

A. I. Nº - 022073.9910/05-9  
**AUTUADO** - RODRIGUES TORRES COM. DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO  
**ORIGEM** - SAT/DAT METRO  
**INTERNET** - 30/11/2006

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0331-03/06**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSErvâCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. Lançamento em desacordo com as orientações contidas na Portaria nº 445/98, visto que, considerando-se a atividade desenvolvida pelo contribuinte autuado a acusação é inadequada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2006, refere-se à exigência de R\$47.317,98 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas efetuadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2003. Valor do débito: R\$36.978,73.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2003. Valor do débito: R\$10.339,25.

O autuado apresentou impugnação (fls. 48 a 51), informando, inicialmente, que os postos de combustíveis fazem aferição periódica, sendo recolhido das bombas de combustíveis uma quantidade para que se verifique a veracidade da “litragem das bombas”. Alega que há uma correção a ser feita no levantamento fiscal, porque o autuante utilizou dois pesos e duas medidas para quantificar a omissão apurada: para o álcool utilizou litragem para quantificá-lo, e para a gasolina, utilizou a moeda corrente, o Real. Entende que a troca de parâmetros denota falha grave no presente lançamento, porque onera o contribuinte em 55.000 litros. Argumenta que em relação à aferição, há um descarrego do combustível em galão próprio, para depois da conclusão da aferição retornar ao estoque, tornando nula a operação quanto à variação do estoque, uma vez que se trata do mesmo combustível que havia saído anteriormente, para realizar a citada aferição. Diz que a variação encontrada pelo autuante, refere-se justamente às aferições consignadas no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, e dessa forma, a quantidade consignada nessa coluna deve ser deduzida do estoque final para se chegar à verdadeira quantidade desse estoque. Salienta que o LMC indica em colunas específicas as quantidades de combustíveis referentes às

aferições, que retornam em seguida para o tanque. Para comprovar as suas alegações, o defensor informa que está acostando aos autos cópias do LMC, bem como uma planilha indicando um total de 9.348 litros de gasolina comum e 1.737 litros de álcool, para que essas quantidades sejam expurgadas da omissão encontrada. Alega, ainda, que o autuante deixou de computar no levantamento fiscal, as notas fiscais relativas à aquisição de gasolina comum, de números 603935 (dez mil litros), 607739 (dez mil litros), 1548 (dez mil litros), 692300 (cinco mil litros). Diz que, além disso, foram descarregadas erroneamente por alguns funcionários em tanque trocado, isto é, em vez de despejar no tanque de gasolina supra, despejou no tanque de gasolina comum, o combustível constante das seguintes notas fiscais: 670356 (dez mil litros), 671970 (quatro mil litros), 674975 (três mil litros). O defensor finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 159 a 161 dos autos, não concorda com o argumento do defensor de que utilizou dois pesos e duas medidas, uma vez que no demonstrativo de débito à fl. 14, consta a omissão de entradas de 79.245 litros de gasolina comum e omissão de entradas de 2.135 litros de álcool. Diz que as notas fiscais de entradas apresentadas pelo defensor não foram entregues quando da ação fiscal e mesmo que fossem consideradas, reduziriam a omissão de entradas em 35.000 litros, alterando a omissão de gasolina comum para 44.245 litros, permanecendo a omissão de entradas de álcool, de 2.135 litros. Salienta que o autuado tem licença para comercializar combustível fornecido pela BR Petrobrás Distribuidora, mas adquiriu combustível de outras bandeiras, sendo 70.000 litros de álcool comum, 170.000 litros de gasolina comum e 75.000 litros de gasolina aditivada. Salienta que no ano de 2003 há várias notas fiscais de entradas não registradas no LMC, e pede a procedência do Auto de Infração em lide

## VOTO

O presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, referente ao exercício de 2003, sendo constatada diferença quantitativa de entrada de mercadoria tributável, e exigido o imposto relativamente à diferença encontrada.

Inconformado com o levantamento fiscal, o defensor alegou em sua defesa que não foram consideradas as aferições registradas no LMC, e que diversas notas fiscais não foram computadas. Além disso, também alegou que foram descarregadas erroneamente por alguns funcionários, combustível em tanque trocado, isto é, em vez de despejar no tanque de gasolina supra, despejou no tanque de gasolina comum.

Observo que o defensor tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias que estão sujeitas ao pagamento de antecipação tributária, sendo indicados no art. 512-A do RICMS/97, os responsáveis pela retenção do imposto nas saídas que efetuarem para fins de antecipação do recolhimento do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

De acordo com a descrição da primeira infração, o imposto foi exigido com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas anteriores também não contabilizadas, e a segunda infração é decorrente da primeira.

Como já foi dito, o defensor tem como atividade o comércio de combustíveis, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, por isso, é inadequado se falar em presunção de omissão de saídas anteriores, haja vista que, ocorrido o pagamento do imposto por antecipação, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

Constatado omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. É devido também, o tributo 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, devendo ser anexado aos autos o demonstrativo desse cálculo.

Sendo apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50,00, consoante ao art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei 7.014/96, art. 42, inciso XXII.

Vale ressaltar, também, que há possibilidade de equívoco no levantamento fiscal, considerando a alegação defensiva de que não foram computadas as aferições, além de não incluir as entradas de combustíveis por meio de notas fiscais indicadas nas razões de defesa, e na informação fiscal, o autuante argumenta que as notas fiscais de entradas apresentadas pelo autuado não foram entregues quando da ação fiscal e mesmo que fossem consideradas, reduziriam a omissão de entradas em 35.000 litros, alterando a omissão de entradas de gasolina comum para 44.245 litros, permanecendo a omissão de entradas de álcool, de 2.135 litros.

Concluo que, no caso em exame, nos moldes como foi descrita a infração apurada, é inadequada a acusação fiscal, relativamente à presunção de omissão de saídas, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria. Por isso, merece ser decretada a nulidade da autuação fiscal, representando-se à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada, conforme art. 156, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 0220073.9910/05-9, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2006

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR