

A. I. Nº - 206911.0035/03-6
AUTUADO - GOMES DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 21. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0347-04/04

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 entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Efetuada correção no cálculo do imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2003, exige ICMS no valor de R\$17.008,17, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$9.631,47, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool carburante e óleo diesel comum), fatos ocorridos nos exercícios de 1998, 2000 e 2002;
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$3.251,67, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (álcool carburante, óleo diesel comum e gasolina comum), fato ocorrido no exercício de 2003;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$3.098,94, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$1.026,09, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

As infrações acima foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal fls. 107/112 dos autos, fez, inicialmente um relato dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

Em seguida, alegou que todos os produtos adquiridos vêm com o ICMS antecipado, não podendo falar-se em uma nova tributação. Diz que ocorreu apenas erro de digitação e no controle dos encerrantes (numeração que cada equipamento possui para medir a quantidade saída diariamente).

Prosseguindo em sua defesa, argumenta que o autuante considerou apenas as informações do LMC, cujo livro não tem validade legal, além do mesmo conter vários erros a saber: a) erros nos encerrantes; b) erro na abertura dos estoques em 01/01/98, quando não foi lançado o estoque inicial, conforme comprova a cópia do livro Registro de Inventário com o estoque existente em 31/12/97, além de não ter sido considerado no levantamento do autuante notas fiscais de entradas.

Esclarece que diante dos erros acima, solicitou ao técnico que refizesse o LMC, cujas cópias faz a juntada em sua defesa, para comprovar que inexistia a omissão de entradas apontada no Auto de Infração.

Às fls. 110 a 112 apontou os equívocos incorridos pelo autuante na auditoria de estoques, oportunidade em que elaborou planilhas para demonstrar que não houve as omissões de entradas.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 175/179 dos autos, assim se manifestou para refutar os argumentos defensivos:

1. Quanto à alegação de que o LMC é meramente formal, esclarece que tal afirmativa nada mais é que a confissão formal do descumprimento da lei, já que se trata de um livro obrigatório para todos os postos revendedores de combustíveis, conforme dispõe o art. 324, do RICMS/97;
2. Acerca do argumento do autuado de erro na abertura dos estoques, informa que os levantamentos realizados tiveram como base o LMC, cujas cópias encontram-se aos autos às fls. 20 a 40, 41 a 64 e 71 a 104, por ser o principal livro de controle, já que registra as entradas, as saídas, bem como indica o nível diário dos estoques, em detrimento do livro Registro de Inventário, cuja escrituração somente é feita ao final do exercício;
3. Com relação à alegação de erros nos encerrantes, oportunidade em que o autuado fez a juntada de cópias de novas folhas do LMC, aduz que envolve uma grande dose de subjetividade, porquanto é pouco crível que tivesse ocorrido erros seqüenciados nas medições físicas e que os mesmos são detectados logo a seguir, haja vista as medições físicas serem diárias e efetuadas ao final do expediente para escrituração do referido livro;
4. No tocante ao argumento de não lançamento de notas fiscais, diz não acatá-lo, pelos seguintes motivos:
 - a) Sobre a Nota Fiscal nº 6710, de 08/11/2001, diz existir claros indícios de vício documental, haja vista a consignação no seu rodapé do campo “Descrição dos Produtos” dos seguintes dados: G-24/11/01; D – 29/11/2001, os quais são indicadores de possíveis datas de pagamentos dos produtos, supostamente através de cheques pós-datados. Frisa que os valores unitários de preços dos produtos de gasolina C de R\$1,5547 e óleo diesel de R\$0,8067 são semelhantes aos praticados no mesmo período (novembro/2001), conforme se verifica às fls. 156, 171 e 172 dos autos, cuja autenticidade pode ser verificada através de diligência por fiscal estranho ao feito, caso o CONSEF assim entenda ser necessária;

b) Quanto à Nota Fiscal nº 008477, de 29/08/2002, de emissão da Hora Distribuidora de Petróleo Ltda., diz que o seu acatamento fica condicionado à verificação de sua autenticidade, haja vista que a via juntada ao PAF em xerox não contém autenticação.

Ao concluir, disse que fez a juntada às fls. 127 a 174 de xerox's autenticadas do livro Registro de Inventário nº 1 do autuado e dos demonstrativos dos levantamentos de combustíveis, relativos aos exercícios não arrolados na presente autuação, oportunidade em que reafirmou pela manutenção da ação fiscal.

Em nova intervenção às fls. 183/84, o autuado aduziu que, conforme dito anteriormente, não escriturava o LMC, pois, o mesmo nunca fora solicitado pela fiscalização e que devido à intimação exigir a confecção do mesmo com urgência, contribuiu para a ocorrência de erros, como o de não colocar a quantidade do estoque inicial na abertura do exercício.

Indica a capacidade de armazenamento de seus tanques antes e depois da reforma efetuada pela ESSO em 2001, oportunidade em que fez a juntada aos autos das cópias autenticadas das Notas Fiscais nºs 6710 e 8447.

O PAF foi submetido à pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4ª JJF decidido pela sua conversão em diligência a INFAZ-Alagoinhas, para que fosse atendido o solicitado à fl. 191.

Em nova manifestação às fls.195/96 o autuante assim se pronunciou:

a) Quanto ao LMC, diz ser dispensável tecer maiores considerações acerca das alegações do autuado, face à não apresentação de quaisquer outros argumentos que ensejasse sua apreciação;

b) Com relação aos tanques de armazenamento, aduz que o autuado informou de maneira vaga e desprovida de comprovação formal, da existência de um Relatório Técnico dando conta da evolução de suas capacidades antes e depois da reforma ocorrida em 2001. Ressalta que sobre o assunto fez uma abordagem quando da informação fiscal à fl. 177, no sentido de questionar a pretensa impossibilidade de armazenamento de combustíveis, diante do possível acatamento da tese do autuado da existência de estoques iniciais de mercadorias no diapasão alegado. Acerca da indicação das capacidades de armazenamento aludidas em sua informação fiscal, esclarece que teve como base os dados existentes quando da realização das medições feitas em 20/10/2003, no desenvolvimento da Operação Combustíveis/2003;

c) No tocante às Notas Fiscais nºs 6710 e 8447, afirma ser verdadeiro apenas o selo de autenticidade e diz remanescer as suspeitas de vício documental, conforme descrito à fl. 178, cujo fato poderá ser esclarecido por meio de diligência a ser realizada por auditor estranho ao feito, oportunidade em que disse que tal suspeição não foi contestada pelo autuado em suas alegações às fls. 183/84 dos autos.

Ao finalizar, sugere ao CONSEF socorrer-se das funções institucionais da INFIP, para esclarecer os pontos obscuros do presente processo e diz reafirmar pela manutenção do Auto de Infração.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, tendo em vista a existência de controvérsia entre a defesa apresentada e a informação fiscal do autuante, foi proposta por este relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, a conversão do PAF em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 201.

Cumprida a diligência de fls. 203/204, o auditor incumbido de sua realização, mediante o Parecer ASTEC nº 0125/2004, descreveu, inicialmente, o que foi solicitado por este relator, o procedimento do autuado e de como foi realizado o trabalho diligencial.

Ao concluir, a diligente disse que após efetuar as correções com a inclusão nas entradas no exercício de 2002 de 5.000 litros de álcool, reduziu a quantidade omitida para 105 litros.

Com a alteração acima, o diligente disse que os valores do imposto para as infrações 1 e 3 originalmente cobrado nas importâncias de R\$9.631,47 e R\$3.098,94, passaram para R\$8.440,89 e R\$2.721,84.

O CONSEF, em despacho à fl. 214, encaminhou o PAF a INFAZ-Alagoinhas para dar ciência ao autuado e ao autuante do resultado da diligência da ASTEC, no entanto, somente foi intimado o autuado, conforme documentos de fls. 215/16, que, por sua vez, não se manifestou a respeito.

VOTO

Exigiu-se o imposto do autuado na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (infrações 1 e 3), bem como por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (infrações 2 e 4), cujas infrações foram apuradas mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias.

Após analisar as peças que instruem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

I - Não acolho a alegação defensiva, segundo a qual não foi lançado no LMC o estoque inicial do exercício de 1988 do produto álcool num total de 14.632 litros, o qual foi devidamente escriturado no livro Registro de Inventário da empresa. É que ao confrontar as quantidades dos estoques iniciais e finais de combustíveis consignados nos Demonstrativos do autuante às fls. 13/14, 41/42 e 65/66, os quais foram levantados por meio do LMC, com os escriturados no livro Registro de Inventário do autuado (fls. 127 a 138 dos autos), constatei que em todos os exercícios fiscalizados as mesmas são divergentes, fato que demonstra, extreme de dúvidas, a completa falta de controle dos estoques por parte do autuado no exercício de sua atividade comercial. Considerando que o LMC é um livro fiscal obrigatório, ao contrário do que alegou o autuado em sua defesa, o qual está previsto no art. 324, do RICMS/97 e destina-se ao registro diário a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis, atividade que é desenvolvida pelo autuado, entendo que foi correto o procedimento do autuante, ao computar no seu levantamento os estoques iniciais e finais de combustíveis neles escriturados;

II - Acerca das alegações de erros nos encerrantes, ressalto que, como bem salientou o autuante em sua informação fiscal, é improvável as ocorrências dos mesmos, já que são feitas medições diárias ao final do expediente, a fim de identificar os estoques existentes, cujas medições são lançadas no LMC, para o efetivo controle dos estoques dos combustíveis comercializados pela empresa, em cumprimento as determinações da Agência Nacional de Petróleo – ANP;

III – Sobre a não inclusão no demonstrativo do autuante das Notas Fiscais de nºs 6710 e 8447, entendo razão somente assistir ao autuado com referência à de nº 8447, de 29/08/2002, a qual foi incluída no levantamento das entradas de álcool no exercício de 2002 pelo diligente da ASTEC a pedido deste relator, o que fez reduzir a omissão de entradas apuradas inicialmente pelo autuante. Quanto à Nota Fiscal nº 6710, esclareço que a data correta de sua emissão é o dia 08/11/2001, ao invés de 08/11/2002, conforme comprovou a diligência da ASTEC junto ao estabelecimento emitente, razão pela qual não foi considerada pelo diligente no seu levantamento;

IV – Com relação às aferições, em que o autuado alega não ter sido computada, tal alegação não procede, já que ao examinar as cópias do LMC anexadas pelo autuante, verificou este relator que nele consta lançamento de aferições efetuadas, portanto, foram consideradas no levantamento.

Tendo em vista que o autuado ao ser intimado pela INFAZ-Alagoinhas, conforme documento às fls 215/216, para se manifestar sobre a diligência da ASTEC, oportunidade em que lhe foi concedido o prazo de dez dias, no entanto, silenciou a respeito, entendo comprovadas as diferenças de entradas apontadas pelo diligente à fl. 207, em relação às infrações 1 e 3, bem como no que se refere às infrações 2 e 4.

Face à constatação das diferenças de entradas e por estarem os combustíveis enquadrados no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do imposto devido 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 previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Com base na explanação acima, considero parcialmente caracterizadas as infrações 1 e 3 nos valores de R\$8.440,89 e R\$2.721.64, conforme demonstrativo à fl. 207 e em sua totalidade as infrações 2 e 4 nas importâncias de R\$3.251,67 e R\$1.026,09, respectivamente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no importe de R\$15.440,29.

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 **206911.0035/03-6**, lavrado contra **GOMES DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.440,29**, sendo R\$1.631,32, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.238,76 e de 60% sobre R\$392,56, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7014/96, respectivamente, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$10.453,80 e R\$3.355,17, acrescido de idênticas multas e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA