

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0312/03-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUTO POSTO RIO CORRENTE LTDA. (POSTO RIO CORRENTE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JF nº 0033-03/05
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 17/05/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Deve ser exigido, também, o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária nos exercícios de 2001 e 2002. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, face o ACÓRDÃO JF Nº 0033-03/05 em que a 3ª Junta de Julgamento Fiscal declarou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206880.0312/03-1, lavrado contra AUTO POSTO RIO CORRENTE LTDA., lavrado em 29/12/2003, e se refere à exigência de R\$69.381,74 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por 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 estoques, no período de 01/01/2001 e 02/10/2003.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 41 a 48 dos autos, alegando que as diferenças apuradas pelo autuante são inexistentes, conforme se pode constatar nos demonstrativos que apresentou nas razões de defesa. Disse que o autuante cometeu equívoco ao tomar por base para apuração da quantidade vendida com nota fiscal o último encerrante menos o primeiro do exercício fiscalizado, e agindo dessa forma, deixou de constatar todos os procedimentos levados a efeito durante o ano, a exemplo de intervenção nas bombas, erro na escrituração do LMC e outras situações que surgiram no decorrer do ano. O defendente ressaltou que o autuado tem por princípio não comprar nem vender produto algum desacompanhado do documento fiscal correspondente, e desse modo, foi penalizado sem que houvesse comprovação da ocorrência material dos pressupostos fáticos para a imposição fiscal.

Foi alegado, também, que são inaplicáveis ao presente caso os dispositivos legais utilizados pelo autuante para dar sustentação ao Auto de Infração; que não há irregularidade fiscal, tendo sido apresentados diversos esclarecimentos nas razões de defesa, relativamente a cada produto objeto da autuação, argumentando o defendente que o presente lançamento não tem motivação, ferindo o princípio da legalidade. Citou ensinamentos dos tributaristas Ives Gandra Martins e Roque Antônio Carraza, e por fim, requereu a improcedência do Auto de Infração, e que seja designado fiscal estranho ao feito para a devida constatação da inexistência das omissões apontadas pelo autuante.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 55 e 56 dos autos, dizendo que a defesa do autuado baseia-se na suposição de cometimento de erros nos lançamentos do livro LMC, alegando que no levantamento fiscal não foram consideradas as intervenções técnicas nas bombas de combustíveis. O autuante entende que são meras suposições, considerando que o autuado não apresentou demonstrativos, fatos ou documentos que possam comprovar as intervenções e os erros de escrituração alegados. Disse que o autuado utiliza-se de mecanismos não comuns de erros na escrituração, a exemplo do livro 1, bico 5, em que foi encontrada uma diferença pelo autuado de 64.285,45 litros de diesel, quantidade bem próxima à da fiscalização, que foi 64.356,08 litros como omissão de entradas para o exercício de 2001.

Exercício de 2002: Disse que o autuado utilizou o mesmo artifício, agora para o produto gasolina comum, escriturando como encerrante no LMC nº 4 para o dia 28/03/2002, no bico 13, a quantidade de 26.718,60 e como abertura do dia seguinte 267.180,60.

Exercício de 2003: Referente a óleo diesel informou que o autuado não apresentou qualquer demonstrativo ou documento que possa descaracterizar o levantamento fiscal, uma vez que indicou apenas um apontamento de supostas quantidades de entradas e saídas do produto.

O autuante ressaltou que o equipamento utilizado pelo autuado é lacrado pela Agência Nacional de Combustíveis ou por empresa credenciada, e as quantidades constantes dos encerrantes, referem-se às efetivas saídas, com as devidas deduções regulamentares, a exemplo das aferições, perdas e intervenções devidamente comprovadas.

Foi informado ainda pelo autuante, que revendo o processo, e considerando as provas materiais referentes às entradas com notas fiscais de álcool para o período de 01/01/2003 a 02/10/2003, o autuado tem razão, tendo em vista que à época do levantamento fiscal não foi apresentada a Nota Fiscal nº 38.271, emitida em 20/08/2003, na quantidade de 5.800 litros de álcool. Por isso, a omissão de entradas do mencionado combustível passa a ser de 9.909,20 litros, e o ICMS a recolher fica alterado para R\$3.914,13. Por fim, apresentou o entendimento de que o autuado utilizou o artifício de mascarar o LMC com o objetivo de acobertar entradas de mercadorias sem documentação fiscal. Dessa forma requereu a procedência parcial do Auto de Infração.

Em decorrência da alteração efetuada pelo autuante referente ao exercício de 2003, o autuado foi comunicado, conforme intimação à fl. 58 dos autos, constando que foi remetida com cópia da informação fiscal.

Em 19/05/2004 foi protocolada manifestação do sujeito passivo (fls. 61 a 64) sobre a informação fiscal prestada pelo autuante, sendo alegado que o resultado do levantamento fiscal está totalmente errado, os demonstrativos elaborados pelo autuante foram extraídos dos LMCs e nenhum dos elementos que compõem o demonstrativo foi extraído de qualquer outra fonte, que não seja dos LMCs. Disse que num espaço de 365 lançamentos de cada produto, existem situações que devem ser verificadas individualmente, ressaltando que foram juntados à defesa oito LMCs para comprovar as alegações defensivas, e desse modo, entende que não são meras suposições, mas provas irrefutáveis. Citou como exemplo as quantidades do fechamento do dia 04/02/01 e do

dia 05/02/01, apurando uma diferença de 64.285,45 que considera um resultado equivocado, argumentando que essa quantidade excede em muito a capacidade da bomba, ressaltando que se trata de um posto de pequeno porte, e que um erro de registro não é fato gerador de ICMS. O autuado afirmou que não mascarou nenhum livro de LMC, reiterando o seu pedido para que um fiscal estranho ao feito proceda a um novo levantamento nos livros auditados pelo autuante, e que está convicto de que após a revisão requerida, terá resultado diverso do apresentado pelo autuante. Por fim, ratificou na sua totalidade os termos e demonstrativos apresentados na defesa inicial.

Considerando a alegação do autuado em sua impugnação, de que foram juntados aos autos oito LMCs para comprovar as alegações defensivas, o presente processo foi encaminhado à INFAZ de origem juntar os mencionados livros e o autuante se manifestar em relação aos elementos apresentados pelo autuado, inclusive quanto a possíveis divergências em relação ao levantamento fiscal.

À fl. 70 dos autos, o autuante prestou nova informação fiscal acerca dos elementos apresentados pelo autuado, contestando as alegações defensivas e ratificando inteiramente a informação fiscal anterior.

Considerando as divergências entre o levantamento fiscal e os dados apresentados nas razões de defesa, esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC DO CONSEF para estranho ao feito, após analisar os livros, documentos fiscais e planilhas do autuado em confronto com os demonstrativos elaborados pelo autuante, emitir Parecer conclusivo quanto à existência de omissão de entradas ou de saídas das mercadorias objeto do levantamento fiscal.

Conforme Parecer ASTEC Nº 0266/2004 (fls. 76 a 78), foram analisados os livros e documentos fiscais originais do autuado, sendo elaborado novo demonstrativo das saídas das mercadorias objeto da autuação, consideradas as aferições, tudo de acordo com a escrituração verificada nos LMCs. Quanto às perdas, o diligente apurou que não houve qualquer registro no mencionado livro, concluindo que após as correções realizadas, foram apurados novos valores, conforme demonstrativos que acostou aos autos (fls. 79 a 91), ficando alterado o imposto originalmente exigido para R\$6.961,76. Ressaltou que o autuante não exigiu a parcela referente ao imposto por antecipação, decorrente da omissão de entradas, sendo apurado o imposto devido por meio do demonstrativo de fl. 80, no valor de R\$1.642,26.

O autuante tomou conhecimento (fl. 97), do Parecer ASTEC Nº 0266/2004, e não se manifestou.

Intimado a tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, o autuado apresentou nova manifestação à fl. 108, informando que concorda com o débito apurado após a diligência fiscal, no valor de R\$6.961,76.

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente em Parte, pelas seguintes razões:

“O presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/2001 a 02/10/2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, relativamente às diferenças encontradas.

Inconformado, o autuado alegou em sua defesa que constatou inconsistências no levantamento fiscal, juntando aos autos oito LMCs para comprovar as alegações defensivas. Demonstrou o entendimento de que não apresentou meras suposições, mas provas irrefutáveis.

Foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC DO CONSEF, e de acordo com o Parecer ASTEC Nº 0266/2004 (fls. 76 a 78), foram analisados os livros e documentos fiscais originais do autuado, e elaborado novo demonstrativo das saídas das mercadorias objeto da autuação, sendo consideradas as aferições, tudo de acordo com a escrituração verificada nos LMCs, ficando alterado o imposto exigido, conforme demonstrativos que foram acostados aos autos, fls. 79/80.

Ressalto que o autuado tomou conhecimento quanto aos novos cálculos efetuados pelo preposto da ASTEC, mas não apresentou qualquer contestação, haja vista que em sua manifestação à fl. 108, aduziu que concorda com o resultado da diligência fiscal, e o autuante também tomou conhecimento e não se manifestou. Por isso, considero que deixou de existir controvérsia quanto ao resultado do levantamento quantitativo de estoques após o refazimento dos cálculos pelo diligente.

Após a diligência realizada por preposto da ASTEC, foi constatada omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, sendo devido o imposto (no valor de R\$6.961,76) pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria Nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Deve ser aplicada, neste lançamento, a multa, no valor de R\$50,00, pela omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada nos exercícios de 2001 e 2002, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo diligente à fl. 79, consoante o disposto no art. 157, do RPAF/99.

Vale ressaltar, que também é devido o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, e no presente processo não constou a exigência do imposto neste sentido, fato também mencionado no Parecer ASTEC às fls. 78/79. Assim, com base no art. 156, do RPAF/99, represento à repartição fazendária para instaurar novo procedimento fiscal, devendo ser exigido o tributo, no valor de R\$1.642,26 conforme apurado no demonstrativo à fl. 80.

Em relação à multa indicada pelo autuante, considerando que o imposto foi exigido em decorrência de levantamento quantitativo de estoques que resultou na apuração de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, entendo que está correto o percentual indicado no Auto de Infração (70%), de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIM.	VR. ICMS R\$	MULTA R\$
31/12/2002	31/12/2002	-	50,00
02/10/2003	09/11/2003	6.961,76	-

O voto do D. relator foi acolhido por unanimidade e o Auto de Infração foi declarado Procedente em Parte e interposto Recurso de Ofício pela Junta julgadora.

VOTO

Trata o presente julgamento de Recurso de Ofício, 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.

Após a diligência realizada por preposto da ASTEC, foi constatada omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, sendo devido o imposto (no valor de R\$6.961,76) pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria Nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Deve ser aplicada, neste lançamento, a multa, no valor de R\$50,00, pela omissão de saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada nos exercícios de 2001 e 2002, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo diligente à fl. 79, consoante o disposto no art. 157, do RPAF/99.

Vale ressaltar, que também é devido o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, e no presente processo não constou a exigência do imposto neste sentido, fato também mencionado no Parecer ASTEC às fls. 78/79. Assim, com base no art. 156, do RPAF/99, represento à repartição fazendária para instaurar novo procedimento fiscal, devendo ser exigido o tributo, no valor de R\$1.642,26 conforme apurado no demonstrativo à fl. 80.

Baseado na diligência efetuada e que resultou no PARECER ASTEC Nº 0266/2004, anexo ao processo às folhas 76 a 78, diante a falta de pronunciamento do Auditor Fiscal autuante e da aquiescência do autuado, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a Decisão de 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0312/03-1**, lavrado contra **AUTO POSTO RIO CORRENTE LTDA. (POSTO RIO CORRENTE)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.961,76**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da citada lei. Representamos à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal, devendo ser exigido o tributo, no valor de R\$1.642,26 conforme apurado no demonstrativo à fl. 80.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS