

A. I. Nº - 002510.0005/10-7
AUTUADO - BULHÕES COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON CASTELLUCCI
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 09. 05. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-01/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA, MULTAS. Infração reconhecida. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infração reconhecida. Infrações 02 e 03, parcialmente subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 25.828,26, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 250,00;
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2005, 2007 e 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 19.423,08, acrescido da multa de 70%;
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos exercícios 2005, 2007 e 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.155,18, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 85 a 93), consignando que as mercadorias comercializadas foram adquiridas junto a fornecedores regulares, conforme cópia da escrituração contábil e do Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC que anexa.

Afirma que o autuante levantou números irreais, desconhecendo que a substituição tributária imposta por lei e que fora cumprida – pagamentos dos combustíveis já com o imposto incluído -, assim como desprezou a legislação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP - no que se refere as perdas, encerrantes e tudo com a escrituração no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC -, cuja apreciação deveria ser observada pela Fiscalização ante a existência de Convênio entre o Estado e a ANP.

Alega que em referência à pretensão do Fisco de cobrança pela omissão de saída de mercadorias, sem considerar que o posto de combustível tem o LMC e que no final da jornada diária se emitia retirava uma nota fiscal de acordo com os encerrantes, para fechar o movimento, em razão de muitas das vezes não haver a retirada do cupom fiscal no momento do abastecimento, somente com a automação é que a operação é imediatamente reconhecida e expedido o cupom.

Ressalta que no período fiscalizado ainda não de tinha a automação, tanto que não se fez qualquer referência ao exercício de 2010. Acrescenta que quando se tornou obrigatório o uso do emissor do cupom fiscal, o Sindicato da categoria preocupado com as peculiaridades da venda de combustíveis, consultou a Secretaria da Fazenda, para ter um norte e repassá-lo aos associados revendedores. Assinala que diante disto, foi encaminhado ao Sindicato a pessoa encarregada da Coordenadoria da Fiscalização, ficando estabelecido que os postos, sempre que solicitados, deveriam emitir o cupom fiscal, contudo, se não houvesse pedido do consumidor não haveria a necessidade da emissão, tendo em vista que no encerramento do expediente far-se-ia as contas e emitir-se-ia nota fiscal ou cupom fiscal complementar, sendo isto explicado pelo sistema de arrecadação do ICMS sobre os combustíveis, que se dá por substituição tributária.

Aduz que sempre houve condescendência do Fisco nesse sentido, exatamente em decorrência da substituição tributária, e porque os postos são obrigados a contabilizar, no Livro de Movimentação de Combustíveis, o seu movimento diário, inclusive lançando estoque, recebimentos, vendas e encerrantes das bombas medidoras, sendo, pois, fácil a fiscalização e difícil a sonegação considerando a substituição.

Frisa que assim, o tratamento dispensado pela fiscalização sempre foi o de não exigir a emissão do cupom ou nota fiscal parar cada operação de venda, pelas razões supra e ante o movimento rápido havidos nos postos. Acrescenta que, quando o cliente solicita o cupom fiscal ou nota fiscal é atendido imediatamente, mesmo porque o posto está obrigado a emitir nota complementar das vendas do dia, ao término das vendas.

No que tange à falta de recolhimento de imposto, afirma que não haveria melhor sorte para a manutenção das infrações indicadas. Diz que o pecado capital do Auto de Infração é entender que houve ingresso de mercadorias sem o pagamento do imposto correspondente, tudo por ter cometido o autuante equívocos quando dos levantamentos realizados nos exercícios de 2005, 2007 e 2008, tanto que deixou de contabilizar notas fiscais ou o fez de maneira indevida.

Assevera que houve erro nos levantamentos realizados pela fiscalização, que não seguiu o estabelecido nas regras da ANP, essencialmente no que diz respeito ao LMC.

Afirma que o combustível foi adquirido com pagamento do imposto por substituição tributária e posteriormente revendido e que não houve qualquer aquisição de combustível sem nota fiscal, sendo todas contabilizadas, ficando patente que o Auto de Infração exige em duplicidade imposto sobre operações realizadas com combustíveis, ou mesmo de combustíveis inexistentes, por não terem sido consideradas as aferições realizadas de maneira correta.

Destaca que para melhor ficar demonstrada a ausência de fundamentação do Auto de Infração, é necessário que se faça 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, que deverá ser reformado por este CONSEF. Acrescenta que a revenda de combustíveis pressupõe a compra de mercadorias a granel junto a uma Distribuidora, transportados por carretas tanque,

mercadorias estas descarregadas em vasos subterrâneos de 15.000 ou 30.000 litros nas instalações dos postos e vendidos em pequenos volumes aos consumidores, utilizando-se de bombas eletromecânicas com sistema de medição. Observa que todas essas etapas existentes entre o ato da compra e o da venda final, além das características físico-químicas dos produtos envolvidos, inserem variáveis que traduzem ao final do processo, pequenas distorções entre os volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor.

Registra que descreve abaixo algumas dessas etapas e as diferenças passíveis de existirem:

1) Variações Ocorridas na Compra, Transporte, Armazenamento.

a) Recebimento e Transporte do Produto – Aduz que a comercialização dos combustíveis em especial do álcool através da NBR 5992 (Determinação de massa específica e do teor alcoólico do álcool etílico e suas misturas com água – Método de ensaio) e da gasolina e do diesel através da Resolução nº 6 –70, editada pelo Conselho Nacional do Petróleo que estabelece o uso de tabelas de correção para a comercialização de derivados de petróleo para temperaturas acima de 20°C (vinte graus Celsius), contempla a ocorrência de oscilações de volume do produto comercializado entre o ato da compra e da venda ao consumidor. Frisa que esse fato é tão explícito que a densidade e a temperatura do produto adquirido encontram-se aportados no corpo de sua Nota Fiscal. Diz que a título de exemplo, das tabelas acima descritas, calcula-se que uma gasolina comprada e embarcada a uma temperatura de 27°C e densidade de 750 gr/litro, quando comercializada a 29°C pode ter o seu volume reduzido em 0,21%. Registra que esse caso exemplifica a possibilidade de variação de volumes de combustíveis em função das oscilações de temperaturas encontradas entre o ato da compra e o da comercialização do produto;

b) Evaporação no Armazenamento de Gasolina – Diz que Portaria nº 283 de 02 de junho de 1980 editada pelo CNP (Conselho Nacional do Petróleo prevê na sua redação o abate diário de até 0,6% (seis décimos de por cento) do volume estocado da gasolina em função das perdas por evaporação no armazenamento e manuseio do produto. Observa que todos os tanques de armazenamento de combustíveis dos postos revendedores possuem tubulação de respiro que comunica o tanque à atmosfera, como forma de evitar a sobrepressão de gases formada no interior do armazenamento, sendo que, através deste respiro ocorre a perda da mercadoria evaporada. Aduz que 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, contudo, ainda hoje a ANP admite a perda de 0,6% de produto em função de perdas ocorridas pela evaporação da gasolina;

c) Instrumento de Medição dos Tanques – Registra que para mercadorias com baixos volumes comercializados, a precisão na medição dos valores estocados, apresenta-se como algo de fundamental importância nas distorções entre volumes comprados e volumes comercializados. Esclarece que as medições de volumes estocados são feitas com varas de madeira metrificadas, que ao serem introduzidas na boca de visita do tanque apresentam uma área molhada. Lê-se o comprimento molhado e recorre-se a uma tabela padrão do fornecedor do tanque, do qual irá se extrair o volume armazenado. Diz que 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 da sua inclinação, pode gerar erros de leitura substanciais. Ressalta que faz essas considerações para alertar que o processo de medição de tanques, que não sejam através de meios eletrônicos, é algo bastante rudimentar e que assume fundamental importância na distorção de valores quando considerados espaços de tempo e volumes comercializados de baixa magnitude;

2) Variações Ocorridas na Comercialização do Produto

a) Venda do Combustível – Registra que anualmente o Ibametro realiza aferição de cada bico de abastecimento ao consumidor, utilizando-se de balde recipiente, devidamente aferido, possuindo um volume total de 20 l(vinte litros), sendo que, para cada vinte litros registrados na bomba de combustível é permitida uma variação de +/-100 ml (cem mililitros), representando assim uma

variação permissível de + ou - 0,5% (meio por cento) na comercialização dos combustíveis. Diz que de modo a verificar se as bombas estão funcionando dentro da variação permitida para a comercialização, os postos de combustíveis realizam aferições periódicas que variam conforme entendimento de cada posto revendedor, no caso de ocorrência da extrapolação dos limites permitidos, os postos solicitam a regulação dos blocos medidores das bombas, à uma empresa de manutenção credenciada pelo Ibametro que tem a incumbência de realizar a referida manutenção, cabendo a estas empresas informar a esse órgão da manutenção realizada, que implicou no rompimento do lacre oficial e colocação de lacre próprio.

Frisa que as multas pela comercialização de combustíveis em volumes que estejam lesando o consumidor são bastante pesadas, sendo prudente que o posto revendedor realize a aferição periodicamente de modo a evitar a infração. Acrescenta que a obrigatoriedade das aferições diárias dos bicos das bombas medidoras para que se avalie a quantidade a ser entregue ao consumidor, somente se admitindo o erro acima mencionado.

Aduz que se percebe que na comercialização de combustíveis é permitida uma variação de mais ou menos, meio por cento, pelo fato de se trabalhar com um produto vendido a granel e que necessita de equipamentos de medição para a realização da venda;

3) Sujeição de problemas com os encerrantes das bombas - Assevera que o posto revendedor se encontra susceptível de sofrer alteração nos encerrantes das bombas medidoras por conta de queda de energia ou mesmo por problemas mecânicos, e tais fatos teriam que ser considerados quando do levantamento feito pelo autuante.

Consigna que o rigor do Fisco, no presente caso, é injustificável e ilegal, impondo o Estado, através de seu preposto, o pagamento de imposto e multa que não seriam devidos por não ter havido a hipótese de incidência, que seria a circulação da mercadoria. Sustenta que o simples erro de contabilização não importaria em sonegação.

Alega que os dispositivos do RICMS/BA mencionados no Auto de Infração não foram violados e a aplicação resultará em letra morta, quando da apreciação do caso pela Justiça, porque a intenção de cobrar imposto pago por substituição, por considerar como devido venda inexistente de gasolina, não poderá ser tolerada.

Diz que por fim, tem-se o argumento de que deixou de proceder a retenção do ICMS nas operações de venda de combustíveis e lubrificantes, quando isto não tem previsão legal, na medida em que as vendas são feitas a consumidor final e este tem o imposto pago embutido no próprio preço do produto, cujo pagamento já fora feito ao Estado pela substituição tributária que é imposta pela legislação, não havendo amparo para exigência de ICMS retido por nova substituição tributária, que não é prevista na legislação do ICMS.

Afirma que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a exigência de imposto não devido pelo revendedor. Acrescenta que os documentos ora acostados deixam patente que não se depreende do Auto de Infração, sequer presunção de sonegação de sua parte. Aduz que agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer, daí a presente defesa como meio próprio de a Administração Tributária, através do Conselho de Contribuintes, reparar o erro.

Conclui requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, indicando a juntada posterior de documentos, além dos anexados, e outros que se fizerem necessários, para que, afinal, seja o Auto de Infração julgado improcedente. Requer, ainda, caso não seja considerado o Auto de Infração improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa indicada, pois o correto seria a aplicação do disposto do RICMS/BA, que prevê a multa por descumprimento de obrigação acessória pelo erro de contabilização do LMC. Requer, também, a nulidade dos demonstrativos elaborados pelo autuante, em razão de macularem a legislação que rege a matéria, não podendo o Estado usar de “*dois pesos e duas medidas*” aplicando as normas da ANP somente em parte, naquilo que prejudicaria o autuado, desprezando aquelas que acobertaria a indicação de falta de recolhimento e falta de antecipação.

Consta às fls. 94/95, pedido complementar de nulidade do Auto de Infração apresentado pelo autuado, sob o argumento de que a planilha elaborada pelo autuante referente ao Bico 05, Gasolina Aditivada, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, não foram observadas as aferições e perdas neste período, conforme o demonstrativo do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC.

Alega que, de acordo com a solicitação de Atendimento Técnico, de 22 e 23 de junho de 2005, Ordem de Serviço nº 1109 houve atualização de versão do sistema e substituição de novas bombas de modelo Semi-Eletrônicas 1661, troca de impressora fiscal e ajuste do encerrante no dia 17/06/2005, em que ocorreu a mudança e também a realização do Inventário.

Diz, também, que da análise das fls. 47 a 50 do LMC anexada aos autos, se observa que houve uma discrepância de valores, pois no encerramento constam 1.081,00 e abertura 100,00; logo na folha seguinte verifica-se 760.210,00 no fechamento e 759.761,00 na abertura, constatando-se que realmente a troca do equipamento afetou nos valores que deveria começar de acordo com a folha anterior com a abertura de 100,00, citada anteriormente.

Afirma que se conclui pelos fatos e documentos, que descabe o Auto de Infração já que houve procedimento correto por parte da empresa, sem a ocorrência de qualquer prejuízo à Fazenda Estadual, inexistindo fato gerador do ICMS, pois, houve emissão de nota fiscal com o devido destaque do imposto, bem como, entradas das mercadorias, mostradas através dos relatórios anexados aos autos.

Conclui requerendo a anulação total do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 210), na qual contesta o argumento defensivo de que não obedeceu as disposições da Portaria nº 283 da ANP, afirmando que não é verdade, pois considerou as aferições nos levantamentos. Acrescenta que deixou de considerar perdas e ganhos por se tratar de valores insignificantes, que não iriam influenciar no resultado final dos levantamentos.

Salienta que o autuado não apresentou absolutamente qualquer documentação para alicerçar suas alegações, enquanto uma simples verificação nas planilhas permite constatar as irregularidades cometidas pelo contribuinte.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária de Santo Antônio de Jesus (fls. 213/214), a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: **Infração 02** – abordasse todos os aspectos da defesa, especialmente a alegação de existência de discrepância de valores no exercício de 2005, pois no encerramento constam 1.081,00 e abertura 100,00 e na folha seguinte constam 760.210,00 no fechamento e 759.761,00 na abertura, conforme folhas 47 a 50 do LMC, bem como que na planilha referente ao Bico 05 – gasolina aditivada -, no período de 01/01/2005 a 31/12/2005, não foram consideradas as aferições nem as perdas, conforme o demonstrativo do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Quanto ao levantamento referente ao exercício de 2008, verificasse a alegação defensiva de que houve equívoco no cálculo referente à omissão de entrada de álcool, no bico 03, pois o valor indicado na planilha elaborada pelo autuante de 3.717,23, na realidade, se apresenta negativo em (200,07), inexistindo a irregularidade apontada neste exercício. Após as verificações, deveria o diligente elaborar novas planilhas e demonstrativo de débito, se fosse o caso, devendo estes ser entregues ao contribuinte; **Infração 03** - intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, **mediante recibo específico**, a descrição correta desta infração, inclusive com o enquadramento dos dispositivos infringidos e da multa aplicada.

O Auditor Fiscal designado para cumprir a diligência se pronunciou (fls. 220 a 222), consignando relativamente à infração 02, que as aferições lançadas no LMC foram sim consideradas pelo autuante no cálculo de sua planilha. Observa que na planilha de fl. 03, consta a título de aferições 1.874,48 litros no ano, para a gasolina aditivada, bico 5.

No que tange às perdas, afirma que se existiram foram realmente insignificantes, haja vista que na maioria das vezes os ganhos quando lançados, acabam anulando os valores das perdas, compensando um pelo outro.

Salienta que o autuado apresentou cópias do LMC, mercadoria Gasolina Plus com Techron, bico 5, fls. 47 a 50 do LMC, aduzindo que o autuante não considerou a mudança nos numeradores de abertura e fechamento do dia 17/06, resultando assim a discrepância nos respectivos valores. Transcreve os dados existentes no LMC referentes à Gasolina Plus com Techron – bico 5, e diz que a partir da análise dos referidos dados, cabe o seguinte questionamento: “a) Se os números gerados na abertura e fechamento do dia 17/06 foram decorrentes de intervenção técnica onde está o relatório técnico de comprovação?”.

Frisa que na fl. 98 dos autos, consta cópia de um relatório de intervenção de uma empresa denominada TECNO, contudo, não há qualquer menção sobre qual a bomba e bico foi feita, além de a data não coincidir com o dia 17/06, razão pela qual não acata o formulário.

Observa que entre o fechamento do dia 16/06 e a abertura do dia 18/06, há uma diferença a mais na quantidade de 28.069 litros, ou seja, no dia 16/06 fechou com 731.682 e no dia 17/06 abriu com 759.761. Acrescenta que se ainda assim for considerado os 981 litros vendidos no dia 17/06, no dia 18/06 haveria no numerador de abertura 760.742, gerando sim uma diferença a mais de 27.098 litros, quantidade esta de procedência não comprovada. Questiona: “*Como se justifica isso?*”.

Aduz que deverá o contribuinte efetuar as explicações acerca dos questionamentos acima.

Prosseguindo, diz que constatou a existência de erro na fórmula da planilha elaborada pelo autuante que ocasionou na exigência indevida, pois o valor correto que deveria ter sido apresentado era – 200,77, portanto, não havendo omissão de entrada para o álcool, bico 03, em 2008, assistindo razão ao autuado.

Apresenta novo demonstrativo de débito, após a alteração, esclarecendo que no exercício de 2008 apenas o álcool tinha apresentado omissão de entrada, e que com as correções efetuadas o valor para a data de ocorrência de 31/12/2008 aparece zerado.

No que concerne à infração 03, apresenta o enquadramento correto.

Intimado para ciência do resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 228/229), consignando, inicialmente, que ratifica a defesa apresentada, considerando que as modificações feitas na diligência não atenderam os fatos alegados, convalidando os erros existentes nos levantamentos iniciais.

Sustenta que o erro referente ao fechamento do dia 16/06 e reabertura no dia 18/06 de 2005, foi abrigado pelo diligenciador, que não considerou o serviço realizado pela empresa Tecnoexpress Informática Ltda., conforme ordem de serviço nº 1119, cujo atendimento se deu entre os dias 22 e 23 de junho de 2005.

Destaca que admitiu o autuante e, posteriormente, o diligenciador a venda em um só bico de bomba de mais de 28.000 litros de gasolina aditivada plus, o que seria um verdadeiro absurdo, pelo porte do posto que não tem condição de armazenamento de 28.000 litros, bem como pela falta de condição de que uma venda alcançasse 28.000 litros entre os dias 16 a 18.

Observa que no LMC acostado aos autos, pode se verificar que a gasolina vendida até o dia 20/06 seria pouco mais de 18.000 litros, não havendo como ter vendido 28.000 litros entre os dias 16 a 18.

Quanto à infração 03, diz que as pertinentes notas fiscais extraviadas pelo contador anterior, foram localizadas, estando suas cópias contidas no CD juntado a defesa. Acrescenta que todos os lançamentos referentes a esses documentos foram registrados, não prejudicando, de nenhum modo, a comprovação de operação fiscal exercida de modo idôneo, claro e legal.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal que cumpriu a diligência se pronunciou (fls. 249/250), consignando que atendeu plenamente a solicitação contida na diligência.

Diz que diante de novas informações trazidas pelo autuado e análise novamente dos comprovantes/relatório TECNO EXPRESS, acata o documento que acoberta a intervenção efetuada no

dia 17/06, pois se constata que 1.081 litros encerram o dia 17 e reabrindo no dia 18 com 759.761, como se o posto houvesse vendido de um dia para outro 758.680 litros, o que evidencia uma anomalia e evidentemente um erro de sistema.

Diante disto, solicita que seja desconsiderada essa parte das infrações 02 e 03, apenas nos itens com datas de ocorrência de 31/12/2005, ficando o débito destas infrações, conforme demonstrativo que apresenta, sendo a infração 02 no valor total de R\$ 959,61 e a infração 03 no valor total de R\$ 304,11.

Ainda no que tange à infração 03, registra que o autuado juntou um CD contendo apenas um inventário de estoque, contudo, ressalva, que valem as notas fiscais devidamente escrituradas no livro fiscal próprio, no caso, livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Alerta que a infração 03 decorreu da infração 02, ou seja, foi detectada após a apuração da infração 02.

Finaliza dizendo que reconheceu parte do pleito do autuado, restando a esta Junta de Julgamento Fiscal julgar o Auto de Infração conforme suas convicções.

Intimado para ciência sobre o pronunciamento do diligenciador, via postal – AR-, o autuado acusou a ciência, contudo, não se manifestou.

Consta às fls. 256/257, comprovante de Parcelamento do Débito, referente ao montante parcial reconhecido correspondente às três infrações.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre exigência de ICMS e imposição de multas por descumprimento de obrigação acessória, em razão de irregularidades constatadas mediante levantamento quantitativo de estoques de combustíveis, nos exercícios de 2005, 2006, 2007, 2008 e 2009, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados aos autos.

Preliminarmente, não acolho a nulidade arguida, haja vista que o lançamento de ofício em questão em momento algum impediu o sujeito passivo de exercer o direito de ampla defesa e do contraditório, estando todas as infrações fundamentadas nos documentos fornecidos pelo autuado, providas de demonstrativos e levantamentos quantitativos com base nos valores escriturados pelo contribuinte, sendo que o roteiro de fiscalização de auditoria de estoques está em consonância com os princípios contábeis, servindo de elemento de prova da apuração do crédito tributário.

Constato que o autuante considerou as aferições escrituradas no Livro de Movimentação de Combustível – LCM, razão pela qual não cabe o argumento defensivo de que tais aferições não teriam sido observadas no cálculo realizado pelo autuante. Quanto à alegação do impugnante de que o autuante não considerou as perdas para apurar os débitos do período, verifico que a justificativa do autuante de se referirem a valores insignificantes restou comprovada, inclusive com a realização de diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo o diligenciador consignado que pela insignificância das perdas na maioria das vezes os ganhos quando lançados, acabam anulando os valores das perdas, compensando um pelo outro.

Assim sendo, rejeito a arguição de nulidade da autuação, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses de previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Verifico que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, na situação em análise, exige-se o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de combustíveis, ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento de estoques.

As ocorrências citadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques, com base nos registros constantes no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) escriturado pelo

contribuinte, nas notas fiscais de entradas e de saídas e no livro Registro de Inventário, sendo apuradas quantidades de entradas e saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, nos em exercícios fechados de 2005 a 2009.

O contribuinte impugnou o lançamento apontando equívocos que teriam sido cometidos pelo autuante, como não ter observado a existência de discrepância de valores, conforme análise das fls. 47 a 50 do LMC, pois no encerramento constam 1.081,00 litros e abertura 100,00 litros e na folha seguinte constam 760.210,00 litros no fechamento e 759.761,00 litros na abertura, bem como, que houve equívoco no cálculo referente à omissão de entrada de álcool, no bico 03, exercício de 2008, pois o valor indicado pelo autuante de 3.717,23 litros, na realidade, se apresenta negativo (-200,07), inexistindo a irregularidade apontada neste exercício.

Saliento que, por ter constatado da análise das peças que instruem o presente processo que nos levantamentos realizados pelo autuante, efetivamente, os equívocos apontados pelo impugnante mereciam uma análise mais acurada, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado verificasse tais alegações.

A diligência foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito que, acertadamente, identificou os equívocos existentes nos levantamentos apontados pelo autuado, constatando a existência de erro na fórmula da planilha elaborada pelo autuante referente à exigência de álcool no exercício de 2008, pois o valor correto que deveria ter sido apresentado era – 200,77, portanto, não havendo omissão de entrada para o álcool, bico 03, em 2008, para a data de ocorrência de 31/12/2008 que resta zerada. Também, quando acatou o argumento defensivo atinente à intervenção realizada pela empresa Tecno Express, pois o documento que acoberta a intervenção efetuada no dia 17/06, aponta 1.081 litros que encerram o dia 17 e reabrindo no dia 18 com 759.761 litros, como se o posto houvesse vendido de um dia para outro 758.680 litros, restando evidente a existência de erro do sistema.

Assim sendo, a exigência referente à infração 02, na data de ocorrência de 31/12/2005 não subsiste, restando o débito no valor total de R\$ 959,61, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Infração 02

Data de Ocorrência	ICMS devido(R\$)
31/12/2007	21,81
31/12/2008	937,80
TOTAL	959,61

Quanto à exigência referente à infração 03, na data de ocorrência de 31/12/2005 não subsiste, passando o débito desta infração para o valor total de R\$ 304,11, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Infração 03

Data de Ocorrência	ICMS devido(R\$)
31/12/2007	6,91
31/12/2008	297,20
TOTAL	304,11

Ainda com relação à infração 03, cabe observar que apesar de o autuante ter realizado o levantamento de forma correta - conforme os demonstrativos acostados aos autos -, incorreu em equívoco ao lançar no Auto de Infração, pois descreveu como falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, quando

verdadeiramente, deveria ter descrito como falta de recolhimento do imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo, infração esta diretamente vinculada a infração 02.

Como os demonstrativos anexos ao Auto de Infração se apresentavam corretos, esta 1ª JJF, considerou que se tratava de um vício sanável, razão pela qual converteu o processo em diligência, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal procedesse ao enquadramento correto da infração com a devida ciência ao contribuinte e concessão de prazo para que se manifestasse o que foi feito.

Saliento que esta infração 03 resulta da infração 02, prevalecendo quanto aos levantamentos e retificações posteriores os mesmos resultados, inclusive da diligência.

Quanto à infração 01, observo que não foi objeto de impugnação, sendo decorrente de omissão de saídas de mercadorias não tributadas, restando comprovado o cometimento da ilicitude. Infração mantida.

Noto que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento por meio de parcelamento do valor do débito remanescente referente às infrações 02 e 03, e do valor integral da infração 01, conforme documento comprobatório acostado aos autos.

Diante do exposto, a infração 01 é integralmente subsistente e as infrações 02 e 03 parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **002510.0005/10-7**, lavrado contra **BULHÕES COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.263,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 304,11 e de 70% sobre R\$ 959,61, previstas no artigo 42, incisos II, “e”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$250,00**, prevista no artigo 42, inciso XXII, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, cabendo a homologação do valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR