

A. I. Nº - 019358.0607/11-5  
AUTUADO - POSTO GRUTA DA LAPA LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS  
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO  
INTERNET - 08.08.2012

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0200-04/12**

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Comprovada nos autos aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Nesse caso, o adquirente responde pelo imposto devido por quem lhe vendeu de forma irregular, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), bem como o imposto antecipado em face do enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária. Valor original reduzido por ter sido parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado no dia 14/07/2011, exige ICMS no valor de R\$ 53.407,19, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido produtos de terceiro desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (2011). ICMS de R\$ 41.033,56 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 – Falta de recolhimento do tributo devido 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 a título de crédito, por ter adquirido produtos de terceiro desacompanhados de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas à substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto (2011). ICMS de R\$ 12.373,63 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Através de advogado regularmente constituído (procuração à fl. 79), o contribuinte impugna o lançamento às fls. 55 a 70. Ressalta que a autuação se refere a acusação de falta de recolhimento do imposto com relação a gasolina comum, supra, óleo diesel e álcool que, em razão da falta de clareza deverá ser julgada nula vez que o autuante ora afirma que a suposta infração ocorreu em 2010 ora em 2011, como consta no demonstrativo que fundamenta o AI.

Diz que a planilha de notas fiscais de entrada (Doc. 03), demonstrativo de ganho (Doc. 04) e o de perdas (Doc. 05) se referem a 2011, enquanto o demonstrativo que apura a omissão de entrada se refere a 2010, o que, no seu entender inviabiliza a defesa, vez que não sabe se deve trazer aos autos prova de que não houve falta de recolhimento relativo a 2010 ou 2011.

Aduz que o autuante não considerou as aferições diárias que, no caso em tela, deveria ser deduzidos 20 litros de cada bico diariamente, ou seja, no caso do óleo diesel são quatro bicos, 20

litros durante 90 dias totalizando 7.200 litros; gasolina comum com dois bicos totaliza 3.600 litros; gasolina supra com um bico totaliza 1.800 litros, ocorrendo o mesmo com o álcool (um bico).

Na hipótese de o lançamento não ser anulado, no mérito traz cópias das notas fiscais de entrada que elidem a imputação.

Atenta que as notas fiscais 000515487 (Doc. 06); 000515486 (Doc. 07) e 000515490 (Doc. 08), foram emitidas pela Petrobrás Distribuidora S.A. em S. Francisco do Conde em 31/12/2010, e entrou no estabelecimento do autuado situado a mais de 600 Km, em 01/01/2011, fato ignorado pelo autuante ao desconsiderar tais notas fiscais no levantamento de entrada.

Nas razões da Impugnação transcreve o art. 2º do RPAF e cita o art. 112 do CTN para dizer que devem ser considerados no caso.

Para fundamentar a nulidade, argui o cerceamento ao direito de defesa com base no art. 18, II do RPAF; transcreve doutrina sobre o princípio da segurança jurídica e ementas de decisões deste Conselho.

Transcrevendo o art. 150, I da CF, doutrinas e ementas de acórdãos deste CONSEF, entende ter sido ofendido o princípio da legalidade na auditoria, pois se ignorou a norma sobre aferições estabelecidas pela ANP.

No mérito, sustenta que o autuante omitiu entrada de 5.097,75 litros de gasolina supra porque não considerou a NF 000515487; 43.740,66 litros de gasolina comum porque não considerou a NF 000515490 e 8.672,14 litros de óleo diesel porque não considerou a NF 000515486.

Ainda com relação à gasolina comum, diz que há equívoco no cálculo das omissões, pois tomou 803.340,00 litros no fechamento ao invés de 772.192,54, quantidade registrada no encerrante de 26/03/2011, o que representa diferença de 12.593,20 litros que se elide com a juntada da nota fiscal 000515490, bem como com a cópia do LMC que comprova a quantidade do encerrante.

Diz que os combustíveis em exame são tributados por ST na saída da refinaria, e se o autuante tivesse procedido conforme determina o CONSEF, nos termos do Parecer ASTEC 022/2010, constataria que as entradas dos combustíveis foram acompanhadas de documentos fiscais, uma vez que depois de confrontar os dados dos encerrantes, deduzidas as aferições, considerando os estoques inicial e final.

Destaca que são comuns erros dos autuantes neste tipo de auditoria, os quais são revistos pelo CONSEF, como se depreende de julgados cujas ementas transcreve.

Conclui requerendo seja decretada a nulidade do AI ou improcedência, caso não se decida pela nulidade.

Na informação fiscal de fls. 107-108, o autuante diz que em visita ao estabelecimento autuado intimou o contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais, relativos ao período 01/01/2010 a 26/03/2011, e de pleno acordo com o gerente presente, realizou leitura dos encerrantes das bombas de combustíveis, checagem em ECF, leitura dos volumes de combustíveis nos tanques (estoque físico), elaboração da planilha “Coleta de Dados”. Efetuado o trabalho constatou regularidade na movimentação de combustíveis em 2010 e omissões de entradas no exercício aberto de 2011, concernentes a gasolina comum, supra, álcool comum e óleo diesel.

Informa que quando da digitação do texto, no campo “Descrição dos Fatos” do AI, fez referência às constatações, às esclarecendo: auditoria de estoque físico-aberto e auditoria de estoque fechado, isto estando claro nas tipificações das infrações: “04-levantamento quantitativo de estoques; 06-omissões exercício aberto; 09-entradas substituição tributária – ICMS normal; ou 10-entradas-substituição tributária – ICMS antecipado”, bem como nas declarações do autuado no PAF (fl. 67, tópico 2 – DO MÉRITO).

Aduz que as planilhas “Relação de Entradas”, “Ganhos”, “Perdas” e “Aferições”, informam: Exercício 2011 – período 01/01 a 26/03/2011.

Acrescenta que o autuado se repete nas referências às aferições e informa que o autuante ignorou normas da ANP, mas tal determinação não existe, pois o item 09 da cartilha da ANP informa apenas a obrigatoriedade de manutenção de equipamento necessário com medida padrão de 20 litros aferida pelo INMETRO, para verificação dos bicos de combustíveis, quando solicitada medição pelo consumidor. Porém, as quantidades aferidas devem constar no campo 5.5 – Aferições, do LMC, observados os limites estabelecidos no art. 5º da Portaria DNC 26/92.

Admite que as notas fiscais 515487, 515490 e 515486 não foram computadas na ação fiscal porque não lhes foram apresentadas e diz não haver erro de leitura dos encerrantes de gasolina comum, bicos 01 e 04. Alerta que o autuado se referencia aos valores do bico 04 por incompatibilidade com o LMC, mas se esquece quanto à regularidade do bico 01, ambos vistoriados.

Informa que em face da apresentação das notas fiscais citadas, comprovações dos respectivos lançamentos no LMC em 01/01/2011 e confirmações junto ao sistema Nfeng, ajustou o levantamento fiscal alterando os valores das planilhas de fls. 05, 19 e 14, substituindo-as nessa informação fiscal, cujos valores autuados restantes demonstra:

Mercadoria	Base Cálculo	ICMS normal	ICMS ST
Álcool	15.358,60	5.217,09	1.653,28
Gasolina C	31.740,66	20.357,13	6.037,92
Gasolina S	97,75	61,38	18,20

Ainda inconformado, instado a se manifestar, o contribuinte volta aos autos às fls. 134 a 140. Transcrevendo o art. 2º do RPAF, pede seja privilegiada a realidade dos fatos em detrimento das regras de formalidade.

Transcrevendo doutrinas, insiste no argumento de ofensa ao princípio da legalidade no que se refere à norma da ANP que, segundo ele, determina aferições diárias dos bicos de combustíveis, não consideradas pelo autuante, repetindo os números expressos na defesa para dizer que o autuado vendeu mais que comprou, ao tempo que transcreve ementas de acórdãos de Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho.

Conclui pedindo a improcedência do AI.

Em nova informação fiscal (fls. 144-145) o autuante rebate os argumentos manifestados pelo autuado.

Ressaltando que as quantidades aferidas saídas dos bicos de combustíveis retornam aos tanques por não representarem saídas definitivas, com relação às aferições diz que além de já ter esclarecido a questão quanto à legalidade na anterior informação fiscal, salienta que considerou todas as aferições registradas no LMC e relativas ao período fiscalizado, conforme se vê nas planilhas de fls. 08, 13, 18 e 27 (23) dos autos.

Conclui ratificando os valores exigidos ajustados na informação fiscal.

## VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, as fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não tem cabimento fático nem jurídico o cerceamento do direito de defesa arguido, pois, como se vê nos demonstrativos que sustentam a autuação, embora a ação fiscal tenha compreendido verificação na movimentação comercial do contribuinte desde 2009 (conforme documentos solicitados na Intimação Fiscal de fl. 04), nesta auditoria, apenas se constatou irregularidades no exercício 2011, das quais decorre a exigência tributária em lide.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional,

administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados nas diversas intervenções processuais do contribuinte.

Rejeito, portanto a nulidade suscitada.

No que diz respeito à legalidade quanto às aferições, razão assiste ao autuante, pois, de fato, a Cartilha do Posto Revendedor editada pela ANP, cujo objetivo é informar, prevenir e alertar os revendedores de combustíveis sobre os procedimentos a serem adotados no desempenho da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos, de acordo com as leis e os regulamentos estabelecidos pela própria agência, expressa que entre os equipamentos de aferição, o PR deve manter “Medida-padrão de 20 litros” aferida pelo INMETRO, para verificação dos equipamentos medidores quando solicitado pelo consumidor no ato do abastecimento (Res. ANP nº 09/07: art. 8º). Toda movimentação de combustível no PR deve ser registrada no LMC, inclusive eventuais perdas limitadas a 0,6% do estoque físico (Portaria 26/92: art. 5º) e as aferições efetuadas que devem constar do campo 5.5 do LMC, conforme Anexo da Port. ANP 26/92. Neste aspecto, estas movimentações foram corretamente observadas na ação fiscal, conforme demonstrativos de fls. 06 a 08, 11 a 13, 16 a 18, 21 a 27.

Como se vê nos demonstrativos refeitos por ocasião da informação fiscal (fls. 109 a 115) as notas fiscais 515487, 515490 e 515486, inicialmente não computadas, foram incluídas no levantamento quantitativo de estoque, legal procedimento que sustenta este AI. Por consequência, exceto com relação ao álcool que nada foi contestado para inclusão, a exigência fiscal-tributária original foi alterada na seguinte forma: a Gasolina Comum teve o ICMS normal alterado de R\$ 28.053,42 para R\$ 20.357,13 e ICMS ST de R\$ 8.320,64 para R\$ 6.037,92 (fls. 05 X 110); o mesmo ocorreu com a exigência relativa à Gasolina Supra que teve o ICMS normal alterado de R\$ 3.200,80 para R\$ 61,38 e ICMS ST de R\$ 949,36 para R\$ 18,20 (fls. 19 X 112); também alteração houve com relação à exigência sobre o Óleo Diesel que, em face da inclusão da NF 515.486, nada restou devido (fls. 14 X 114).

Conforme se vê no LMC juntado pelo impugnante à fl. 102, a quantidade relativa ao encerrante-fechamento de gasolina comum lançada nos demonstrativos (fls. 65 e 110) está correta, pois corresponde a dois bicos (01 e 04), sendo que o volume de 772.192,54, indicado como correto na impugnação, corresponde apenas ao bico 01.

As duas acusações versam, respectivamente, sobre falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário; e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, constatada em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado.

Trata-se de levantamento quantitativo de estoques de gasolina comum, gasolina aditivada, álcool e diesel, cujos valores apurados, concernentes a cada um dos produtos, compõem as linhas dos ilícitos descritos e detalhados no demonstrativo de débito, todos com data de vencimento no nono dia subsequente ao período de apuração, o que é importante registrar para os efeitos da aplicação dos acréscimos legais sobre os totais remanescentes.

Todas as notas fiscais de entradas indicadas pelo impugnante em suas diversas manifestações foram consideradas no levantamento quantitativo que restou ajustado no PAF.

Portanto, o valor exigido pela infração 01 deve ser modificado de R\$ 41.033,56 para R\$ 25.635,60, e pela infração 02 deve ser modificado de R\$ 12.373,63 para R\$ 7.709,40.

Uma vez provadas aquisições de combustíveis sem documentação fiscal, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária).

Na hipótese de o posto comprar combustíveis sem documentos fiscais, mostra-se devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), já que são produtos enquadrados no regime de substituição.

Infrações 01 e 02 procedentes em parte por terem sido parcialmente elididas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 33.345,00.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019358.0607/11-5**, lavrado contra **POSTO GRUTA DA LAPA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 33.345,00**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 25.635,60, e de 60% sobre R\$ 7.709,40, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

PAULO DANILLO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADOR