

A. I. Nº - 206900.0054/04-4

AUTUADO - PETROSERRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

AUTUANTES - NEY SILVA BASTOS, JORGE JESUS DE ALMEIDA e JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS

ORIGEM - COFEP/NORTE

INTERNET - 15.02.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-02/08

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PAGAMENTO DO DÉBITO COM DESISTÊNCIA DA DEFESA. O pagamento do crédito tributário, com desistência da defesa apresentada, implica extinção do processo administrativo, nos termos do art. 122, I e IV, do RPAF/99. Defesa do Auto de Infração PREJUDICADA, ficando extinto o processo administrativo. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/3/05, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2002), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas tributáveis, sendo lançado imposto no valor de R\$ 36.601,68, com multa de 70%;
2. saídas de mercadorias isentas ou não tributáveis sem emissão dos documentos fiscais correspondentes [mercadorias cuja fase de tributação estava encerrada – descumprimento de obrigação acessória], nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, sendo aplicadas 3 multas, relativamente a cada exercício, nos valores de R\$ 40,00, R\$ 50,00 e R\$50,00, respectivamente, totalizando R\$ 140,00;
3. falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, fato este constatado 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, sendo o débito apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2003), sendo lançado imposto no valor de R\$ 8.522,72, com multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem escrituração de suas entradas, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2001 e 2003), lançando-se imposto no valor de R\$ 55.021,25, com multa de 70%;
5. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios

- fechados (2001, 2002 e 2003), lançando-se o imposto no valor de R\$66.585,85, com multa de 60%;
6. falta de retenção e consequentemente do recolhimento de ICMS na condição de substituto tributário, nas operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, por conseguinte, sem lançamento na escrita fiscal, fato este constatado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2001 e 2002), sendo lançado imposto no valor de R\$11.754,60, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 211/222). Fala dos fundamentos jurídicos da tributação. Comenta a técnica da dissecação dos aspectos da norma jurídica tributária, salientando ser impossível nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que todos os elementos constituintes da hipótese da norma se tenham verificado, haja vista os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada. Fala da reputação da empresa no cumprimento de suas obrigações.

Informa que, com o objetivo de gozar dos benefícios contidos no art. 919, I, do RICMS, efetuou em 16.5.05 o depósito administrativo na quantia de R\$ 297.288,07, nos termos do art. 92 do RPAF.

Declara reconhecer parte dos débitos lançados nos itens 1º, 4º, 5º e 6º; reconhece totalmente o débito do item 2; defende-se integralmente do item 3º. Indica os valores reconhecidos relativamente a cada item. Requer a quitação das parcelas reconhecidas com redução de 80% das multas.

Com relação ao item 1º, alega o autuado que os fiscais não incluíram no levantamento quantitativo de estoque diversas Notas Fiscais de saídas e lançaram diversas Notas Fiscais de saídas a menos, consoante relatório circunstanciado acostado à defesa, de modo que seria indevida a quantia de R\$17.404,40.

Quanto ao item 3º, reclama que os autuantes não incluíram no levantamento diversas Notas Fiscais de saídas, lançaram diversas Notas Fiscais de saídas a menos e lançaram indevidamente a Nota Fiscal 13317, conforme relatório circunstanciado anexo, de modo que o lançamento desse item seria improcedente.

No tocante ao item 4º, relativamente ao exercício de 2001, alega que os fiscais lançaram em duplicidade diversas Notas Fiscais de saídas, lançaram diversas Notas Fiscais de saídas a mais e lançaram indevidamente diversas Notas Fiscais, conforme relatório circunstanciado anexo, de modo que é improcedente a quantia de R\$18.774,72. Aduz que oficializou ao fornecedor a expedir a relação das compras de óleo diesel do exercício de 2001, no sentido de comprovar o que foi alegado.

Ainda em relação ao item 4º, no que concerne ao exercício de 2003, alega que os fiscais lançaram diversas Notas Fiscais de saídas em duplicidade, lançaram a menos a Nota Fiscal 14330 e lançaram a mais a Nota Fiscal 518, conforme relatório circunstanciado anexo, de modo que estaria comprovada a improcedência da quantia de R\$36.066,20.

No tocante ao item 5º, argumenta que no caso do exercício 2001 o tributo não é devido, pois se trata de situação relacionada com a do exercício de 2001 do item 4º.

Relativamente ainda ao item 5º, no caso do exercício de 2002, alega que os fiscais lançaram em duplicidade diversas Notas Fiscais de saídas, de acordo com o relatório circunstanciado anexo, sendo totalmente improcedente o lançamento relativo ao citado exercício.

No caso do exercício de 2003, alega o autuado que os fiscais lançaram em duplicidade diversas Notas Fiscais de saídas de óleo diesel, conforme relatório circunstanciado anexo, e por isso seria improcedente a quantia de R\$18.302,78. Ainda com relação ao exercício de 2003, alega o autuado que os fiscais deixaram de lançar as Notas Fiscais 5563 e 5576, relativas a saídas de gasolina tipo

“A”, conforme relatório circunstaciado anexo, e por isso seria improcedente a quantia de R\$1.907,06.

Quanto ao item 6º, alega que no levantamento do exercício de 2002 os fiscais deixaram de lançar diversas Notas Fiscais de saídas e lançaram diversas saídas, conforme relatório circunstaciado anexo, sendo por isso improcedente a quantia de R\$3.480,88.

Indica os documentos que foram acostados visando à reconstituição dos levantamentos fiscais.

Requer que, caso os fiscais autuantes não concordem com os elementos apresentados, sejam os autos encaminhados à ASTEC, para verificação dos citados elementos. Comenta a forma como considera que poderá ser feita a prova dos pontos assinalados, por fiscal estranho ao feito. Fundamenta o pleito nos princípios do direito de defesa e da verdade.

Formula pedidos de produção de provas. Pede que os lançamentos sejam julgados procedentes em parte, de acordo com as parcelas reconhecidas, com a devolução do depósito administrativo efetuado.

Um dos fiscais prestou informação (fls. 329/337) falando da forma como foi efetuado o lançamento. Explica que houve o máximo de cuidado durante o processo de digitação das Notas Fiscais, embora reconheça que, devido à legibilidade das Notas Fiscais, que em sua maioria foram emitidas de forma manuscritas e com caligrafias as mais diversas, possam ter ocorrido erros nos lançamentos dos dados contidos nos citados documentos. Diz que foram encaminhados à empresa os dados levantados, para conferência.

Passa em seguida a analisar cada item das considerações apresentadas pela defesa, fazendo afinal as alterações consideradas necessárias, apresentando novos demonstrativos consubstanciados nos Anexos D, E e F.

Conclui dizendo que de concreto nas razões da defesa há somente as cópias das Notas Fiscais para retificação dos demonstrativos fiscais originários. A seu ver, os demonstrativos elaborados pela defesa para demonstrar os estoques finais após ajustes da documentação são inverídicos, pois não refletem a posição final dos levantamentos após efetivação das alterações referentes aos documentos fiscais apresentados. Considera que a defesa apresentada pelo autuado tem a finalidade única e precípua de protelar o pagamento do tributo devido, haja vista que o contribuinte conhece e mantém o controle de seus estoques.

Opina pelo acatamento dos novos valores expressos nos demonstrativos apresentados na informação, nos Anexos D, E, F e G, referentes aos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

Dada ciência dos novos elementos ao sujeito passivo, este se manifestou (fls. 611/616) protestando que não visa procrastinar o andamento do processo, tanto assim que efetuou o depósito administrativo no montante integral da dívida, e o que discute é a existência de equívocos verificados no levantamento físico das mercadorias.

Explica que a partir de julho de 2001, a Petrobrás S.A. adotou sistema de Ponto “A”, sistema em que as distribuidoras de combustíveis deixam de possuir estoque físico de gasolina e óleo diesel, passando em seu lugar a ter um crédito financeiro que corresponde a uma disponibilidade de crédito de litros de gasolina e de óleo diesel junto à referida empresa. Aduz que a Petrobrás consulta os distribuidores diariamente quanto à necessidade para o dia seguinte de gasolina e óleo diesel, e a distribuidora, como é o caso da empresa autuada, informa a quantidade à Petrobrás S.A., e então esta bombeia para a Petrobrás Distribuidora S.A. a quantidade solicitada para o chamado Ponto “A”, e a distribuidora (no caso, a autuada) emite as Notas Fiscais na quantidade solicitada diretamente para os seus clientes, sem que a mercadoria passe pelo seu estabelecimento.

Diz que, de modo diferente, com relação ao álcool anidro e ao álcool hidratado, a empresa

autuado possuía estoque físico em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003, sendo o referido produto armazenado em tanques alugados à Petrobrás S.A. na cidade de São Francisco do Conde.

Declara reconhecer que cometeu um equívoco de boa-fé ao registrou estoque físico de gasolina e óleo diesel a partir de julho de 2001, data em que foi instituído o Ponto “A” para aquelas mercadorias (gasolina e óleo diesel), porquanto deveria registrar apenas crédito financeiro junto à Petrobrás S.A., corresponde à disponibilidade de crédito em litragem. Aduz que foi esse equívoco o que motivou a suposta omissão de gasolina e óleo diesel.

Requer que, se considerado necessário por este órgão julgador, seja consultada a Petrobrás S.A. para ser esclarecido se a empresa possuía estoque físico de gasolina e óleo diesel em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003 ou crédito financeiro.

Com relação ao teor da informação fiscal, o autuado alega que os fiscais cometem alguns equívocos no levantamento físico das entradas e saídas de mercadorias, bem como na exclusão dos estoques de gasolina e óleo diesel em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003, devendo-se corrigir as entradas e as saídas lançadas indevidamente e proceder-se à retificação dos estoques.

Fala dos propósitos e dos fundamentos jurídicos de sua pretensão.

Ratifica os pedidos formulados na defesa inicial, aduzindo o pedido para que seja consultada a Petrobrás S.A. para confirmar a inexistência de estoque físico de gasolina e óleo diesel no estabelecimento do autuado em qualquer período do ano base a partir de julho 2001, 2002 e 2003.

Dada vista dos autos a um dos fiscais autuantes, este se pronunciou (fls. 618-619) dizendo que o autuado não trouxe nenhum fato concreto que possa ser apreciado em busca da verdade material. Explica que o levantamento em litígio teve como base a digitação de todas as Notas Fiscais do contribuinte, assim como a consideração dos valores de seus estoques iniciais e finais declarados em livros próprios. Observa que havia reconhecido que, em função do volume de documentos digitados e da legibilidade das segundas vias apresentadas, ocorreram erros de digitação de algumas Notas Fiscais, fazendo com que fosse apresentado um novo levantamento, acatando todas as correções solicitadas de forma inconteste pelo contribuinte, porém, quando uma Nota Fiscal é retirada da relação de um determinado produto por erro de digitação, esta mesma Nota Fiscal é incluída na relação de sua efetiva operação, fazendo com que o resultado final do levantamento tenha os valores modificados, conforme foi apresentado nos anexos D, E e F, acostados aos autos. Diz que o autuado, ao se manifestar sobre a informação prestada, não apresentou qualquer documento que comprovasse erros nos levantamentos apresentados, apresentando também considerações sobre a forma de registro de seus estoques iniciais e finais e afirmando ter cometido de boa-fé erro nos registros de seus estoques por ter confundido registros físicos com registros de caráter financeiro. Conclui dizendo que, observando-se os valores apurados nos exercícios de 2002 e 2003, verifica-se que não existem estoques finais declarados de óleo diesel e gasolina tipo “A”, o que, a seu ver, joga por terra a alegação da defesa de que ocorreu erro de entendimento ao registrar os valores dos inventários. Opina pela manutenção dos valores apresentados na informação fiscal.

A empresa voltou a manifestar-se (fls. 623/625), juntando elementos demonstrativos de reconstituição dos levantamentos quantitativos, acompanhados dos relatórios analíticos das entradas e saídas dos exercícios de 2001, 2002 e 2003. Anexou também declaração prestada pela Petróleo Brasileiro S.A., acerca da alegada inexistência de estoque físico no período de 9.7.01 a 31.8.04.

O processo foi remetido em diligência (fls. 1093/1095) à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho para que verificasse os pontos levantados pela defesa, especificamente no que concerne: 1) às questões expostas à fl. 221; 2) aos alegados equívocos nos levantamentos fiscais, à vista dos elementos anexados à petição às fls. 623/625; 3) ao chamado sistema “Ponto A”,

recomendando-se que fosse consultada, se necessário, a Petróleo Brasileiro S.A., de modo a se determinar se realmente houve o alegado erro escritural, haja vista o que consta às fls. 613, 1088 e 1089.

O auditor designado pela ASTEC para cumprir a diligência emitiu parecer (fls. 1097-1098) informando que, com relação às questões expostas à fl. 221, elas foram rebatidas pelo autuante na primeira informação prestada, e tudo quanto o autuado apresentou documentalmente foi incluído e ajustado nos anexos D, E e F.

Prossegue informando que, quanto aos anexos à petição trazidos às fls. 623/625, dizem eles respeito às planilhas com os ajustes das quantidades argüidas pela defesa em sua primeira manifestação, tendo as planilhas sido fornecidas pelo autuante à empresa, sendo que esta, com base na documentação apresentada na primeira manifestação, devidamente acolhida pelo autuante naquilo que foi considerado pertinente, elaborou as referidas planilhas, ajustando as quantidades questionadas na primeira manifestação. Considera o parecerista que a segunda manifestação da defesa não rebate as razões trazidas pelo autuante em sua primeira informação, não apresenta fato novo nas referidas planilhas, apenas efetua os demonstrativos dos fatos já argüidos na primeira manifestação da defesa.

Quanto ao aludido Ponto “A”, diz o parecerista que, após a análise dos documentos acostados aos autos, inclusive a manifestação da defesa, além de ter feito contato com o Sr. Paulo Roberto Lessa, da Coordenação de Comercialização da Petróleo Brasileiro S.A., conclui que havia um contrato entre a Petróleo Brasileiro S.A. e algumas distribuidoras, no qual aquela empresa concedia um crédito relativo a determinada quantidade de combustível, que aos poucos, dentro do limite do referido crédito, era faturado nas quantidades solicitadas. A seu ver, o referido crédito financeiro nada mais é do que a reserva de uma determinada quantidade de combustível disponibilizada para o autuado, formalizada através de contrato firmado entre as partes, caracterizando-se a circulação jurídica da mercadoria e, portanto, a existência dos estoques.

Dada ciência do resultado da diligência ao sujeito passivo, este voltou a se manifestar sobre os novos elementos (fls. 1105/1116). Juntou demonstrativos e outros documentos, inclusive declarações da Gerência de Comercialização da Refinaria Landulfo Alves. Insiste nas alegações quanto à questão do Ponto “A”. Invoca o princípio da ampla defesa. Reitera o pedido de manifestação da ASTEC. Pede que seja oficializado à Petrobrás S.A. para confirmar a inexistência de estoque físico de combustível (gasolina e óleo diesel) no estabelecimento do autuado em qualquer período do ano base a partir de julho de 2001 e nos exercícios de 2002 e 2003, bem como se forneceu a supramencionada declaração.

O processo foi dado por instruído e posto em pauta de julgamento (fl. 1596).

Na sessão de julgamento, decidiu-se a realização de nova diligência (fls. 1602/1606) a fim de que a ASTEC solicitasse oficialmente à Petróleo Brasileiro S.A., pelos canais competentes, que explicasse com mais detalhes em que consiste o sistema de operações que a Petroserra Distribuidora de Petróleo Ltda. chama de Ponto “A”, recomendando-se que fossem anexadas à solicitação cópias dos ofícios às fls. 1592 e 1593, informando aquela empresa da finalidade da solicitação. Frisou-se que, no ofício, deveria ser solicitado que a Petróleo Brasileiro S.A. confirmasse, se fosse o caso, as declarações constantes nos aludidos ofícios (fls. 1592 e 1593), de modo a ficar claro se o autuado efetivamente possuía estoque físico de gasolina e óleo diesel em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003, ou se tinha apenas o alegado “crédito financeiro”.

Na mesma diligência, foi solicitado que, em face da resposta e dos esclarecimentos obtidos junto à Petróleo Brasileiro S.A., fosse emitido parecer opinativo quanto ao chamado sistema “Ponto A”, fundamentando tecnicamente seu ponto de vista quanto ao o alegado erro escritural, haja vista o que consta às fls. 613 e 1107-1108.

Foi solicitado, ainda, que fossem verificados os pontos levantados pelo autuado na defesa e na manifestação após a diligência, refazendo-se os levantamentos fiscais, se fosse o caso, especificamente no que concerne 1) às questões expostas à fl. 221; 2) aos alegados equívocos nos levantamentos fiscais, à vista dos elementos anexados à petição às fls. 623/625 e 1135/1593; 3) à adequação do resultado dos trabalhos à orientação contida na Portaria nº 445/98, em atenção ao § 1º do art. 60 do RICMS.

O auditor que cumpriu a diligência informou o seguinte (fls. 1608/1610):

Quanto à primeira solicitação, foi intimada a Petróleo Brasileiro S.A. para prestar os esclarecimentos pretendidos, sendo informado que, no período de 9.7.01 a 31.8.04, efetuou vendas de combustíveis ao autuado na modalidade *LPC* (livre para carregamento), modelo em que os produtos armazenados na base de carregamento são de propriedade da Petrobrás, só passando a ser de responsabilidade do cliente quando carregados (e faturados) no seu caminhão-tanque. O chamado ponto “A” é o ponto onde a custódia do produto deixa de ser da Petrobrás e passa a ser do cliente (Petroserra), e, no caso em questão, em que as entregas são feitas para caminhão-tanque, o Ponto “A” é o bico de carregamento. A Petróleo Brasileiro S.A. confirma o teor das cartas da Gerência de Comercialização da Unidade de Negócio, datadas de 24.10.05, nas quais afirma a modalidade de venda *LPC* para o autuado, atestando a inexistência de estoque físico de mercadorias da Petroserra no período mencionado. No que se refere ao erro escritural relativo ao estoque final do exercício de 2001, o parecerista considera que, se acreditada a declaração da Petrobrás, fica confirmada a alegação do contribuinte e, sendo assim, o levantamento do exercício de 2001, tomando-se por base o demonstrativo da informação fiscal à fl. 407, passa a ser o que é apresentado à fl. 1611, e, em tal caso, tendo sido identificada omissão de saídas de mercadorias, há incidência tributária apenas sobre o álcool, cuja tributação total é de responsabilidade do autuado, na qualidade de distribuidor, nos termos do art. 512-A, I, “a”, 5 e “b”, 1, do RICMS, já que as demais mercadorias da omissão de saídas têm tributação na refinaria, como prevê o art. 512-A, I, “a”.

No tocante à segunda solicitação, pondera o parecerista que a avaliação da veracidade ou não da declaração da Petrobrás quanto ao chamado Ponto “A”, expressa nas declarações anexas, compete ao órgão julgador.

Quanto à terceira solicitação, observa o parecerista que as questões expostas à fl. 221 foram enfrentadas pelo autuante na informação prestada. Observa que, anexo ao informativo às fls. 623/625 o contribuinte trouxe demonstrativos denominados de “Reconstituição dos Levantamentos Quantitativos”, os quais são repetidos às fls. 1135/1593, sem, entretanto, apontar, especificamente, as diferenças e respectivos documentos comprobatórios das divergências entre os dados dos autuantes e os seus. Quanto ao argumento da inexistência de estoques, tal fato, se considerado para julgamento, já está contemplado no demonstrativo do exercício de 2001, à fl. 1611.

Foi mandado dar ciência do resultado da diligência aos autuantes e ao sujeito passivo.

Não houve manifestação, quer pelos autuantes, quer pelo autuado.

Foi apensado aos autos demonstrativo de pagamento do valor total do débito, com a informação de que o contribuinte, em 29.9.06, efetuou o pagamento integral do Auto de Infração, com os benefícios da Lei nº 10.328/06, antes da data da solicitação de diligência (fl. 1024).

VOTO

O presente Auto de Infração diz respeito ao inadimplemento de obrigações tributárias relativas a fatos apurados por meio de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.

Em atendimento aos pleitos do sujeito passivo, devidamente fundamentados na defesa e em manifestações posteriores, foram deferidas diligências para saneamento e depuração dos valores

devidos.

Nesse ínterim, contudo, o contribuinte efetuou o pagamento integral dos valores lançados, com os benefícios da Lei nº 10.328/06, conforme consta à fl. 1024.

Nos termos do art. 3º da referida lei, na quitação de créditos tributários que se encontrem com defesa ou recurso administrativo, valendo-se dos benefícios por ela previstos, o sujeito passivo reconhece a procedência da autuação que tenha dado origem ao procedimento, desistindo da impugnação.

O pagamento do crédito tributário em discussão, com desistência da defesa apresentada, implica extinção do processo administrativo, nos termos do art. 122, I e IV, do RPAF/99.

Voto pela EXTINÇÃO DO PROCESSO, por pagamento do Auto de Infração, ficando, consequentemente, prejudicada a defesa apresentada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal relativo ao Auto de Infração nº **206900.0054/04-4**, lavrado contra **PETROSERRA DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo o PAF ser encaminhado à INFAZ de origem para adoção das providências pertinentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2008

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR