

PROCESSO - A. I. Nº 269139.0001/06-9
RECORENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100-02/07
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 10/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0289-12/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO CONTABILIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Refeitos os cálculos por não terem sido consideradas diversas notas fiscais de entradas. As diferenças de estoque de que cuidam as alíneas “a” e “b” apuradas depois dos ajustes situam-se dentro dos limites considerados razoáveis. Autuação insubsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. O autuado apresentou a documentação comprobatória elidindo a acusação fiscal. Infração insubsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$120.100,30, com as seguintes imputações:

1. falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças de entrada e de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – das operações de entradas – 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 2001. Cobrado o imposto no valor de R\$75.745,13 e aplicada multa de 70%;
2. falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Cobrado o imposto no valor de R\$39.979,43 e aplicada multa de 60%;
3. falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados nesse Estado. Cobrado o imposto no valor de R\$94,35 e aplicada multa de 150%;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Cobrado o imposto no valor de R\$4.026,39 e aplicada multa de 60%;
5. retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para

contribuintes localizados neste Estado. Cobrado o imposto no valor de R\$255,00 e aplicada multa de 60%;

O autuado apresentou defesa declarando acatar o lançamento dos itens 3º e 5º e impugnando os itens 1º, 2º e 4º do presente Auto de Infração.

Diz refutar integralmente três dessas exigências, pelas impropriedades de forma que viciam e maculam o quanto exigido, ao tempo em que, nesse momento, não contesta as outras duas, em razão da pequena representatividade econômica das infrações.

Em relação à infração 1, observa que se refere a omissão de entradas de 110.278 litros de Gasolina A e 223.783 litros de Óleo Diesel, conforme demonstrativo do levantamento de estoque - ano 2001, fls. 39 e 64.

No que concerne à omissão de entradas de 110.278 litros de gasolina A, enfatiza que é essencial esclarecer que decorre de um cálculo que leva em conta as saídas totais de gasolina C de 1.738.450 litros, para os quais seriam necessários 1.370.637 litros de gasolina A na mistura com o álcool anidro, sendo que, somente 1.260.359 litros do produto foram levantados pelos Autuantes, o que resulta na citada omissão de entradas de 110.278 litros. Entretanto, afirma que os autuantes deixaram de incluir no levantamento de entradas 99.335 litros, sendo 33.881 litros em janeiro de 2001 e 65.454 litros em fevereiro de 2001, o que reduz a omissão de entradas para 10.943 litros de gasolina A, correspondendo a 0,80% do total movimentado, que se explica pela variação decorrente das alterações de temperatura ambiente, adiante abordada. O equívoco constatado no mês de janeiro de 2001 decorre da não inclusão de 33.881 litros do produto no levantamento elaborado pelos Autuantes, relativo à Nota Fiscal nº 052.162, emitida pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, cópia anexa, junta à qual se encontra o correspondente comprovante de pagamento, fl. 146. Acrescenta ainda que a Nota Fiscal nº 052.162, fl. 146, é “nota mãe” das Notas Fiscais nºs 052.426, 052.507 e 052.630, cuja natureza da operação é de simples remessa, conforme consta nas cópias anexas, fls. 148 a 150, estando as quatro notas fiscais devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas do mês de janeiro de 2001, cópia anexa, fls. 171 a 172. Já o equívoco constatado no mês de fevereiro de 2001 decorre da não inclusão de 65.454 litros do produto no levantamento elaborado pelos Autuantes, relativo à Nota Fiscal nº 053.846, emitida pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, cópia anexa, junto à qual encontra-se o correspondente comprovante de pagamento, anexos, fls. 151 a 152. Afirma ainda que a Nota Fiscal nº 053.846, fl. 151, é “nota mãe” das Notas Fiscais nºs 054.193, 054.258, 054.322, 54.487 e 054.547, cuja natureza da operação é de simples remessa, conforme consta nas cópias anexas, fls. 153 a 157, respectivamente, estando as seis notas fiscais devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas do mês de fevereiro de 2001, cópia anexa, fl. 175.

No tocante à omissão de entradas de óleo diesel apurada pela fiscalização de 223.783 litros, o autuado esclarece que não foi incluído nas entradas o volume de 181.851 litros do produto, sendo 70.777 em janeiro de 2001, decorrente da não inclusão da Nota Fiscal nº 052.172, fl. 160, que é “nota mãe” das Notas Fiscais nºs 052.471, 052.536 e 052.596, cuja natureza da operação é de simples remessa, conforme consta nas cópias anexas, fls. 162 a 164, respectivamente, estando as quatro notas fiscais devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas do mês de janeiro de 2001, cópia anexa, fl. 171 a 172, e 111.074 litros em fevereiro de 2001, da não inclusão da Nota Fiscal nº 053.853, emitida pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, cópia anexa, junta à qual encontra-se o correspondente comprovante de pagamento, anexos, fls. 165 a 166, o que, conjuntamente, reduzem a omissão de entradas para 41.932 litros de óleo diesel. Acrescenta ainda o autuado que deve ser considerado também o superdimensionamento das saídas em 10.000 litros, dado que os autuantes consideraram vendas de 10.000 litros nas operações realizadas por meio das Notas Fiscais nºs 01963 e 01979, quando, na realidade, as quantidades em cada uma das operações é de 5.000 litros, conforme pode ser constatado pela juntada de cópias dos respectivos documentos fiscais, fls. 158 a 159. Reafirma que com essa redução, a omissão de entradas passa para 31.932 litros de óleo diesel, o que corresponde a 0,6% do total movimentado, que se explica pela variação decorrente das alterações de temperatura ambiente.

Prossegue afirmando que a infração 1 está assentada em dados relacionados com a alegada omissão de entradas de 110.278 litros de gasolina A e de 223.783 litros de óleo diesel no exercício de 2.001, decorrendo daí a presunção de que o autuado deu saídas de mercadorias cujas entradas não haviam sido escrituradas regularmente. As alegações até aqui apresentadas comprovam que as omissões seriam de 10.943 litros de gasolina A e de 31.932 litros de diesel, o que corresponde a 0,8% e 0,6%, respectivamente, do movimento dos dois produtos.

Enfatiza que, mesmo aquela reduzida omissão não ocorreu, com base no fato de que ainda resta considerar que os combustíveis estão sujeitos ao fenômeno da variação do volume, em razão da variação da temperatura ambiente, valendo dizer, a título de exemplo, que se determinado recipiente contendo combustível, seja gasolina, diesel ou álcool, estiver num ambiente cuja temperatura seja de 15° C, e for colocado em outro ambiente com temperatura de 30°C, haverá uma inevitável expansão volumétrica decorrente da variação de temperatura.

Afirma que a circunstância prática aqui exposta a título de exemplo é de longa data, do conhecimento das autoridades federais, que já trataram do assunto no sentido de normatizar o fenômeno da dilatação ou da contração do volume dos combustíveis, a partir de entendimento técnico de que à temperatura 20°C não ocorrem variações volumétricas, conforme está detalhado na Resolução nº 6-70 do Conselho Nacional do Petróleo - CNP, cópia anexa, fls. 178 a 180, que a PETROBRAS - Petróleo Brasileiro S.A. e a Petrobras Distribuidora S.A. seguem rigorosamente, de modo que, se determinada operação é realizada a uma temperatura ambiente de 15°C, ocorre contração do volume; ou, de outro modo, se tal operação é realizada a uma temperatura de 25°C, ocorre dilatação do volume.

Observa ainda que, o próprio CONSEF já tratou da mesma matéria no exame processado no PAF relativo ao Auto de Infração nº 02782593/98, que resultou no julgamento em favor do contribuinte, conforme Acórdão JJF nº 0101-01/02, cópia anexa, fls. 182 a 188, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, relatado pelo eminente julgador José Bezerra Lima Irmão, em cujo voto, acentuou:

“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 à armazenagem, transporte e manuseio), baseando-se apenas na temperatura (constante) de 35° C”.

Informa que a Decisão da 1ª JJF fora acatada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no exame do Recurso de Ofício, que resultou no Acórdão CJF nº 0354-12/02, cópia anexa, fls. 190 a 194, relatado pelo eminente conselheiro Ciro Roberto Seifert, que destacou a mesma motivação do julgador de primeira instância acima transcrita, para desconstituição de idêntica exigência que está posta no Auto de Infração ora combatido na sua infração 01.

Prossegue esclarecendo que recentemente, a mesma matéria foi examinada pela 2ª JJF, que decidiu pela desconstituição de idêntica exigência, com base nas mesmas razões agora apresentadas, conforme pode ser constatado pela juntada do Acórdão JJF nº 0210-02/06, fls. 196 a 206, em cujo voto consta o seguinte, nas páginas 9 e 10 do mencionado Acórdão:

“Por esses elementos, concluo que a omissão de entradas é apenas aparente. A empresa vende quantidades de combustíveis a mais do que comprou, não porque omitiu entradas, mas porque, embora tenha registrado as compras com as quantidades devidamente corrigidas de

acordo com os critérios fixados pelo CNP, em função da temperatura-padrão de 20°C, não procedeu da mesma forma ao dar saída das mercadorias, daí haver, como dizem os autuantes “um ganho de volume em função da variação de temperatura em que os combustíveis são expostos” (informação fiscal – fl. 411)”.

Diz que do ponto de vista prático, é necessária a demonstração da metodologia empregada pela Petrobrás e pela Petróleo Brasileira S. A. – PETROBRAS para controle da movimentação do combustível de responsabilidade ou propriedade do autuado. Com essa finalidade, estão anexados ao presente instrumento de defesa três documentos emitidos pela Petrobrás Distribuidora com a denominação de RESUMO DE MOVIMENTAÇÃO POR CIA, fls. 208 a 210, nos quais constam quatro colunas para detalhamento das quantidades, sendo duas de “Carregamento” e duas de “Descarregamento”, cujas descrições corretas são as seguintes (nota-se que as descrições nos “RESUMOS” estão abreviadas): 1º) Volume carregado à temperatura ambiente; 2º) Volume carregado à temperatura de 20°C; 3º) Volume descarregado à temperatura ambiente; 4º) Volume descarregado à temperatura de 20°C.

Observa que no primeiro “RESUMO” anexado, fls. 208 a 210, datado de 02/04/2003, é possível constatar que a Petrobrás entregou de fato 36.000 litros de óleo diesel. Acrescenta que no mesmo “RESUMO” do dia 02/04/2003 está registrado um recebimento de 99.120 litros de gasolina A e um faturamento da Petrobrás de 98.102 do produto gerando ganhos de 1.018 litros de gasolina. E que, de modo inverso ocorre nas entregas (descarregamento) que o autuado faz à mesma Petrobrás Distribuidora de álcool anidro para estocagem e posterior mistura com a gasolina A e a produção de Gasolina C. Com base no mesmo “RESUMO” do dia 02/04/2003, fl. 208, é possível constatar que o autuado entregou 60.010 litros do álcool anidro, mas, a Petrobrás só acatou um recebimento de 59.350, em razão do desconto processado por conta da adequação à temperatura de 20°C. Nesse caso, as operações acumuladas resultam em omissão de saídas.

Portanto, diz que, resumidamente, em decorrência da temperatura ambiente acima de 20°C, o Autuado acaba tendo “ganhos” extraordinários de combustíveis nas aquisições (carregamento) junto à Petrobrás, resultando, escrituralmente, em improcedentes omissões quantitativas de entradas, agora esclarecidas. Em bem menor proporção ocorrem omissões de saídas, quando o autuado entrega o álcool anidro (descarregamento) à mesma Petrobrás. Assevera que, em vista disso, o próprio CONSEF acatou como regular, omissões de entradas de até 2,4% do movimento de cada produto ficando aqui provado que, no presente caso, essas omissões foram somente de 0,8% para a gasolina A e de 0,6% para o óleo diesel.

Em relação à infração 2, aduz o autuado asseverando que, como essa infração tem a mesma base de dados da infração 1, sendo esta improcedente, necessariamente será improcedente a infração 2.

No tocante à infração 4 afirma que a acusação é improcedente, tendo em vista que efetuara a necessária comunicação de utilização extemporânea de crédito fiscal relativa às operações de bens para o ativo, Processo nº 178245/2001-5, bem como, com relação às operações de comunicação, Processo nº 178260/2001-8, e que resultaram na homologação dos respectivos créditos fiscais firmada pela autoridade fiscal competente, o que comprova a inaplicabilidade da exigência, conforme constam nos anexos, fls. 211 a 214.

Conclui observando que buscou a verdade, na expectativa de que o mais qualificado julgamento seja alcançado. Esclarece que deixou de se defender com relação às infrações 3 e 5 e contestou as infrações 1, 2 e 4, aduzindo que pela apresentação de sólidos argumentos de fato e de direito requer a improcedência dessas infrações.

Os autuantes ao prestarem informação fiscal, fls. 217 a 221, depois de transcreverem as infrações do presente Auto de Infração e discorrem acerca das alegações da defesa apresentam as seguintes ponderações em relação às infrações 1, 2 e 4 contestadas pelo autuado.

Em relação à infração 1 e no que diz respeito a omissão de entradas do produto “gasolina A” os autuantes afirmam que a nota fiscal de entrada 052.162, de janeiro de 2001, emitida pela Petrobrás, referente a 33.881 litros de Gasolina A não fora incluída no levantamento porque tem como CFOP

599 e a descrição “Saldo de Cota a Cliente”, bem como não consta destaque de ICMS. Acrescentam, ainda, que as Notas Fiscais nºs 052.426, 052.507 e 052.630, escrituradas pelo autuado como sendo de Simples Remessa, constam nas mesmas CFOP 571 e descrição Simples Remessa, e com destaque do ICMS normal.

Asseguram que com base nestes dados, tanto o fornecedor errou, ao fazer constar nas notas fiscais CFOP 571 e descrição de Simples Remessa, quando seria CFOP 571 - Vendas de produção do estabelecimento em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, quando destinada a comercialização ou industrialização subsequente, quanto o autuado, que escriturou como simples remessa. Com isso, informam que refizeram os demonstrativos incluindo o total de entradas das três notas fiscais acima, ou seja, 33.881 litros de Gasolina A.

Do mesmo modo afirmam os autuantes que a Nota Fiscal de Entrada nº 053.846, de fevereiro de 2001, emitida pela Petrobrás, referente a 65.454 litros de Gasolina A, também não fora incluída no levantamento porque tem como CFOP 599 e a descrição “Saldo de Cota a Cliente”, bem como não consta destaque de ICMS, e que as Notas Fiscais nºs 054.193, 054.258, 054.322, 054.487 e 054.547, escrituradas pelo autuado como sendo de Simples Remessa, constam nas mesmas CFOP 571 e descrição Simples Remessa, e com destaque do ICMS normal. Reafirmam que com base nestes dados, tanto o fornecedor errou, ao fazer constar nas notas fiscais CFOP 571 e descrição de Simples Remessa, quando seria CFOP 571-Vendas de produção do estabelecimento em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, quando destinada a comercialização ou industrialização subsequente, quanto o autuado, que escriturou como simples remessa. Assinalam que refizeram os demonstrativos incluindo o total de entradas das cinco notas fiscais acima, ou seja, 65.454 litros de Gasolina A.

Afirmam os autuantes que totalizando as inclusões supra de 99.335 litros de Gasolina A, a diferença (omissão de entradas) que era de 110.278 litros passa para 10.943 litros, que representa 0,8% do volume adquirido de Gasolina A, que se explica pelas variações decorrentes das alterações de temperatura ambiente, como explica o autuado em sua defesa e decisões do CONSEF.

Com relação à omissão de saídas do produto “óleo diesel” afirmam que a nota fiscal de entrada 052.172, de janeiro de 2001, emitida pela Petrobrás, referente a 70.777 litros de Óleo Diesel não foi incluída no levantamento porque tem como CFOP 599 e a descrição “Saldo de Cota a Cliente”, bem como não consta destaque de ICMS, e que as Notas Fiscais nºs 052.471, 052.536 e 052.596, escrituradas pelo autuado como sendo de Simples Remessa, constam nas mesmas CFOP 571 e descrição Simples Remessa, e com destaque do ICMS normal. Com base nestes dados, tanto o Fornecedor errou, ao fazer constar nas notas fiscais CFOP 571 e descrição de Simples Remessa, quando seria CFOP 571 - Vendas de produção do estabelecimento em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, quando destinada a comercialização ou industrialização subsequente, quanto o autuado, que escriturou como simples remessa. Acrescentam que, com isso, refizeram os demonstrativos incluindo o total de entradas das três notas fiscais acima, ou seja, aumentando o total das entradas em 70.777 litros de Óleo Diesel.

Ressaltam que em relação à nota fiscal de entrada 053.853, de fevereiro de 2001, emitida pela Petrobrás, referente a 111.074 litros de Óleo Diesel não fora incluída no levantamento porque tem como CFOP 599 e a descrição “Saldo de Cota a Cliente”, bem como não consta destaque de ICMS, e que as Notas Fiscais nºs 054.174, 054.238, 054.344 e 054.467, escrituradas pelo autuado como sendo de Simples Remessa, constam nas mesmas CFOP 571 e descrição Simples Remessa, e com destaque do ICMS normal. Asseguram que, tanto o Fornecedor errou, ao fazer constar nas notas fiscais CFOP 571 e descrição de Simples Remessa, quando seria CFOP 571 - Vendas de produção do estabelecimento em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, quando destinada a comercialização ou industrialização subsequente, quanto o autuado, que escriturou como simples remessa. Dizem que refazendo os demonstrativos incluindo o total de entradas das quatro notas fiscais acima, ou seja, aumentando o total das entradas em 111.074 litros de Óleo Diesel.

Dizem que às quantidades relativas às Notas Fiscais nºs 01963 e 01979, foram computadas como sendo 10.000 litros, porque estas notas não foram entregues à fiscalização e no arquivo magnético entregue pelo contribuinte constava essa quantidade. Ocorre que o arquivo entregue à SEFAZ está incorreto, visto que a quantidade de cada nota fiscal é de apenas 5.000 litros de Óleo Diesel, conforme fotocópia anexada ao processo pelo contribuinte.

Assim, ressalta que com a inclusão do total de 191.851 litros de Óleo Diesel, a diferença (omissão de entradas) que era de 223.783 litros passa para 31.932 litros, que representa 0,6% do volume adquirido de Óleo Diesel, que se explica pelas variações decorrentes das alterações de temperatura ambiente, como explica o autuado em sua defesa e decisões do CONSEF.

Asseguram os autuantes que, em relação à infração 2 que tem a mesma base de dados da infração 1, logo, também procedem as razões aduzidas pela defesa.

No que diz respeito à infração 04 os autuantes esclarecem que a autuação foi efetuada porque não foram apresentados os documentos fiscais durante a fiscalização. Observam que tendo o autuado comprovado nos autos que efetuou a comunicação relativa ao aproveitamento destes créditos e tendo o pleito sido deferido, reconhecem a improcedência da infração 04.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Os lançamentos consubstanciados nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração foram feitos com base no resultado de levantamentos quantitativos de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado no exercício de 2001.

O sujeito passivo em sua defesa alegou que o autuante não considerou no levantamento de estoques 99.335 litros nas entradas relativas à gasolina A, comprovando através das cópias das respectivas notas fiscais. Reduzindo a omissão de entrada desse item de 110.278 para 10.943 litros o que corresponde a um percentual de 0,80% do total movimentado. Já em relação ao item óleo diesel que apresentou uma omissão de entradas de 223.783 litros, apurada pelos autuantes, a defesa também comprovou através das respectivas notas fiscais que não foram consideradas a entrada desse item de 191.851 litros, com isso a omissão de entradas ficou reduzida para 31.932 litros que corresponde a 0,64% do total movimentado. Aduz, por fim o autuado que, tendo em vista a sistemática de operação de sua fornecedora a Petrobrás, que emite suas notas fiscais de venda dos produtos com o volume padronizados na temperatura de 20°C, e que gera um aumento de volume aparente, pois suas saídas ocorrem com volumes calculados à temperatura ambiente. Reforça sua tese defensiva que o próprio CONSEF já considerou como regular, omissões de entradas de até 2,4% do movimento de cada produto. Requer a improcedência das infrações 01 e 02.

Os autuantes informam reconhecerem que, efetivamente assiste razão ao autuado quanto a falta de inclusão e equívocos de volumes nas notas fiscais apresentadas pelo autuado, acatando integralmente os ajustes apresentados na defesa. Acolhe também os autuantes que estão dentro dos parâmetros de razoabilidade e de acordo com Resolução da ANP nº 6/70, os percentuais de 0,8% e 0,64%, respectivamente, para Gasolina A e óleo Diesel.

Depois de analisar todos os elementos que compõem os autos verifico que a documentação fiscal apresentada pelo autuado, fls. 146 a 186, inclusive o novo demonstrativo de apuração com a inclusão e correção das quantidades tanto gasolina A e óleo diesel não consideradas pelo autuante são efetivamente pertinentes. Com as alterações e ajustes procedidos restou evidenciado que dos 1.359.694 litros de gasolina A adquiridos pelo autuado no exercício de 2001, ocorrera uma omissão de entrada de 10.943 litros, ou seja, 0,8% da movimentação. Já em relação ao produto óleo diesel cujo volume adquirido no período fora de 5.004.918 litros, com os ajustes e correções apresentou uma omissão de entrada de 31.932 litros, ou seja, 0,6% da movimentação.

Constam dos autos que o autuado atua como distribuidor de combustíveis e adquire seus produtos na Petrobrás – RLAM.

Verifico que a Petrobrás em consonância com a Resolução nº 6/70, editada pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), contendo tabelas de coeficientes para correção da densidade e do volume dos derivados de petróleo nas vendas realizadas a temperatura superior a 20°C, ao emitir suas notas fiscais de vendas converte o volume dos produtos vendidos na temperatura ambiente para o volume na temperatura padrão de 20°C. Já o autuado ao revender esses produtos não faz as devidas correções, tanto é assim que as saídas (notas fiscais emitida pelo autuante) são todas em volumes “arredondados”, ou seja, de acordo com a capacidade volumétrica do veículo transportador, o que não ocorre com as notas fiscais de entradas emitidas pela Petrobrás que, em decorrência da padronização do volume para a temperatura de 20°C são sempre volumes “quebrados”. Por outro lado, ressalto que é patente o fato de que os combustíveis sofrem variações de volume em razão das mudanças de temperatura.

Observo também que o procedimento adotado pela Petróleo Brasileiro S.A. encontra-se ratificado, no Acórdão JJF nº 0210-02/06, colacionado aos autos pelo autuado, através de comunicação endereçada à fazenda estadual, assinada pelo técnico Paulo Roberto Lessa e Silva, coordenador de comercialização da RLAM. Na qual exemplifica: 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. Esclarece ainda o técnico em sua comunicação que se a refinaria ou usina vendem 10.000 litros de combustíveis a uma temperatura de 35°, temperatura esta em que o produto se encontra expandido, como o faturamento é feito a uma temperatura de 20°, a medição corresponde a 9.500 litros de combustível; se ao ser desembarcado o produto a temperatura ambiente é de 30°, fisicamente a distribuidora receberá 9.800 litros, apesar de na Nota Fiscal constar 9.500 litros.

Resta, portanto, evidenciado que a Petrobrás, quando vende os produtos à distribuidora, faz a correção das quantidades de acordo com os critérios fixados pelo CNP, em função da temperatura-padrão de 20°C, razão pela qual, os números são “quebrados”, porém a distribuidora, ao revender os produtos, não procede da mesma forma, fato que explica a razão de, no levantamento fiscal, ter sido apurado que a empresa vendeu quantidades de combustíveis a mais do que as que foram adquiridas, dando a impressão de que teria havido omissão de entradas.

Concordo, portanto, com o raciocínio da defesa que fora, inclusive, ratificado pelo autuado, de que as diferenças remanescentes depois dos ajustes e correções efetuados, tanto em relação à Gasolina A, 10.943 litros e Óleo Diesel 31.932 litros estão perfeitamente compatíveis com os critérios previstos na Resolução nº 6/70 do CNP, fls. 178 a 180, tendo em vista que o autuado adquire os combustíveis na Petrobrás, cujos volumes constantes das notas fiscais de entradas são convertidos para a temperatura padrão de 20°C e, nas saídas emite notas fiscais com volumes medidos diretamente à temperatura ambiente, quase sempre superior a 20° C. Ocasionalmente, assim, um ganho aparente de volume que gera omissão de saídas quando da apuração de seus estoques através de levantamento quantitativo.

Por tudo isso é que entendo restarem descaracterizadas as infrações 01 e 02.

Com relação à infração 04, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a crédito de ICMS extemporâneo, lançado no LRAICMS em outubro de 2001, comunicação e ativo imobilizado, por não ter sido apresentado, na ocasião da fiscalização, constato, com base na análise dos elementos que compõem os autos, a insubsistência dessa infração. Eis que, restou comprovado ter o autuado efetuado a comunicação relativa ao aproveitamento dos créditos glosados e o respectivo deferimento da autoridade fazendária, conforme cópias apensadas aos autos, fls. 211 a 214.

Com isso, entendo ter sido descaracterizada a infração 04.

Os débitos relativos às infrações 3º e 5º foram expressamente reconhecidos pela defesa.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas, na forma a seguir discriminada.

RESUMO DO DÉBITO		
INFRAÇÃO	A.I.	CONCLUSÃO
1	75.745,13	0,00
2	39.979,43	0,00
3	94,35	94,35
4	4.026,39	0,00
5	255,00	255,00
TOTAIS	120.100,30	349,35

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO

O contribuinte reconheceu expressamente as infrações 3 e 5. Quanto às infrações 1 e 2, os autuantes e julgador de Primeira Instância reconheceram, corretamente, após a juntada das notas fiscais não computadas no levantamento quantitativo, que as diferenças encontradas estão perfeitamente compatíveis com os critérios estabelecidos na Resolução 670 do CNP, que prevê um aparente ganho de volume em função da variação da temperatura quando da operação do produto, gerando distorções quando da apuração de estoques através de levantamento quantitativo. Decisões nesse sentido vêm ocorrendo no CONSEF, em situações semelhantes. Com relação à infração 4, os autuantes esclareceram que a autuação decorreu da falta de apresentação dos documentos fiscais relativos a crédito de ICMS extemporâneo, lançado no LRAICMS. Com a posterior comprovação nos autos de que o autuado efetuou a comunicação relativa ao aproveitamento dos créditos, devidamente deferido o pleito pela autoridade fazendária, reconheceram a improcedência desse item.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269139.0001/06-9**, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 349,35**, acrescido das multas de 150% sobre R\$94,35 e 60% sobre R\$255,00, previstas no art. 42, incisos V, “a” e II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPRES. DA PGE/PROFIS