

A. I. Nº - 088502.0027/03-6
AUTUADO - AUTO POSTO VENTO SUL LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO ANÍBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 11.03.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-03/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS 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. Foi refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. 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 refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Rejeitado o pedido de diligência. Infração parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 18/08/03, para exigir o ICMS no valor de R\$8.902,07, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002) – R\$822,82;
2. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a

título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002) - R\$260,75;

3. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se a seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (2003) – R\$1.194,00;
4. Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas, empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (2003) – R\$5.030,38;
5. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (2003) – R\$1.594,12.

O autuado apresentou defesa (fls. 117 a 120), alegando, quanto às infrações 1 e 2, que o autuante cometeu alguns equívocos, pois:

1. deixou de incluir, no levantamento, a Nota Fiscal nº 601, emitida pela empresa Auto Posto Catavento Ltda., de aquisição de 4.510 litros de álcool carburante, os quais deram entrada em seu estoque em 01/01/02;
2. deixou de incluir, também, a Nota Fiscal nº 1139, emitida pela empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., de aquisição de 6.000 litros de álcool carburante, com o registro nos livros fiscais em 24/12/02;
3. no cálculo do preço médio foi inserida a Nota Fiscal nº 559, emitida pela empresa Oliveira Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda, “não se vislumbrando a fundamentação legal para tal inserção”, já que ela foi registrada no LMC à fl. 144, em 10/12/02, e no livro Registro de Entradas, à fl. 34.

Aduz que houve um erro no registro do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no dia 01/01/02, tendo sido consignado um estoque inicial de 4.510 litros de álcool quando o correto seria o registro da entrada da referida Nota Fiscal nº 601, como acima relatado.

Acrescenta que houve um defeito na bomba, tendo havido duas seqüências do encerrante: a primeira medição foi feita para o período de 01 a 19 de março de 2002 e a segunda, de 20 a 31 de março de 2002, com o total de vendas de 8.038,95 litros de combustível, conforme o demonstrativo de saídas anexo.

Afirma que se constatou que o estoque final escritural, em 31/12/02, foi de 4.778,85 litros e o estoque final de fechamento (estoque físico), foi de 4.711,65 litros, uma diferença de 232,80 litros, perfeitamente aceitável, uma vez que a medição dos tanques não é precisa, sendo feita de forma rudimentar, com uma régua introduzida no interior do tanque.

Quanto à infração 3, alega que é improcedente, pois inexistia a quantidade de álcool indicada no tanque no dia 05/08/03 e o equívoco foi decorrente da leitura errada da régua que é utilizada para medição do tanque. Assegura que o estoque existente naquela data era de 2.547,70 litros, resultando em uma diferença de 2.011,30 para o estoque encontrado pela fiscalização. Argumenta que se houvesse estoque a maior, conforme aponta o autuante, esta quantidade não seria de 4.559 litros, mas sim de 2.011,30 litros, conforme o demonstrativo acostado.

Relativamente às infrações 4 e 5, diz que o autuante se equivocou ao deixar de incluir, no levantamento, os seguintes documentos fiscais:

1. a Nota Fiscal nº 1399, emitida pela empresa Codipetros Distribuidora de Petróleo Ltda., de aquisição de 7.100 litros de álcool carburante, os quais entraram em seu estoque em abril de 2003;
2. a Nota Fiscal nº 1498, emitida pela empresa Codipetros Distribuidora de Petróleo Ltda., de aquisição de 5.000 litros de álcool carburante, com o registro nos livros fiscais em maio de 2003;
3. a Nota Fiscal nº 3049, emitida pela empresa Alfa Petróleo Ltda., de aquisição de 5.000 litros de álcool carburante, os quais entraram em seu estoque em julho de 2003;
4. a Nota Fiscal nº 3068, emitida pela empresa Alfa Petróleo Ltda., de aquisição de 5.000 litros de álcool carburante, os quais entraram em seu estoque em julho de 2003.

Afirma que, no cálculo do preço médio, foi inserida a Nota Fiscal nº 3005, “não se vislumbrando a fundamentação legal para tal inserção”, já que ela foi registrada no LMC à fl. 18, em 18/06/03, e no livro Registro de Entradas, à fl. 22, e preenche os requisitos estabelecidos no Convênio ICMS nº 03/99.

Por fim, pede a realização de diligência fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 223), não acata a alegação defensiva, de que não considerou a Nota Fiscal nº 601 (4.510 litros de álcool), uma vez que tal entrada já constava do estoque existente em 01/01/02, conforme o LMC acostado à fl. 44. Ressalta que o contribuinte inseriu a citada nota fiscal, após a devolução do LMC, “o que não é muito legal”, consoante a fotocópia de fl. 146 dos autos.

Quanto à Nota Fiscal nº 1139, afirma que foi emitida por empresa que já não exerce suas atividades desde 31/10/00, de acordo com o documento de fl. 21, razão pela qual não foi incluída no levantamento.

Relativamente à Nota Fiscal nº 1399, de emissão da Codipetros Dist. de Petróleo Ltda, afirma que não foi destinada ao autuado e este agiu de má fé, “clonando a referida nota a fim de fugir da autuação precisa e eficaz encetada por este autuante”.

Em relação às Notas Fiscais nºs 1498, 3049 e 3068, diz que não foram incluídas porque não foram apresentadas no momento da solicitação e retifica o levantamento de estoques, consoante os demonstrativos de fls. 227 a 232 dos autos.

Após ter sido intimado (fl. 234), o sujeito passivo voltou a se manifestar (fls. 236 e 237) aduzindo, quanto à Nota Fiscal nº 1139, que foi devidamente registrada e a alegação do autuante, dizendo que a empresa emitente não estava em atividade à época de sua emissão, não pode ser aceita,

pois se trata de “outra infração que não é matéria deste Auto de Infração”, “o que configura cerceamento do direito de defesa”.

De referência à Nota Fiscal nº 1399, argumenta que se trata de outra inovação, constituindo infração não apontada originalmente causando, portanto, cerceamento de seu direito de defesa. Ressalta que o documento fiscal preenche todos os requisitos formais e legais e foi registrado, não contendo nenhum indício de inidoneidade.

Salienta que a nota fiscal juntada pelo autuante à fl. 226 está datada de 08/04/03, com data posterior à da nota fiscal por ele acostada, que foi emitida em 01/04/03 e conclui que se o clone é o derivado, o documento fiscal anexado pelo preposto fiscal é que foi clonado. Acrescenta que, se houve clonagem, é dever do autuante apurar com seriedade para punir o verdadeiro infrator e que está de posse da primeira via original da nota fiscal mencionada para qualquer diligência que se fizer necessária para a apuração dos fatos. Finalmente, pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 7 a 112).

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, deve-se exigir o imposto 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 álcool carburante ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento de estoques.

Não obstante isso, em sua peça defensiva, o sujeito passivo alegou que o autuante deixou de incluir, em seu trabalho referente ao exercício de 2002 (infrações 1 e 2), as Notas Fiscais de Entradas nº 601, de aquisição de 4.510 litros de álcool carburante, os quais deram entrada em seu estoque em 01/01/02; nº 1139, de aquisição de 6.000 litros de álcool carburante, com o registro nos livros Fiscais em 24/12/02; e que, no cálculo do preço médio, considerou erroneamente a Nota Fiscal nº 559, já que ela foi registrada no LMC à fl. 144, em 10/12/02, e no livro Registro de Entradas, à fl. 34.

O contribuinte aduziu, ainda, que houve um erro no registro do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no dia 01/01/02, tendo sido consignado um estoque inicial de 4.510 litros de álcool quando o correto seria o registro da entrada da referida Nota Fiscal nº 601, como acima relatado.

Quanto às alegações acima elencadas, ressalto que, embora o autuante não tenha incluído a Nota Fiscal nº 601 no demonstrativo de entradas de mercadorias (fl. 18), foi considerado, em 01/01/02, um estoque de 4.510 litros de álcool carburante (estoque inicial), o que dá o mesmo resultado em termos matemáticos.

Relativamente à Nota Fiscal nº 1139 (fl. 20), verifica-se que foi emitida, em 24/12/02, pela empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., inscrição estadual nº 24.239.857. Observe-se que a data limite para emissão do documento fiscal foi fixada em 13/05/01 e, ademais, o contribuinte teve a sua inscrição cancelada em 31/10/00, por meio do Edital nº 43/2000, antes, portanto, da emissão da referida nota fiscal, conforme o documento de fls. 21 e 22 do PAF.

Sendo assim, de acordo com o artigo 209, inciso VII, do RICMS/97, deve ser considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento fiscal que for emitido por contribuinte: a) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades; ou b) no período em que se encontrar com sua inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada. Correta, assim, a atitude do autuante, ao não incluir o mencionado documento no levantamento de estoques.

Saliente-se que não houve nenhuma inovação na informação trazida aos autos, de que a empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., inscrição estadual nº 24.239.857 estava cancelada no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda, inclusive porque os documentos extraídos do INC – Informações do Contribuinte foram anexados pelo preposto fiscal no momento da lavratura do presente Auto de Infração (fls. 20 a 22).

Relativamente à Nota Fiscal nº 559, foi utilizada apenas para o cálculo do preço médio unitário do álcool carburante, procedimento embasado no disposto no artigo 60, inciso II, alínea “b”, item 1, do RICMS/97.

As alegações defensivas, de que houve um defeito na bomba e que o estoque final escritural, em 31/12/02, foi de 4.778,85 litros e o estoque final de fechamento (estoque físico), foi de 4.711,65 litros, não se encontram provadas nos autos, não podendo ser acatadas. Além disso, o autuante considerou o que estava escriturado no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e o contribuinte não explicitou como tais equívocos o prejudicaram no levantamento quantitativo.

Referente ao levantamento de estoques do período de 01/01/03 a 05/08/03 (infrações 3, 4 e 5), não há como aceitar o argumento do autuado, de que o estoque existente em 05/08/03 era de 2.547,70 litros de álcool hidratado, e não de 4.559 litros, tendo em vista que foi realizada contagem física do estoque existente e a quantidade encontrada foi consignada na Declaração de Estoque lavrada pelo autuante e assinada pelo representante do contribuinte (fl. 26).

Em relação à Nota Fiscal nº 1399, emitida pela empresa Codipetros Distribuidora de Petróleo Ltda., o autuante afirmou que se tratava de um “clone” da nota fiscal verdadeira, enquanto que o autuado alegou que a nota fiscal a ele destinada é a verdadeira, por ter sido emitida em data posterior àquela anexada pelo preposto fiscal.

Analizando as fotocópias da Nota Fiscal nº 1399, acostadas às fls. 189 e 226, verifica-se que o documento fiscal anexado pelo autuante foi enviado por um preposto fiscal que constatou *in loco* que o destinatário, a data de emissão e todos os dados relacionados às mercadorias constantes na nota fiscal eram diferentes daquelas informações elencadas na nota fiscal escriturada pelo autuado. Verifica-se, também, que o documento fiscal escriturado pelo contribuinte apresenta uma tipografia na numeração diferente, inclusive, das demais notas fiscais emitidas pela mesma empresa (Codipetros Distribuidora de Petróleo Ltda.) e também registradas pelo sujeito passivo (fls. 184 a 188). Sendo assim, considero demonstrada a inidoneidade do documento fiscal e entendo que foi correto o procedimento do autuante, ao não inseri-lo no levantamento fiscal.

Em relação às Notas Fiscais nºs 1498, 3049 e 3068, o autuante reconheceu que não foram incluídas porque não foram apresentadas no momento da solicitação e retificou o levantamento de estoques, consoante os demonstrativos de fls. 227 a 232 dos autos, os quais acato para reduzir o débito referente às infrações 3, 4 e 5 da seguinte forma:

Infração 3 – Base de Cálculo de R\$4.103,10 e ICMS (27%) de R\$1.107,84;

Infração 4 – Base de Cálculo de R\$3.786,53 e ICMS (27%) de R\$1.022,36;

Infração 5 – Base de Cálculo de R\$1.199,95 (MVA de 31,69% sobre R\$3.786,53) e ICMS (27%) de R\$323,99.

Ressalte-se que, como o autuante, equivocadamente, não cobrou o ICMS por antecipação tributária das mercadorias ainda existentes em estoque (infração 3), represento à autoridade competente para que determine a renovação do procedimento fiscal para exigência da diferença, conforme a seguir: Base de Cálculo de R\$1.300,27 (MVA de 31,69% sobre R\$4.103,10) e ICMS (27%) de R\$351,07.

Observe-se, por fim, com relação à Nota Fiscal nº 1399, que, embora o autuante tenha trazido aos autos a informação de que se tratava de nota fiscal “clonada”, somente no momento em que prestou a sua informação fiscal, o autuado foi devidamente intimado e se pronunciou a respeito no prazo de dez dias previsto no § 7º do artigo 127 c/c o § 1º do artigo 18, do RPAF/99, não se configurando, assim, cerceamento ao seu direito ao contraditório.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota	Multa	Débito R\$
1	31/12/02	09/01/03	3.047,48	27%	70%	822,82
2	31/12/02	09/01/03	965,74	27%	60%	260,75
3	31/12/00	09/01/01	4.103,11	27%	70%	1.107,84
4	31/12/01	09/01/02	3.786,52	27%	70%	1.022,36
5	31/12/02	09/01/03	2.500,22	27%	60%	323,99
TOTAL DO DÉBITO						3.537,76

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 **088502.0027/03-6**, lavrado contra **AUTO POSTO VENTO SUL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.537,76**, acrescido das multas de 60% sobre R\$584,74 e 70% sobre R\$2.953,02, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, recomendando-se a instauração de novo procedimento fiscal para reclamar a parcela do débito exigida a menos no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA