

PROCESSO - A. I. Nº 120457.0007/12-8
RECORRENTE - AUTO POSTO R & R PLUS LTDA. (AUTO POSTO PRINCESAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0093-01/13
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 18/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0380-11/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES EFETUADAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCÍCIOS FECHADOS. COMBUSTÍVEIS. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS. OPERAÇÕES COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Penalidade mantida. **b)** LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b.1)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b.2)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não acatadas as alegações quanto a variações volumétricas. Não acolhida às alegações de erros do levantamento por inclusão de documentos cancelados ou duplicados, visto que o montante das saídas foi apurado com base nos encerrantes das bombas de combustíveis. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF, constante no Acórdão nº 0093-01/13, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 31/08/2012, em razão do suposto cometimento de cinco irregularidades, sendo objeto do Recurso Voluntário às infrações 01 à 03:

INFRAÇÃO 01 – Omissão de saídas de mercadorias cujas operações são isentas ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato constatado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2010), sendo aplicada multa de R\$ 50,00;

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado 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 estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2009 e 2011), lançando-se imposto no valor de R\$ 30.292,99, com multas de 70% e 100%;

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2009 e 2011), lançando-se o imposto no valor de R\$ 9.446,02, com multa de 60%;

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 757/768):

O autuado suscitou em preliminar falta de motivação dos lançamentos, por não ter a fiscalização juntado provas.

Porém, conciliando-se a teoria com o caso concreto destes autos, considero que os fatos foram descritos de forma satisfatória e foram apresentados demonstrativos indicando a fonte dos dados levantados e o critério adotado no levantamento.

Quanto ao mérito, a defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito, inclusive quanto às penalidades aplicadas.

Há que se louvar o nível da defesa apresentada, fundada na teoria da norma jurídica e tomando por referência

os conceitos da lógica jurídica, com arrimo em boa doutrina, sem dúvida.

O presente Auto de Infração compõe-se de 5 lançamentos.

Os três primeiros dizem respeito a fatos apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias. No item 1º, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, haja vista que foi apurada omissão de saídas de mercadorias cujas operações, no entender da fiscalização, seriam isentas ou não tributáveis. Na verdade, trata-se de omissão de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi pago por antecipação, estando por conseguinte encerrada a fase de tributação, não sendo mais devido imposto, embora prevaleça a obrigação acessória do registro das saídas, e isso não foi feito. O fato está demonstrado nos autos. Mantenho a multa.

Nos itens 2º e 3º, está sendo cobrado ICMS: no item 2º, é atribuída ao autuado a responsabilidade por solidariedade relativamente ao imposto por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, ao passo que no 3º item está sendo cobrado o imposto por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente às operações subsequentes das mesmas mercadorias objeto do item 2º, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

A defesa alega que as diferenças apuradas são resultantes de dilatação das mercadorias em virtude de variações de temperatura. Foi requerida a realização de perícia para atestar esse fato.

Não há necessidade de perícia para verificar se os combustíveis em questão estão ou não sujeitos a variações volumétricas em razão das variações de temperatura, porque isso é um fenômeno real, de conhecimento de todos. De fato, a gasolina, o óleo diesel e o álcool aumentam de volume quando há um aumento da temperatura ambiente, e têm o seu volume reduzido quando a temperatura sofre variação para menos. Porém a legislação citada pela defesa (Portaria 27/59 do MIC, Resolução 6/70 do CNP e Portaria 60/96 do MF) dizem respeito às operações com combustíveis entre a refinaria e as distribuidoras, haja vista que a refinaria deve faturar as vendas para as distribuidoras de combustíveis tomando por referência a temperatura a 20 °C.

Porém no caso de revendas de combustíveis pelas distribuidoras aos postos de combustíveis, o que se aplica é a Portaria 26/92 do DNC, recepcionada pela ANP, que instituiu o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), cujo art. 5º limita em 0,6% as perdas e ganhos, ou seja, admite-se uma variação de até 0,6%, para mais ou para menos no estoque físico de combustíveis nos postos varejistas.

Embora o percentual de 0,6% diga respeito a ganhos e perdas, o que mais comumente ocorre são perdas de combustíveis em virtude de vazamentos, evaporação e outros fenômenos.

Porém no caso em apreço não faz sentido adicionar perdas, haja vista que, como se trata de omissão de entradas, caso fossem adicionadas as perdas, conseqüentemente, em vez de reduzir o débito do imposto, na verdade aumentaria a diferença, pois, adicionando-se às saídas apuradas as supostas perdas, os novos valores se refletiriam nos estoques, aumentando a omissão de entradas.

Cumpra observar que a fiscalização nesse tipo de levantamento leva em consideração as aferições registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

A defesa insinuou que a fiscalização teria incluído nos cálculos Cupons cancelados e duplicados.

Ao prestar a informação, o autuante disse que trabalhou com os dados do Registro de Inventário e com as Notas Fiscais de entradas e saídas.

Seria de bom alvitre que o fiscal tivesse prestado a informação como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa.

O autuante não precisa necessariamente rebater as considerações quanto a aspectos meramente jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais, porém não pode deixar de analisar e informar os fatos. Alegações quanto a variações volumétricas e quanto a documentos cancelados ou duplicados constituem matéria de fato e deveriam ter sido analisadas e investigadas.

Se realmente o fiscal tivesse incluído no levantamento Cupons cancelados, o “aumento” das saídas decorrente de tais Cupons se refletiria nas omissões de entradas.

Além das alegações, o contribuinte anexou à defesa cópias de vários Cupons cancelados. Porém a defesa não demonstrou que tais Cupons tivessem sido incluídos no levantamento fiscal. E evidentemente, como foram cancelados, eles não foram considerados no levantamento, e se porventura isso tivesse ocorrido caberia à defesa provar, e não o fez.

Quanto à alegação de Cupons duplicados, também não foi feita prova de sequer um só documento que tivesse sido lançado em duplicidade no levantamento fiscal.

Considero caracterizadas as infrações dos itens 2º e 3º.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 782815, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Destaca que não foram considerados cupons fiscais cancelados e duplicados, que quando contabilizados implicaram em vendas superiores às entradas registradas.

Colaciona vasta documentação destinada a comprovar que inexistiu omissão de entrada de combustível e sim que foram computados cupons cancelados e duplicados.

Questiona a informação fiscal, bem como a Decisão de piso, no sentido de que as exclusões dos cupons fiscais cancelados e duplicados seriam automáticas, pois o aparelho emissor dos cupons fiscais não teria essa função e mesmo que ele possuísse essa capacidade técnica, tais exclusões não teria ocorrido no presente PAF.

Pugna pela realização de perícia a fim de identificar a existência dos cupons fiscais cancelados e duplicados.

Ato contínuo, explica que eventual divergência de combustível encontrada, dizem respeito à dilatação volumétrica, ocorrida em virtude da excitação das moléculas dos combustíveis, quando submetidas à variações térmicas.

Neste contexto, requer a realização de perícia técnica para averiguar a existência de dilatação volumétrica e sua relevância na conformação do total de saídas apuradas.

Passa a tratar sobre a responsabilidade tributária, bem como a formalização da estrutura das normas de responsabilidade solidária e por substituição, transcrevendo doutrina, com o objetivo de demonstrar serem ilegítimas as multas aplicadas para as infrações 2 e 3.

Por fim, argui que a aplicação das multas ofende os princípios do não confisco, razoabilidade e proporcionalidade.

A PGE/PROFIS, fl. 1.079, opina pela conversão do feito em diligência ao autuante, para proceder à análise das provas trazidas pelo recorrente, visando demonstrar a existência de equívocos no levantamento quantitativo de estoques objeto dos itens 1 a 3 do lançamento.

Incluído o processo em pauta suplementar, esta 1ª CJF decidiu pelo indeferimento do opinativo da diligência fiscal, por verificar que as notas fiscais canceladas não foram glosadas no demonstrativo do autuante.

Ademais, as planilhas elaboradas pelo autuante são referentes à omissão de entrada, haja vista que o cálculo da omissão de saída foi efetuado com base nos encerrantes, sendo irrelevante apresentar as notas fiscais de saída.

Instada a emitir Parecer conclusivo, a PGE/PROFIS, através da procuradora Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, às fls. 1.083/1.084, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Observa que o recorrente não logrou colacionar aos autos documentos pertinentes às suas alegações e capazes de elidir as infrações.

Destaca que os esclarecimentos prestados à fl. 1.080 são precisos em demonstrar a inadequação dos documentos apresentados pelo recorrente que são insuficientes e até mesmo impertinentes ao mérito das infrações apuradas.

Por fim, ressalta que as multas estão previstas em Lei, cabendo ao órgão julgador administrativo a aplicação da legislação tributária estadual.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0093-01/13, prolatado pela 1ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epígrafado, em razão de cinco infrações, sendo objeto de irrisignação do sujeito passivo as três primeiras, apuradas mediante

levantamento quantitativo de estoque.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Observo que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e as infrações imputadas à Recorrente estão devidamente descritas. Os fatos geradores das infrações que compõe o lançamento estão bem determinado e os elementos constitutivos dos débitos tributários estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o Processo Administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF.

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª JJF.

Rejeito a solicitação de perícia com fulcro no art. 147, II do RPAF, haja vista que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos e também é desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Na busca da verdade material, o feito foi incluído em pauta suplementar, para que fosse analisado as argumentações e documentos apresentados pelo recorrente, todavia, consoante verificado por esta 1ª CJF, as notas fiscais canceladas ou duplicadas não influenciaram na apuração da movimentação dos estoques que foi apurado no demonstrativo elaborado pelo autuante, com base nos encerrantes das bombas de combustíveis.

Neste sentido, ressalte-se que as planilhas elaboradas pelo autuante são referentes à omissão de entrada, haja vista que o cálculo da omissão de saída foi efetuado com base nos encerrantes, sendo irrelevante a apresentação das notas fiscais de saída.

Ademais, considerando que as saídas foram apuradas com base nas quantidades de saídas computadas nos encerrantes da bombas de combustíveis, não deve ser considerada a exclusão das quantidades consignadas em cupons fiscais, porque os cupons fiscais não foram objeto do levantamento fiscal.

No que tange às variações volumétricas, assim dispõe a Portaria 26/92 do DNC:

Art. 5º - Independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustível superior a 0,6% (seis décimos por cento) caberá ao PR proceder a apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s).

Mais uma vez, a JJF corretamente destacou que a adição de supostas perdas por variação volumétrica, ao invés de diminuir, aumentaria o débito do imposto, haja vista que ao adicionar às saídas apuradas as supostas perdas, os novos valores se refletiriam nos estoques, aumentando, ainda mais, a omissão de entradas.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, XIII-A, “j”, XVIII, “c”, e XXII da Lei nº 7.014/96.

Afasto a alegação de violação a princípios constitucionais, constante na peça recursal, em razão deste órgão colegiado não ter competência para declarar ilegalidade, consoante art. 167, I, do RPAF.

A despeito da extensiva argumentação doutrinária trazida pelo recorrente, no que diz respeito à responsabilidade do Sujeito Passivo, entendo que no presente caso, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, acrescido das multas pelo cometimento de infração à legislação tributária

é do recorrente.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso voluntário, para manter a inalterada a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120457.0007/12-8**, lavrado contra **AUTO POSTO R & R PLUS LTDA. (AUTO POSTO PRINCESAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.739,01**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 4.661,89, de 100% sobre R\$25.631,10 e 60% sobre R\$9.446,02, previstas no art. 42, incisos III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.260,00**, previstas nos incisos XIII-A, “j”, XVIII, “c” e XXII do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS