

PROCESSO - A. I. N° 232943.1006/05-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFICIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0041-01-06
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18/04/2007

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0118-12/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição das mercadorias em questão. Em relação a este dois itens houve diminuição do valor do imposto originalmente cobrado. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/08/2005, exige ICMS no valor de R\$128.655,45, acrescido das multas de 70% e 60%, ao imputar ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004 e aberto de 2005, exigindo ICMS no valor de R\$117.667,47.
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, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas da 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 no exercício fechado de 2004 e aberto de 2005, exigindo ICMS no valor de R\$ 10.987,98.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.1271/1275) registrando a existência de erros nos levantamentos realizados pelos autuantes, conforme indica abaixo:

Exercício fechado 2004 – comparativo entre demonstrativo de entrada de produtos elaborado pelos autuantes e a realidade do autuado em litros:

Entrada de óleo diesel, conforme demonstrativo de entradas de mercadorias e demonstrativo de estoque elaborado pelos autuantes no Auto de Infração 4.215.000 litros;

Entrada de óleo diesel demonstrado pelo autuado 4.281.200 litros, obtendo uma diferença de 66.200 litros entre as entradas apontadas pelos autuantes e autuada.

Motivos da Diferença aqui apresentada:

1. Os autuantes deixaram de computar as seguintes entradas: Nota Fiscal nº 32419 da Shell do Brasil Ltda., em 28/05/2004 destinadas à matriz e armazenadas e comercializadas nesta filial sem emissão da competente Nota Fiscal de transferência; Nota fiscal nº 32425 da Shell do Brasil em 28/05/2004, referente a 15.000 litros;
2. Os autuantes consideraram a Nota Fiscal nº 90206 90286 da Petrobrás, em duplicidade só existindo a Nota Fiscal nº 90206 09/08/2004 (nº correto é Nota Fiscal nº 90206), referente a 15.000 litros;
3. Em 11 de agosto de 2004, a Petrobrás enviou produto através da Nota Fiscal nº 90199 fora das especificações técnicas para venda e, parte dos mesmos foi armazenados e vendidos (1.200 lts.) nos tanques e os restantes 13.800 lts. devolvidos através da Nota Fiscal nº 254 sem passagem nos equipamentos medidores e, que os autuantes não tomaram conhecimento, diferença de 1.200 litros;
4. Os autuantes deixaram de computar as entradas de produtos através de notas fiscais de transferências a seguir: Nota Fiscal nº 357 LMC nº 15, Nota Fiscal nº 364 LMC nº 15, Nota Fiscal nº 365 LMC nº 15; no total de 30.000 litros;
5. Os autuantes deixaram de computar as entradas de produtos através das notas fiscais a seguir: Nota Fiscal nº 46653 LMC nº 15, Nota Fiscal nº 92743 LMC nº 15, no total de 20.000 litros.

No comparativo de saída de produtos (óleo diesel) elaborado pelos autuantes e a realidade do autuado:

Saída de óleo diesel apurado pela auditoria fiscal e apensado no Auto de Infração 4.412.906,00 litros e efetivamente realizada pelo autuado, 4.279.107,80 litros, havendo uma diferença de 133.798,20 litros.

Indicou o autuado como motivos da diferença apresentada – Erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no demonstrativo de saídas e demonstrativo de estoque (fechado) apensado no Auto de Infração.

Diante destas evidências, o demonstrativo de estoque (fechado) apresentado pelos autuantes no Auto de Infração para o ano de 2004, deve ser retificado para o seguinte:

Ano de apuração: 2004

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

DEMONSTRATIVO DE ESTOQUE (FECHADO)

Mercs.	Unid.	E.Inic.	Ent. c/nf	Total disponível	Est.Final	Saídas Reais	Saídas c/NFs	Resp. Solid.	om.saídas anter.	Saídas s/nf
diesel	Lts.	20.212,00	4.281.200,00	4.301.412,0	23.201,00	4.278.211,00	4.279.107,70		896,80	

No exercício aberto 2005 – comparativo entre demonstrativo de entrada de produtos elaborado pelos autuantes e a realidade do autuado em litros:

Entrada de óleo diesel, conforme demonstrativo de entradas de mercadorias e demonstrativo estoque elaborado pelos autuantes no Auto de Infração, 1.705.000 litros;

Entrada de óleo diesel demonstrado pelo autuado, 1.785.000 litros.

Diferença 80.000 litros.

Alegou como motivos da diferença:

- 1) Os autuantes deixaram de computar as seguintes entradas: transferências da matriz nota fiscal 387, 531, 536, 548, 701, 712, 715, 723 e 726, origem e, 01/01/2005 nf 35823, 02/04/2005, NF 37155, 09/04/2005, NF 37265, 30/04/2005, NF 37611, 02/05/2005, NF 37649, 04/06/2005, NF 38094, 09/06/2005, NF 38168, 23/06/2005, NF 38366 e 04/07/2005, NF 38482, num total de 80.000 litros.
- 2) no comparativo de saída de produtos elaborado pelos autuantes e a realidade do autuado em litros.

Saída de óleo diesel apurado pela auditoria fiscal e apensado no Auto de Infração 1.785.395,90 litros e saída de óleo diesel efetivamente realizada pelo autuado 1.779.202,00 litros, tendo como motivos da diferença apresentada – Erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no

demonstrativo de saídas e demonstrativo de estoque (fechado) apensado no Auto de Infração 6.193,90 litros.

Diz o autuado que, conforme já afirmado anteriormente, com estas evidências, o demonstrativo de estoque (aberto) apresentado pelos autuantes no Auto de Infração para o ano de 2005, também, deve ser retificado para o seguinte:

Ano de apuração: 2005

Período de apuração: 01/01/2005 a 04/07/2005

DEMONSTRATIVO DE ESTOQUE (ABERTO)

Mercs.	Unid.	E.inicial	Ent.c/NF	Total Dispon.	Est.final	Saídas c/NF	Resp. Solid.	Omiss. De saídas	Saídas c/NF
Diesel	Litros	23.201,0	1.785.000,0	1.808.201,0	30.343,0	1.779.202,0		1.344,0	

Conclui, requerendo a nulidade do Auto de Infração ou que se converta o processo em diligência para que fiscais estranhos ao feito revisem o trabalho realizado pelos autuantes.

Na informação fiscal (fls.1367/1371) os autuantes afirmam que constataram uma série de irregularidades praticadas pelo autuado, infringindo as legislações do ICMS e da ANP, conforme transcrevem e passam a enumerar.

Relativamente ao exercício fechado de 2004, apresentam a seguinte contestação:

EXERCÍCIO FECHADO DE 2004.

- a) A saída de diesel LMC 146 de julho de-04, (fl.42 do PAF) foi digitada como 12981.2, ou seja, em vez de vírgula antes da parte fracionária foi inserido um ponto o que provocou distorção no resultado. Esclarecem que o lançamento foi retificado
- b) Foi considerada a Nota Fiscal 90206 e 90286 da Petrobrás, em duplicidade, pois só existe a nota fiscal 90206. Foi efetuada a correção.
- c) Não foi computada a Nota Fiscal nº 364 LMC nº 15, página 50. Foi efetuado o lançamento corrigindo a falha.
- d) Não foi computada a Nota Fiscal nº 46653 LMC nº 15, página 38. Foi efetuado o lançamento corrigindo a falha.

Quanto às demais alegações do autuado, não aceitam e explicam o porquê conforme abaixo:

- 1) Dizem que não poderiam acatar as alegações do autuado de que os autuantes não computaram as Notas Fiscais nºs 32419 e 32425 da Shell do Brasil, ambas de 28/05/2004, “*destinadas a matriz e armazenada e comercializadas nesta filial sem emissão da competente nota fiscal de transferência*”.
- 3) Que Em 11 de agosto de 2004, a Petrobrás enviou produto através da Nota Fiscal nº 90199 “*fora das especificações técnicas para venda e, parte dos mesmos foi armazenados e vendidos (1.200 lts) nos tanques e os restantes 13.800 lts. devolvidos através da Nota Fiscal nº 254 sem passagem nos equipamentos medidores e, que os autuantes não tomaram conhecimento*”.

Afirmam que o autuado na tentativa de elidir a autuação, confessa o cometimento de crime contra a economia popular (vender produto que sabia estar em desacordo com as especificações técnicas) e ao mesmo tempo, ferir vários dispositivos legais relativos às suas atividades.

Esclarecem que o procedimento previsto em lei para o comércio varejista de combustíveis é que ao chegar o caminhão tanque ao posto, deverá o mesmo ser deslacrado e coletadas amostras para o teste de conformidade do combustível antes de sua descarga nos tanques subterrâneos. Acrescentam que, seguindo o raciocínio do autuado, não foi feita a análise do combustível, sendo descarregado 1.200 litros de diesel (perguntam: como foi medida esta quantidade?), o produto foi vendido ao consumidor e 13.800 litros foram devolvidos a Petrobrás (como também foi medida esta quantidade?). Trata-se de uma declaração totalmente inverossímil e o autuante não poderia dela tomar conhecimento.

- 4) Que os autuantes deixaram de computar as entradas dos produtos através de NFs de transferências a seguir:

Nota Fiscal nº 357 LMC nº 15 página 36

Nota Fiscal nº 365 LMC nº. página 50.

Dizem que a despeito da legislação da ANP (artigos 9º e 10 da Portaria 116/00) vedar a transferência de combustíveis entre varejistas, a legislação do ICMS é omissa quanto a esta operação. Portanto, na movimentação dos estoques foram consideradas como entradas todas as transferências em que havia uma nota correspondente do fornecedor.(V. documentos às fls. 99 a 176. Quanto às notas 357 e 365 (fls. 83 e 84) sustentam que para elas não encontraram correspondente.

Enfatizam que o autuado associa a Nota Fiscal nº 357 de 24/10/2004 (10.000 litros de diesel) a Nota Fiscal nº 034.729 de 23/10/2005 (fl.1.309) (15.000 litros de diesel), ou seja, o caminhão tanque saiu da base de distribuição às 10h 15m, percorreu 17 km até a localidade denominada Baixão, onde fica localizada a matriz, descarregou 5.000 litros e no dia seguinte seguiu para a filial localizada em Boaçu, percorrendo mais 47 km para descarregar os 10.000 litros restantes.

Relativamente à Nota Fiscal nº 365 de 08/11/2004 (5.000 litros de diesel) foi associada à Nota Fiscal nº 035009 de 08/11/2004 (fl.1.311) (15.000 litros de diesel). Esclarecem que o caminhão descarregou 10.000 litros na matriz e levou 5.000 litros para a filial.

Registram que a “bandeira” da matriz é Shell e da filial BR Petrobrás.

Afirmam que não há como atribuir credibilidade a tal operação que infringe normas da ANP sujeitando o contribuinte a pesadas multas sem explicação lógica.

6) Que os autuantes deixaram de computar a entrada de produtos através da Nota Fiscal nº 92743 LMC 15 página 38:

Dizem que como pode ser constatado através da cópia da referida nota fiscal (fl.1296) ela foi emitida pela Petrobrás Distribuidora com destino a matriz do autuado. Não existe nota fiscal da matriz transferindo o produto para a filial.

Quanto ao erro de soma, dizem que foi cometido pelo autuado ao apontar como saída de diesel no LMC 162 (fl.1289) a quantidade de 13.106,30 litros quando o correto é 12.106,30 (v. fl. 730 do PAF).

EXERCÍCIO ABERTO DE 2005:

Afirmam que, a despeito da legislação da ANP (Artigos 9º e 10 da Portaria nº 116/00) vedar a transferência de combustíveis entre varejistas, a legislação do ICMS é omissa quanto a esta operação, tendo sido considerado na movimentação dos estoques como entradas todas as transferências em que havia uma nota correspondente do fornecedor.(V. documentos às fls. 99 a 176). Quanto às Notas Fiscais nºs 387; 531; 536; 548; 701; 712; 715; 723 e 729 (fls.86 a 93) para elas não encontraram correspondente. Enfatizam que carece de credibilidade o autuado simplesmente associar parte de notas de fornecedores a transferências efetuadas pela matriz, conforme já relatado. Qualquer retirada de combustível para aferição deve ser registrada no LMC competente, o que não ocorreu com o autuado.

CONCLUSÃO

Feitas as devidas correções, os autuantes afirmam que o autuado, em nenhum momento de sua peça defensiva, apresentou provas que venham elidir a ação fiscal, restando comprovado o cometimento do ilícito fiscal conforme demonstra a nota fiscal 087207 (fls.1268) que atesta estar o autuado adquirindo combustíveis em nome de terceiros do Estado de Minas Gerais, nota esta escriturada no seu LMC nº 14 às fls. 17.

Finalizam, esclarecendo que após as correções realizadas fica o valor do Auto de Infração alterado para R\$74.670,70, como a seguir é demonstrado:

Infração 01 - R\$68.293,35

Infração 02 - R\$6.377,35

TOTAL - R\$ 74.670,70

Intimado o autuado para se manifestar sobre a informação fiscal prestada pelos autuantes, este relativamente às Notas Fiscais nºs 32419 e 32425 emitidas pela Shell do Brasil, diz que foram devidamente registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, então em uso pela

autuada na sua matriz, para onde consta o seu destino, sendo controlada sua armazenagem e comercialização no LMC em uso pela filial autuada.

Sustenta que está em discussão a legislação do ICMS e o cometimento ou não de infração. Admite ter ocorrido em irregularidade ao não emitir a devida nota fiscal de transferência, mas apenas descumpriu uma obrigação acessória prevista em regulamento, passível de penalidade fixa, jamais de cobrança de imposto.

Relativamente à Nota Fiscal nº 90199 remetida pela Petrobrás, diz que foi devolvida através da Nota Fiscal nº 0254. Afirma que os autuantes não comentam quais as normas do ICMS foram infringidas, reiterando que está sob discussão o cometimento ou não de infração à legislação do ICMS. Sustenta que houve a aquisição do produto e de imediato a sua devolução, devendo a operação ser acatada, não só pela realidade dos fatos, mas, também, porque a sua exclusão, irá distorcer logicamente o levantamento, causando supostas diferenças e em razão disto devem ser retificados os demonstrativos do Auto de Infração para inclusão das Notas Fiscais nºs 90199 (entrada) e 254 (saída), ou considerar os demonstrativos que apresenta.

Prosegue, dizendo que quanto à Nota Fiscal nº 34306, de 20.000 litros de diesel, foi apresentada aos autuantes e devolvida no final da ação fiscal, encontrando-se devidamente lançada no livro Registro de Entrada de Mercadorias nº 09, às fls. 10, em 28/09/04.

Diz que não concorda com a afirmativa dos autuantes de que “*com relação ao demonstrativo de saídas elaborado pelo autuado, não o levaremos em conta, pois seria prejudicial se ajustarmos pelos seus números e computarmos uma saída maior, aumentaria a omissão de entradas*”, pois a legislação é para ser interpretada e cumprida como está determinada e não pode de maneira alguma ser manipulada pelos prepostos para admitir vantagens ou desvantagens ao contribuinte, devendo ser punido o contribuinte se efetivamente cometeu o ilícito fiscal.

Acrescenta que, quanto à diferença de gasolina comum apontada no auto, os autuantes nada contestam, portanto, deve ser o demonstrativo retificado para inserção da Nota Fiscal nº 42244 de 5.000 litros de gasolina adquirida à Total Distribuidora Ltda. em junho/2004, ou admitido como correto os demonstrativos apensados na defesa.

No que concerne às Notas Fiscais de transferências nºs 357 e 365, também discorda da afirmativa dos autuantes, dizendo que está em discussão a legislação do ICMS e não as normas da ANP.

Afirma que o descumprimento das normas da ANP é um problema seu com aquela Agência, estando em discussão no presente Auto de Infração, se houve ou não infração à legislação do ICMS. Formula questões sobre os procedimentos que adotou e se houve infringência da legislação do ICMS, ao não emitir a nota fiscal de transferência, ao vínculo com a nota fiscal do fornecedor ao efetuar a transferência, ou se houve entrada de produtos sem o competente documento fiscal idôneo.

Acrescenta ser da lavra dos autuantes o demonstrativo de saídas de mercadoria que anexa ao PAF, e serviu de base para que os mesmos procedessem a idêntico trabalho no estabelecimento da matriz onde se nota a incoerência, pois os autuantes admitiram como corretas e idôneas as saídas por transferências através das Notas Fiscais nºs 357 e 365.

Enfatiza que é irrelevante à lide a forma como procede, mas, sim, se houve a saída na matriz e a consequente entrada na filial, o que no seu entender está caracterizado no confronto entre os demonstrativos de entrada neste estabelecimento e saída do estabelecimento matriz, elaborado pelos próprios autuantes. Pede a inclusão das Notas Fiscais nºs 357 e 365 nos demonstrativos dos autuantes ou considerar os seus demonstrativos como corretos.

Prosegue, dizendo que os autuantes não relacionaram as entradas através das Notas Fiscais nºs 32419 e 32425 em nenhum dos estabelecimentos (matriz ou filial), registrando a Nota Fiscal nº 92743 no estabelecimento de destino, ou seja, a matriz. Esclarece que o controle físico de estocagem e venda do produto foi feito pela filial e para provar o que argumenta, partindo dos números apresentados pelos autuantes na informação fiscal para todos os estabelecimentos fiscalizados por estes, muito embora as mercadorias tivessem os seus destinos a matriz ou filial, foram armazenadas e comercializadas pela filial ou matriz, admitindo ter cometido o ilícito fiscal

de não emitir a competente nota fiscal de transferência e apresenta demonstrativo para corroborar os seus argumentos:

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

"O presente Auto de Infração cuida da exigência de ICMS apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercício fechado (2004) e em exercício aberto (2005).

Constataram os autuantes a falta de recolhimento do imposto pela existência de mercadoria em estoque desacompanhada de documento fiscal, sendo atribuído ao seu detentor, no caso, o autuado o pagamento do imposto por responsabilidade solidária. Também foi cobrado o imposto por substituição tributária, vez que a mercadoria levantada se encontra enquadrada neste regime.

Inicialmente, com base no art. 147, I, "a", do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência solicitado pelo autuado, tendo em vista o meu convencimento sobre a Decisão da lide.

Observo que o autuado na peça defensiva sustenta que diversas entradas de óleo diesel, na realidade, foram transferências realizadas pela matriz, ou seja, adquirida pela matriz e armazenadas e comercializadas no estabelecimento filial (autuado), sendo esta sistemática passível apenas de uma multa acessória, pela não emissão das notas fiscais de transferências.

Após análise das razões defensivas sobre o procedimento adotado relativo às aquisições de óleo diesel que foi transferido da matriz para a filial, entendo que o referido procedimento é irregular, considerando que a legislação do ICMS estabelece que ocorre o fato gerador do imposto na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, sendo esta tributada normalmente, existindo a obrigação de emissão de documento fiscal. Verifica-se que o procedimento de recebimento em transferência de mercadorias desacompanhada de nota fiscal adotado pelo autuado, foi realizado ao longo de todo o período pelo próprio autuado e por sua matriz, conforme comprovam as notas fiscais base do levantamento. Vale registrar que, se para a ANP a emissão do documento fiscal não tem finalidade, ela é imprescindível no âmbito do ICMS.

Apesar de o autuado alegar que as transferências de óleo diesel por si só não são provas de um ilícito fiscal, as transferências realizadas sem o documento fiscal exigível, efetivamente, se constitui em infração à legislação do ICMS, cabendo a exigência do imposto quando restar comprovada a entrada de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis no estabelecimento.

Relativamente aos argumentos do autuado e a contestação dos autuantes, faço as seguintes observações: Conforme alega o autuado, os autuantes deixaram de computar as seguintes entradas: Nota Fiscal 32419 da Shell do Brasil Ltda. em 28/05/2004 destinadas à matriz e armazenadas e comercializadas na filial sem emissão da competente NF de transferência - 15.000 litros; Nota fiscal 32425 da Shell do Brasil em 28/05/2004 também da Shell - 15.000 litros;

Entendo que assiste razão aos autuantes, pois os estabelecimentos mesmo sendo da mesma empresa são autônomos. As mercadorias foram destinadas para a matriz, não constando a transferência para o estabelecimento filial (autuado) conforme exige a legislação do ICMS, restando comprovada a entrada de mercadorias sem a documentação fiscal própria, passível, portanto, de exigência do imposto.

Alega o autuado que, em 11 de agosto de 2004, a Petrobrás enviou produto através da NF 90199 fora das especificações técnicas para venda e, parte dos mesmos foi armazenados e vendidos (1.200 lts.) nos tanques e os restantes 13.800 lts devolvidos através da NF-254 sem passagem nos equipamentos medidores e, que os autuantes não tomaram conhecimento. Entendo que assiste razão ao autuado, pois restou comprovada a devolução através da Nota Fiscal nº 354, de 13.800 litros, que inclusive está escriturada no livro Registro de Saída, sendo comercializados 1.200 litros.

Alega o autuado que os autuantes deixaram de computar as entradas por transferência de produtos através das NF-357 LMC nº 15 – página 36; NF- 364 LMC nº 15 – página 50; NF- 365 LMC

nº 15 – página 50. Entendo que assiste razão ao autuado, pois as notas fiscais foram regularmente emitidas. Caso a matriz esteja transferindo mercadorias sem a correspondente entrada de mercadoria, estará incorrendo em irregularidade fiscal na entrada de mercadoria sem nota fiscal, cuja exigência do imposto deverá recair sobre o estabelecimento matriz, jamais do autuado(filial).

Alega o autuado que os autuantes deixaram de computar as entradas de produtos através da NF 46653 e NF 92743. Entendo que assiste razão ao autuado, pois os autuantes acataram a Nota Fiscal nº 46653 e a Nota Fiscal nº 92743, se refere à compra da matriz.

Relativamente à saída de óleo diesel o autuado aponta uma diferença de 133.798,2 litros, referente ao exercício fechado de 2004, afirmando que decorre de erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no demonstrativo de saídas e demonstrativo de estoque (fechado) apensado no Auto de Infração. Apesar de alegar o autuado não identifica os erros, apenas alega. Entendo assistir razão aos autuantes.

Em relação ao exercício de 2005 (óleo diesel), alega o autuado que os autuantes deixaram de computar as notas fiscais de entradas abaixo relacionadas. Entendo que razão assiste ao autuado. A legislação do ICMS não exige que haja correspondência entre as notas fiscais de aquisição com as notas fiscais de transferência.

Assim, as transferências da matriz, devem fazer parte do levantamento.

01/01/2005	Nota Fiscal 387	origem NF 35823 Shell Brasil Ltda.
02/04/2005	531	37155
09/04/2005	536	37265
30/04/2005	548	37611
02/05/2005	701	37649
04/06/2005	712	38094
09/06/2005	715	38168
23/06/2005	723	38366
04/07/2005	726	38482

Diante do exposto, o demonstrativo de diferenças omitidas passa a ter a seguinte conformação:

EXERCICIO 2004

DESCRIÇÃO - Óleo diesel	DIFERENÇAS OMITIDAS
Diferença apurada no Auto de Infração	200.895,00
(+) NF lançadas em duplicidade	15.000,00
(-) diferenças de devolução NF não consideradas	1.200,00
(-) NF nº 357- não considerada no levantamento	10.000,00
(-) NF nº 364 não considerada no levantamento	15.000,00
(-) NF nº 365 não considerada no levantamento	5.000,00
(-) NF nº 46.653 não considerada no levantamento	5.000,00
TOTAL DAS OMISSÕES - óleo diesel	179.695,00

EXERCICIO 2005

DESCRIÇÃO	DIFERENÇAS OMITIDAS
Diferenças apuradas no Auto de Infração	87.537,89
(-)NFs números 387,531,536,548,701,711,715,723,726, não consideradas pelo autuante	80.000,00
TOTAL DAS OMISSÕES - óleo diesel	7.537,89

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data	Produto	Dif. Quant. Omitidas	P.M.U	Bc Resp Solidária	Aliquota	Icms Devido	Icms Antecipação
2004	Óleo diesel	179.695,00	1,45	260.557,75	25%	65.139,44	6.709,36
Sub-total						65.139,44	6.709,36
2005	Óleo diesel	7.537,89	1,54	11.608,35	25%	2.902,09	298,91
2005	Gasolina	703,40	2,25	1.582,65	25%	395,66	110,63
Sub-total						3.297,75	409,54
Total do débito						68.437,19	7.118,90

Registro que na peça defensiva o autuado apresenta algumas considerações que a meu ver não têm nenhuma relação com o presente Auto de Infração, como por exemplo, a citação de que os autuantes teriam afirmado “com relação ao demonstrativo de saídas elaborado pelo autuado, não o levaremos em conta, pois seria prejudicial se ajustarmos pelos seus números e computarmos uma saída maior, aumentaria a omissão de entradas”.

Reporta-se ainda o autuado sobre a exigência relativa à mercadoria gasolina, dizendo que o demonstrativo deve ser retificado para inserção da Nota Fiscal nº 42244 de 5.000 litros de gasolina adquirida à Total Distribuidora Ltda. em junho/2004, ou admitido como correto os demonstrativos apensados na defesa. Na realidade, a exigência sobre a mercadoria gasolina diz respeito ao exercício aberto de 2005, não havendo nenhuma relação com a nota fiscal citada pelo autuado.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão, o recorrente apresenta Recurso Voluntário alegando que:

- a) há incoerência na Decisão recorrida porque, não obstante o autuante reconhecer que houve erro quanto à diferença de 133.798,2 litros, no exercício de 2004, o órgão julgador entendeu que a junta não conseguiu comprovar o equívoco aludido;
- b) com relação à diferença de 45.000 litros de óleo diesel acobertados pela notas fiscais emitidas pela Shell do Brasil e pela Petrobrás, os respectivos tributos forma pagos por substituição, em razão o disso, o autuado praticou apenas infração por descumprimento de obrigação acessória.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pela realização de diligência, considerando que a existência de informações, que, se confirmadas que se referem ao período constante da ação fiscal, são capazes de alterar os valores apurados, notadamente se as mercadorias ali consignadas são isentas ou sujeitas ao regime de substituição tributária.

Incluído na Pauta Suplementar o pedido foi aprovado, devendo ser encaminhado à ASTEC para a análise necessária, esclarecendo:

1. Se há incoerência na Decisão recorrida, porque, não obstante o autuante reconhecer que houve erro quanto à diferença de 133.798,2 litros, referente ao exercício de 2004, o órgão julgador entendeu que o autuado não conseguiu comprovar o aludido equívoco.
2. Se as diferenças indicadas pelo recorrente à fl 1.428 prevalecem, e se, conseqüente, remanesce o débito no valor de R\$ 2.641,98, constante à fl. 1429.

Realizada a diligência, a Auditora Fiscal designada apresentou a seguinte conclusão:

“Desse modo, analisados os autos, à luz dos documentos apresentados e considerando os equívocos na sua apuração, foram refeitos os cálculos do imposto, resultando nos valores de R\$ 13.027,55 e R\$ 1.341,84, solidário e substituído, respectivamente, no exercício de 2004 e R\$ 2.136,92 R\$ 220,10, solidário e substituído, respectivamente, no exercício de 2005.”

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência o autuado apresenta as suas CONSIDERAÇÕES.

Alega que os técnicos da ASTEC, ao proceder a diligencia para esclarecer as incoerências apontadas, e especialmente se remanesce o débito de R\$ 2.461,59, deveriam colher os elementos na empresa; ao invés, valeram-se dos demonstrativos apensados ao processo pelos autuantes, no seu entender eivados de erros, e ainda mais, deixou de considerar a Nota Fiscal nº 364 de transferência de 5.000 litros de óleo diesel, acatada pelos julgadores; quanto às Notas Fiscais nºs 32.419, 32.425 e 92.743, destinadas à matriz do autuado, mas comercializada na filial sem haver emissão de nota fiscal de transferência, também preferiu seguir a linha do autuante e julgadores, sem contudo informar que o imposto foi pago, conforme se encontra declarado nos citados documentos. Anexa folhas autenticadas pelo autuante do LMC, e apresenta demonstrativo para confirmar o débito remanescente no valor de R\$ 2.357,02, acrescido de R\$ 50,00, referente a penalidade fixa por falta de emissão de nota fiscal de transferência, que reconhece, não por ilícito fiscal, mas por não haver utilizado as prerrogativas que lhe confere a Lei do Consumidor quando da aferição dos equipamentos medidores, que obriga a retornar ao estoque as saídas para aferição.

Concluindo, pede que seja retificada a Decisão recorrida para a cobrar R\$ 2.407,02, ou que seja considerado nulo o Auto de Infração, procedendo-se nova auditoria para sanar os vícios contidos no processo.

A PGE/PROFIS volta a se manifestar, após relatar os fatos, considerando que o ponto central da questão concerne a distorções quanto ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, argumenta:

"Realizada a diligência, o assessor técnico apontou equívocos no demonstrativo anexo à Decisão recorrida e, ainda considerando a redução da base de cálculo prevista no inciso XIX do art. 87 do RICMS em relação a óleo diesel, referente ao exercício de 2004, reduziu o montante do imposto devido. Intimado da realização da diligencia, o autuado aduziu que não eram pertinentes as conclusões do fiscal diligente, e sob o argumento de que foram considerados os demonstrativos fornecidos pela autoridade autuante deixou de computar notas fiscais constantes dos autos. Ocorre que, contrariamente do que assevera o ora recorrente, a realização da diligencia foi voltada exatamente para a confirmação dos dados indicados nos demonstrativos fornecidos pelo autuante, cotejando-o com os documentos constantes dos autos. Desse modo, foram refeitos os fatos, tendo o fiscal diligente concluído que, de fato, houve equívocos na apuração do imposto devido, oportunidade em que ser refez os respectivos cálculos. Diante das considerações acima expendidas, opino pelo provimento em parte do Recurso Voluntário, para o fim de serem acolhidas as conclusões da diligencia fiscal. de fls. 1444/1446.

A Procuradora Assistente ratifica o Parecer."

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Data venia da ilustre procuradora fiscal, tem razão o recorrente em seu arrazoado de fls. 1450/1452, pois realmente a Auditora diligente deixou de considerar em seu demonstrativo a Nota Fiscal nº 364, de transferência de 5000 litros de óleo diesel, devidamente acatada pelo julgador de Primeira Instância. Também com relação às entradas através das Notas Fiscais nºs 32.419, 32.425 e 92.743, destinadas à matriz do autuado, o imposto foi pago e se encontra destacado no próprio documento, restando, pois, o débito no valor de R\$ 2.357,02, conforme demonstrado pelo recorrente às fls. 1451-1452, acrescido da multa fixa de R\$ 50,00, por falta de emissão de notas fiscais de transferência.

Em face do exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida, condenar o contribuinte ao pagamento do Imposto no valor de R\$ 2.357,02, acrescido da multa de R\$ 50,00 por descumprimento de obrigação acessória..

Quanto ao Recurso de Ofício, NEGOU PROVIMENTO, vez que trata apenas de matéria fática, tendo sido os erros apontados pelo autuado devidamente corrigidos pela JJJ e reconhecidos pelo fiscal autuante.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

Acompanho o voto do ilustre relator quanto ao Recurso de Ofício, porém discordo do seu entendimento no que tange ao Recurso Voluntário.

Após a decisão de primeira instância, esta 2ª CJF converteu o processo em diligência à ASTEC. Nessa diligência, foi feita a apuração do imposto devido, tendo a diligenciadora partido dos valores apurados pelos autuantes na informação fiscal.

Além das correções já efetuadas pela ASTEC, entendo que deve ser incluída no levantamento quantitativo de estoque de 2004 a aquisição de 45.000 litros de óleo diesel, acobertada pelas Notas Fiscais nºs 32.419, 32.425 e 92.743, pois essas notas fiscais estão registradas no LMC apresentado pelo recorrente às fls. 1454 e 1457, o que demonstra que a mercadoria em questão foi recebida e comercializada pelo estabelecimento fiscalizado.

Quanto à Nota Fiscal nº 364, entendo que o pleito recursal não pode ser acolhido, uma vez que essa nota fiscal já foi incluída no levantamento quantitativo pelos autuantes na informação fiscal, conforme se pode observar à fl. 1369 dos autos.

Dessa forma, após a inclusão das Notas Fiscais n^{os} 32.419, 32.425 e 92.743, o valor devido passa para R\$ 5.376,97 (infração 1) e R\$ 553,83 (infração 2), conforme demonstrativo abaixo:

Exercícios Fiscalizados	Mercadorias Fiscalizadas	Omissões (litros)	Preço (R\$)	Base de Cálculo	Aliq. (%)	Redução B. Cálculo	ICMS (Infração 1)	ICMS-ST (Infração 2)
2004	Diesel	14.896,80	1,45	21.600,36	25%	12.960,22	3.240,05	333,73
Sub-total							3.240,05	333,73
2005	Diesel	7.357,89	1,54	11.608,35	25%	6.965,01	1.741,25	179,35
	Gasolina	703,40	2,25	1.582,65	25%	--	395,66	40,75
Sub-total							2.136,92	220,10
TOTAL							5.376,97	553,83

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, retificando os valores devidos nas Infrações 1 e 2 para, respectivamente, R\$ 5.376,97 e R\$ 553,83.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração n^º 0232943.1006/05-7, lavrado contra POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETROLEO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$5.930,80, acrescido das multas de 60% sobre R\$553,83 e 70% sobre R\$5.376,97, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei n^º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

MARIA LINA SILVA DO CARMO – REPR. PGE/PROFIS