o auditor revisor esclarece não dispor dos dados referentes à densidade, temperatura e umidade relativa do ar do produto comercializado à época, para aplicar os fatores de correção. E, de acordo com o entendimento manifestado pela 2ª Câmara no Acórdão CJF 0354-12/02, não haveria diferença a ser cobrada.

Constato que esta 1ª JF, mediante Acórdão JF nº 0101-01/02, decidiu em matéria idêntica a aqui examinada e por unanimidade, tendo, inclusive, a 2ª Instância Administrativa, em Recurso de Ofício, decidido também por unanimidade, através do Acórdão CJF nº 0354-12/02, não prover a Decisão recorrida, ou seja, manteve a Decisão prolatada pela 1ª JF que decidiu pelo descabimento da exigência do crédito tributário por ter sido constatado que a diferença apontada como sendo omissão de entradas de mercadorias, ou seja, as diferenças por entradas de mercadorias sem o devido documento comprobatório de sua origem, era em quantidade inferior ao percentual estabelecido pelo órgão controlador em relação a combustíveis.

Neste sentido, passo a transcrever parte do voto prolatado pelo relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF 0101-01/02) e parte do voto da Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0354-12/02), conforme a seguir:

Parte do voto - Acórdão JF nº 0101-01/02:

Quanto aos itens 2º, 3º e 4º, ficou patente, após a análise efetuada pela ASTEC, que não há diferença de imposto a ser cobrada, quer a título de antecipação tributária, quer a título de omissão de receita ou de saídas de mercadorias. A ASTEC, analisando as diferenças com base nos critérios adotados pela Agência Nacional de Petróleo, pelo Instituto Nacional de Pesos e Medidas e pela Petrobrás para determinação das variações volumétricas de combustíveis, através de portarias, resoluções e tabelas de conversão, conclui que, embora não sendo, agora, possível determinar as condições climáticas da época dos fatos considerados, a variação volumétrica do óleo diesel e do álcool hidratado estão dentro dos padrões estabelecidos pelo órgão regulador. O único produto cuja diferença está acima do padrão é a gasolina, pois a variação verificada foi de 2,55%, e o padrão prevê o índice de 2,4%. Porém a própria ASTEC ressalva que não teve como considerar todas as variáveis técnicas (densidade, umidade relativa do ar, etc., além dos fatores relacionados a armazenagem, transporte e manuseio), baseando-se apenas na temperatura (constante) de 35° C.

O levantamento quantitativo neste caso foi feito levando-se em conta as quantidades acusadas nos documentos de entradas e saídas, mediante simples operações aritméticas. Combustíveis, como outros produtos químicos correlatos, sofrem variações volumétricas conforme a densidade do produto, pressão atmosférica, temperatura, umidade relativa do

ar, e outros fatores técnicos. Existem tabelas de conversão para o cálculo das medições precisas. O cidadão comum, ao abastecer o seu veículo à noite, quando a temperatura está mais baixa, leva no tanque do seu automóvel maior quantidade de combustível do que levaria se o fizesse ao meio-dia, por exemplo. Os combustíveis se expandem e se contraem com a temperatura.

Concordo com os argumentos da defesa. As diferenças são desprezíveis, encontram-se dentro dos limites de razoabilidade fixados pelo órgão federal de controle dos produtos em questão. Isso ocorre inclusive com a gasolina, em que a variação verificada foi de 2,55%, sendo de 2,4% o padrão de normalidade. A diferença, ínfima, justifica-se pelo que foi dito pelo auditor fiscal que fez os cálculos, por determinação da ASTEC, haja vista que ele, não dispondo de todas as variáveis técnicas da época dos fatos reais (densidade, umidade relativa do ar, etc., além dos fatores relacionados a armazenagem, transporte e manuseio), apenas se baseou na temperatura, e mesmo assim considerando-a constante, em 35° C.

Não subsistem, por conseguinte, as imputações formuladas nos itens 2º, 3º e 4º do Auto de Infração.

Parte do voto – Acórdão CJF nº 0354-12/02:

Analiso, primeiramente, o Recurso de Ofício.

Concluo que a Decisão Recorrida está correta, pois em relação ao item 1 o próprio autuante reconheceu a sua improcedência e quanto aos itens 2, 3 e 4 ficou patente, após a análise efetuada pela ASTEC, que não há diferença de imposto a ser cobrada, quer a título de antecipação tributária, quer a título de omissão de receita ou de saídas de mercadorias, pois a variação volumétrica do óleo diesel e do álcool hidratado estão dentro dos padrões estabelecidos pelo órgão regulador, e o único produto cuja diferença está acima do padrão é a gasolina, mas a variação verificada foi de 2,55%, e o padrão prevê o índice de 2,4%, sendo que a própria ASTEC ressaltou que não teve como considerar todas as variáveis técnicas (densidade, umidade relativa do ar, etc., além dos fatores relacionados a armazenagem, transporte e manuseio), baseando-se apenas na temperatura (constante) de 35° C.

Ante os elementos juntados aos autos e, considerando como paradigma Decisão deste colegiado, mediante Acórdão CJF nº 0354-12/02, acima transcrito parte do voto, as diferenças apontadas como omissão de entradas de gasolina tipo C, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, representam 0,65%, 1,19% e 0,59%, respectivamente, em relação ao total das saídas em cada exercício, assim como a omissão de entrada identificada no item óleo diesel representou 0,44% e 0,45%, nos exercícios de 2003 e 2004, em relação ao total das saídas em cada exercício, bem como o item álcool hidratado, representou uma diferença de 0,25%, no exercício de 2004, em relação ao total das saídas daquele exercício, concluo não haver diferença a ser exigida, por entender que em razão da variação volumétrica, densidade, umidade do ar e outros fatores relacionados com o manuseio dos combustíveis é razoável a aceitação de que tais diferenças não representam existência de aquisições sem documentação fiscal comprobatória. Assim, concluo pelo descabimento da exigência do tributo em relação aos itens 3 a 5 dos autos.

Apesar de constar no Auto de Infração a infração 06 como sendo decorrente de falta de retenção e recolhimento do imposto, na condição de contribuinte substituto, não consta indicação de valor base de cálculo, nem valor de imposto a ser exigido. Desta forma, não há o que ser analisado em relação a este item da autuação.

Na infração 07, foi aplicada multa de 10% sobre o valor de mercadorias sujeitas a tributação, por não se encontrarem devidamente escrituradas nos livros fiscais, tendo sido indicadas as notas fiscais nºs 11749, 11782, 11807, 03028, 11579, 04073 e 08463.

O sujeito passivo trouxe aos autos a comprovação de que a Nota Fiscal nº 03028 foi devidamente escriturada no livro Registro de Entradas, no mês de outubro de 2002. Também

comprova que os Documentos Fiscais nºs 11749, 11782, 11807, 11579 e 08463, se referem a notas fiscais de simples remessa, onde constam identificados os números das notas fiscais emitidas anteriormente, a título de “venda para entrega futura” identificadas como sendo de nºs 11738, 11531 e 08426, devidamente registradas no livro Registro de Entradas, tendo sido, inclusive, anexado ao processo cópias reprográficas de folhas do livro Registro de Entradas e dos documentos fiscais, cuja natureza da operação se referem as “venda para entrega futura”.

Neste sentido, entendo que a falta de lançamento, no livro Registro de Entradas dos documentos emitidos a título de simples remessa, desde que comprovada a escrituração da nota fiscal “mãe”, relativa à totalidade das operações realizadas (venda para entrega futura), não se aplica à falta de escrituração como tipificada no dispositivo legal previsto no art. 42, IX, da lei nº 7.014/96, haja vista que a finalidade da aplicação da penalidade de 10% sobre o valor das mercadorias adquiridas sem o devido registro na escrita fiscal, não foi alcançado, já que as operações foram devidamente escrituradas quando do faturamento para entrega futura, pelo remetente, das mercadorias, objeto das notas fiscais emitidas para simples remessa. Assim, entendo, que o descumprimento da obrigação acessória é passível da penalidade de R\$ 50,00, com previsão legal disposta no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, no tocante a não escrituração dos Documentos Fiscais de simples remessa de nºs 11749, 11782, 11807, 11579 e 08463.

Silencia quanto ao Documento Fiscal nº 04073 e o documento não se refere a simples remessa, e sim, a aquisição (CFOP 6101) de 31.894 litros de álcool hidratado a Albessa Alcooleira Boa Esperança S/A, em julho de 2003, no valor de R\$ 22.470,92. Mantida a multa aplicada de 10%, no valor de R\$ 2.247,08.

Assim, o item da autuação fica mantido parcialmente para serem aplicadas as multas nos valores de R\$ 2.247,08 e R\$ 50,00.”

E julgam pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

VOTO

Esta Câmara passa à apreciação do Recurso de Ofício, 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 10.1.00.

Em relação à infração 1, restou comprovado recolhimento de imposto pertinente ao mês de novembro de 2003, acima do valor efetivamente devido e com código de receita trocado, decorrente do autuado não ter utilizado o crédito fiscal existente em seu conta-corrente, no valor de R\$4.607,01.

A rigor deveria ter dispendido apenas R\$482,15 (Débito R\$5.089,16 – Crédito R\$4.607,01).

Os DAEs apensos as fls. 167/168 consignam os recolhimentos citados, nas importâncias de R\$4.987,37 relativo ao ICMS e R\$101,79 ao Fundo Pobreza, descabendo portanto a exigência contida nesta infração 1.

Com relação à infração 7, multa de 10% sobre determinadas notas fiscais, em virtude das mesmas não terem sido registradas, verifica-se que dentre as mesmas figurou a de nº 03028 a qual acha-se devidamente escriturada em outubro de 2002, conforme faz prova o LRE. As de nºs 11749, 11782, 11807, 11579 e 08463 foram utilizadas para operações de simples remessas, e são vinculadas às notas de nºs 11738, 11531 e 008426, anteriormente emitidas por conta de vendas para entregas futuras, devidamente registradas conforme também provam as cópias do LRE.

Concordo com o entendimento expresso pela ilustre JJF, que o descumprimento da obrigação acessória pelo não registro das notas fiscais de simples remessa, consoante art. 42, inc. XXII da Lei nº 7014/96, é passível da penalidade de R\$50,00.

Já com referência à Nota Fiscal nº 04073 no valor de R\$22.470,92, referente a aquisição de álcool hidratado em julho de 2003, à vista da não localização de seu registro dentre as entradas havidas, concordo com a manutenção da multa de 10%, no valor de R\$2.247,09, os quais somados à multa citada no parágrafo anterior, perfazem R\$2.297,09 para esta infração 7.

Abordando as infrações 3, 4 e 5 nota-se terem a mesma essência quanto aos lançamentos de ofício correspondentes, sejam, variações de estoques conforme denotado em levantamentos quantitativos nos exercícios de 2002 a 2004.

O recorrente alega que houve as diferenças apontadas pelo agente fiscal, em decorrência da não consideração pelo mesmo, das variações ocasionadas por condições diversas a que foram submetidos os produtos acondicionados nos tanques de combustíveis, tais como a temperatura ambiente, a umidade relativa do ar a densidade do produto, enfim fatores outros que propiciam a majoração e/ou a redução dos quantitativos aferidos pela fiscalização.

Informam que em relação às Distribuidoras de combustíveis, quando adquirem produtos sujeitos à expansão ou retração volumétrica em razão da temperatura, os quantitativos desses combustíveis são fornecidos mediante cálculo ajustado à temperatura de 20° C, qualquer que seja a temperatura ambiente no carregamento na Petrobrás ou nas usinas de álcool. E que este procedimento acha-se ratificado nos autos, através a comunicação efetuada à SEFAZ por intermédio do técnico Paulo Roberto Lessa e Silva, coordenador de comercialização da Refinaria Landulfo Alves (RELAN) da Petrobrás S/A

Exemplificaram citando que determinado carregamento na RELAN de 10.000 lts de combustível, levando-se em conta a temperatura ambiente do produto ao redor de 35°C e o ajuste convencionado desse quantitativo dentro dos 20°C, leva a Refinaria a gerar um faturamento de expedição de 9.500 lts, obviamente menores, na região Nordeste, que a quantidade física real a adentrar na Distribuidora.

Por este motivo, continua, foi que a Portaria DNC nº 26/92 adotou um número limitador de variações quantitativas, estabelecido em 0,6%. Aduz que a temperatura é o maior fator de variação e de incerteza no processo de medição, pois a faixa de variação do coeficiente de dilatação térmica ocorre dentro de 0,6% até 0,30% por grau Celsius, o que equivale a dizer que diferenças de 10%/°C podem provocar variações de até 3% no volume ocupado no interior do tanque.

O Parecer ASTEC 0031/2006, relata que o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, editou a Portaria nº 27/1959, para viabilizar o comércio destes produtos e estabelecer os preços com os volumes relacionados à temperatura de 20°C, adotada como referência para medição do petróleo e seus derivados líquidos. Na indústria do petróleo, em todo Território Nacional, para o controle das sobras e faltas, e a determinação com a menor incerteza possível dos volumes recebidos, armazenados e transportados, é utilizada a referência citada. Para se medir a altura de produto num tanque, com a finalidade de determinar o volume nele contido, se faz necessário também medir a temperatura na qual o produto se encontra armazenado, e corrigir o volume à temperatura ambiente para a temperatura a 20°C.

O Conselho Nacional do Petróleo (CNP) mediante a Resolução nº 6/70, aprovada para uso em todo o território nacional, adotou critério idêntico para corrigir o volume à temperatura ambiente para a referência à 20°C, na comercialização dos derivados do petróleo, contendo a Tabela nº 2, elaborada pela Petrobrás, após estudos em colaboração com o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM).

O Parecer em alusão aclara que, para se obter o fator de correção de volume, é necessário coletar uma amostra representativa do produto armazenado no tanque e efetuar o ensaio de determinação da densidade, registrando a temperatura na qual foi efetuada essa medida e, com essas duas informações, acessa-se a Tabela nº 1 do CNP, para determinar a densidade da amostra a 20°C. Com a densidade da amostra referida a 20°C e a temperatura média do produto no interior do tanque, aplica-se a Tabela nº 2.

O diligente ao final esclarece não dispor dos dados referentes à densidade, temperatura e umidade relativa do ar à época da aquisição do produto, não podendo aplicar os fatores de correção. E, subsidiando-se de acordo com o entendimento manifestado pela 2ª Câmara no Acórdão CJP 0354-12/02, não haveria diferença a ser cobrada.

Cita também que a 1ª JJF, mediante Acórdão JJF nº 0101-01/02, em matéria idêntica a aqui examinada e por unanimidade, e a 2ª Instância Administrativa, em Recurso de Ofício, também por unanimidade, através do Acórdão acima citado, decidiram não prover a Decisão recorrida, manteve-se a Decisão prolatada pela 1ª JJF que decidiu pelo descabimento da exigência do crédito tributário por ter sido constatado que a diferença apontada como sendo omissão de entradas de mercadorias, ou seja, as diferenças por entradas de mercadorias sem o devido documento comprobatório de sua origem, enquadrava-se dentro do percentual estabelecido pelo órgão controlador em relação a combustíveis.

Tendo em vista a patente existência e vigência dos determinativos legais, da órbita federal, restou-me serem suficientes e capazes a inferir que, variações de até 0,6% nos quantitativos de combustíveis oriundos de circulação, com no caso presente às gasolinas, o diesel e o álcool (anidro e hidratado), são susceptíveis de serem acatadas e, portanto, justificadas essas variações havidas, sem vislumbrar a necessidade da criação ou emissão de documentos quaisquer, por descabidos.

O mesmo raciocínio deverá ser empregado para todos os produtos selecionados no levantamento, inclusive aqueles que não indicaram qualquer omissão, a exemplo da gasolina C, do álcool anidro e da gasolina aditivada, os quais apresentariam algum grau de distorção para mais ou para menos.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, e declarar de ofício, a Nulidade das infrações 3, 4 e 5 haja vista não haver diferença a ser cobrada, dados os números acusados pelo lançamento de ofício como omissão de entradas, estarem abaixo dos índices admitidos pela legislação que regula a comercialização de combustíveis, para todos os produtos que foram objeto do levantamento de estoque, à exceção do álcool hidratado, cujo índice de perda se situa em patamar superior ao legalmente admitido (5,5%).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, declarar **NULA** as infrações 3, 4 e 5, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 280080.0075/06-6, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$0,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas no valor total de **R\$2.437,08**, previstas no art. 42, IX, XVIII, “c” e XXII, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS