

**A. I. Nº** - 055862.0052/09-4  
**AUTUADO** - DERIVADOS DE PETRÓLEO TEIXEIRA RIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - EREMITO GONÇALVES DE ROMA  
**ORIGEM** - INFAZ JACOBINA  
**INTERNET** 05.11.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO JJJ Nº 0287-05/10**

**EMENTA: ICMS. 1. 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. Infrações parcialmente elididas. Valor do débito reduzido em face de revisão efetuada no lançamento originário. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2009, apura seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008), lançando-se imposto no valor de R\$5.228,92, com multa de 70%;
2. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008), lançando-se imposto no valor de R\$1.455,73, com multa de 60%;
3. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (novembro 2009), lançando-se imposto no valor de R\$34.100,14, com multa de 70%;
4. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (novembro 2009), lançando-se imposto no valor de R\$10.641,42, com multa de 60%;

O autuado, em Defesa (fls. 26 a 32), diz que os produtos comercializados foram adquiridos a fornecedor regular e que o autuante levantou números irreais, resumindo a questão no fato de omitir a existência de notas fiscais contabilizadas, tudo por não analisar todos os documentos existentes, bem como o LMC na sua totalidade, livro registro escrituração contábil que se permitiria que se aplicasse a compensação

Diz que o levantamento fiscal é desconstruído por não considerar notas fiscais, nem o próprio LMC e livro Registro de Notas Fiscais do período 1º de janeiro de 2008 a 24 de novembro de 2009. Ilustra que o autuante não considerou as entradas de acordo com as notas fiscais e o LMC, manipulando as notas e, por certo, as extraviando, e fazendo-se o cotejo com os números que levanta vê-se que o autuante deixou de incluir as seguintes notas fiscais: DIESEL DO ANO DE 2008: Nota Fiscal nº 22238, de 13/12/2008, e de 2009, as Notas Fiscais nºs 164399, 166278, 167630, 169403 e 170821; GASOLINA COMUM DO ANO DE 2009: Notas Fiscais nºs 166276, 169402 e 170822; ÁLCOOL HIDRATADO DE GASOLINA COMUM DO ANO DE 2009: Notas Fiscais nºs 166277 e 170820, todas entregues à fiscalização.

Para desfundamentar o Auto de Infração faz considerações sobre a atividade de revenda de combustíveis que não foram levadas em conta pela fiscalização e que ocasionou o desvio de entendimento por parte do autuante, já que a revenda de combustíveis pressupõe a compra de produtos a granel junto a uma Distribuidora, transportados por carretas tanque e descarregados em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros e vendidos em pequenos volumes aos consumidores através de bombas eletromecânicas com sistema de medição. Argumenta que em todas essas etapas se inserem variáveis que trazem pequenas distorções entre o volume comprado e os totalizados na venda ao consumidor, tais como:

1. Variações que ocorrem na compra, transporte e armazenagem:

a) Recebimento e transporte do produto:

A comercialização dos combustíveis, em especial do álcool através da NBR 5992 (Determinação de massa específica e do teor alcoólico etílico e suas misturas com água – Método de ensaio), gasolina e óleo diesel através da Resolução nº 6-70, do CNP, que estabelece o uso de tabelas de correção para a comercialização de derivados de petróleo para temperaturas acima de 20º Celsius, contempla a ocorrência de oscilações de volume do produto entre o ato da compra e da venda ao consumidor. Esse fato é tão explícito que a densidade e a temperatura dos produtos encontram-se no corpo da nota fiscal. A título de exemplo, calcula-se que uma gasolina comprada e embarcada a uma temperatura de 27º C e densidade de 750 gr/litro, quando comercializada a 29º.C pode ter o seu volume reduzido em 0,21%;

b) Evaporação no armazenamento de gasolina:

A Portaria CNP NR 283/80 prevê abate diário de até 0,6% do volume estocado da gasolina em função das perdas por evaporação e manuseio do produto. Todos os tanques possuem tubulação de respiro que comunica o tanque à atmosfera, como forma de evitar a sobrepressão de gases formada no seu interior. A Resolução CONAMA 273, a partir de 1998, prevê como forma de preservação de meio ambiente a colocação de válvulas de retenção nas saídas dos respiros de forma a reduzir o volume liberado para a atmosfera. Porém, a ANP ainda admite a perda de 0,6% do produto em função de perdas por evaporação da gasolina;

c) Instrumento de Medição dos tanques:

Para produtos com baixos volumes comercializados, a precisão na medição dos valores estocados apresenta-se com fundamental importância nas distorções entre volumes comprados e comercializados. As medições são feitas com varas de madeira metrificadas. Lê-se a área molhada e recorre-se a uma tabela padrão do fornecedor do tanque. A imprecisão decorre de que estas tabelas são únicas para todos os tanques fabricados e de que o próprio assentamento do tanque no solo, em função de sua inclinação, pode gerar erros de leitura;

2. Variações ocorridas na comercialização do produto:

a) Venda do combustível:

Anualmente o Ibametro realiza aferição de cada bico de abastecimento ao consumidor, utilizando-se de balde de 20 litros. Para cada vinte litros registrado é permitida uma variação de +- 100 ml, representando, assim, uma (cento) na comercialização dos combustíveis.

Para verificar se as bombas estão dentro da variação permitida, periodicamente os postos realizam aferições e configurada extrapolação do limite empresa credenciada pelo Ibametro ajusta a bomba.

### 3. Sujeição de problemas com encerrantes das bombas:

O posto revendedor é susceptível de sofrer alteração nos encerrantes das bombas por conta de queda de energia ou mesmo por problemas mecânicos, e tais fatos teriam que ser considerados quando do levantamento fiscal.

Assim, alega o Impugnante, podem ter ocorrido erros que vieram a contaminar o Auto de Infração, por não demonstrar a real contabilização da documentação do autuado, nem tampouco tomou como importantes às questões acima levantadas.

Argüi que a manipulação de documentação e legislação da ANP pelo Fisco da Bahia é nula quando anterior ao Convênio de 02 de outubro de 2003 e a ação fiscal desse Auto de Infração deve atender ao Convênio sob pena de nulidade.

Ademais, alega que, por absurdo, descartada a possibilidade de afastamento da responsabilidade por solidariedade do autuado, ter-se-ia que considerar a responsabilidade pelo eventual não recolhimento do imposto, bem como pela antecipação, ao seria Distribuidor. Fundamentado em tal motivo é que se deve afastar a multa aplicada, tendo-se somente ao principal e aos juros de mora. Note-se que o CTN no seu art. 112, estabelece que a interpretação deva ser da maneira mais favorável ao acusado, no caso o Posto Revendedor, e também o Decreto Estadual nº 7.629/99, no seu art. 2º, § 2º, diz que o cumprimento deve ser o menos oneroso para o requerente.

Conclui pedindo a improcedência do Auto de Infração e, caso isso não ocorra, que se descaracterize a multa aplicada com aplicação de multa acessória.

Também requer a nulidade dos demonstrativos do autuante, em razão de macularem a legislação que rege a matéria por aplicação de normas da ANP somente em parte.

Na Informação Fiscal de fl. 61, o autuante admitindo que inicialmente não considerou nos levantamentos as notas fiscais conforme alegado na Defesa, acata-as refazendo os demonstrativos da auditoria reduzindo o valor autuado de R\$51.426,21 para R\$221,55, com a distribuição dos valores pertinentes às infrações conforme documento de fls. 62 a 64.

Às fls. 85 a 88, constam extratos SIGAT dando conta do pagamento do valor reapurado pelo autuante por ocasião da informação fiscal.

### VOTO

Este Auto de Infração cuida da falta de pagamento de ICMS, relativamente a compras de combustíveis efetuadas sem documentos fiscais apurada por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2008) e aberto em 2009. Foi lançado o imposto devido a título de responsabilidade solidária e o relativo à parcela do valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Compulsando os autos, inicialmente vejo que a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante em razão da ação fiscal inicial ter sido elaborada sem atender integralmente a legislação da Agência Nacional de Petróleo como prevê o Convênio firmado em 02 de outubro de 2003, foi superada com o ajuste procedido no lançamento por ocasião da informação fiscal prestada pelo autuante.

O autuado contestou o lançamento apontando diversas incorreções nos dados do levantamento quantitativo efetuado pelo autuante, em especial, por falta de inclusão das seguintes notas fiscais: DIESEL DO ANO DE 2008: Nota Fiscal nº 22238, de 13/12/2008, e de 2009, as Notas Fiscais nºs 164399, 166278, 167630, 169403 e 170821; GASOLINA COMUM DO ANO DE 2009: Notas Fiscais nºs 166276, 169402 e 170822; ÁLCOOL HIDRATADO DE GASOLINA COMUM DO A 166277 e 170820.

Noto, por ocasião da informação fiscal, o autuante acolheu as razões de defesa do autuado e refez o levantamento fiscal juntando aos autos os demonstrativos de fls. 67 a 82, ajustando o valor das infrações na forma demonstrada no documento de fls. 62 a 64, o que resultou na redução do valor devido para R\$221,55, valor reconhecido e pago pelo autuado, conforme os documentos acostados ao PAF às fls. 85 a 88.

Considerando que não observo irregularidade no procedimento fiscal levado a efeito para ajuste do lançamento tributário, acolho como correto este novo valor apontado como devido.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o demonstrativo de débito abaixo, devendo ser homologado o valor já recolhido:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	ICMS devido
<b>Infração 01</b>					
31/12/2008	09/01/2009	132,12	25	70	33,03
<b>Total Infração</b>					<b>33,03</b>
<b>Infração 02</b>					
31/12/2008	09/01/2009	36,80	25	60	9,20
<b>Total Infração</b>					<b>9,20</b>
<b>Infração 03</b>					
23/11/2009	09/12/2009	342,26	27	70	92,41
24/11/2009	09/12/2009	180,60	25	70	45,15
<b>Total Infração</b>					<b>137,56</b>
<b>Infração 04</b>					
23/11/2009	09/12/2009	109,64	27	60	27,41
24/11/2009	09/12/2009	57,40	25	60	14,35
<b>Total Infração</b>					<b>41,76</b>
<b>TOTAL</b>					<b>221,55</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **055862.0052/09-4**, lavrado contra **DERIVADOS DE PETRÓLEO TEIXEIRA RIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$221,55**, acrescido das multas de 70% sobre R\$170,59 e 60% sobre R\$50,96, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “d”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR