

A. I. N° - 232856.0036/03-5
AUTUADO - MARSPETRO MARINGÁ SERVIÇOS PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 11.05.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-02/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. I) OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS EFETUADAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigência subsistente apenas quanto ao último período; II) MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO: a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ICMS NORMAL; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte é responsável pelo pagamento do imposto normal, devido pelo fornecedor, e pelo antecipado, relativo às mercadorias, sujeitas a substituição tributária, recebidas sem documentação fiscal. Exigências subsistentes em parte, após as devidas correções; 2. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS, COM IMPOSTO ANTECIPADO, SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DE MULTA. Infração parcialmente subsistente, sendo devida a multa de 1% sobre o valor comercial. Rejeitada as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/12/03, exige o valor de R\$106.424,78, apurado através de levantamento quantitativo de estoque de gasolina, álcool e óleo diesel, conforme documentos às fls. 13 e 31 a 189 dos autos, em razão:

1. da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$44.305,13, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998 a 2002;
2. da falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$41.346,49, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998 a 2002;
3. da multa, no montante de R\$248,84, por falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, nos exercícios de 1998 a 2002;
4. da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.822,47, na condição de responsável

solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício aberto de 2003 (01/01/2003 a 08/10/2003);

5. da falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$577,54, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no período de 01/01/2003 a 08/10/2003;
6. da multa, no montante de R\$100,00, por falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, com data de ocorrência de 07/10/2003 e 08/10/2003;
7. da multa, no montante de R\$ R\$18.024,31, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, decorrente da entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, inerentes aos exercícios de 1999 a 2001;

O sujeito passivo, às fls. 195 a 206 do PAF, tece as seguintes razões de defesa:

1. suscita como preliminares de nulidade do Auto de Infração o fato da lavratura do mesmo ter se procedido na própria SEFAZ, ou seja, fora do estabelecimento da empresa, não dando oportunidade do autuado em oferecer suas justificativas, como também pela inexistência de intimações para esclarecimentos necessários, da origem ou das causas da falta de recolhimento ou diferenças, em razão da existência do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal;
2. no mérito, aduz não ter havido a infração, uma vez ser necessário e imprescindível aos postos de combustíveis que seja efetuada a aferição mínima diária dos equipamentos medidores (bombas), cuja medida tem capacidade de armazenamento de 20 litros de combustíveis, sendo que tais aferições não foram registradas no livro LMC, comprovando se tratar de um erro administrativo, no qual não houve qualquer intenção de fraudar a fiscalização, assim como o próprio fiscal deixou também de registrar e deduzir as aferições nas omissões de entradas, o que não acarretaria nas infrações descritas, conforme planilhas às fls. 207 a 214 dos autos, após inclusão das aferições; da consideração das notas fiscais, às fls. 220 a 223, e do erro verificado nas páginas 16 e 17 do LMC, onde o autuante deixou de deduzir o volume de 41.593 litros de gasolina. Assim, o autuado entende que se impõe a reforma do Auto de Infração;
3. ressalta que no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no dia 15/03/1999, onde está devidamente registrado que houve um defeito no registro medidor, cujo reparo alterou a sequência numérica, o que não foi observado pelo autuante;
4. que apesar de não haver contabilizado algumas notas, em face da falha administrativa, aduz que não houve qualquer prejuízo para o Estado, pois os impostos foram devidamente pagos com retenção na fonte, sendo que o autuante deixou de observar que as notas fiscais de nºs: 8887, 9074, 8888 e 9387, todas emitidas no exercício de 1999 pela Total Distribuidora Ltda, foram lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 220 a 223), sendo indevida a multa, resultando em bi-tributação, a qual a legislação vigente a reduziu para 1%, cujo benefício será em favor do autuado.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 253 a 258 do PAF, cita o art. 38, inciso X, §1º do RAPF (§1º do art. 39), no sentido de demonstrar que não existe nenhum impedimento legal para que o Auto de Infração seja lavrado na SEFAZ, particularmente as fiscalizações em estabelecimentos.

Também ressalta que não existe qualquer obrigação de se intimar o contribuinte para esclarecimentos, salvo se necessários para a boa execução das tarefas.

Quanto ao mérito, relativo a questão das aferições diárias, o autuante concorda quanto a tal obrigação por parte do contribuinte, tanto que na planilha de trabalho faz constar o campo para lançamento de todas as aferições procedidas. Porém, ressalta que todo o trabalho foi efetuado pelos documentos fiscais apresentados e as aferições que se encontram registradas no LMC foram devidamente consideradas. Assim, deixa ao CONSEF a decisão se tais valores devem ser relevados.

No tocante as notas fiscais de n.^{os}: 9074, 8887, 8888 e 9387, o autuante reconhece que foram registradas, retirando-as da multa exigida no Auto de Infração, destacando que todas elas foram relacionadas nas entradas da auditoria do estoque, penalizando o contribuinte tão somente com a respectiva multa.

Referente a seqüência numérica do medidor, alterada mediante reparo do cerrante, aduz o autuante que tal fato deveria ser registrado no LMC, o qual, após análise, verificou que as alegações do contribuinte estão corretas, do que as acata, refazendo a planilha de gasolina, consoante documentos às fls. 259 a 262 dos autos, e efetuando as correções relativa à Bomba 04, na qual encerra em 2883895, em 15/03/99, e no dia seguinte abre com 2925488.

Por fim, quanto a multa de 1% do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, alterada pelo Decreto n.^º 8.868, de 05/01/2004, ressalta o autuante que quando da elaboração do Auto de Infração a multa para tais casos era de 10% do valor comercial.

Assim, aguarda que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, no valor de R\$79.299,14, consoante Demonstrativo de Débito às fls. 261 a 262 dos autos.

Intimado a se manifestar acerca dos novos elementos anexados aos autos pelo autuante, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 265 a 267, na qual aduz que o autuante reconhece as imprescindíveis aferições, devidamente provadas através de “Boletim de Fiscalização da ANP”; “Aferição Periódica e Eventual do IBAMETRO”; “Boleto de Pagamento de Aferição do IBAMETRO”; “Boletim de Manutenção Preventiva dos Equipamentos”; “Laudo de Exame de Bomba Medidora para Combustíveis Líquidos – IBAMETRO” e “Certificado de Verificação dos Equipamentos Fornecidos pelo Instituto Nacional de METROLOGIA”, cujas aferições por uma falha administrativa deixaram de ser registradas no LMC.

Também alega que o autuante ao apresentar a Planilha e Demonstrativo de Cálculos, na coluna de Entradas, erroneamente mantém as mesmas quantidades de produtos, não adicionando as notas fiscais de n.^{os}: 9074, 8887, 8888 e 9387, o que penaliza o autuado como se houvesse omissão de entradas. Assim, anexa novas planilhas com os valores corretos, às fls. 268 a 274 dos autos.

Por fim, quanto a multa de 10%, entende que com o advento do Decreto n.^º 8.868/04 não se justifica a imposição de multa superior a 1%, mesmo porque o processo se encontra “sub judicie”, cujo benefício será em prol do infrator.

O autuante, à fl. 276 dos autos, toma ciência da aludida manifestação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto e multa no montante de R\$106.424,78, apurado através de levantamento quantitativo de estoque de gasolina, álcool hidratado e óleo

diesel, decorrente da responsabilidade por solidariedade pela falta de recolhimento do imposto normal devido pelo fornecedor; do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio autuado, devido nas aquisições desacompanhadas de documentação fiscal, e das saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente.

Da análise das razões de defesa, observa-se que o sujeito passivo comprova a existência de equívocos ocorridos quando da execução dos trabalhos fiscais, relativos a imposição da multa de 10% sobre o valor comercial de mercadorias constantes de notas fiscais devidamente registradas, como também em razão da não observância da alteração da seqüência numérica do registro do medidor, quando da sua manutenção, os quais foram objeto de reconhecimento por parte do autuante e de correção nas suas novas planilhas, anexadas às fls. 259 a 260 dos autos, cujo Demonstrativo do Débito resultou no valor de R\$79.299,14 (fls. 261/262), não tendo pertinência a alegação de defesa (fl. 266) de que "... fora erroneamente mantida as mesmas quantidades de produtos não adicionando as notas fiscais acima mencionadas, o que penaliza a Autuada como se houvesse omissão de entrada.", pois as notas fiscais de n.^{os}: 9074, 8887, 8888 e 9387, foram devidamente consideradas no levantamento de entradas, conforme pode-se observar às fls. 40, 41 e 81 dos autos.

Quanto a questão das imprescindíveis aferições dos equipamentos medidores de combustíveis, não registradas no livro LMC, reconhecidas como erro administrativo sem qualquer repercussão, não deduzidas das omissões de entradas, acarretando nas infrações descritas, não devem ser relevadas, não só porque não foram registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), mas, principalmente, por não terem sido documentadas com notas fiscais acobertando a operação de entrada de tais volumes diários aos respectivos tanques, ou seja, se houve a aferição correspondente a 20 litros de combustível, no qual foi consignado na bomba sua saída para comprovação da sua exatidão, deveria o mesmo processo ser realizado para o retorno de tal volume ao tanque, emitindo-se nota fiscal de entrada do volume, de forma a se oficializar e documentar a operação.

A auditoria de estoque é procedida através de documentos fiscais, cuja obrigação do contribuinte é de emitir-los. Assim, por não ficar comprovado o efetivo retorno de tais volumes, os mesmos não devem ser considerados, uma vez que os documentos extrafiscais trazidos aos autos pelo sujeito passivo só comprovam a realização das aferições, mas, nunca o efetivo retorno dos volumes aferidos.

Relativo a multa exigida no montante de R\$18.024,31, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, (Infração 07), conforme notas fiscais constantes às fls. 133 a 189 dos autos, as quais também foram consideradas na auditoria de estoque, subsiste apenas o montante de R\$1.802,43, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, cujo imposto já havia sido pago por antecipação, consoante art. 915, XI do RICMS, alterado pelo Dec. n.^o 8.868/04, por ser mais benéfico ao contribuinte.

Por fim, devem ser excluídos os valores relativos a multa pela omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de notas fiscais (Infração 03), mantendo-se apenas a relativa a outubro/03 (Infração 06), por não haver previsão legal para a exigência acumulada, devendo ser imposta apenas uma penalidade para todo período fiscalizado, consoante reiteradas decisões deste tribunal administrativo, neste sentido. Assim, torna-se improcedente as penalidades constantes da terceira infração, por ser devida apenas a penalidade consignada na sexta infração, mesmo assim, no valor de R\$50,00.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$64.366,83, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO							
DATA		BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. %	MULTA		VALOR (R\$)	INFRAÇÃO
OCORR.	VENCT°			%	ACESSÓRIA		
31/12/1998	31/12/1998	1.794,16	25%	70		448,54	1
31/12/1999	31/12/1999	5.617,52	25%	70		1.404,38	1
31/12/1999	31/12/1999	44.220,92	25%	70		11.055,23	1
31/12/2000	31/12/2000	6.417,12	25%	70		1.604,28	1
31/12/2000	31/12/2000	8.112,48	25%	70		2.028,12	1
31/12/2001	31/12/2001	36.427,04	25%	70		9.106,76	1
31/12/2001	31/12/2001	11.772,04	25%	70		2.943,01	1
31/12/2002	31/12/2002	14.702,89	27%	70		3.969,78	1
08/10/2003	08/10/2003	6.749,89	27%	70		1.822,47	4
31/12/1998	31/12/1998	568,56	25%	60		142,14	2
31/12/1999	31/12/1999	1.780,20	25%	60		445,05	2
31/12/1999	31/12/1999	51.928,60	25%	60		12.982,15	2
31/12/2000	31/12/2000	2.033,60	25%	60		508,40	2
31/12/2000	31/12/2000	7.998,92	25%	60		1.999,73	2
31/12/2001	31/12/2001	3.730,56	25%	60		932,64	2
31/12/2001	31/12/2001	37.144,64	25%	60		9.286,16	2
31/12/2002	31/12/2002	4.659,33	27%	60		1.258,02	2
08/10/2003	08/10/2003	2.139,04	27%	60		577,54	5
08/10/2003	08/10/2003	-	-	-	50,00	50,00	6
31/01/1999	31/01/1999	-	-	-	92,45	92,45	7
28/02/1999	28/02/1999	-	-	-	134,68	134,68	7
31/07/1999	31/07/1999	-	-	-	287,17	287,17	7
31/08/1999	31/08/1999	-	-	-	297,83	297,83	7
30/09/1999	30/09/1999	-	-	-	54,86	54,86	7
31/10/1999	31/10/1999	-	-	-	54,98	54,98	7
31/12/1999	31/12/1999	-	-	-	282,36	282,36	7
31/01/2000	31/01/2000	-	-	-	56,36	56,36	7
30/06/2000	30/06/2000	-	-	-	402,14	402,14	7
30/11/2000	30/11/2000	-	-	-	103,00	103,00	7
31/01/2001	31/01/2001	-	-	-	36,60	36,60	7
TOTAL A EXIGIR:						64.366,83	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o 232856.0036/03-5, lavrado contra **MARSPETRO MARINGÁ SERVIÇOS PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.514,40**, sendo R\$26.477,49 corrigido monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.569,34 e 70% sobre R\$12.908,15, previstas, respectivamente, no art. 42, II, "d", e III, da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$36.036,91 acrescido das multas de 60% sobre R\$14.562,49 e 70% sobre R\$21.474,42, previstas, respectivamente, no art. 42, II, "d", e III, da Lei n.^o 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$1.802,43**, sendo R\$1.765,83, atualizado monetariamente, e **R\$50,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, XI e XXII, da Lei n.^o 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.^o 7.629/99, alterado pelo Decreto n.^o 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR