

PROCESSO - A. I. Nº 269610.0012/04-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AUTO POSTO DOURADO LTDA.
RECORRIDOS - AUTO POSTO DOURADO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1º JF nº 0326/01-05
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 05/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-11/05

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. A multa deve ser aplicada pelo fato em si, não por exercício. Infração parcialmente caracterizada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Autuado apresentou documentos que reduziram o valor do débito. Refeitos os cálculos. Infrações 1 a 4, 7 e 8 parcialmente subsistentes e Infrações 5, 6, 9 e 10 subsistentes. Rejeitada a arguição de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, e Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JF contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela para exigir o crédito tributário, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento de imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2000 a 2004, exigindo ICMS nos valores de R\$1.797,03, R\$51.876,84, R\$439,85, R\$25.228,72 e R\$34,37 (Infrações 1, 3, 5, 7 e 9, respectivamente);
2. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2000 a 2004, exigindo ICMS nos valores de R\$569,77, R\$21.948,80, R\$122,46, R\$16.772,88 e R\$9,61 (Infrações 2, 4, 6, 8 e 10, respectivamente);

3. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2001 e 2003, aplicando multa no valor de R\$90,00 (Infração 11).

Sustenta a Decisão recorrida que:

- o presente Auto de Infração imputa ao contribuinte as infrações de não ter recolhido imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como aplica multa pela falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações quando intimado;
- o contribuinte suscitou a nulidade da autuação sob a alegação de que não há elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e causa de pedir, pois o imposto foi pago por antecipação, não tendo o autuante se pautado em informações das distribuidoras de combustíveis.
- rejeita a argüição de nulidade, pois nenhum vício formal foi apontado para justificar a sua decretação, apenas questões de mérito no tocante à aplicação da legislação e à apuração do valor devido, tendo sido respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.
- o contribuinte acostou diversas notas fiscais tentando elidir a acusação, além de questionar a não consideração das aferições, sendo que o autuante só acatou a diferença de 138.962,8 litros, devido à alteração no valor do encerrante, e parte das notas fiscais, sustentando que as outras notas fiscais já haviam sido consideradas, e não acatou as aferições, alegando que não foram efetuadas.
- só podem ser lançadas, a título de aferições, as quantidades registradas nos LMC's, incluindo-as como entradas nos tanques de combustíveis, pois estas, na quantidade de 20 litros cada, retornam aos tanques após saírem pelos bicos das bombas. Embora a legislação estadual exija a emissão de notas fiscais para documentar as aferições, esta é uma obrigação acessória, não podendo ser desconsideradas as quantidades efetivamente registradas nos LMC's. Ressalta que esta é a posição deste CONSEF em reiteradas decisões;
- como as infrações 1, 3, 5, 7 e 9 se referem à responsabilidade solidária, e as Infrações 2, 4, 6, 8 e 10 à antecipação tributária, dos combustíveis álcool, óleo diesel e gasolina, estando as mesmas relacionadas às quantidades omitidas de cada combustível, se reportará de forma a agrupar as infrações de acordo com cada combustível.
- em relação ao álcool hidratado, foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam 5.050 litros no exercício de 2000 e consta, nas cópias dos LMC's acostadas aos autos, somente a aferição na quantidade de 20 litros registrada em 15/05/2002. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 5.820,6, 1.602,2 e 354,5 litros de álcool nos respectivos exercícios de 2000 a 2002, as infrações 1 e 2 são parcialmente subsistentes, relativamente a 770,6, 1.602,2 e 334,5 litros de álcool nos exercícios apontados, nos valores de R\$11.732,69 e R\$3.266,38, respectivamente.
- no tocante ao óleo diesel, foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam 5.000 litros no exercício de 2000 e 57.000 litros no exercício de 2002 e constam, nas cópias dos LMC's acostadas aos autos, somente as aferições na quantidade de 20 litros cada registradas em 11/06/2001, 16/03/2002 e 31/12/2002, além da diferença de 138.962,8 litros, devido à alteração no valor do encerrante. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de

22.575,0, 30,3 e 155.751,1 litros de óleo diesel nos respectivos exercícios de 2000 a 2002, as infrações 3 e 4 são parcialmente subsistentes, relativamente a 17.575,0 e 10,3 litros de óleo diesel nos exercícios de 2000 e 2001, nos valores de R\$2.144,31 e R\$1.193,91, respectivamente.

- ainda em relação ao óleo diesel, não foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente nem constam, nas cópias dos LMC's acostadas aos autos, aferições em relação ao exercício de 2004. Portanto, como foi apontada a omissão de entrada de 2.373,8 litros de óleo diesel neste exercício, as infrações 5 e 6 são subsistentes, nos valores de R\$439,85 e R\$122,46, respectivamente.
- quanto à gasolina, não foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam entradas nos exercícios de 2000 e 2003 e constam, nas cópias dos LMC's acostadas aos autos, somente as aferições na quantidade de 210 litros registradas em 21/04/2003. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 11.681,5 e 45.373,2 litros de gasolina nos respectivos exercícios de 2000 e 2003, as infrações 7 e 8 são parcialmente subsistentes, relativamente a 11.681,5 e 45.163,2 litros de gasolina nos exercícios apontados, nos valores de R\$25.131,49 e R\$16.714,52, respectivamente.
- ainda em relação à gasolina, não foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente nem constam, nas cópias dos LMC's acostadas aos autos, aferições em relação ao exercício de 2004. Portanto, como foi apontada a omissão de entrada de 70,4 litros de gasolina neste exercício, as Infrações 9 e 10 são subsistentes, nos valores de R\$34,37 e R\$9,61, respectivamente.

Desta forma, sustenta que as infrações 1 a 4, 7 e 8 são parcialmente subsistentes e as infrações 5, 6, 9 e 10 são subsistentes, conforme demonstrativo constante às fls. 359 e 360.

Em relação à Infração 11, onde o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória nos exercícios de 2003 e 2004, por terem sido demonstradas as ocorrências de omissões de saídas de combustíveis, esta não deveria ter sido aplicada por exercício, mas pela ocorrência do fato em si, devendo ser reduzida para o valor de R\$50,00.

Conclui pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no valor total de R\$46.661,74, estando caracterizadas as infrações 5, 6, 9 e 10 e parcialmente subsistentes as Infrações 1 a 4, 7, 8 e 11.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário no qual alega:

- que o roteiro de auditoria utilizado foi equivocado;
- não foi apreciada a questão do reparo utilizado na bomba de nº 1, em que houve modificação dos valores do encerrante;
- que uma nova dilação de prazo para apresentação de provas elidiria a infração apontada;
- omissão do julgamento da Junta de Julgamento Fiscal em relação a itens suscitados na defesa.

O representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em atendimento ao 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 a 1ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Após análise dos autos, verifico inicialmente que não procede o pleito de dilação probatória requerida pelo recorrente, uma vez que o processo administrativo seguiu regularmente seu trâmite legal, conferindo ao recorrente a chance de exercitar plenamente o seu direito de defesa.

No que diz respeito à não apreciação da questão do reparo realizado na bomba de nº 01, em que houve modificação dos valores do encerrante, observo que tal matéria já foi acatada pela JJF ao

considerar no levantamento quantitativo a quantidade 138.962,8 litro de óleo diesel o que reduziu a diferença de ICMS, conforme documento apresentado à fl. 327.

Não procede, também, a alegação da não inclusão nos cálculos das aferições de bicos suscitada pelo recorrente, já que o cálculo realizado foi feito com base no Livro de Movimentação de Combustível escriturado pelo próprio recorrente.

Ademais, como bem ressaltou o representante da PGE/PROFIS não existe nenhum registro nos autos, especificamente nenhuma anotação no LMC, que comprove a aferição diária nos bicos, como alegou o recorrente.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto a Recurso de Ofício, voto pelo NÃO PROVIMENTO para manter na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 269610.0012/04-7, lavrado contra **AUTO POSTO DOURADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.611,74**, acrescido das multas de 60% sobre R\$18.238,11 e 70% sobre R\$28.373,63, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII do referido diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS