

PROCESSO - A. I. Nº 124274.0012/03-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO PONTILHÃO LTDA.
RECORRIDOS - POSTO PONTILHÃO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0429-02/04
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15/03/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL HIDRATADO E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL E ANTECIPADO. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Revisão fiscal apura erros na auditoria de estoques resultando na diminuição do débito. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA. Infração caracterizada na auditoria de estoques de que cuida o item 1, relativamente a omissão de saídas. Modificado o valor da multa. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado para reclamar o valor de R\$108.542,62, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto, relativamente a Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Álcool e Diesel, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 464, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, relativa aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, sujeitando-se a multa no total de R\$129,71.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$43.408,95, 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, relativo aos exercícios de 1999 a 2002.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$26.542,04, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativa aos exercícios de 1999 a 2002.
4. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado

mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto no período de 01/01 a 13/10/2003, sujeitando-se a multa no valor de R\$50,00.

5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$25.139,75, 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, relativo ao período de 01/01 a 13/10/2003.
6. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$13.272,17, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, relativa ao período de 01/01 a 13/10/2003.

O sujeito passivo apresenta defesa, onde, preliminarmente, descreve as diferenças apuradas na auditoria de estoques, aduzindo que não foi considerado pela fiscalização o fato de que até o ano 2002, o combustível foi adquirido para o posto da firma Satélite Distribuidora de Petróleo Ltda, e que por se tratar de combustíveis, a comercialização de tais produtos impõe o recolhimento antecipado do ICMS, o que entende que poderia ser comprovado o montante das vendas e o imposto recolhido. A partir do ano de 2003, diz que também adquiriu os combustíveis de outros fornecedores, mas, que também comprovaria a exatidão do recolhimento tributário. Aduziu ainda que foram desprezados pela fiscalização os procedimentos de aferição (diário ou semanais) que interferem nos registros das bombas de combustível sem alteração de estoque, apesar de todo ele lançado no LMC.

A seguir aponta discriminadamente uma série de equívocos na auditoria de estoques e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente perícia nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores do estabelecimento, e em seus livros fiscais e contábeis.

O autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 468 e 469), manteve integralmente o seu procedimento fiscal, e esclareceu que o procedimento adotado para apuração das saídas foi considerar as quantidades constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis, Registro de Entradas, Saídas, Inventário e notas fiscais de entradas, conforme documentos às fls. 122 a 415.

Sobre a alegação de que os sócios possuem outra filial, e que deveriam ser examinados os dois estabelecimentos conjuntamente, o preposto fiscal salienta que os estabelecimentos são independentes para os fins fiscais.

O autuante rebateu a alegação de que foram desprezadas as aferições, dizendo que foram consideradas todas as aferições, perdas e sobras que foram devidamente compensadas na apuração das saídas através do LMC, conforme documentos às fls. 54 a 113 dos autos.

Quanto às notas fiscais de entradas indicadas como não computadas no levantamento das entradas, o autuante ressalta que as mesmas não foram apresentadas no curso da ação fiscal, e que para verificar sua autenticidade intimou o contribuinte a apresentá-las, não tendo o mesmo assinado a referida intimação, e informado que tais documentos fiscais foram extraviados. Por conta disso, diz que deixou de considerar as notas fiscais na auditoria de estoques.

Concluindo, pugna pela procedência do Auto de Infração, pedindo que outro preposto fiscal verifique a autenticidade das notas fiscais apresentadas na defesa.

Em Pauta Suplementar foi decidido pelos membros da 2ª JJF, converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para revisão fiscal, à luz da escrita fiscal e respectivos documentos fiscais, para, observando a autenticidade das notas fiscais de compras e de transferências acima citadas (docs. fls. 439 a 464, junto aos respectivos emitentes, e se tais documentos foram devidamente registrados em suas escritas fiscais, bem assim, no tocante às alegações relacionadas com perdas e aferições, e quantidade de saídas apontadas conforme acima).

O funcionário da ASTEC/CONSEF que realizou o trabalho revisional, apresentou o Parecer nº 0186/2004, constante às fls. 475 a 478, informando que em todos os exercícios, após confirmação decorrente dos exames realizados na documentação fiscal do autuante e do fornecedor, foram consideradas as notas fiscais de entradas apontadas na defesa, inclusive as perdas e aferições nas saídas, exceto no tocante a alegação de infiltração no tanque de armazenamento do produto e no que diz respeito a troca da bomba resultando nos demonstrativos e levantamentos constantes às fls. 479 a 552, com a diminuição do débito para o total de R\$28.577,14.

Intimado a conhecer o resultado da revisão fiscal, o autuado apresentou a impugnação às fls. 559 a 561, alegando que o revisor fiscal deixou de levar em conta sua alegação de que administra dois postos de combustíveis com bandeira “SAT”, abastecidos pela Satélite Distribuidora de Petróleo Ltda, CNPJ nº 70.052.352/0001-76, estabelecido na Rodovia BR 101, s/nº, KM 09 – Rio Grande do Norte, ocorrendo transferência de combustível em estoque entre os dois estabelecimentos, a fim de evitar a inexistência de oferta em ambos os lugares.

Reitera seus argumentos anteriores, acrescentando que no exercício de 2003, não foi considerada a Nota Fiscal nº 411 (talvez indicada de modo errado na defesa), correspondente a aquisição de 10.000 litros de Gasolina Comum para o Posto Pau de Légua.

Salienta que o revisor fiscal admitiu a perda decorrente da substituição do tanque de combustível, no exercício de 2002, e que este fato poderia ser mais investigado.

Quanto ao exercício de 2000, reafirma que os 35.985,20 litros de Gasolina Aditivada, foram comercializados através de bomba de gasolina comum, pelo preço de gasolina comum, inclusive que o Auto de Infração comprova a omissão de saídas de 27.500,04 litros. Alega que também não foram considerados 13.000 litros de Gasolina Aditivada através das Notas Fiscais nº 24563 (5000 litros); nº 37660 (5000 litros) e nº 42729 (3000 litros).

Requer a realização de nova diligência para comprovar suas alegações.

O autuante, por seu turno, acatou integralmente o resultado apurado pelo revisor fiscal, ressaltando que foram analisados todos os pontos abordados na defesa, não merecendo persistir as novas argumentações apresentadas pelo autuado, pois o mesmo não apresentou nenhum levantamento de apuração para contrapor o Parecer da ASTEC/CONSEF.

O julgador de Primeira Instância em seu voto diz, textualmente:

“Acato em parte o resultado da revisão fiscal, por considerar que foram examinadas todas as questões levantadas na defesa, inclusive o próprio autuante diligenciou junto aos fornecedores trazendo aos autos a comprovação do lançamento das notas fiscais em suas escritas fiscais (docs. fls. 524 a 552).

Quanto aos novos argumentos apresentados na impugnação às fls. 559 a 561, observo que realmente não foi considerada a Nota Fiscal nº 411 (doc. fl. 461), correspondente a aquisição de 10.000 litros de Gasolina Comum no exercício de 2003. Considero razoável que seja incluída a citada nota fiscal na auditoria de estoques, mesmo sem a comprovação nos autos de que a mesma foi escriturada no fornecedor, haja vista que o revisor fiscal confirmou que todas as demais notas fiscais estavam devidamente escrituradas nos respectivos fornecedores.

Com relação aos 35.985,20 litros de Gasolina Aditivada, que o autuado alegou terem sido comercializados, no exercício de 2003, através de bomba de gasolina comum, pelo preço de gasolina comum, entendo que foi correto a sua não inclusão pelo revisor fiscal, pois não há elementos de provas nesse sentido.

Sobre a alegação defensiva de que não foram considerados, no exercício de 2000, 13.000 litros de Gasolina Aditivada através das notas fiscais nº 24563 (5000 litros); nº 37660 (5000 litros) e nº 42729 (3000 litros), houve equívoco por parte do autuado, visto que tais documentos fiscais

realmente foram considerados na revisão fiscal, qual seja: Total das entradas (fls. 42/43) = $532.250,00 + 13.000 = 545.250,00$ (fl. 483).

Embora o autuado não tenha se insurgido quanto ao resultado de ÁLCOOL HIDRATADO no exercício de 2003, observo que o revisor cometeu equívoco no tocante às saídas com notas fiscais, tendo consignado no demonstrativo à fl. 493 a quantidade de 27.724,20 litros, quando o correto é de 63.855,00 litros conforme consta no levantamento à fl. 120, quantidade essa, que deve ser considerado no exercício de 2003.

Assim, após a inclusão das quantidades confirmadas na revisão fiscal e das quantidades acima citadas, resulta nos demonstrativos abaixo, onde se verifica a ocorrência de omissão de saídas nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003 e omissão de entradas nos exercícios 1999, 2000, 2002 e 2003.

PERÍODO: 01/01 A 31/12/1999								OMISSÃO	
PRODUTOS	EI	ENT	NFS.N/INCL	AFERIÇÃO	EF	S.REAIS	SAID.NFS	NT.	SAID.
GAS.COMUM	- 396.100,00	15.000,00	1.397,00	3.520,00	408.977,00	402.675,49			6.301,51
GAS.ADITIV.	- 58.000,00		612,30	6.546,00	52.066,30	53.054,60	988,30		
ÓLEO DÍESEL	- 168.500,00	5.000,00		5.621,00	167.879,00	167.382,11			496,89
ÁLCOOL HID.	- 71.000,00	3.000,00	723,30	6.632,00	68.091,30	67.256,09			835,21

PERÍODO: 01/01 A 03/10/2000								OMISSÃO	
PRODUTOS	EI	ENT			EF	S.REAIS	SAID.NFS	ENT.	SAID.
GAS.COMUM	3.520,00	532.250,00	13.000,00		4.818,00	543.952,00	503.451,60		40.500,40
GAS.ADITIV.	6.546,00	30.000,00			2.648,00	33.898,00	69.883,20	35.985,20	
ÓLEO DÍESEL	5.621,00	207.000,00	14.000,00		2.547,00	224.074,00	223.997,90		76,10
ÁLCOOL HID.	6.632,00	78.000,00	3.000,00	723,23	4.664,00	83.691,23	83.432,90		258,33

PERÍODO: 01/01 A 31/12/2001								OMISSÃO	
PRODUTOS	EI	ENT			EF	S.REAIS	SAID.NFS	ENT.	SAID.
GAS.COMUM	4.818,00	435.150,00	25.000,00	809,80	7.193,00	458.584,80	454.167,50		4.417,30
GAS.ADITIV.	2.648,00	60.000,00	4.000,00	915,00	4.302,00	63.261,00	63.237,10		23,90
ÓLEO DÍESEL	2.547,00	301.250,00	17.000,00		6.695,00	314.102,00	288.681,40		25.420,60
ÁLCOOL HID.	4.664,00	54.150,00	3.000,00	470,00	4.380,00	57.904,00	55.563,40		2.340,60

PERÍODO: 01/01 A 31/12/2002								OMISSÃO	
PRODUTOS	EI	ENT			EF	S.REAIS	SAID.NFS	ENT.	SAID.
GAS.COMUM	7.193,00	419.000,00			3.296,00	422.897,00	415.315,40		7.581,60
GAS.ADITIV.	4.302,00	50.000,00	10.000,00	1.980,40	4.093,60	62.188,80	62.232,60	43,80	
ÓLEO DÍESEL	4.380,00	302.000,00	8.000,00	8.425,50	6.630,00	316.175,50	309.355,80		6.819,70
ÁLCOOL HID.	6.695,50	28.000,00	13.000,00	608,00	1.309,00	46.994,50	49.214,90	2.220,40	

PERÍODO: 01/01 A 03/10/2003								OMISSÃO	
PRODUTOS	EI	ENT			EF	S.REAIS	SAID.NFS	ENT.	SAID.
GAS.COMUM	3.296,00	245.000,00	28.000,00	1.976,20	1.766,90	276.505,30	275.620,00		885,30
GAS.ADITIV.	4.093,60	42.000,00	5.000,00	372,10	641,10	50.824,60	50.198,80		625,80
ÓLEO DÍESEL	6.630,00	237.000,00			3.944,50	239.685,50	219.167,10		20.518,40
ÁLCOOL HID.	1.309,00	17.050,00			1.158,20	17.200,80	16.855,50	46.654,70	

Nestas circunstâncias, calculando-se os débitos de cada exercício com base na Portaria nº 445/98, no tocante às diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, resulta no imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, conforme segue:

INFRAÇÕES 02 e 03									
EXERC.	PRODUTO	DIF ^a	PUM	B.C. NORM.	MVA (%)	BC ANTEC.	ALIQ.	ICMS NORM	ICMS ANT.

		A	B	C=(Ax B)	D	E=(Cx D)	F	G=(Cx F)	H=(Ex F)
1999	GAS. ADIT.	988,30	1.0900	1.077,25	117,43	1.265,01	25%	269,31	316,25
2000	GAS. ADIT.	35.985,20	1.4700	52.898,24	63,17	33.415,82	25%	13.224,56	8.353,96
2002	GAS. ADIT.	43,80	1.8100	79,28	77,81	61,69	27%	21,41	16,66
2002	ÁLCOOL HID.	2.220,40	1.0500	2.331,42	31,69	738,83	27%	629,48	199,48
						IMPOSTO DEVIDO		14.144,76	8.886,35

INFRAÇÕES 03 e 04									
EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(Ax B)	MVA (%) D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)
2003	ÁLCOOL HID.	46.654,70	0,7400	34.524,48	31,69	10.940,81	27%	9.321,61	2.954,02
						IMPOSTO DEVIDO		9.321,61	2.954,02

Quanto à omissão de saídas constatada nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, impõe-se a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a falta de emissão de documentos fiscais, apenas no valor de R\$ 50,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII, da Lei n 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 35.356,74, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO							
DATA OCOR.	DATA VENCTO.	B. DE CÁLCULO	ALIQ. (%)	MULTA (%)	VR. DO DÉBITO	ITEM	
31/12/99	09/01/00	1.077,24	25	70	269,31	2	
31/12/00	09/01/01	52.898,24	25	70	13.224,56	2	
31/12/02	09/01/03	79,30	27	70	21,41	2	
31/12/02	09/01/03	2.331,41	27	70	629,48	2	
31/12/99	09/01/00	1.265,00	25	60	316,25	3	
31/12/00	09/01/01	33.415,84	25	60	8.353,96	3	
31/12/02	09/01/03	61,70	27	60	16,66	3	
31/12/02	09/01/03	738,81	27	60	199,48	3	
03/10/03	09/11/03	34.524,48	27	70	9.321,61	5	
03/10/03	09/11/03	10.940,81	27	60	2.954,02	6	
03/10/03	03/10/03				50,00	4	
				TOTAL DO DÉBITO	35.356,74		

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de Ofício a este Conselho de Fazenda nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/99.

O recorrente, em seu Recurso Voluntário, insurge-se inicialmente quanto à comercialização de 35.985,20 litros de gasolina aditivada no exercício de 2003, através da bomba de gasolina comum e pelo preço de gasolina comum, que a Decisão se recusa a admitir por falta de provas. Alega que a defendant administra dois postos de combustíveis abastecidos por uma terceira empresa situada no rio Grande do Norte, e que, apesar da simplicidade da escrita contábil e dos possíveis equívocos formais que certamente contém, não comprova evasão de ICMS se confrontado o LMC com os demais livros e documentos contábeis à disposição da fiscalização, relativamente aos dois postos. Diz ainda que “em segundo plano, ao que parece, apesar de a Decisão afirmar o equívoco do revisor quanto ao resultado de álcool hidratado no exercício de 2003, não considera o resultado apresentado na revisão”. Acrescenta que “por isso, o valor da autuação onera significativamente o autuado em relação ao montante encontrado na revisão que é de R\$28.577,14, e não R\$35.306,74 encontrados pelo acórdão. Diante do exposto, pede que seja conhecido e provido o Recurso para que sejam admitidas as razões supra e assim demonstrada a inexistência de evasão fiscal que ampare a condenação imposta pelo acórdão recorrido”.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pela Procedência do Auto de Infração, nos termos delineados na Decisão do CONSEF, com a seguinte fundamentação: “No que concerne a primeira questão levantada, adiro ao entendimento esposado pelo CONSEF, pois não há nos autos qualquer elemento de prova que comprove o fato constitutivo do direito de o autuado, que mesmo em sede recursal não se desincumbiu de fazer esta prova. E, por fim, quanto ao item

referente ao álcool hidratado, também não merece acolhida a alegação do recorrente, pois o documento de fl. 120, apurado por intermédio de um levantamento quantitativo de saídas, desvela o valor arrostando, não se desincumbindo o autuado em fazer prova que elidisse tal estimativa”.

À fl. 596 consta um despacho encaminhando o processo à PGE/PROFIS-GAB, para análise e controle de competência, tendo em vista o Parecer exarado às fls 590 a 592. À fl. 597 consta despacho do Procurador de Estado aprovando o Parecer da PGE/PROFIS.

VOTO

As infrações objeto da autuação foram apuradas mediante levantamento de estoque em exercícios aberto e fechado. Por decisão deste Conselho de Fazenda o processo foi encaminhado à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito procedesse a uma reanálise, tendo em conta as alegações apresentadas na defesa pelo contribuinte. Feitas as devidas correções pelo revisor, ainda assim o relator de Primeira Instância, através de meticoloso exame, e com detalhados demonstrativos, acrescentou outras correções. Desconsiderou, no entanto, as alegações carentes de comprovação.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente insiste em sustentações inaceitáveis, porque de impossível verificação, como no que diz respeito à alegação referente à venda de gasolina aditivada através da bomba de gasolina comum.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO a ambos os Recursos, (Ofício e Voluntário), para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 124274.0012/03-0, lavrado contra **POSTO PONTILHÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$35.306,74**, sendo R\$585,56, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$316,25 e 70% sobre R\$269,31, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$34.721,18, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.524,12 e 70% sobre R\$23.197,06, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS