

PROCESSO - A. I. Nº 087015.0067/03-0
RECORRENTE - ANUNCIAÇÃO & COELHO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0244-12/05
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 04/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0328-11/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações parcialmente caracterizadas, após ajuste no lançamento de ofício. Mantida a Decisão recorrida. Vencido o voto do relator. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0244-02/05), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado com o intuito de lançar imposto e multa decorrentes das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (álcool carburante – fls. 11/13), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o tributo no valor de R\$21.038,15, mais multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente a mercadorias adquiridas de terceiros sem documentação fiscal, sendo que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária (álcool carburante – fls. 11/13), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o imposto no valor de R\$6.666,99, mais multa de 60%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, álcool e óleo diesel – fls. 17/25), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto no valor de R\$16.811,89, mais multa de 70%;

4. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente a mercadorias adquiridas de terceiros sem documentação fiscal, sendo que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, álcool e óleo diesel – fls. 17/25), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto no valor de R\$5.181,22, mais multa de 60%.

A Decisão alvejada acolheu integralmente as correções realizadas pelo autuante em sua informação fiscal, reduzindo o montante lançado na autuação para R\$45.525,40, com as razões a seguir transcritas, cuja reprodução faz-se nesta oportunidade para melhor compreensão das questões levantadas no curso da lide administrativa:

“Cuida-se, nestes autos, do lançamento de ICMS a título de responsabilidade solidária (itens 1º e 3º) e também do lançamento do tributo devido por antecipação sobre o valor acrescido (itens 2º e 4º), por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Os débitos foram apurados através de levantamentos quantitativos dos estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 1998 (itens 1º e 2º – exercício fechado) e 2003 (itens 3º e 4º – exercício aberto, até outubro). Os débitos envolvem operações com gasolina, álcool carburante e óleo diesel.

O contribuinte alegou na defesa que o fiscal autuante cometeu erros, por não levar em conta as aferições, certas transferências efetuadas através dos bicos das bombas de combustíveis e a existência de um arresto judicial.

O fiscal autuante prestou informação de forma meio truncada, dando a entender que teria atendido a todo o pleito da defesa. Com efeito, logo no início do que chama de mérito da informação fiscal, ao falar das alegações da defesa em geral, o autuante declara, sem nenhuma ressalva, que “procede a alegação do autuado e já providenciamos a devida inclusão, elaborando um novo demonstrativo, períodos 1998 e 2003”.

O fiscal faz a seguir certas considerações que, pelo que se depreende dos autos, não corresponde, absolutamente, ao que ocorre de fato. Diz o fiscal: “Na verdade, o contribuinte, por ter 3 postos (mesma razão social), adquirir o combustível, em nome de um deles, e ao chegar no posto constante da nota fiscal, emitida pelo distribuidor, descarrega o combustível, na quantidade desejada, em seguida, emite sua nota fiscal de transferência, para reabastecimento dos outros postos da rede, sem necessidade, portanto, da retirada do produto do caminhão, processo mais econômico e viável” [sic].

Ora, se o contribuinte tivesse agido assim como descreve o fiscal, não haveria infração alguma. Depreendo que, apesar de o fiscal dizer que, “na verdade”, é assim que o contribuinte procede, interpreto a informação entendendo que o que o autuante quis foi comentar não como o contribuinte procede, mas, sim, como deveria o contribuinte proceder. Sendo assim, traduzindo o que, a meu ver, o fiscal quis dizer, faço o registro de que seria de bom alvitre que o contribuinte, por ter três postos de combustíveis, ao adquirir o combustível em nome de um deles, quando o produto chegar ao posto indicado na Nota Fiscal, caso não deseje fazer o descarregamento por inteiro num só posto, deve descarregar o combustível na quantidade desejada e, em seguida, emitir Nota Fiscal de transferência, para reabastecimento dos outros postos da rede, evitando, deste modo, a retirada do produto do tanque, pelo bico da bomba, processo mais trabalhoso e mais arriscado.

*O fiscal arremata a informação com esse comentário: “Por isso, consideramos, em nosso levantamento, o lançamento, como é normal em qualquer atividade, do quantitativo constante das notas fiscais, no caso transferências, como entradas ou saídas diretas e vice-versa e não simples emissão de notas sem serem **consideradas** saídas efetivas de mercadoria, o que contraria o RICMS vigente”.*

Apesar de o fiscal dizer “consideramos, em nosso levantamento, o lançamento, como é normal em qualquer atividade, do quantitativo constante das notas fiscais, no caso

transferências...”, parece-me que, ao contrário, o fiscal não levou em conta as Notas Fiscais de transferências.

Fazendo um esforço de hermenêutica, vou dizer o que entendi disso tudo: a) o fiscal concorda com o contribuinte quanto a levar em conta todas as “aferições” constantes no LMC; b) admite a inclusão, no levantamento fiscal, das Notas Fiscais emitidas por terceiros; c) não acata, porém, as Notas Fiscais da própria empresa emitidas nas transferências de combustíveis entre um posto e outro, em que, segundo a defesa, o produto é retirado através dos bicos das bombas; d) concorda com a inclusão do arresto judicial.

Se, de fato, foi isto o que ocorreu, considero razoáveis os critérios adotados.

Ao ser dada vista dos novos elementos ao sujeito passivo, este deu entrada em petição, juntando cinco relações de Notas Fiscais de “transferências pelo bico”, pedindo que se faça a verificação da veracidade de suas alegações.

O autuado não juntou cópias das Notas Fiscais indicadas nas relações apresentadas. Não estou convencido da regularidade dessas transferências. A troca de combustíveis entre postos constitui, inclusive, infração às normas da Agência Nacional de Petróleo. Não levarei, por isso, em conta as listagens às fls. 1156/1162.

Quanto ao argumento da defesa de que não seria mais devido o imposto, já que as mercadorias objeto do levantamento fiscal são tributadas pelo regime de substituição tributária, observo que a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias. Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente. Aliás, alegar pode, mas apenas isso. E alegar não é provar.

Os valores remanescentes são os seguintes, haja vista o quadro constante na fl. 1130:

ITEM	NATUREZA DO FATO	MERCADORIA	ICMS	SOMAS
1º	responsabilidade solidária	Alcool	R\$ 20.805,93	R\$ 20.805,93
2º	antecipação tributária	Alcool	R\$ 6.593,40	R\$ 6.593,40
3º	responsabilidade solidária	Gasolina	R\$ 1.288,72	R\$ 13.858,15
		Alcool	R\$ 12.191,02	
		Diesel	R\$ 378,41	
4º	antecipação tributária	Gasolina	R\$ 360,32	R\$ 4.267,92
		Alcool	R\$ 3.863,33	
		Diesel	R\$ 44,27	
Total				R\$ 45.525,40

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.

Em suas razões recursais de fls. 1187/1188, o autuado aduz que opera com três estabelecimentos do mesmo titular e, para melhor aproveitar o sistema de transportes, quando do recebimento dos combustíveis, realiza operações de transferências parciais, antes mesmo da descarga total do caminhão-tanque. Afirmo que estas transferências de combustíveis via caminhão-tanque, para outros estabelecimentos do mesmo titular, referem-se a quantitativos que variam de 5.000 a 5.450 litros, podendo chegar a até 10.850 litros, sendo que todas as operações são registradas no LMC de destino.

Alega, ademais, que, para atender às complexidades operacionais, também realiza transferências entre seus postos, de quantidades de até 2.000 litros, retirando o combustível diretamente da bomba. Afirmo que estas operações também são acompanhadas de notas fiscais de transferência e registradas nos livros fiscais e no LMC. Nestes termos, assevera que estas operações não poderiam ter sido adicionadas como “outras saídas”, como ocorreu na espécie, uma vez que já foram registradas nos somatórios do controle dos encerrantes de cada bomba.

Colacionou à sua peça recursal demonstrativo com as correções que entende devidas, cópias das notas fiscais e dos livros de movimentação de combustível dos estabelecimentos aos quais destinavam-se as transferências, que não teriam sido juntados à defesa em razão de mero lapso

seu. Afirmou que, com relação ao exercício de 2003, ficou impossibilitado de juntar os livros e documentações fiscais, porquanto encontram-se em poder da Receita Federal, conforme intimação que anexa aos autos.

Já em Segunda Instância administrativa, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, a pedido da PGE/PROFIS, para que fossem analisados os documentos trazidos ao feito pelo contribuinte (fl. 1773).

A ASTEC, por conduto do Parecer nº 0015/2006 (fls. 1777/1779), afirmou que, excluindo as notas fiscais juntadas aos autos pelo contribuinte, a omissão de entradas desapareceria ou mudaria para omissão de saídas. Afirmou, ainda, que, no exercício de 1998, os autuantes consideraram como saídas de combustíveis tanto as quantidades indicadas nos encerrantes, quanto as saídas através de notas fiscais, como se observa das fls. 07, 11 e 14, tendo apurado omissão de entradas apenas no item álcool. Nos demais itens, apurou-se omissão de saídas.

No exercício de 2003, constatou que os autuantes adotaram os mesmos critérios, tendo apurado omissão de entrada nos itens gasolina comum, álcool e óleo diesel (fls. 17, 20 e 23).

Verificou que apenas o item álcool teve apurado omissões de entrada em quantidades relevantes, ou seja, em 1998, apurou-se omissão de 148.574,50 litros e em 2003, 62.580 litros, sendo que, nos demais itens, as quantidades apuradas não foram muito significativas.

Conclui o Parecer nos seguintes termos: *“Tendo sido utilizado o mesmo critério de apuração para todos os itens, não tem como o preposto da ASTEC afirmar se o combustível constante de tais notas fiscais estaria ou não embutido nas saídas através dos ‘bicos’. Portanto, no meu entendimento, trata-se de questão de mérito que deverá ser apreciada pelo Senhor Conselheiro”*.

Às fls. 1784/1786, o contribuinte manifestou-se sobre o resultado da diligência, reiterando as razões expostas em seu Recurso Voluntário e juntando novas planilhas das transferências realizadas por caminhão tanque e pelas bombas de combustíveis.

A PGE/PROFIS, às fls. 1805/1806, pediu a realização de nova diligência fiscal, tendo em vista que o Parecer da ASTEC não foi conclusivo acerca da superposição de valores indicada pelo autuado, em decorrência da soma dos valores indicados nas notas fiscais e daqueles constantes do LMC. Aduz que, compulsando, por amostragem, alguns dos documentos fiscais colacionados ao feito pelo contribuinte, em cotejo com as informações registradas no LMC, há coincidência entre os valores lançados, razão pela qual sugere, arrimado na autonomia dos estabelecimentos, que sejam trazidos ao feito os LMC dos outros postos revendedores pertencentes à rede do autuado, seus registros fiscais e contábeis, para aferir a veracidade das informações atestadas no LMC e documentos fiscais do recorrente.

O pedido de diligência formulado pela PGE/PROFIS foi indeferido por este Conselho de Fazenda, como se vê às fls. 1811.

Em novo Parecer, a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o argumento de que o contribuinte não demonstrou que as alegadas saídas de combustível diretamente do tanque e saídas de combustível via “bico de bombas” teriam sido duplamente consideradas pelo autuante no levantamento quantitativo de estoques realizado, não, sendo, pois, verificada qualquer irregularidade no roteiro de fiscalização utilizado, pautado pela utilização de critério objetivo.

VOTO VENCIDO

Acerca do princípio da tipicidade tributária e sua aplicação ao procedimento administrativo fiscal, leciona Paulo de Barros Carvalho, *in verbis*:

“Corolário inevitável da aplicação desse princípio é a necessidade de que os agentes da Administração, no exercício de suas funções de gestão tributária, indiquem,

pormenorizadamente, todos os elementos do tipo normativo existente na concreção do fato que se pretende tributar e, bem assim, dos traços jurídicos que apontam uma conduta como ilícita.

Por outro lado, o princípio da vinculação, retirado da implicitude do Texto Supremo e inserido no art. 142 do Código Tributário Nacional, traduz uma conquista no campo da segurança dos administrados, em face dos poderes do Estado moderno, de tal maneira que o exercício da administração tributária encontra-se tolhido, em qualquer de seus movimentos, pela necessidade de aderência total aos termos inequívocos da lei, não podendo abrigar qualquer tipo de subjetividade própria aos atos da competência discricionária.

No procedimento administrativo de gestão tributária não se permite ao funcionário da Fazenda o emprego de Recursos imaginativos, por mais evidente que pareça ser o comportamento delituoso do sujeito passivo” (Artigo “A prova no procedimento administrativo tributário”, in Revista Dialética de Direito Tributário, no. 34, págs. 104/116).

Na hipótese dos autos, o autuante utilizou, na elaboração de seu levantamento quantitativo de estoques, os dados constantes dos encerrantes das bombas de combustíveis somados às operações de saídas consignadas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte, nas quais restam consignadas transferências das mercadorias objeto da autuação para estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Não fosse a impugnação do recorrente e a autuação teria cumprido o seu desiderato de lançar o tributo e a multa nelas consignadas, pela falta de recolhimento do imposto em razão da aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, o que gera o dever de recolher não apenas o ICMS, por responsabilidade solidária, mas também a antecipação, que toca ao próprio autuado, sendo estes, exatamente, os conteúdos das quatro infrações constantes do Auto de Infração.

Entretanto, o contribuinte ofertou peças de impugnação, na qual aduz, basicamente, que as operações de transferências relativas a quantidades de até 2.000 litros de combustível são feitas mediante a retirada do produto diretamente das bombas. No que concerne às operações de quantidades superiores a 5.000 litros, o recorrente afirma que a transferência é feita mediante descarregamento direto do caminhão tanque no estabelecimento destinatário.

A questão restou de tal forma controvertida que é possível afirmar, sem medo de incorrer em equívoco, que quase todos os posicionamentos adotados no presente PAF encontram-se eivados de dúvidas. Consoante se observou da leitura da Decisão impugnada, o nobre relator de primeira instância fez uso de uma série de “presunções”, para chegar à sua conclusão de procedência parcial da autuação, chegando ao ponto de traduzir a informação fiscal prestada, também de forma confusa, registre-se, para dar-lhe sentido diametralmente oposto.

Também na ASTEC a questão não restou pacificada. O Parecer elaborado concluiu pela impossibilidade de se afirmar se as operações indicadas nas notas fiscais foram ou não realizadas através das bombas de combustível, aduzindo, por fim, contraditoriamente, que a questão é de mérito. Ora, de fato, a matéria discutida é de mérito, por não cingir-se a questões preliminares ou prejudiciais. Entretanto, tal circunstância não lhe retira o conteúdo fático: o que se buscou com a diligência foi dirimir uma dúvida que toca ao mundo da realidade, sendo que o órgão técnico, como bem pontuou a PGE/PROFIS no Parecer de fls. 1805/1806, não fez o seu trabalho de maneira satisfatória, a ponto de dirimir as dúvidas apresentadas e deixar o processo pronto para ser julgado.

Com relação aos opinativos da PGE/PROFIS, vislumbram-se as mesmas inseguranças apresentadas pelos demais órgãos aqui referidos: há dois Pareceres pedindo diligência e um terceiro, que, transferindo o ônus da prova integralmente para o contribuinte, como se, na falta de provas da ocorrência do fato gerador, fosse do cidadão o dever de comprovar que não houve a subsunção tributária, para afastar o lançamento de um tributo que se encontra despido do lastro probatório mínimo necessário.

É neste ambiente que se encontra este Órgão de segunda instância administrativa e o julgamento do Recurso sob exame deverá ater-se à legalidade, à tipicidade inicialmente invocada e, principalmente, aos elementos constantes dos autos. Nada além disto.

Nas circunstâncias, observo que não há nos autos qualquer prova capaz de demonstrar que as saídas até 2.000 litros indicadas nos documentos fiscais colacionados pelo contribuinte foram realizadas através dos caminhões tanques, e não pelas bombas de combustíveis, como vem alegando desde a peça de defesa. E nem se diga que tal prova caberia ao contribuinte, pois trata-se da materialização do fato gerador do tributo lançado, cabendo à Fazenda, no exercício de sua atividade estritamente vinculada à lei, o dever de instruir a autuação com as provas necessárias à demonstração da subsunção da realidade fática à norma tributária.

Também não acolho qualquer argumento de que é improvável que as saídas de determinada quantidade de combustível seja realizada pelo bico da bomba, uma vez que o procedimento administrativo fiscal não pode submeter-se a juízos de probabilidade e inexistente na lei qualquer regulamentação acerca do limite de combustível que pode ser extraído de uma só vez do bico de uma bomba de posto revendedor.

Não se está aqui a afirmar que as infrações apontadas na autuação não ocorreram. Também não há nos autos provas para se chegar a tal conclusão. O que se pretende estabelecer é que, diante dos documentos e informações constantes dos autos, é impossível definir-se com a segurança exigida pelo próprio regulamento do processo administrativo fiscal, que a infração existiu e, mais, que está corretamente quantificada no preste auto.

Em verdade, pode-se constatar, inclusive, que o recorrente vem infringindo normas que regulam a revenda de combustíveis, a exemplo da Portaria ANP nº 116/2000, segundo a qual, nos termos do art. 9º, I, *“é vedado ao revendedor varejista alienar, emprestar ou permutar, sob qualquer pretexto ou justificativa, combustível automotivo com outro revendedor varejista, ainda que o estabelecimento pertença à mesma empresa”*. Entretanto, tal fato não enseja a cobrança do tributo pretendido, porquanto a incidência da norma tributária depende da ocorrência de um fato gerador previsto em lei, que, na espécie, não se confunde com o descumprimento da norma que regula a atividade comercial. Ademais, não há, na legislação vigente, qualquer dispositivo que autorize uma presunção de não recolhimento do tributo pelo estabelecimento comercial que não cumpre as normas editadas pelo órgão regulador a que está submetido. A infração à norma baixada pela ANP indica, apenas, a existência de uma infração de cunho administrativo, não sendo idônea a deflagrar o liame obrigacional de direito tributário.

Por derradeiro, ousou acrescentar algumas palavras à lição do mestre Paulo de Barros Carvalho, apenas para consignar que, no meu entendimento, a tipicidade é princípio comum ao direito tributário e ao direito penal. E tal não se dá por coincidência, mas, sim, porque, tanto no direito criminal, quanto no direito tributário, o estado exerce o seu poder de império para invadir a esfera individual de seus administrados, retirando-lhes, sem prévia anuência, parcela de liberdade e de patrimônio. Esta prerrogativa é conferida com exclusividade ao estado, decerto porque abrimos mão desta parcela de direitos em favor da democracia e do regime republicano de governo, como aduziu a ilustre Conselheira Sandra Urânia. Tenho, todavia, que, justamente por se tratar de uma concessão dos próprios cidadãos, o exercício de tais prerrogativas deve contar com rígidos balizadores, justamente para que seja possível manter esta mesma democracia, evitando abusos intoleráveis, como aqueles praticados em épocas passadas.

Diante de tais considerações, entendo que a presente autuação é, em parte, nula, consoante prevê o art. 18, IV, a, do RPAF, porquanto não há provas que demonstrem, com segurança, que as operações de transferência que envolvem quantidades iguais ou inferiores a 2000 litros de combustível foram ou não realizadas diretamente do caminhão tanque ou foram feitas a partir de combustíveis extraídos das bombas.

Entretanto, as notas fiscais que envolvem operações de quantidades iguais ou superiores a 2000 litros, o próprio contribuinte confirma que as transferências são feitas por conduto dos caminhões

tanques. Assim, apenas as notas que espelham estas operações deverão ser somadas aos valores constantes dos encerrantes. Este trabalho, entretanto, não deverá ser feito em Segunda Instância administrativa, sob pena de prejuízo para defesa do autuado.

Assim, conquanto o Recurso Voluntário não tenha esta finalidade, declaro, de ofício, a nulidade do processo administrativo, devendo ser refeitos os demonstrativos fiscais levando em consideração os padrões ora fixados.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para discordar do entendimento do nobre relator, quanto à sua Decisão de Não Prover o Recurso Voluntário, para de ofício declarar a nulidade do Auto de Infração, consoante prevê o art. 18, IV, a, do RPAF, por entender que “...*não há provas que demonstrem, com segurança, que as operações de transferência que envolvem quantidades iguais ou inferiores a 2000 litros de combustível foram ou não realizadas diretamente do caminhão tanque ou foram feitas a partir de combustíveis extraídos das bombas.*”

O aludido Auto de Infração tem como objeto quatro infrações, as quais exigem o ICMS no montante de R\$49.698,25, em razão da falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, por ter adquirido mercadorias de terceiros, sujeitas ao regime de substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2000 e 2003.

A Decisão recorrida considerou o ajuste no lançamento de ofício promovido pelo autuante em sua informação fiscal, por concordar com a inclusão do arresto judicial, reduzindo o montante do valor exigido para R\$45.525,40.

Contudo, não acatou a alegação do contribuinte de que nas vendas de combustíveis indicadas nas notas fiscais relacionadas já estavam registradas nos bicos das bombas, acarretando a contagem, no levantamento fiscal, dessas quantidades de combustíveis revendidos em duplicidade, como se pode observar da leitura do voto do relator da Decisão da 1ª instância a seguir:

O autuado não juntou cópias das Notas Fiscais indicadas nas relações apresentadas. Não estou convencido da regularidade dessas transferências. A troca de combustíveis entre postos constitui, inclusive, infração às normas da Agência Nacional de Petróleo. Não levarei, por isso, em conta as listagens às fls. 1156/1162.

Defende o ilustre relator da Decisão da 2ª Instância, Conselheiro Fábio de Andrade Moura, que:

...não há provas que demonstrem, com segurança, que as operações de transferência que envolvem quantidades iguais ou inferiores a 2000 litros de combustível foram ou não realizadas diretamente do caminhão tanque ou foram feitas a partir de combustíveis extraídos das bombas.

Também aduz o nobre conselheiro que:

Não se está aqui a afirmar que as infrações apontadas na autuação não ocorrera. Também não há nos autos provas para se chegar a tal conclusão. O que se pretende estabelecer é que, diante dos documentos e informações constantes dos autos, é impossível definir-se com a segurança exigida pelo próprio regulamento do processo administrativo fiscal, que a infração existiu e, mais, que está corretamente quantificada no preste Auto de Infração.

Eis os alicerces que sustentam a construção do voto proferido pelo digníssimo relator, os quais não devem prosperar diante de uma única verdade: a de que os documentos fiscais, utilizados para o levantamento fiscal, foram produzidos pelo próprio contribuinte, sendo que não constam qualquer observação ou vinculação de que as operações consignadas nas notas fiscais já estavam registradas nos encerrantes das bombas, como alegado pelo sujeito passivo.

Assim, a prova documental existente depõe contra a quem produziu, pois os números apurados no levantamento quantitativo não foram criados, mas, sim, extraídos dos documentos fiscais.

Logo, a infração foi sim definida com segurança e respeitando o devido processo legal, cujas razões ofertadas pelo recorrente, estas sim, não foram comprovadas, diante dos próprios documentos e livros fiscais, produzidos pelo próprio contribuinte, os quais embasaram o levantamento fiscal, cujos números apurados, em momento algum, o sujeito passivo conseguiu destituí-los.

Portanto, a única necessidade de prova existente nos autos é relativa à alegação do contribuinte, pois o único fato não documentado é o seu argumento de que nas vendas de combustíveis indicadas nas notas fiscais já estavam registradas nos bicos das bombas, o que não restou comprovado, principalmente, nos documentos fiscais de sua emissão.

Por fim, devo salientar que no levantamento quantitativo devem-se levar em conta as quantidades constantes nos documentos fiscais de entradas, de saídas e nos seus estoques, sob pena de se cometer injustiça.

Portanto, diante de tais considerações, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087015.0067/03-0**, lavrado contra **ANUNCIAÇÃO & COELHO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$45.525,40**, sendo R\$27.399,33, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$20.805,93 e 60% sobre R\$6.593,40, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$18.126,07, acrescido das multas de 70% sobre R\$13.858,15 e 60% sobre R\$4.267,92, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Sandra Urânia Silva Andrade e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fábio de Andrade Moura; Oswaldo Ignácio Amador e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO VENCEDOR.

ÂNGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS