

A. I. N.^º - 206951.0014/03-6
AUTUADO - FLECHA S/A TURISMO COMÉRCIO E INDÚSTRIA
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 25. 11. 2004

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0458-04/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 27/11/03, para exigir o ICMS no valor de R\$ 15.092,32, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (1999 e 2002). Tipo de combustível: Diesel Aditivado - R\$ 5.416,08.
2. 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 de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999 e 2002). Tipo de Combustível: Diesel Aditivado – R\$ 2.706,73.
3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (1999 e 2001). Tipo de combustível: Diesel Comum - R\$ 3.643,29.

4. 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 de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999 e 2001). Tipo de Combustível: Diesel Comum – R\$ 1.812,79.
5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2001). Tipo de combustível: Álcool - R\$ 1.149,24.
6. 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 de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2001). Tipo de Combustível: Álcool – R\$ 364,19.

O autuado apresenta defesa à fl. 190 a 209, alegando que a autuante equivocou-se no lançamento dos valores registrados no Livro de Movimentação de Combustíveis, além de não considerar diversas notas fiscais de entradas. Discrimina às fls. 195 a 198 os erros que entende que foram cometidos na ação fiscal. Considera que as multas exigidas na autuação têm caráter confiscatório, citando o art. 150, IV, da Constituição Federal, além de transcrever opiniões de diversos doutrinadores, bem como decisões de outros tribunais, visando corroborar seu entendimento. Elabora, ainda, demonstrativo à fl. 199, dizendo que a autuante cometeu alguns equívocos no cálculo das multas aplicadas. Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 311 a 313), acata apenas parte das alegações defensivas, não considerando as notas fiscais que não foram escrituradas ou que estavam ilegíveis ou quando constava do livro LMC com rasuras. Elabora novos demonstrativos, às fls. 314 a 316, reduzindo o valor a ser exigido para R\$ 11.278,47, em função da eliminação das exigências relativas aos produtos diesel comum e álcool, no exercício de 2001. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuado em nova manifestação às fls. 321 a 326, questiona o fato da autuante não ter acatado as notas fiscais que não estavam lançadas no LMC ou que não estavam autenticadas, dizendo que isso não invalida a comprovação de aquisição. Menciona também, algumas notas fiscais que a autuante não considerou, afirmando que as mesmas estavam legíveis e devidamente registradas. Transcreve algumas decisões do STJ decidindo no sentido de que a falta de autenticação do documento não implica na sua inutilidade. Ao final, reitera seu pedido inicial de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Diante das controvérsias ainda existentes, entre o alegado pela Defesa (fls. 321 a 326), e a informação fiscal prestada pela autuante, mesmo após as retificações efetuadas (fls. 311 a 313), a 3^a JJF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à ASTEC, para que estranho ao feito, com base na escrita e respectiva documentação do autuado, verificasse se houve adulteração do livro LMC, opinando, ainda, quanto aos pontos divergentes abaixo mencionados:

1. Em relação ao exercício de 1999, verificasse se as notas fiscais nºs 147.889, 151.390, 165.596 e 162.279, que o autuado alega se referirem à aquisição regular de óleo diesel comum e aditivado, foram efetivamente registradas no livro LMC;
2. Em relação ao exercício de 2002, examinasse a nota fiscal nº 24.686, visando comprovar se a mesma refere-se à aquisição regular de óleo diesel e se foi efetivamente registrada no livro LMC;
3. Caso as referidas aquisições ficassem devidamente comprovadas, elaborasse novo demonstrativo de débito, após considerar as entradas dos respectivos produtos no levantamento efetuado (fls. 314 a 316).

O fiscal diligente, em Parecer ASTEC nº 0172/2004, às fls. 378 a 381, atendendo a solicitação supra, elaborou novo demonstrativo à fl. 382 (anexo 1), e apresentou as seguintes conclusões:

- a. *Foi incluído no demonstrativo as quantidades relativas as notas fiscais que foram apresentadas os originais e que estão lançadas no livro de Registro de Entrada de Mercadorias;*
- b. *Não foi computado as quantidades da nota fiscal nº 165.596 de 16/08/1999 por não ter sido apresentado a cópia original, tendo acostado cópia na fl. 343.*
- c. *Não foi computado a quantidade da nota fiscal nº 147.889 de 23/03/1999 por a mesma não ter lançada no livro de Registro de Entrada de Mercadorias.*
- d. *Com as retificações procedidas, o imposto total exigido de R\$ 11.278,47 foi reduzido para R\$ 5.871,48[...].*

O valor acima apontado refere-se a:

1 - omissão de entrada de 8.376 litros, de diesel aditivado no exercício de 1999, com ICMS normal de R\$ 838,40 e ICMS substituto de R\$ 466,91;

2 - omissão de entrada de 9.698 litros, de diesel comum, no exercício de 1999, com ICMS normal de R\$ 941,38 e ICMS substituto de R\$ 524,26;

3 – manutenção da exigência relativa à omissão de entradas de 10.075 litros de diesel aditivado no exercício de 2002, com ICMS normal de R\$ 2.190,26 e ICMS substituto de R\$ 910,27.

O autuado voltou a se manifestar às fls. 389 a 392, alegando ser um absurdo o fato do diligente não ter considerado as notas fiscais nºs 165.596 e 147.889. Afirma que a nota fiscal nº 147.889 foi apresentada em original e está escriturada no livro LMC. Quanto ao outro documento fiscal questionado, afirma que apesar de estar devidamente registrado nos livros, LMC e Registro de Entrada, não foi aceito porque não foi apresentado em sua via original. Acrescenta que na cópia da referida nota fiscal verifica-se que a mesma foi devidamente carimbada pela Secretaria da Fazenda. Informa que ao serem acatados os documentos fiscais em exame, deixa de existir omissão de entradas de diesel aditivado e diesel comum no exercício de 1999. Ao final, volta a pedir a improcedência do Auto de Infração.

A autuante em manifestação à fl. 412, concorda com o Parecer emitido pelo preposto da ASTEC.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração de exigência de ICMS em decorrência de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos diesel e álcool, adquiridos pelo sujeito passivo sem a competente documentação fiscal. Nestas condições, deve ser exigido o pagamento do imposto por responsabilidade solidária, bem como também o imposto por

antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

O autuado, em sua defesa, alegou que a autuante equivocou-se no lançamento dos valores registrados no Livro de Movimentação de Combustíveis, além de não considerar diversas notas fiscais de entradas.

A autuante acatou apenas parte das alegações defensivas, reduzindo o valor a ser exigido para R\$ 11.278,47 (fls. 314 a 316), em função da eliminação das exigências relativas aos produtos diesel comum (parte das infrações 3 e 4) e álcool (infrações 5 e 6), no exercício de 2001. Não considerou as notas fiscais que não foram escrituradas ou que estavam ilegíveis ou quando constava do livro LMC com rasuras.

Como o autuado voltou a mencionar algumas notas fiscais que a autuante não considerou, afirmindo que as mesmas estavam legíveis e devidamente registradas, o processo foi convertido em diligência para que fiscal estranho ao feito verificasse a situação.

O fiscal diligente ao analisar a documentação fornecida pelo sujeito passivo incluiu no demonstrativo as quantidades relativas às notas fiscais, cujos originais foram apresentados e que também estavam devidamente lançadas no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, reduzindo o imposto a ser exigido no presente processo para R\$ 5.871,48 (fl. 381).

Tal valor corresponde às seguintes omissões:

Infrações 1 e 2 - omissão de entrada de 8.376 litros, de diesel aditivado no exercício de 1999, com ICMS normal de R\$ 838,40 e ICMS substituto de R\$ 466,91; além da manutenção da exigência relativa à omissão de entradas de 10.075 litros de diesel aditivado no exercício de 2002, com ICMS normal de R\$ 2.190,26 e ICMS substituto de R\$ 910,27;

Infrações 3 e 4 - omissão de entrada de 9.698 litros, de diesel comum, no exercício de 1999, com ICMS normal de R\$ 941,38 e ICMS substituto de R\$ 524,26.

Conforme solicitação da 3^a JJF, o diligente não computou as mercadorias adquiridas através da nota fiscal nº 165.596, de 16/08/1999, pelo fato de não ter sido apresentado a via original da mesma, nem as mercadorias constantes da nota fiscal nº 147.889, de 23/03/1999, em razão da mesma não ter sido lançada no livro de Registro de Entrada de Mercadorias do autuado.

Todavia, a cópia da nota fiscal nº 165.596, de 16/08/1999, anexada à fl. 343, apresenta carimbos de órgãos fazendários no seu trânsito, além da mesma ter sido lançada nos livros RE e LMC do autuado. Já a nota fiscal nº 147.889, de 23/03/1999 (fl. 345), apesar de não ter sido lançada no livro de Registro de Entrada de Mercadorias do autuado, foi apresentada em sua via original e foi lançada no LMC, não vislumbrando qualquer indício de inidoneidade.

Nessas circunstâncias, o CONSEF tem mantido o entendimento de que os documentos fiscais em tal situação devem ser considerados.

Dessa forma, ao serem acatados os documentos fiscais em exame (entradas de 20.000 litros de diesel aditivado e de 15.000 litros de diesel comum), deixa de existir omissão de entradas de diesel aditivado e diesel comum no exercício de 1999.

Portanto, persiste a exigência de imposto apenas sobre o produto diesel aditivado no exercício de 2002 (infrações 1 e 2) no montante de R\$ 3.100,53 (R\$ 2.190,26 e R\$ 910,27, respectivamente).

Por fim, devo frisar que, na situação em análise, o autuado é um posto de gasolina e, como tal, recebe o diesel com o imposto já antecipado pela empresa distribuidora de combustíveis.

Entretanto, como foi apurado pelo preposto fiscal, por meio de levantamento de estoques, que o autuado havia adquirido o produto em questão sem a correspondente nota fiscal de origem, foi exigido corretamente o ICMS, por responsabilidade solidária, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto aquele devido em razão da substituição tributária.

Vale ainda ressaltar, que as multas indicadas no Auto de Infração estão previstas em Lei (art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96), não havendo, dessa forma, do que se falar em caráter confiscatório das mesmas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor em Real
1	31/12/02	12.883,88	17%	70%	2.190,26
2	31/12/02	5.354,53	17%	60%	910,27
TOTAL					3.100,53

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 206951.0014/03-6, lavrado contra **FLECHA S/A TURISMO COMÉRCIO E INDÚSTRIA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 3.100,53, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 910,27 e de 70% sobre R\$ 2.190,26, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA