

A. I. N° - 279696.0015/03-5
AUTUADO - BOMFIM BARBOSA COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 04.11.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0425-01/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/11/2003, exige ICMS no valor de R\$96.204,93, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$45.105,99, 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, relativo aos anos de 2001, 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$10.921,97, 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 relativo ao anos 2001 e 2002.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$31.217,12, 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, relativo ao ano de 2003.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$8.959,85, 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 relativo ao ano 2003.

O autuado, às fls. 53 a 58, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, arguindo nulidade do Auto de Infração alegando as seguinte falhas:

Em relação à Infração 01:

1- O autuante não ter incluído nos levantamentos:

- a) as Notas Fiscais nºs 008000, 007965, 008315, 004935, 005145, 004884, 004831, 001622 e 012689.
- b) movimentação de entradas de combustível lançadas nos LMC's, baseados em notas a fiscais, porém, afirma o contribuinte que não localizou os documentos correspondentes.
- c) a movimentação de combustível entre matriz e filial.

2- Erros no levantamento de gasolina aditivada:

- a) Estoque inicial de 2003 era de 1.932 litros e não 5.763 litros como está grafado no referido levantamento.
- b) A soma das saídas pelo LMC referente ao período, corresponde a 82.127 litros, diferente daquele encontrado pelo autuante que é de 116.127 litros.

Em seguida assim concluiu:

“VI- Conclui-se, assim, que a presente “infração” na verdade não houve, razão pela qual IMPROCEDEM, pois, as alegações do autuante, devendo, por isso mesmo, serem consideradas como inexistentes.”

Quanto às Infrações 02, 03 e 04, aduz que nunca foi comercializada pelo estabelecimento autuado, mercadorias desacompanha de documento fiscal, razão pela qual não houve omissão no seu respectivo registro, sendo o levantamento quantitativo uma forma de arbitramento, já que presume tal fato.

Prosseguindo o autuado diz que “há previsão de, em levantamento quantitativo, constatar-se diferenças, para mais ou para menos, de até 0,06% nas aferições realizadas em bombas medidoras”.

À folha 57, no título denominado de “DO MÉRITO”, argumenta que o Auto de Infração é improcedente, pois o autuado ao definir as supostas infrações fiscais, o fez, de maneira contraditória e equivocada, haja vista o não cometimento de nenhuma delas, como ficou amplamente demonstrado. Salienta que a Lei Tributária, no momento de sua interpretação, comina penalidade mais favorável ao autuado, pois, no caso *sub judice*, poderia até haver a aplicação de uma pena acessória, conforme prevê o art. 112 e seus incisos, do CTN, já que este dispositivo legal determina que a sanção menos grave é a que deve ser observada para casos como este.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 70 a 72 dos autos, ao prestar a informação fiscal apresentou suas considerações, separadamente, para cada item da defesa.

Para o item II, fl.54, no qual o autuado apresenta relação de notas fiscais de entradas, esclareceu que:

1 - acatou e revisou os levantamentos e valores dos débitos considerando:

- a.) EXERCÍCIO 2001 - todas as notas fiscais citadas e apresentadas para o exercício de 2001: Nota Fiscal 8000 (fls. 76, 77 e 80) entradas de álcool, óleo diesel e gasolina comum; Nota Fiscal nº (fls.80/77) entradas de óleo diesel e gasolina comum; Nota Fiscal nº 8315 (fl.79) exclusão de gasolina comum.
- b) EXERCÍCIO 2001- Nota Fiscal nº 4935, da Sampaio Lubrificante Ltda, fl.84, entradas de álcool.
- c) EXERCÍCIO 2003 – Nota fiscal nº 1622, fl. 95, entrada de álcool e, fl. 97, exclusão de gasolina comum e inclusão de gasolina aditivada. Diz que considerou também as alegações referentes ao estoque e às saídas de gasolina aditivada, item V da defesa (fl.55 e 56), conforme fls. 101/102.

2 – Não acatou os seguintes documentos e alegações abaixo:

- a) Notas Fiscais nºs 5145 (dezembro/02); 4884 (abril/03) e 4831 (maio/03) da Sampaio Coml. Lubrificante e Derivado de Petróleo Ltda., pelo fato da mesma encontra-se com sua inscrição cancelada no período, fls. 116/119.
- b) As alegações do item III da defesa, fl. 55, pela falta de apresentação das notas fiscais. Da mesma forma as alegações do item IV, da mesma folha da impugnação, pois além da falta de prova, trata-se de operação de transferências de combustível entre Postos, que é proibida de ANP. Assim como, as alegações do item VI, fl.56, pela absoluta falta de objetividade, comprovação e materialidade das mesmas.

Ao finalizar, opina pela procedência do Auto de Infração.

A INFAZ-Valença, através das intimações de fl. 121, entregou cópia da informação ao autuante, para se manifestar, porém, o mesmo silenciou.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª.JJF decidido pela diligencia, para que fosse entregue ao autuado cópia de todos os documentos e demonstrativos acostados pelo autuante às folhas 73 a 115.

À folha 127, a INFAZ-Valença entregou cópia dos referidos documentos, estabelecendo o prazo de 10 (dez), para se manifestar, porém, o mesmo silenciou.

O PAF foi submetido à nova pauta suplementar, tendo esta 4ª.JJF decidido pela diligencia, para que a auditor da ASTEC incluísse no levantamento das entradas as Notas Fiscais nº 5145, 4884 e 4831, o que foi atendido conforme Parecer ASTEC nº 0200/04, folhas 133/134, tendo a revisora elaborado novos demonstrativos às folhas 135/137. No citado parecer a revisora concluiu que:

“3 – CONCLUSÃO

Após refazimento dos Resumos de Estoques referentes aos Exercícios fechados de 2001/2002 e exercício aberto de 2003, fls. 136/137, o imposto devido das infrações 01, 02 ,03 e 04 foi calculado de acordo com o disposto na Portaria 445/98, conforme demonstrativo à fl.135, apurando-se o montante de R\$58.820,80, que originalmente era de R\$96.204,93 conforme demonstrativo de débito:

Infração	Data Ocorr	Data Venc	B. Cálculo	Aliq.	Multa	I. Devido/Multa
1	31/12/2001	09/01/2002	97.140,48	25%	70%	24.285,12
1	31/12/2001	09/01/2002	6.851,56	17%	70%	1.712,89
1	31/12/2002	09/01/2003	33.022,00	27%	70%	8.915,94
Total Infração 01						34.913,95
2	31/12/2001	09/01/2002	11.208,60	25%	60%	2.802,15
2	31/12/2001	09/01/2002	1.631,04	17%	60%	440,38
2	31/12/2001	09/01/2002	10.464,67	27%	60%	2.825,46
Total Infração 02						6.067,99
3	08/10/2003	09/11/2003	55.574,44	25%	70%	13.893,61
Total Infração 03						13.893,61
4	08/10/2003	09/11/2003	15.781,00	25%	60%	3.945,25
Total Infração 04						3.945,25
						58.820,80

À folha 142, a INFAZ-Valença entregou cópia ao autuado, fl. 142, do referido Parecer e seus anexos, estabelecendo o prazo de 10 (dez), para se manifestar, porém, o mesmo silenciou. O autuante foi cientificado da revisão, fl. 141, entretanto não se pronunciou.

Após refazimento dos Resumos de Estoques referentes aos Exercícios fechados de 2001/2002 e exercício aberto de 2003, fls. 136/137, o imposto devido das infrações 01, 02, 03 e 04 foi calculado de acordo com o disposto na Portaria 445/98, conforme demonstrativo à fl.135, apurando-se o montante de R\$58.820,80, que originalmente era de R\$96.204,93 conforme demonstrativo de débito:

Infração	Data Ocorr	Data Venc	B. Cálculo	Aliq.	Multa	I. Devido/Multa
1	31/12/2001	09/01/2002	97.140,48	25%	70%	24.285,12
1	31/12/2001	09/01/2002	6.851,56	17%	70%	1.712,89
1	31/12/2002	09/01/2003	33.022,00	27%	70%	8.915,94
Total Infração 01						34.913,95
2	31/12/2001	09/01/2002	11.208,60	25%	60%	2.802,15
2	31/12/2001	09/01/2002	1.631,04	17%	60%	440,38
2	31/12/2001	09/01/2002	10.464,67	27%	60%	2.825,46
Total Infração 02						6.067,99
3	08/10/2003	09/11/2003	55.574,44	25%	70%	13.893,61
Total Infração 03						13.893,61
4	08/10/2003	09/11/2003	15.781,00	25%	60%	3.945,25
Total Infração 04						3.945,25
						58.820,80

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou: falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 01 e 03), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 02 e 04).

Quanto a arguição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que a auditoria realizada pelo autuante atendeu as determinações prevista na Portaria 445/98, além de não se observar qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Muito menos, podemos falar em nulidade em função da não inclusão de notas fiscais, pois este fato não seria causa de nulidade, ademais as falhas foram corrigidas parcialmente pelo próprio autuante e, posteriormente, foram corrigidas em sua totalidade por revisão fiscal da ASTEC.

Quanto ao mérito da autuação, na informação fiscal, fls.70/72, o auditor analisou todos os argumentos defensivos de forma bastante objetiva e muito bem embasa, anexando novos relatórios com dados já revisado além de outros documentos. O autuante acatou todas os documentos apresentados, quer seja cópia de notas, assim como cópias de livros. Somente não foram aceitas as Notas Fiscais nºs 5145 (dezembro/02); 4884 (abril/03) e 4831 (maio/03) da Sampaio Coml. Lubrificante e Derivado de Petróleo Ltda., pelo fato da mesma encontra-se com sua inscrição cancelada no período, fls. 116/119.

Efetivamente a Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda. já estava com a inscrição cancelada deste 23/10/2002, anteriormente as datas das emissões dos documentos, conforme o extrato do INC – Informação do Contribuinte – Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação.

Entretanto, nos julgamentos realizados pelas Câmaras do CONSEF, relativamente as notas fiscais emitidas pelas Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., mesmo após o cancelamento, tem firmado o entendimento de que devem os documentos fiscais serem considerados no levantamento quantitativo de estoque. Como exemplo, transcrevo parte dos Acórdãos nº 0086-11/04 e 0056-11/04, os quais reformaram decisões das Juntas de Julgamento Fiscal:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0086-11/04

...

No que concerne ao Recurso Voluntário, vislumbro que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco ao não considerar as entradas de álcool, através das Notas Fiscais nºs 5244, 4776, 5177 e 5180, datadas de 21/02/03, 21/02/03, 02/01/03 e 06/01/03, todas de emissão atribuída à empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., pois, mesmo que essa empresa estivesse com sua inscrição cadastral cancelada no cadastro estadual da Secretaria da Fazenda, na data da emissão da referida nota fiscal, conforme demonstra o Edital nº 23/2002, ainda assim, a mercadoria foi adquirida com a respectiva nota fiscal.

...

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0056-11/04

...

VOTO

...

Inicialmente, entendo que o argumento suscitado pelo recorrente de que a Nota Fiscal nº 5.163, emitida em 28/12/2002, pela Empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo, deveria ter sido considerada na relação de entradas de mercadorias, procede, pois, mesmo que essa empresa estivesse com sua inscrição cadastral cancelada no cadastro estadual da Secretaria da Fazenda, na data da emissão da referida nota fiscal, conforme

demonstra o Edital nº 23/2002, constante à fl. 52, ainda assim, a mercadoria foi adquirida com a respectiva nota fiscal.

...

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR ”

Assim, o PAF foi baixado em diligência à ASTEC, para que auditor estranho incluísse no levantamento as referidas notas fiscais, o que o realizado conforme Parecer nº 0200/04, tendo reduzido o débito, como o qual concordo, conforme abaixo:

Infração	Data Ocorr	Data Vencdo	B. Cálculo	Aliq.	Multa	I. Devido/Multa
1	31/12/2001	09/01/2002	97.140,48	25%	70%	24.285,12
1	31/12/2001	09/01/2002	6.851,56	17%	70%	1.712,89
1	31/12/2002	09/01/2003	33.022,00	27%	70%	8.915,94
Total Infração 01						34.913,95
2	31/12/2001	09/01/2002	11.208,60	25%	60%	2.802,15
2	31/12/2001	09/01/2002	1.631,04	17%	60%	440,38
2	31/12/2001	09/01/2002	10.464,67	27%	60%	2.825,46
Total Infração 02						6.067,99
3	08/10/2003	09/11/2003	55.574,44	25%	70%	13.893,61
Total Infração 03						13.893,61
4	08/10/2003	09/11/2003	15.781,00	25%	60%	3.945,25
Total Infração 04						3.945,25
						58.820,80

Ressalto que o autuado e o autuante receberam cópia do resultado da diligência e dos demonstrativos revisados, porém, silenciaram. Interpreto este silêncio com reconhecimento tácito nos novos valores apresentados.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque (infrações 01, 02, 03, e 04) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- 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);
- 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”).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$ 58.820,80, conforme demonstrativo de débito acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279696.0015/03-5**, lavrado contra **BOMFIM BARBOSA COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$ 58.820,80**, acrescido das multas de 70% sobre R\$48.807,56 e de 60% sobre R\$10.013,24, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

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, 27 de outubro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR