

A. I. Nº - 108595.0006/03-8
AUTUADO - SMITH PEDREIRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 01. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0313-04/04

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. Após comprovações, diminuído o valor do débito fiscal. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração desconstituída parcialmente. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatando-se omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal e sendo a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, a fase de tributação já se encontra encerrada, sendo correta a exigência de multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Não acolhidas as arguições de nulidade. Previsão legal para aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/11/03, cobra ICMS no valor de R\$50.709,06 acrescido das multas de 70% e 60%, mais multa no valor de R\$39,71, em decorrência:

1. Multa pela omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 1998) – R\$39,71;
2. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 1998 a 2002) – R\$41.009,94;
3. 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 da margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (exercícios de 1998 e 2002) – R\$8.962,73;

4. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (1/1/2003 a 5/11/2003) – R\$593,18;
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 da margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto (1/1/2003 a 5/11/2003) - R\$143,21.

O autuado, por advogado legalmente constituído, impugnando o lançamento fiscal (fls. 98/107), requereu, inicialmente, a nulidade da ação fiscal por entender que o autuante não lhe apresentou os documentos base da autuação, não havendo permissão de inversão do ônus da prova. Além disto, informou que o sistema de medição, por régua, utilizado pelo fisco é bastante rudimentar, sem sequer citar qual a escala, tipo e modelo da régua medidora utilizada para a verificação dos estoques existentes nos tanques. Afora tais considerações, observou que não foi considerada a alta volatilidade dos derivados de petróleo. Entendeu admissível que durante a operação de compras de combustíveis (carregamento na distribuidora até o ponto de revenda – posto de combustível) existe uma evaporação dos produtos, principalmente do álcool e da gasolina. Esta evaporação, disse, é computada no valor de aquisições e o ICMS recolhido. Afirmou que esta perda era de 2%.

De igual maneira, diversas notas fiscais de aquisições, que indicou, não foram consideradas pela autuante.

Diante do que expôs, afirmou, novamente, ser nula a ação fiscal por falta de provas. Neste sentido, discorreu sobre a concepção jurídica do que sejam provas, citando o Código de Processo Civil e julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

Em seguida, impugnou o percentual das multas aplicadas o entendendo confiscatório.

Requereu a nulidade da autuação.

A autuante prestou informação (fls. 166/167), contestando as razões de defesa em relação às arguições de nulidades apresentadas, vez que a obrigação legal de guardar a documentação fiscal de forma organizada e apresentar ao fisco, quando regularmente intimado, é do autuado.

Em seguida analisou todas as notas fiscais de aquisições apresentadas quando da defesa, refazendo os levantamentos fiscais, que apresentou a seguinte configuração:

Exercício de 1998 – as omissões de saídas foram maiores que a de entradas. Permanecia a multa já aplicada.

Exercício de 1999 – apurou somente omissões de saídas. Opinou pela aplicação da multa no valor de

R\$39,71.

Exercício de 2000 – apurada omissão de entradas no valor de R\$24.552,43, com ICMS normal no valor de R\$6.138,11 e ICMS , por antecipação tributária, no valor de R\$1.233,62.

Exercício de 2001 – apurada omissão de entradas no valor de R\$5.002,96, com ICMS normal no valor de R\$1.250,74 e ICMS , por antecipação tributária, no valor de R\$250,80.

Exercício de 2002 – as omissões de saídas foram maiores que a de entradas. Opinou pela aplicação da multa no valor de R\$39,71.

Diminuiu o valor do débito total de R\$50.748,77 para R\$8.992,40.

Ao tomar ciência da informação prestada pelo autuante, o sujeito passivo manifestou-se (fls. 195/198), reafirmando seu posicionamento quanto à evaporação e, desta vez, apresentando um percentual de 2,4%, conforme demonstrou. De igual maneira, tornou a contestar o sistema de régua do volume de combustível usado pela fiscalização.

Além disto, anexou ao processo novas documentos fiscais de aquisições e requereu o desentranhamento do PAF dos documentos fiscais, anexados com a sua defesa inicial, por se constituírem primeiras vias.

A autuante manifestou-se (fls. 206/207) fazendo nova revisão do lançamento fiscal. Observou que quanto aos exercícios de 1998, 1999 e 2002, não havia encontrado divergências em relação aos dados apresentados na sua anterior manifestação. Porém em relação ao exercício de 2000, foi apresentada a Nota Fiscal n º 346.297 (fl. 199) de aquisição de 5.000 litros de gasolina comum, que nesta oportunidade a incluiu. Também verificou que a nota fiscal nº 322.980 com 5.000 litros de gasolina aditivada (fl.119), anteriormente apresentada, não tinha sido lançada no levantamento, o que ora realizava. Assim, apresentou o seguinte levantamento:

ICMS NORMAL

PRODUTO	QD OMITIDAS	PREÇO MÉDIO	B CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
GASOLINA COMUM	10160	1,18	11.988,80	25	2.997,20
GASOLINA ADITIVADA	113	1,16	131,08	25	32,77
ÁLCOOL	805	0,91	732,55	25	183,14
TOTAL					3.213,11

ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

PRODUTO	B.CÁLCULO (R\$)	M.V.A	B. CÁLCULO (R\$)	ICMS SUB TRIB.
GAS COMUM	11.988,80	20%	2.397,76	599,44
GAS ADITIVADA	131,08	20%	26,22	6,55
ÁLCOOL	732,55	20%	146,51	36,63
TOTAL	12.852,43		2.570,49	642,62

Quanto ao exercício de 2001, verificou a falta de lançamento da Nota Fiscal nº 462.738 (fl. 150) de aquisição de 5.000 litros de gasolina comum, o que transformou a omissão de entradas de 3.846 litros em omissão de saídas de 1.154 litros. Opinou pela cobrança da multa no valor de R\$39,71.

Reduziu o valor do débito total para R\$ 4.750,96.

Em nova manifestação (fls. 212/213) o impugnante informou que havia esquecido de anexar, quando

de seu último pronunciamento, mais três notas fiscais de aquisições de gasolina comum, o que, disse, anulariam, por completo a autuação.

Em novo pronunciamento (fls. 221/227) o autuado apresentou três fatos que, disse, deveriam ser devidamente apurados. O primeiro dizia respeito a alíquota aplicada no exercício de 2000 (25%) vez que, quando da apuração do imposto através do Auto de Infração foi suscitado o art. 50, do RICMS/97, que transcreveu. Refez o levantamento fiscal com a alíquota de 17% e afirmou que a suposta infração deveria ser de R\$2.185,42 ou de R\$1.542,30 com uma alíquota de 12%.

O segundo foi em relação à evaporação no percentual de 2,4%. Utilizando-se dos levantamentos que havia elaborado, abatendo das quantidades apuradas este percentual, apresentou dois demonstrativos com as alíquotas de 17% e 12%, passando o ICMS para R\$2.132,47 e R\$1.505,28, respectivamente.

O terceiro dizia respeito ao imposto por substituição tributária, que estaria errado, dentro da sistemática que havia apresentado, ou seja, com alíquota de 17% e 12% e com o percentual de 2,4% de evaporação.

Ademais, como não havia sido informada a forma utilizada para se apresentar o percentual de 20% de MVA, entendeu que houve cerceamento do seu direito de defesa.

Requeru novamente a nulidade da ação fiscal e que fossem desentranhados dos autos as primeiras vias das notas fiscais, pela defesa, anexadas.

VOTO

Preliminarmente, ressalto que a Repartição Fiscal deve desentranhar do PAF as notas fiscais pertencentes ao contribuinte, e aos autos anexadas pelo sujeito passivo, entregando-lhe os originais e apensando aos autos cópias das mesmas, documentando o fato mediante Termo.

O autuado apresentou arguições de nulidade à ação fiscal que as analiso.

Na primeira disse que não lhe foram entregues os documentos embaixadores dos levantamentos fiscais realizados, discorrendo sobre o que sejam provas processuais. Este é um argumento sem qualquer sustentação. Os levantamentos foram realizados com base no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC e notas fiscais de aquisições, conforme prova os demonstrativos apresentados, e entregues ao sujeito passivo. Observo que os citados livros e documentos foram fornecidos à fiscalização pelo autuado através de termos legais (fls. 7/8) e que, após fiscalização, foram a ele devolvidos (fl. 7), já que de sua propriedade. O fisco apenas analisou-os e os devolveu ao seu dono, precisamente, ao autuado, que se defendeu, apresentando ao longo da lide diversas notas fiscais de aquisições que não haviam sido computadas. Sendo documentos que ao sujeito passivo pertencem, não existe a necessidade do fisco entregar cópia de documento original que se encontra nas mãos do próprio contribuinte.

Na segunda, impugnou o sistema de medição, por régua, utilizado pelo fisco afirmando ser bastante rudimentar, vez que não citava tipo e modelo de régua medidora utilizada para a verificação dos estoques existentes nos tanques. Este argumento somente pode ser entendido para o exercício de 2003, vez que, caso o sistema, nos outros exercícios tenha sido rudimentar, a responsabilidade de sua utilização é do autuado, já que assim consignou no seu LMC. No mais, e observando o exercício de 2003, o que se fez foi à leitura dos encerrantes de cada bomba, no momento da ação fiscal (fls. 80/82). Não vejo motivo para tecer maiores considerações a este respeito.

Como terceiro argumento, observou que não foi considerada a alta volatilidade dos derivados de petróleo. Exemplificou que durante a operação de aquisições, durante o trajeto do produto da

distribuidora até o posto de combustível, existe uma perda de 2,4%. Assim, o produto que entra nos tanques não é aquele de fato adquirido, pois em menor quantidade. De fato, as evaporações podem afetar os estoques físicos dos combustíveis, e são perdas, perdas estas que em um levantamento quantitativo devem ser consideradas, o que não fez a autuante. Porém ao serem consideradas aumentaria o valor do imposto cobrado e não o diminuiria, como entendeu a defesa, já que não podem ser abatidas das saídas.

O quarto argumento do impugnante se prende ao fato de que a autuante aplicou, no exercício de 2000, uma alíquota de 25% e indicou como dispositivo legal infringido o art. 50, do RICMS/97, quando neste dispositivo somente existem as alíquotas de 17% e 12%. De fato, o dispositivo regulamentar a ser indicado não é o art. 50, do RICMS/97 e sim o art. 51, II, “e”, do RICMS/97. Porém este fato, em qualquer momento cerceou o direito de defesa do contribuinte que, e inclusive, tem conhecimento da alíquota do ICMS aplicada às suas mercadorias.

Por fim, ainda houve a alegação de cerceamento de defesa pelo fato de não ter sido indicado através de que dispositivo legal foi aplicada a MVA - Margem de Valor Agregado de 20%, ainda em relação ao exercício de 2000. Que o contribuinte tenha estranhado o percentual da MVA, entendo. Porém alegar cerceamento de defesa, é outra coisa. O art. 512-B, do RICMS/97 determina a margem de valor adicionado a ser utilizada para cálculo do imposto devido por substituição tributária. À época, ou seja, em 2000, o art. 512-B, I, 1.1.2 determinava o percentual de 98,60% para a gasolina e o inciso IV, “a”, todos do RICMS/97, o percentual de 31,69% para o álcool hidratado combustível. A autuante aplicou o percentual de 20%. Neste caso, beneficiou o contribuinte. Não vejo qualquer motivo para se alegar cerceamento de direito de defesa.

No mais, as infrações do presente Auto de Infração tratam da cobrança do ICMS que foi apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercícios findos (1998 a 2002) e exercício não findo (01/01/03 a 5/11/03). O autuante detectou a falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhada de documento fiscal, sendo atribuído ao seu detentor (o autuado) o pagamento do imposto por responsabilidade solidária. Também foi cobrado o imposto por substituição tributária, vez que as mercadorias levantadas neste regime se encontram enquadradas, além de multa no valor de R\$39,71 por operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária efetuadas sem emissão de documentos fiscais e conseqüentemente sem escrituração nos livros próprios (exercício de 1998 – óleo diesel).

Todas as notas fiscais colacionadas aos autos pelo impugnante foram analisadas e incluídas no levantamento fiscal. Quando de sua última manifestação, o sujeito passivo apresentou cópias das notas fiscais de aquisições de gasolina comum de nº 399976, 400301 e 401558 no exercício de 2000 (fls. 214/216), quando alegou que com elas a irregularidade em relação a esta mercadoria e no referido exercício ficava desconstituída. Ressalto que estes documentos já haviam sido computados no levantamento fiscal conforme se prova à fl. 39 dos autos, não podendo ser levantados em duplicidade. Portanto, sem qualquer valia a sua apresentação extemporânea.

Assim, após todos os ajustes realizados pela autuante, o levantamento fiscal passou a ter a seguinte configuração:

EXERCÍCIO DE 1998, 1999, 2001 e 2002 – apuradas omissões de saídas e não de entradas.

EXERCÍCIO DE 2000 – apuradas omissões de entradas para a gasolina comum, gasolina aditivada e o álcool hidratado no valor de R\$3.213,11 de imposto por responsabilidade solidária e R\$642,62 por substituição tributária (fl. 206 do PAF). O óleo diesel foi excluído.

EXERCÍCIO DE 2003 – nenhum documento foi apresentado visando desconstituir o valor do ICMS apurado na ação fiscal.

A autuante ao constatar as omissões de saídas das mercadorias opinou pela cobrança da multa de R\$39,71 por exercício. Como a irregularidade é a mesma e a multa é aplicada pela natureza do cometimento da infração e não por exercício, cabe, apenas, a cobrança da multa de R\$39,71 e não conforme solicitado pela autuante.

Por derradeiro, quanto ao questionamento dos percentuais da multa aplicada, observo que eles estão previstos na Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da autuação conforme demonstrativo de débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)	MULTA (R\$)
INFRAÇÃO 1					
61	31/12/98	9/1/99	0,00	-	39,71
TOTAL					39,71
INFRAÇÃO 2					
10	31/12/00	9/1/01	3.213,11	70	
TOTAL			3.213,11		
INFRAÇÃO 3					
10	31/12/00	9/1/01	642,62	60	
TOTAL			642,62		
INFRAÇÃO 4					
10	5/11/03	9/12/03	593,18	70	
TOTAL			593,18		
INFRAÇÃO 5					
10	5/11/03	9/12/03	143,21	60	
TOTAL			143,21		
TOTAL AI			4.592,12		39,71

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108595.0006/03-8, lavrado contra **SMITH PEDREIRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.592,12**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$3.806,29 e 60% sobre o valor de R\$785,83, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$39,71**, prevista no art. 42, XXII da já referida lei.

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, 24 de agosto de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR