

A. I. Nº - 087163.0017/03-4  
AUTUADO - SÃO RAFAEL POSTOS DE SERVOCOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ SILVIO LEONE DE SOUSA  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 18.05.04

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0162/01-04**

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 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 do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado demonstra existência de equívoco no levantamento, revertendo as diferenças apuradas por omissão de entradas para diferenças por omissão de saídas. Imposto indevido. O descumprimento da obrigação acessória foi apurado no item abaixo. **c)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISÃO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. A falta de emissão de documentos fiscais, nas saídas de mercadorias com fase de tributação já encerrada, enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. A multa aplicada é pelo fato objetivamente considerado. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 29/12/2003 exige ICMS, no valor de R\$ 60.143,29, além de multa no valor de R\$ 50,00, pelos motivos abaixo relacionados:

Infração 1 - descumprimento de obrigação acessória, em razão de omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, multa aplicada, em exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 19/09/03), no valor total de R\$ 50,00;

Infração 2 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva

escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 19/09/03), no valor de R\$ 47.006,77;

Infração 3 - falta de recolhimento do imposto, 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 a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 19/09/03), no valor de R\$ 13.136,52.

O autuado, às fls. 16 a 26, apresentou defesa argumentando que as mercadorias foram adquiridas junto a fornecedores regulares, conforme cópia da escrituração contábil e do LMC. Que se trata de combustíveis (diesel, gasolina comum), sendo de obrigatoriedade da distribuidora proceder a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Alegou que o autuante omitiu a existência de notas fiscais, apesar de apresentadas e lançou quantidades de combustíveis de maneira equivocada.

Que o fato gerador do imposto ocorreu quando o produto saiu da distribuidora e esta recolheu o imposto, pago por antecipação pelo autuado – substituição tributária.

Disse não ter sentido as supostas omissões alegadas e que tal fato deve-se a erro no levantamento por não considerar notas que, por engano da contabilidade, deixaram de ser lançadas, porém o importante é que o imposto foi recolhido, afastando a presunção de sonegação, omissão, falta de recolhimento ou falta de antecipação.

Argumentou que a fiscalização não levou em conta a Portaria que regula a perda de 0.6% do combustível, em razão de evaporação e as aferições a que são obrigados os postos a fazê-las, diariamente, para verificação quanto a regularidade dos equipamentos de medição para venda dos combustíveis.

Protestou dizendo ser ato arbitrário a lavratura do Auto de Infração contra o autuado, uma vez que na aquisição do produto, em face da substituição tributária, o valor do ICMS é embutido no preço pago pelo revendedor. Que a lei imputou a responsabilidade do pagamento por substituição, dando a ocorrência do fato imponível as distribuidoras que já embutem nos valores das vendas ao posto revendedor a parcela do ICMS, por expressa determinação legal. Assim, não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Requeru a improcedência da autuação e, caso não seja julgado improcedente que seja descaracterizada a multa aplicada, pois, ao seu ver, o correto seria a aplicação do disposto no RICMS que prevê a multa acessória, por ser de direito. Requeru, ainda, a nulidade dos demonstrativos feitos pelo autuante, em razão de macularem a legislação que rege a matéria, não podendo o Estado aplicar as normas da ANP somente em parte, desprezando aquelas que acobertaria a indicação de omissão.

Que os livros contábeis e as notas fiscais de entradas e saídas estarão à disposição do fisco para conferência e constatação do engano na autuação.

O autuante, às fls. 36 e 37, informou que os levantamentos foram embasados no que foi estabelecido para “operação combustível”. Os levantamentos foram efetuados com a leitura nas bombas, contagem de estoque realizado nos tanques de combustíveis, LMC e notas fiscais de entradas do período fiscalizado.

Esclareceu que não foram desconsiderados os cupons fiscais, nem as pequenas notas de retiradas, já que não foram utilizadas na contagem dos estoques as notas fiscais de saídas, se assim o fizesse a diferença das saídas seriam bem maiores, uma vez que os postos de combustíveis raramente emitem notas fiscais nas vendas de combustíveis. Que os levantamentos foram realizados com os materiais cedidos pelo contribuinte e que não ficou demonstrado pelo autuado qual documento não foi lançado pelo autuante. Anexou, às fls. 34 a 37, os levantamentos quantitativos das entradas realizadas na auditoria de estoque.

Concluiu opinando pela manutenção da autuação.

Foi dada ciência ao autuado do resultado da informação fiscal e seus demonstrativos.

Às fls. 46/47, o autuado alegou que no levantamento de óleo diesel, o autuante deixou de considerar as entradas das notas fiscais nºs 148304, 148874 e 149123, que totaliza 20.000 litros de diesel. Também não incluiu as notas fiscais nºs 148304, 148684, 149160, 1499352, 148819, 149603 e 148874, totalizando 95.000 litros de gasolina. Que ainda foi mencionada a nota fiscal nº 155499 que se refere a aquisição de 5.000 litros, como sendo 6.000 litros. Anexou os documentos fiscais em cópias reprográficas às fls. 48 a 55, e cópia de folhas do LMC (fls. 56 a 65).

O autuante à fl. 69, informou que as empresas de combustíveis não possuem livros de entradas para registrarem as notas fiscais de entradas, usam estes artifícios para alegar que o auditor deixou de considerar certas notas fiscais. Que o autuado mencionou que foi indicado no levantamento a aquisição de 6.000 litros ao invés de 5.000 litros de gasolina, todavia não anexou a nota fiscal. Também, o contribuinte de posto de combustível, na sua grande maioria, jamais dão notas fiscais de saídas nas suas vendas e embutiram em suas mentes que nunca seriam fiscalizados pela SEFAZ, os quais não admitem serem fiscalizados.

## VOTO

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que foi realizada Auditoria dos Estoques, no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 19/09/03), tendo sido identificadas omissões de entradas de mercadorias. Por esta razão, foi exigido imposto na condição de responsável solidário por ter, o autuado, adquirido mercadorias sem nota fiscal e, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, já que a mercadoria se encontra enquadrada no regime da substituição tributária.

Inicialmente, o autuado alegou existência de equívocos no levantamento realizado pelo autuante e, ainda, que o imposto não poderia ser exigido no autuado, haja vista que os valores foram pagos por antecipação, pelas distribuidoras por determinação expressa em lei. Argumentou, também, que a autuante não considerou a existência de evaporação dos combustíveis e nem as aferições obrigatórias. Apresentou relação das aquisições de mercadorias indicando os números dos documentos fiscais e quantidades adquiridas.

Só na informação fiscal o autuante anexou ao processo os levantamentos quantitativos das entradas, tendo sido dado vistas ao autuado com a entrega dos citados documentos.

Novamente, o autuado ao se pronunciar lista algumas notas fiscais de aquisição de óleo diesel e gasolina que não foram arroladas no levantamento do autuante, anexando cópias reprográficas das mesmas, além de argumentar que tivesse havido indicação a mais de 1.000 litros de gasolina (nota fiscal nº 155499) no levantamento do autuante.

Consta dos documentos anexados pelo autuado que não foram arrolados no levantamento quantitativo das entradas elaborado pelo autuante o seguinte:

Aquisição de gasolina:

Nota fiscal nº 149603 - 15.000 litros;  
Nota fiscal nº 149819 - 15.000 litros;  
Nota fiscal nº 149352 - 15.000 litros;  
Nota fiscal nº 149160 - 12.000 litros;  
Nota fiscal nº 148684 - 15.000 litros;  
Nota fiscal nº 148874 - 11.000 litros;  
Nota fiscal nº 148304 - 12.000 litros = 95.000 litros de gasolina

Aquisição de óleo diesel

Nota fiscal nº 149123 - 10.000 litros;  
Nota fiscal nº 148874 - 5.000 litros;  
Nota fiscal nº 148304 - 5.000 litros = 20.000 litros de diesel

Apesar de o autuante não reconhecer o equívoco apontado pelo sujeito passivo em não constar do levantamento quantitativo das entradas, os documentos fiscais apresentados quando da impugnação, ressalto que examinando a documentação fiscal ficou provado inexistirem as diferenças por omissão de entradas de mercadorias, haja vista que as omissões de entradas reverteram para omissão de saídas, já que em relação ao item gasolina comum, inicialmente tinha sido apontada uma diferença por omissão de entradas de 91.550 litros, tendo o autuado demonstrado que não foram consideradas as aquisições correspondentes a 95.000 litros. Também, no tocante ao item óleo diesel foi inicialmente apontada uma omissão de entradas de 17.535 litros, no entanto, o impugnante trouxe aos autos a comprovação de aquisições não computadas no levantamento, no total de 20.000 litros. Em ambos os casos, as omissões de entradas reverteram-se em omissões de saídas.

Na presente ação fiscal foi exigida também multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter sido identificada diferença por omissão de saídas de álcool, no mesmo período fiscalizado. No entanto, em relação às diferenças constatadas por saída sem nota fiscal, por se tratar de produto com fase de tributação encerrada, é devida a multa de R\$ 50,00, pelo descumprimento de obrigação acessória, ou seja, pela falta de emissão do documento fiscal. Ressalto que a multa aplicada alcança também as diferenças apuradas por omissão de saídas das mercadorias “gasolina comum e óleo diesel”, haja vista que a multa é pelo fato objetivamente considerado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para ser exigida multa no valor total de R\$ 50,00.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087163.0017/03-4, lavrado contra **SÃO RAFAEL POSTOS DE SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA