

A. I. N° - 206880.0212/03-7
AUTUADO - MASSAPE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 21.06.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS (COMBUSTÍVEIS) SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, estando ainda as mercadorias fisicamente em estoque ou saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Entretanto, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2003, refere-se à exigência de R\$10.525,12 de ICMS, mais multa, por falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2000 e 2002.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 30 a 41 dos autos, alegando inicialmente que a Nota Fiscal nº 383989, por equívoco, fora objeto de duplo lançamento no LMC, embora a escrituração tenha sido efetuada corretamente no livro Registro de Entradas. Disse que todas as infrações foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques com base única e exclusivamente no LMC, e o autuado entende que não foi apresentado qualquer documento que comprove a veracidade do levantamento fiscal e das infrações apuradas. Argumentou que a escrituração do LMC pode gerar indícios de falta de recolhimento do imposto, mas, por si só não bastam, uma vez que podem acontecer erros na escrituração do mencionado livro, a exemplo do lançamento em duplicidade como ocorreu no presente caso. Disse ainda que o autuante poderia ter utilizado um sistema de medição por régua, e tal procedimento comprovaria, sem sobra de dúvidas, qualquer entrada de combustíveis oriundos de terceiros desacompanhados de documento fiscal. Citou decisão da Inspeção Regional de Tributação do Paraná, art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, além de julgado do STF sobre a questão.

O defendente também alegou que a comercialização de álcool, gasolina e diesel, contempla a ocorrência de oscilações de volume entre o ato da compra e o da venda ao consumidor. Citou exemplo, lembrando a previsão de perda diária de até 0,6% do volume estocado em função da evaporação no armazenamento. Contestou a multa aplicada, citando o art. 150, inciso IV, da

Constituição Federal, apresentando entendimento do Prof. Sampaio Dória, de Bilac Pinto e do mestre Aliomar Baleeiro.

O defendente também não concordou com a alíquota utilizada no cálculo do imposto exigido, citando o art. 50 do RICMS/97, argumentando que o autuante nada mais fez do que aplicar o maior percentual de alíquota existente no mencionado art. 50 do RICMS-BA. Por fim, requereu a total improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou informação fiscal, fls. 72 a 74 dos autos, dizendo que concorda com a alegação de que ocorreu lançamento em duplicidade da NF 383989, entretanto, entende que esse duplo lançamento tem por objetivo mascarar o LMC acobertando uma operação anterior de entrada de mercadorias sem documentação fiscal, uma vez que através dos encerrantes dos bicos das bombas as mercadorias saíram e foram registradas ocasionando uma diferença no LMC. Disse que todo revendedor de combustíveis realiza aferições diárias, e essas aferições têm como objetivo, dentre outros, a comprovação da quantidade em litros estocados escrituralmente em confronto com o estoque real. Por isso, entende que está comprovada a finalidade do lançamento em duplicidade da nota fiscal: primeiro para mascarar o LMC, segundo, para fraudar o fisco. Ressaltou que não tem fundamento o argumento defensivo de cerceamento do direito de defesa, uma vez que o levantamento fiscal se deu na mais rígida observância das normas tributáveis vigentes; foram utilizados todos os documentos fiscais apresentados pelo autuado na elaboração dos demonstrativos, que foram apresentados ao contribuinte, fornecendo-lhe cópias.

O autuante contestou também o argumento de que não foi apresentado qualquer documento que comprove a veracidade do levantamento fiscal, tendo em vista que a defesa está totalmente equivocada, considerando que o levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, não comporta tal situação, ressaltando que o autuante somente poderia realizar medições físicas do produto em tempo real, e não retornar ao passado. Por isso, foram utilizados os documentos apresentados e as escriturações realizadas nos livros fiscais. Disse ainda, que a evaporação dos produtos evidencia as saídas sem o combustível passar pela bomba, e se os produtos saíram, caracteriza mais entradas, portanto, mais omissão de entradas. Quanto ao questionamento da multa aplicada, entende que este não é o foro para tal discussão e a alíquota utilizada tem fundamento no art. 50, inciso I, do RICMS/97. Por fim, opinou pela manutenção do Auto de Infração.

O autuado tomou conhecimento da informação fiscal e apresentou novas razões de defesa às fls. 78 a 81 dos autos, alegando que havendo erro na escrituração do LMC, a Portaria DNC nº 26/92, prevê o prazo de 24 horas para a apresentação do mencionado livro corretamente escriturado, ressaltando que o ato de escriturar é obrigação acessória visando facilitar o controle e fiscalização da qualidade de combustível, e também, das obrigações tributárias. Assim, entende que o simples erro no preenchimento do referido livro não pode implicar sanção ao contribuinte. Disse que a duplicidade de lançamento se deu em virtude de o autuado ter contratado pessoa sem experiência para a tarefa de escriturar no LMC os encerrantes dos bicos das bombas.

O defendente contestou a informação do autuante de que utilizou as escriturações e documentos fiscais apresentados pelo autuado, argumentando que no exercício de 2000, não se pode falar em omissão de entrada, uma vez que não houve entrada de combustível no estoque do autuado. Quanto à alíquota aplicada, disse que o autuante informou o correto enquadramento legal, e antes, não havia a estipulação do respectivo inciso do art. 50 do RICMS/97, fazendo-se concluir que poderiam ser aplicadas outras duas alíquotas. Por fim, o autuado reiterou os termos da defesa inicialmente apresentada, requerendo a improcedência e arquivamento do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 2000 e 2002, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, relativamente às diferenças encontradas.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme planilhas acostadas aos autos, fls. 10 a 22, do PAF, ressaltando-se que não houve a juntada de demonstrativo pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, sendo alegado nas razões defensivas que houve equívocos nos encerrantes registrados no LMC, em virtude de registro em duplicidade de uma nota fiscal relativa à aquisição de combustível, o que ocorreu em decorrência de o autuado ter contratado pessoa sem experiência para a tarefa de escriturar no mencionado LMC os encerrantes dos bicos das bombas.

O fato alegado na defesa do autuado é quanto à NF 383989, referente à aquisição de 20.000 litros de diesel, lançada em duplicidade no LMC. Entretanto, tal equívoco não trouxe qualquer repercussão no levantamento fiscal, haja vista que a mencionada nota fiscal foi considerada com a quantidade correta no levantamento das entradas à fl. 10 dos autos, e para as quantidades de saídas foram utilizadas as leituras dos encerrantes dos bicos das bombas (abertura e fechamento).

Foi também apresentada a alegação de que o fato narrado no Auto de Infração não enseja a cobrança do imposto, por entender o defendente que não devem prevalecer as diferenças apuradas através de levantamento quantitativo de estoques com base única e exclusivamente no LMC, e o autuado entende que não foi apresentado qualquer documento que comprove a veracidade do levantamento fiscal. Entretanto, não são acatados os argumentos defensivos, haja vista que as infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão de acordo com a legislação em vigor. Assim, tratando-se de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e estando ainda em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme arts. 10, inciso I, alínea “a” e 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Em relação ao argumento defensivo de que houve evaporação dos produtos não considerada no levantamento fiscal, concordo com a informação fiscal de que essa evaporação evidencia saída de produto sem passar pela bomba, e se essas saídas forem computadas, vão caracterizar no presente processo mais omissão de entradas, e tal fato deveria ser comprovado conforme legislação própria.

Quanto à multa aplicada, também questionada nas razões de defesa, considerando que o imposto foi exigido em decorrência de levantamento quantitativo de estoques que resultou na apuração de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, entendo que está correto o percentual indicado no Auto de Infração, de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Vale ressaltar, que se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Por isso representa-se à repartição fiscal para proceder a necessária apuração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que está caracterizado nos autos o cometimento das infrações apuradas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0212/03-7**, lavrado contra **MASSAPE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.525,12**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR