

**A. I. Nº** - 060624.0061/07-9  
**AUTUADO** - POSTO ITAPOAN LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES  
**ORIGEM** - INFAP VAREJO  
**INTERNET** - 29/04/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0071-03/11**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. **b)** MERCADORIAS JÁ SAÍDAS. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Foi feito o levantamento, mediante diligências fiscais realizadas por preposto da ASTEC, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, refere-se à exigência de R\$471.089,65 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2002 e 2003):

Infração 01: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, nos exercícios de 2002 e 2003. Valor do débito: R\$361.275,30.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, nos exercícios de 2002 e 2003. Valor do débito: R\$109.813,35.

O autuado apresentou impugnação (fls. 134 a 147), alegando que os produtos objeto da autuação foram adquiridos junto ao fornecedor regular, conforme fotocópia do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, utilizado pela fiscalização. Diz que a autuante levantou números irreais, desconhecendo a substituição tributária estabelecida em lei e que fora cumprida com o pagamento do imposto. Alega que o Fisco não analisou todos os documentos existentes, o LMC em sua totalidade, o registro de notas fiscais e a própria escrituração contábil. Entende que a fiscalização não poderia fazer o levantamento na forma como o foi, por se tratar de combustível, cuja obrigatoriedade da substituição tributária existe, e quando o valor do produto é pago ao fornecedor, já se encontra embutido o ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o

recolhimento do imposto. Reafirma que não foram consideradas notas fiscais, o LMC e os livros fiscais, além de ter sido constatado equívoco no exercício de 2003, tendo em vista que foi lançada a NF 159658 como sendo 159659. O defendente assevera que a omissão de entradas não tem sentido e se deve a erro no levantamento fiscal, ou mesmo omissão de análise em documentos fiscais não considerados, e o importante é que o ICMS foi recolhido, afastando qualquer presunção de sonegação do imposto. Diz que foram computadas no levantamento do autuante, notas fiscais em duplicidade ou até mesmo triplicadas, e não houve o cuidado de examinar o livro Registro de Entradas, ou mesmo, verificar as notas fiscais e pedir a sua apresentação. Afirma que também houve omissão na apreciação do LMC, em relação ao período de 19 a 31/12/2003, quanto ao produto gasolina comum, e que a autuante não considerou a possibilidade de compensação dos combustíveis gasolina comum e gasolina aditivada, nem as peculiaridades do próprio posto, que somente dispunha de um tanque de gasolina comum de 15.000 litros, e para não ocorrer desatendimento, pedia gasolina em quantidade maior, mas a previsão de venda não se concretizava, não cabendo no tanque de gasolina comum todo combustível adquirido e recebido, o que ensejava que fosse descarregado o excedente no tanque de gasolina aditivada, e quando isso ocorria a Ipiranga fornecia o aditivo para adequar o combustível comum à condição de aditivado. Assim, entende que se deveria reconhecer o direito de compensação entre os dois tipos de combustíveis, e que tal fato foi desprezado pela fiscalização. Informa que no levantamento que acostou aos autos, juntamente com a impugnação, se pode observar que, com a compensação, praticamente não haverá excesso, nem sobra de combustíveis. Pede que seja considerada a peculiaridade da atividade de revenda de combustíveis e apresenta o entendimento de que o posicionamento da fiscalização deverá ser reformado pelo CONSEF, salientando que a revenda de combustíveis pressupõe a compra de produtos a granel junto a uma Distribuidora, sendo transportados por carretas tanque e descarregados em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros nas instalações dos postos e vendidos em pequenos volumes aos consumidores, utilizando-se bombas eletromecânicas no sistema de medição. Assegura que todas essas etapas entre a compra e a venda final, além das características físico-químicas dos produtos apresentam variáveis que no final do processo traduzem pequenas distorções entre os volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor. Em seguida, o defendente descreve algumas das etapas e as diferenças passíveis de existir:

1) Variações ocorridas na compra, transporte, armazenamento:

- a) recebimento e transporte do produto;
- b) evaporação no armazenamento de gasolina;
- c) instrumento de medição dos tanques

2) Variações ocorridas na comercialização do produto: venda do combustível

3) Sujeição de problemas com os encerrantes das bombas.

Prosseguindo, o defendente alega que também houve equívoco no demonstrativo das saídas elaborado pela autuante, quando não considerou exatamente a evaporação prevista em lei ou as entradas diante das aferições. Diz que o Fisco se preocupou em utilizar os encerrantes dos bicos de combustíveis, quando não seria de sua competência, e se o for, deveria ter sido feita de acordo com o previsto na legislação. Assegura que os enganos cometidos pela fiscalização podem ser atestados mediante diligência a ser realizada pela ASTEC e se eventualmente, as distribuidoras não recolheram o imposto, cabe ao Estado cobrar destas e não do Posto que pagou o tributo antecipadamente. Cita os arts. 121 e 128 do CTN; comenta sobre a substituição tributária “para frente” e diz que o Fiscal não poderia ir além do conteúdo expresso na legislação tributária. Reproduz ensinamento do tributarista Alfredo Augusto Becker em seu livro Teoria Geral do Direito Tributário, mencionando também, o entendimento do Prof. Johnson Barbosa Nogueira em artigo editado pela Revista de Direito Tributário, sob o título “Contribuinte Substituto do ICM”. O impugnante salienta que a lavratura do presente Auto de Infração macula princípios

constitucionais e infraconstitucionais, apresentando o entendimento de que a exigência do imposto é um verdadeiro confisco por ser exigido tributo que é devido pela Distribuidora. O autuado argui a sua boa fé, assegurando que sempre cumpriu sua obrigação de recolhimento do imposto e que o Fisco não considerou a questão da evaporação, das aferições obrigatórias, nem a existência de notas fiscais, e não deu qualquer oportunidade ao contribuinte para explicar as situações apuradas no levantamento fiscal. Salienta que o art. 112 do CTN prevê que a interpretação deve ser dada de maneira mais favorável ao acusado, e que o Decreto Estadual nº 7.629 de 09/07/1999, no seu art. 2º, § 2º estabelece que a exigência deve ser o menos onerosa para o requerente. Por fim, o autuado requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito; juntada posterior de documentos, e que o presente Auto de Infração seja julgado improcedente. Se não for considerado improcedente, que se descaracterize a multa aplicada. Requer a nulidade dos demonstrativos elaborados pela autuante e esclarece que os livros contábeis e as notas fiscais de entrada e de saídas estão à disposição do Fisco para conferência e constatação dos equívocos apontados, pedindo ainda, ser intimado de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a informação fiscal da autuante, sob pena de nulidade.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 514/515 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que não houve omissão de notas fiscais porque as mesmas não foram apresentadas, conforme 2ª intimação emitida em 28/08/2007, parcialmente atendida e em períodos diversos. Diz que houve algumas notas fiscais duplicadas em virtude da irregularidade na entrega dos documentos e que foram entregues à fiscalização, dobrados ou até triplicados, e devido à falta de tempo, não foi possível fazer a correção, o que somente foi efetuado por ocasião da informação fiscal, conforme fls. 518 a 536 do PAF. Quanto aos livros fiscais, a autuante diz que são imprescindíveis em todo e qualquer tipo de fiscalização, e que o LMC serviu de base para o levantamento fiscal no que concerne aos valores relativos aos bicos e tanques, conforme fls. 28, 29, 48, 49, 78, 79, 80 e 81. Em relação ao LMC nº 06 (Gasolina Comum), diz que fez parte do levantamento, conforme fl. 81 e fl. 124 do PAF. Assegura que no levantamento fiscal foram realizados os procedimentos recomendados para o segmento específico de Comércio a Varejo de Combustíveis. Comenta sobre a Portaria 116/2000 da ANP e diz que existe um LMC para controle da Gasolina Comum e outro que controla exclusivamente Gasolina Aditivada. Assegura, ainda, que as notas fiscais de entradas recebidas pelo autuado separam as gasolinas em comum e aditivada; os mencionados livros e diversas notas fiscais foram apresentados à fiscalização pelo autuado. Quanto às variações apresentadas pelo defendente, diz que as mesmas foram compensadas com a concessão de perdas e ganhos apurados de acordo com o estabelecido no art. 8º da Portaria DNC nº 26, de 13/11/1992, conforme fls. 12 a 23; 33 a 43; 53 a 64. Finaliza, esclarecendo que os problemas dos encerrantes são tratados de acordo com o LMC e pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 541 a 543 dos autos, aduzindo que a autuante cometeu equívocos que sequer admitiu, mantendo o seu posicionamento de forma não fundamentada, corrigindo poucos itens apontados e já indicando os novos valores devidos. Não admitiu o equívoco de ter tomado em duplicidade várias notas fiscais, ficando evidente que a fiscalização foi efetuada de forma indevida e sem a apurada técnica que deveria ser aplicada. Diz que a autuante levantou números irreais, desconhecendo a Substituição Tributária. Assim, o defendente ratifica os termos da impugnação inicialmente apresentada, acrescentando que a autuante não tomou os números corretos do LMC, não observou corretamente os encerrantes, omitiu a existência de notas fiscais, apesar de apresentadas, lançou quantidades de combustíveis de maneira equivocada e em duplicidade, indicou aquisições incorretas, não considerou fechamento do estoque, e tudo isso, resultou na lavratura do Auto de Infração em lide. Diz que os erros apontados na impugnação, inclusive as planilhas elaboradas pela defesa deixam claro que não houve qualquer fato para sustentar o presente lançamento, e as alegações defensivas devem ser atestadas pela ASTEC, requerendo a realização de diligência.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante à fl. 742, esclarecendo que procedeu à correção do que foi possível o que resultou na elaboração de novos demonstrativos que acostou às fls. 719 a 741 autos. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado dos novos demonstrativos elaborados pela autuante, o defendente se manifestou às fls. 748/749, dizendo que a planilha de óleo diesel do ano de 2002 (fl. 720) tem uma diferença de 510 litros, que se referem a uma devolução da NF 172994, de 30/11/02, feita para a Ipiranga com a NF 00274, de 02/12/2002. Apresenta esclarecimentos em relação às diferenças apuradas de gasolina comum (2002) e aditivada (2002 e 2003). Repete a informação apresentada na impugnação inicial quanto às diferenças existentes nas planilhas de estoques dos anos de 2002 e 2003 entre a gasolina comum e aditivada e diz que acostou ao PAF planilhas dos lançamentos existentes no livro LMC dos anos de 2002 e 2003. Ratifica a defesa apresentada e pede a improcedência do presente Auto de Infração.

À fl. 899 a autuante tomou ciência da manifestação apresentada pelo autuado e disse que inexistia fato novo a ser analisado. Mantém as informações anteriores.

Considerando as inconsistências apontadas pelo defendente, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 905) para a autuante ou fiscal estranho ao feito:

1. Intimar o autuado para informar por escrito todos os equívocos materiais cometidos no levantamento fiscal, apresentando as provas necessárias;
2. De posse das informações constantes das fls. 748/749 e das provas acostadas aos autos, verificar se as notas fiscais elencadas não foram consideradas pela autuante no levantamento fiscal;
3. Verificar se as aferições nos encerrantes, alegadas pelo autuado, estão registradas no LMC e em caso positivo se foram consideradas no levantamento fiscal.
4. Se necessário, elaborar novo demonstrativo.

Em nova manifestação às fls. 909/911, o autuado alegou que na impugnação inicial apontou equívocos no levantamento fiscal que foram admitidos pela autuante, tendo corrigido poucos pontos apontados, indicando novos valores devidos. Depois da defesa e manifestações posteriores o débito originalmente apurado passou a ser de R\$107.547,81. O defendente entende que a autuante não produzirá provas contra si mesma, persistindo nos equívocos já apontados. Por isso, pede a realização de diligência pela ASTEC. Requer o prosseguimento do presente processo com a correção dos erros cometidos pela fiscalização, analisando-se o LMC e os levantamentos apresentados com a impugnação, em que foram apontados os erros.

Na informação fiscal prestada à fl. 1001-A, a autuante esclarece que intimou o autuado a informar todos os equívocos materiais cometidos no levantamento fiscal, e que, após o recebimento do material apresentado pelo defendente fez a necessária verificação. Em relação às notas fiscais constantes das fls. 748 e 749, informa que algumas não foram consideradas e outras foram digitadas em duplicidade, tendo sido efetuadas as devidas correções, quando as condições dos mencionados documentos permitiram. Quanto às aferições, reclamadas pelo autuado, diz que as mesmas encontram-se registradas nos LMCs e todas elas foram consideradas, existindo algumas diferenças de valores apurados devido aos equívocos nos somatórios dos livros apresentados, inexistindo necessidade de elaborar novo demonstrativo. Finaliza pedindo que seja mantido o presente Auto de Infração.

O contribuinte foi intimado da nova informação fiscal, conforme fl. 1011 do PAF, tendo apresentado nova manifestação às fls. 1014 a 1017, aduzindo que houve total desacerto da autuante quando indicou como devido o imposto no valor total de R\$471.089,65, e após a impugnação elaborou novos demonstrativos apurado que o tributo devido seria de R\$107.547,81. O defendente diz que não lhe restou outra alternativa senão apontar os equívocos e omissões que

restaram não analisados para que fosse providenciado novo levantamento fiscal. Em seguida reproduz manifestações anteriores e assegura que não há razão para a manutenção da exigência fiscal e dos demonstrativos elaborados pela autuante. Requer o prosseguimento do presente processo administrativo fiscal, com a correção dos erros cometidos pela fiscalização. Pede que sejam apreciados o LMC e os levantamentos apresentados juntamente com a impugnação.

À fl. 1025, a autuante diz que não foi apresentado nenhum fato novo pelo autuado que merecesse análise. Por isso, mantém as informações fiscais anteriores.

Considerando que o autuado alegou inconsistências no levantamento fiscal juntando ao presente processo demonstrativo e fotocópias de livros e documentos fiscais, cujas alegações foram acatadas parcialmente pela autuante, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC para o diligente:

1. Intimar o autuado para informar por escrito todos os equívocos materiais constatados no levantamento fiscal, apresentando os documentos fiscais originais, relativos a todas as inconsistências verificadas.
2. Com base nos documentos fiscais do autuado, verificar se a autuante, na revisão efetuada anteriormente, não fez os necessários ajustes, conforme alegado pelo defendente.
3. Verificar se as aferições e os dados relativos aos encerrantes, alegados pelo autuado, estão registrados no LMC, e em caso positivo, se foram considerados corretamente no levantamento fiscal, fazendo as necessárias correções.
4. Confrontar os dados apresentados pelo defendente, inclusive os de fls. 748/749, com os demonstrativos da autuante, de acordo com os documentos originais do autuado, retificando as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos, inclusive de débito.

Conforme PARECER ASTEC Nº 004/2010 (fls. 1028 a 1030), em cumprimento à diligência solicitada, o autuado foi intimado a apresentar os livros e documentos fiscais, tendo sido entregues o livro LMC referente aos exercícios de 2002 e 2003 e os mesmos demonstrativos que já constavam no presente PAF (fls. 1018 a 1023). A diligente informa que após o confronto das planilhas elaboradas pela autuante (fls. 719/742) com as alegações defensivas (fls. 1014 a 1023), constatou:

Em relação ao óleo diesel (2002), com a inclusão de 510 litros, referentes à devolução da NF 172994, as entradas apuradas de óleo diesel de 2002 passam para 454.490 litros (fl. 1020) e a diferença de 2.462,17 litros (fl. 720), passa para 1.952,17 litros.

Quanto à gasolina comum (2002), a NF 154837, correspondente a 5.000 litros, lançada no demonstrativo de fl. 726, referente a gasolina aditivada, também consta na planilha de gasolina comum (fl. 731). As NFs 162127, 168831, 170992, 174010, com 5.000 litros cada, não constam na nova relação das entradas da autuante, evidenciando que as mesmas já foram regularizadas pela autuante, por isso, não podem ser excluídos os 20.000 litros, conforme demonstrado pelo autuado (fl. 1020). Portanto, após a inclusão de 5.000 litros da NF 154837, as entradas apuradas de gasolina comum de 2002, passam para 1.855.000 litros e a diferença de 31.923,17 litros (fl. 730), passa para 26.923,17 litros.

Em relação à gasolina aditivada (2003), as Notas Fiscais de números 185984, 172041, 171969 e 171596, referentes às entradas de gasolina aditivada, com 5.000 litros cada, estão lançadas em duplicidade pela autuante, haja vista que foram incluídas nos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativos às fls. 727 (exercício de 2002), 728 e 729 (exercício de 2003). Porém, não existe nenhum débito em relação à gasolina aditivada (2003), conforme demonstrativo à fl. 730. Após a inclusão de 20.000 litros das mencionadas notas fiscais, as entradas apuradas de gasolina aditivada de 2003, passam para 430.000 litros, e a diferença de 39.675,07 litros (fl. 730), passa para 19.675,07 litros.

Quanto à gasolina comum (2003), não constam em duplicidade as notas fiscais de números 182213, 182323, 182881, 185984, 186966 e 193759, com 5.000 litros cada, nas planilhas às fls. 737/741. A NF 197207, com 5.000 litros, consta na relação das entradas de gasolina comum 2003 (fl. 740), e consta na relação de gasolina aditivada 2003 (fl. 728). As notas fiscais de números 181814 e 186195, com 5.000 litros cada, não foram lançadas pela autuante. Entretanto, não há débito no exercício de 2003, referente à gasolina comum (fl. 130).

Concluindo a diligente elaborou demonstrativo de débito à fl. 1030, apurando os novos valores do imposto devido, totalizando R\$49.172,49.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 1038), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 004/2010. A autuante também tomou conhecimento (fl. 1064), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

O autuado se manifestou às fls. 1047/1048, aduzindo que a informação da ASTEC de que não haveria como excluir 20.000 litros de gasolina comum do exercício de 2002, referentes às notas fiscais 162127, 168831, 170992 e 174010, não pode prevalecer porque as mencionadas notas fiscais existem e constam da petição datada de 20/03/2008, tratando-se de notas fiscais de devolução, não se podendo considerar somente o fato de se contabilizar a entrada e não se levar em consideração a saída. Diz que foi acatada, apenas, a NF 154837, devendo o julgamento considerar as citadas notas fiscais e excluir 20.000 litros de gasolina comum do exercício de 2002, para que se eliminem as diferenças apontadas, passando a ser de 6.923,17 litros, sendo esta diferença justificável por conta das aferições, das medições e da evaporação, haja vista que, se considerado no conjunto e que a variação de pouco mais de 6.000 litros, quando se movimentou 1.855.000 litros de gasolina comum em 2002, nada significa.

O defendente também alega que a diligente da ASTEC deveria considerar que as notas fiscais pertinentes a gasolina comum teriam que ser compensadas com a gasolina aditivada, como demonstrado na petição datada de 20/03/2008, já que, às vezes, como não tinha condição de armazenar a gasolina comum no tanque de 15 mil litros, por se ter programação antecipação, se colocou combustível no tanque de gasolina aditivada, por isso, foi apurada a diferença de mais de 19 mil litros, quando isto não existiu, sem conta a possibilidade de ter havido erro de contabilização na passagem de um ano para outro. Diz que não foi considerada, ainda, a justificativa por pequenas diferenças, diante do volume significativo de produtos comercializados, as características físico-químicas dos produtos envolvidos. Assim, o defendente entende que deveriam ser consideradas as variações ocorridas na compra, transporte, armazenamento, recebimento e transporte do produto, além da evaporação no armazenamento, instrumento de medição dos tanques e problemas com encerrantes das bombas. Assim, o defendente impugnou parcialmente o levantamento efetuado pela ASTEC, pedindo que os erros apontados sejam corrigidos quando do julgamento pela Junta de Julgamento Fiscal.

Considerando as alegações apresentadas pelo defendente, esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à ASTEC para a diligente prestar os necessários esclarecimentos, e proceder aos ajustes e elaborar novo demonstrativo de débito.

Conforme PARECER ASTEC Nº 181/2010 (fls. 1069/1071), a Auditora Fiscal da ASTEC prestou os seguintes esclarecimentos: Exercício de 2003 – Gasolina Aditivada: Na NF 185984, à fl. 417, constam 10.000 litros de gasolina comum, 5.000 litros de gasolina aditivada e 5.000 litros de diesel aditivado. Nos demonstrativos da autuante, referentes a gasolina aditivada estão lançados 5.000 litros (fl. 728) mais 5.000 litros (fl. 729). Portanto, foram lançados 5.000 litros a mais. Disse que à fl. 1030 foi dito, equivocadamente que houve inclusão, mas o cálculo foi efetuado corretamente. Após explicar a exclusão de 20.000 litros (NFs 185984, 172041, 171969, 171596), o ICMS normal que era de R\$19.322,94 (fl. 125) ficou reduzido para R\$9.582,27 (fl. 1030), e o ICMS por antecipação, que era de R\$5.402,89 ficou reduzido para R\$2.679,20. Mantém o valor apurado na diligência anterior, conforme demonstrativo à fl. 1030, afirmando que na NF 171596 à fl. 678, constam 5.000 litros de gasolina aditivada. Na NF 171969 (fl. 679) constam 5.000 litros de gasolina aditivada. Na NF 172041

à fl. 680, constam 10.000 litros de gasolina comum, 5.000 litros de diesel e 5.000 litros de gasolina aditivada.

Exercício de 2002 – Gasolina Comum: Informa que na NF 154837, à fl. 768, constam 5.000 litros de gasolina aditivada. No demonstrativo à fl. 1029, foi dito equivocadamente a inclusão, mas o cálculo está correto. Após as considerações acerca das exclusões efetuadas, informa que ficam mantidos os valores apurados no demonstrativo à fl. 1030, ou seja, o ICMS normal ficou reduzido de R\$14.906,14 (fl. 730) para R\$12.571,45 (fl. 1029), e o ICMS por antecipação, que era de R\$4.167,76 ficou reduzido para R\$3.514,98. A diligente conclui reafirmando a informação de que ficam mantidos os valores apurados na diligência fiscal anterior, PARECER ASTEC 04/2010, conforme demonstrativo à fl. 1030.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 181/2010, o autuado apresentou requerimento à fl. 1084 dos autos, pedindo a dilação do prazo para a sua manifestação por mais vinte dias, para que possa exercer seu direito de defesa.

Analisado na pauta suplementar do dia 28/03/2011, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

Após a instrução do presente PAF, chegou nova manifestação do autuado, alegando que na última diligência realizada por preposto da ASTEC não foram consideradas as alegações referentes às Notas Fiscais de números 162127, 168831, 170992 e 174010. O defendente apresentou o entendimento de que não é justo manter as diferenças apuradas na fl. 1030, e que não teriam sido consideradas as variações volumétricas.

## **VOTO**

As infrações 01 e 02 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002 e 2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas, conforme demonstrativos às fls. 11, 32 e 52 do PAF.

O autuado apontou equívocos no levantamento fiscal, juntando aos autos planilhas e cópias de notas fiscais, e a autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, elaborando novos demonstrativos, apurando novos valores do débito, em duas oportunidades, sendo a última por meio dos demonstrativos às fls. 719, 720, 725 e 730 do PAF.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências por preposto da ASTEC, tendo sido informado pela diligente que foram efetuadas as necessárias correções a partir dos demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 720, 725 e 730 do PAF. A diligente concluiu elaborando novo demonstrativo de débito à fl. 1030, apurando os novos valores do imposto devido, totalizando R\$49.172,49.

Na manifestação apresentada após a diligência efetuada por preposto da ASTEC, o defendente apresentou questionamento em relação às Notas Fiscais de números 162127, 168831, 170992 e 174010, contestando a informação da ASTEC de que não deveria excluir 20.000 litros de gasolina comum do exercício de 2002, referentes às mencionadas notas fiscais, porque já haviam sido regularizadas pela autuante na última revisão efetuada.

Quanto à NF 162127 (fl. 696) o defendente alegou à fl. 913 que o combustível foi devolvido com a própria nota fiscal, por isso, não foi lançada no livro Registro de Entradas. Entretanto, consta no próprio documento fiscal assinatura no campo destinado ao recebimento da mercadoria. Portanto, entendo que foi correta a decisão da autuante e da ASTEC em manter o mencionado documento fiscal no levantamento efetuado.

Em relação às demais NFs de números 168831, 170992 e 174010, constando 10.000 litros de gasolina comum em cada documento fiscal, o defendente alegou que houve devolução de 5.000 litros através das NFs 260, 270 e 278. Neste caso, foi correto considerar a quantidade total constante nas

notas fiscais 168831, 170992 e 174010. Quanto às notas fiscais de devolução, as respectivas quantidades deveriam ser adicionadas às saídas, se fosse comprovado pelo defendente que estas saídas não ocorrerem com a utilização das bombas, tendo em vista que, se fossem através das bombas, as quantidades já estariam inseridas nos encerrantes. Como foi apurada omissão de entradas, a inclusão das referidas notas fiscais agravariam a diferença encontrada.

O defendente também alegou que a diligente da ASTEC deveria considerar que as notas fiscais pertinentes a gasolina comum teriam que ser compensadas com a gasolina aditivada, como demonstrado na petição datada de 20/03/2008, já que, às vezes, como não tinha condição de armazenar a gasolina comum no tanque de 15 mil litros, por se ter programação antecipação, se colocou combustível no tanque de gasolina aditivada. Entretanto, concordo com o posicionamento da ASTEC, considerando que tais alegações não foram devidamente comprovadas por meio dos lançamentos efetuados no LMC.

Na diligência fiscal efetuada pela ASTEC foi informado, em relação à gasolina aditivada (2003), que as Notas Fiscais de números 185984, 172041, 171969 e 171596, referentes às entradas de gasolina aditivada, com 5.000 litros cada, estão lançadas em duplicidade pela autuante, tendo sido incluídas nos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativos às fls. 727 (exercício de 2002), 728 e 729 (exercício de 2003). Portanto, após a inclusão de 20.000 litros relativos às mencionadas notas fiscais, as entradas apuradas de gasolina aditivada de 2003, passam para 430.000 litros, e a diferença de 39.675,07 litros (fl. 730), passa para 19.975,07 litros.

Observo que, efetivamente, a quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, constante na NF 185984, foi computada duas vezes no demonstrativo referente ao exercício de 2003 de gasolina aditivada, conforme fls. 728/729 do PAF. Quanto às notas fiscais de números 172041 (fl. 377), 171969 (fl. 375) e 171596 (fl. 373), todas emitidas em novembro de 2002, com 5.000 litros de gasolina aditivada em cada documento, foram incluídas corretamente no levantamento das entradas no exercício de 2002 e indevidamente no exercício de 2003. Assim, constatou-se que a autuante considerou indevidamente o total de 20.000 litros de gasolina aditivada no levantamento das entradas do exercício de 2003. Entretanto, houve equívoco na diligência da ASTEC em relação ao ajuste efetuado, haja vista que, com a exclusão de 20.000 litros nas entradas do combustível, aumenta a diferença de entradas apurada pela autuante na última revisão efetuada. Portanto, retificando o cálculo realizado pela diligente da ASTEC, o débito relativo à gasolina aditivada do exercício de 2003 fica alterado, conforme quadro abaixo:

Diferença apurada	Ajuste	Diferença	Preço	Base de	Alíq	ICMS	MVA	Antec
2003 - Fl. 725				Cálculo		NORMAL	27,96%	Tributária
39.675,07	20.000,00	59.675,07	1,8038	107.641,89	27%	29.063,31	27,96%	8.126,10

Em relação ao PARECER ASTEC Nº 181/2010, o autuado foi intimado e apresentou requerimento à fl. 1084 dos autos, pedindo a dilação do prazo para a sua manifestação por mais vinte dias, para exercer seu direito de defesa. Entretanto, não foi apresentada justificativa razoável para a necessidade de tal prazo, haja vista que o autuado disse que tomou conhecimento do referido Parecer em 21/12/2010 e no dia imediatamente posterior (22/12/2010) apresentou requerimento dizendo que se sentia prejudicado porque o prazo iria correr em datas próximas aos festejos natalinos. Apesar de ter apresentado o pedido de prorrogação, o defendente se manifestou, apresentando o entendimento de que não é justo manter as diferenças apuradas na fl. 1030, e que não teriam sido consideradas as variações volumétricas. Assim, fica indeferido o pedido de dilação de prazo apresentado pelo defendente.

Quanto às variações volumétricas, também alegadas pelo defendente, observo que foram consideradas no levantamento fiscal as quantidades referentes às perdas e aos ganhos, tendo sido computadas, também as aferições.

Vale salientar que as infrações apuradas estão conforme discriminação a seguir:



- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 1), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (Infração 2), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Concluo que pela procedência parcial das infrações 01, 02, considerando os equívocos apontados pelo defendente; as retificações nos cálculos efetuadas pela autuante e pela diligente da ASTEC e neste voto, conforme demonstrativo de débito à fl. 1030, com a retificação do débito relativo ao exercício de 2003 (gasolina aditivada) e quadro abaixo:

IN FRA ÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
1	31/12/2002	09/01/2003	448,71
1	31/12/2002	09/01/2003	12.571,45
1	31/12/2002	09/01/2003	14.789,07
1	31/12/2003	09/01/2004	989,76
1	31/12/2003	09/01/2004	29.063,31
2	31/12/2002	09/01/2003	186,48
2	31/12/2002	09/01/2003	3.514,98
2	31/12/2002	09/01/2003	4.135,02
2	31/12/2003	09/01/2004	275,55
2	31/12/2003	09/01/2004	8.126,10
T O T A L			74.100,43

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0061/07-9**, lavrado contra **POSTO ITAPOAN LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$74.100,43**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.238,13 e 70% sobre R\$57.862,30, previstas no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 11 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR