

A. I. N° - 206977.0103/03-9
AUTUADO - RAQUEL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO COUTO FERREIRA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 10.02.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0006-02/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. I) OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS EFETUADAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigência caracterizada; II) MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO: a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ICMS NORMAL; b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte é responsável pelo pagamento do imposto normal, devido pelo fornecedor, e pelo antecipado, relativo às mercadorias, sujeitas a substituição tributária, recebidas sem documentação fiscal. Exigências subsistentes em parte, após análises das provas documentais anexadas às razões de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/03, exige o valor de R\$10.726,86, conforme documentos às fls. 7 a 29 dos autos, apurado através da:

1. Falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias não tributáveis, constatada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001 e 2002, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$90,00.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$5.712,31, apurado através de auditoria de estoque, relativo ao exercício de 2001, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
3. Falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$2.372,87, relativo aos exercícios 2001 e 2002, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada através da auditoria de estoque.
4. Falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias não tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/2003 a 03/10/2003, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00.
5. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.823,52, apurado através de auditoria de estoque, relativo ao período de 01/01/2003 a 03/10/2003, na condição de responsável solidário,

por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

6. Falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$678,16, relativo ao período de 01/01/03 a 03/10/03, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada através auditoria de estoque.

O sujeito passivo, em sua impugnação à fl. 32 do PAF, aduz que todas as mercadorias foram devidamente lançadas nos respectivos livros fiscais; que não existe nenhuma omissão de saída e de entrada de mercadorias; que se sente impossibilitado de apresentar as provas de suas alegações pois toda a documentação encontra-se retida pelo fisco; e que não concorda com a exigência fiscal por não haver falhas e por estar as mercadorias com tributação na fonte, o que seria bitributação.

Por fim, requer o cancelamento do débito fiscal e, contraditoriamente, anexa documentos, às fls. 33 a 65 dos autos, informando a existência de falhas de seus funcionários, relativas a notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias.

O autuante, em sua informação às fls. 67 e 68 do PAF, aduz que a defesa apresentada é insubsistente, uma vez que não apresenta qualquer documento ou fato que modificasse a acusação fiscal.

Em seguida, informa que todos os livros e documentos fiscais apresentados estavam à disposição do autuado e que os mesmos foram devolvidos em 06/01/2004, conforme protocolo de devolução (fl. 65).

Esclarece que a exigência refere-se a omissão de entradas de combustíveis, visto que o volume vendido foi superior ao volume de entradas acobertadas com notas fiscais e com o ICMS antecipado, logo não existe a alegada bi-tributação. Também, entende que a existência de falhas de seus funcionários na emissão de notas fiscais com quantidades absurdas de combustíveis não é plausível, pois a apuração das quantidades vendidas foram baseadas nos números constantes dos encerrantes das bombas de combustíveis, valores estes registrados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Quanto às notas fiscais de aquisição de combustíveis apresentadas às razões de defesa já tinham sido devidamente contabilizadas na auditoria de estoque. Assim, mantém a ação fiscal.

Intimado a tomar ciência do conteúdo da informação fiscal, o autuado apresenta nova manifestação, às fls. 73 a 75 dos autos, onde alega a existência de erros de soma no LMC, dos quais passa a apresentar diversas divergências existentes nos demonstrativos que deram origem ao Auto de Infração. Assim, pede que os mesmos sejam considerados sem efeitos. Anexa novos relatórios e documentos às fls. 74 a 187 dos autos.

Instado a proceder nova informação fiscal, o autuante, à fl. 191 do PAF, aduz que após análise dos documentos apensados aos autos, revisou o levantamento alterando o valor apurado. Esclarece que as quantidades dos estoques iniciais e finais foram extraídos do Livro de Registro de Inventário e que as quantidades escrituradas neste diferem das quantidades lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis. Ressalta que foram acrescidas as saídas de combustíveis efetuadas por notas fiscais que não foram registradas nos encerrantes das bombas de combustíveis, conforme solicitação do próprio autuado e que foram excluídas as notas fiscais de aquisição de combustíveis que haviam sido lançadas em duplicidade no levantamento anterior.

Por fim, aduz que não foram consideradas as aquisições de álcool da empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, a partir de 23/10/2003, pois a mesma encontra-se com sua inscrição estadual junto a SEFAZ cancelada, e que foram consideradas as aferições efetuadas pelo autuado. Assim, anexa novos demonstrativos, às fls. 192 a 222 dos autos, do que foi intimado o contribuinte a se pronunciar, porém não se manifestou.

Em nova manifestação às fls. 228 a 233, o autuado revendo os demonstrativos alterados pelo autuante, aduziu o seguinte:

Exercício 2001

GASOLINA - Concordou com a omissão de saídas apurada no trabalho fiscal.

ÁLCOOL – Discordou dos números apresentados referentes às saídas com notas fiscais na quantidade de 17.477 litros, sob alegação de que o total correto é de 14.757, pois não desconsideradas pelo autuante as aferições do período.

DIESEL – Discordou da quantidade referente ao estoque final de 31/12/01, baseado no Registro de Inventário, pois o mesmo estava incorreto, face a equívocos ocorridos pelo responsável do setor, e que já está fazendo as devidas correções. Diz que baseada no LMC a quantidades de estoque deve ser de 5.600 litros, o que representa o estoque real do estabelecimento (doc. fl. 236). Ressalta que a capacidade máxima de armazenamento nos seus reservatórios é de 30.000 litros do produto em questão.

Exercício 2002

GASOLINA – Informou que as saídas com notas fiscais apuradas pelo autuante estão incorretas, em razão de problemas técnicos no registro da bomba de Gasolina, tornando necessário substituir o Encerrante conforme Ordem de Serviço de 06/10/2002 (doc. fl. 239).

ÁLCOOL e DIESEL – Reconheceu o resultado apurado pelo autuante, e solicitou a emissão dos respectivos DAE's para o devido pagamento.

Exercício 2003

GASOLINA – Alegou que não foi considerada no levantamento das entradas a Nota Fiscal nº 12565, datada de 10/07/2003. Diz ainda que houve erro na emissão da Nota Fiscal de Saída nº 210, datada de 29/05/2003, na quantidade de 10.000 litros, e que está cancelando a referida nota fiscal, devendo ser considerada a quantidade constante na planilha à fl. 234.

ÁLCOOL – Afirma que o total das entradas é de 23.100 litros, correspondente às notas fiscais nºs 4761, 4852, 465, 325 e 13862. Considera inadmissível não considerar as notas fiscais nºs 4761 e 4852, ressaltando que compete ao fisco exercer o poder de polícia para impedir o trânsito de mercadorias procedentes de contribuintes com inscrições canceladas.

DIESEL – Admitiu o resultado apurado no trabalho fiscal, e solicitou a emissão do respectivo DAE para proceder a quitação.

Encaminhado o processo para o autuante tomar ciência da impugnação apresentada pelo sujeito passivo, foi produzida nova informação fiscal às fls. 247 a 248, rebatendo a defesa com base no seguinte.

Exercício 2001 – Esclarece que considerou as aferições procedidas pela empresa ao lançar como entrada (fl. 195) o volume de 2.720 litros de Álcool no dia 31/12/2001, estornando o volume movimentado via encerrante da bomba combustível. Em relação ao Diesel, diz que as quantidades do estoque inicial e final foram extraídas do Registro de Inventário.

Exercício de 2002 – Foi acatada a comprovação (docs. fls. 233, 234 e 235) de que houve problemas técnicos com o encerrante da bomba de Gasolina.

Exercício de 2003 – Concordou com a inclusão da NF nº 12565 nas entradas de Gasolina, porém discordou da inclusão nas saídas da NF nº 210. Não acatou nas entradas de Álcool as Notas Fiscais nº 4761 e 4852, por entender que foram emitidas por Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda (IE nº 47.978.681), em virtude da mesma se encontrar com sua inscrição cadastral cancelada desde o dia 23/10/2002 (doc. fl. 24). Sobre as Notas Fiscais nº 465, 325 e 13862, falou que elas foram consignadas no levantamento das entradas de Álcool.

Acostou à sua informação fiscal novos demonstrativos modificados (docs. fls. 249 a 273), cujo autuado, tomando conhecimento deles, apresentou a impugnação às fls. 285 a 290, arguindo que o produto Álcool Hidratado foi adquirido junto a diversas distribuidoras, e não tem condições de detectar problemas com o cadastro de seus distribuidores, pois os postos revendedores não tem acesso a consulta do Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda. Falou que a lavratura de auto de infração contra o revendedor/autuado é um ato arbitrário, podendo ser considerado como confisco, e fere o princípio da Segurança Jurídica. Fez algumas considerações sobre a substituição tributária, para mostrar que não é devido ser considerado como responsável solidário em virtude do imposto na aquisição do produto já ser pago na fonte, inclusive o entendimento de professores de direito tributário sobre esta questão, e que a autuação fere o disposto nos artigos 121 e 128, do CTN. Ao final, frisa que descartada a possibilidade de afastamento da responsabilidade por solidariedade, restaria ser considerada a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto e da antecipação, afastando-se a multa aplicada, com fundamento no artigo 112, do CTN, onde está estabelecido que a interpretação deve ser da maneira mais favorável ao acusado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$10.726,86, referente aos exercícios de 2001 a 2003, inerente a exigência do imposto por responsabilidade solidária (infrações 02 e 05) e por antecipação tributária (infrações 03 e 06), por ter adquirido mercadorias sujeitas a substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, além da multa decorrente das saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais (infrações 01 e 04), conforme apurado mediante auditoria de estoque.

Da análise das razões de defesa, observa-se que o sujeito passivo apresenta provas documentais as quais, no curso do processo, através das informações fiscais às fls. 191, e 247 a 248, foram analisadas e acatadas pelo autuante, quando da sua informação fiscal, modificando as exigências fiscais.

Inicialmente, deve-se registrar que com a reabertura do prazo de defesa, após a entrega da documentação fiscal ao autuado, foi sanada a irregularidade existente e restabelecido o pleno exercício ao direito de defesa do contribuinte, o qual foi exercido, contudo, sem destituir o crédito tributário exigido, cujos valores sofreram modificações conforme demonstrativos sintéticos e analíticos (fls. 250 a 274), resultantes das provas documentais trazidas aos autos pelo

próprio sujeito passivo, o qual, atendendo intimação da repartição fazendária de origem, justificou a não inclusão pelo autuante dos erros apontados.

Desta forma, tomando por base os últimos levantamentos e demonstrativos modificados pelo autuante às fls. 250 a 274, é possível concluir o seguinte.

EXERCÍCIO DE 2001

| ESPECIFICAÇÃO | GASOLINA | ÁLCOOL | DIESEL |
|----------------------|------------|------------|-------------|
| ESTOQUE INICIAL | - | - | - |
| ENTRADAS | 143.890,00 | 15.424,00 | 381.437,00 |
| AFERIÇÕES | 900,00 | 2.720,00 | 1.760,00 |
| SOMA DAS ENTRADAS | 144.790,00 | 18.144,00 | 383.197,00 |
| ESTOQUE FINAL | 2.977,00 | 3.308,00 | 38.280,00 |
| SAÍDAS COM N.FISCAIS | 133.522,00 | 17.477,00 | 376.909,00 |
| NF 139 (FL.170) | 4.000,00 | - | - |
| SOMA DAS SAÍDAS | 137.522,00 | 17.477,00 | 376.909,00 |
| DIFERENÇA DE ENTRADA | | (2.641,00) | (31.992,00) |
| DIFERENÇA DE SAÍDAS | 4.291,00 | | |

EXERCÍCIO DE 2002

| ESPECIFICAÇÃO | GASOLINA | ÁLCOOL | DIESEL |
|----------------------|------------|-----------|------------|
| ESTOQUE INICIAL | 2.977,00 | 3.308,00 | 38.280,00 |
| ENTRADAS | 310.700,00 | 45.100,00 | 884.000,00 |
| (AFERIÇÕES | 1.240,00 | 380,00 | 1.000,00 |
| SOMA DAS ENTRADAS | 311.940,00 | 45.480,00 | 885.000,00 |
| ESTOQUE FINAL | 8.510,00 | 4.190,00 | 17.065,00 |
| SAÍDAS COM N.FISCAIS | 288.356,00 | 43.076,00 | 874.147,00 |
| | - | - | - |
| SOMA DAS SAÍDAS | 288.356,00 | 43.076,00 | 874.147,00 |
| DIFERENÇA DE ENTRADA | | | |
| DIFERENÇA DE SAÍDAS | 18.051,00 | 1.522,00 | 32.068,00 |

EXERCÍCIO DE 2003

| ESPECIFICAÇÃO | GASOLINA | ÁLCOOL | DÍESEL |
|----------------------|------------|------------|------------|
| ESTOQUE INICIAL | 8.510,00 | 4.190,00 | 17.065,00 |
| ENTRADAS | 204.000,00 | 14.100,00 | 683.000,00 |
| AFERIÇÕES | 420,00 | 2.360,00 | 280,00 |
| NF 4761 (FL.291) | - | 5.000,00 | - |
| NF 4852 (FL.292) | - | 4.000,00 | - |
| SOMA DAS ENTRADAS | 204.420,00 | 25.460,00 | 683.280,00 |
| ESTOQUE FINAL | 6.717,00 | 8.338,00 | 9.517,00 |
| SAÍDAS COM N.FISCAIS | 215.114,00 | 27.700,00 | 677.202,00 |
| | - | - | - |
| SOMA DAS SAÍDAS | 215.114,00 | 27.700,00 | 677.202,00 |
| DIFERENÇA DE ENTRADA | (8.901,00) | (6.388,00) | |
| DIFERENÇA DE SAÍDAS | | | 13.626,00 |

Comparando-se os demonstrativos do autuante às fls. 252, 259 e 267, com os elaborados pelo autuado à fl. 234, resulta nas divergências assinaladas nos quadros acima, as quais, são decorrentes de:

Exercício de 2001 – a) O estoque final de Diesel consignado pelo autuante de 38.280 litros está correto pois foi extraído do Registro de Inventário, e não há prova de que a quantidade correta é a

constante no LMC (fl. 236). b) Quanto às saídas, as divergências são decorrentes do autuado ter considerado tanto nas entradas como nas saídas as quantidades das aferições, nas quantidades de 900; 2.720; e 1.760 para Gasolina, Álcool e Diesel, respectivamente, quando o correto é considerar apenas nas entradas conforme procedeu o autuante.

Exercício de 2002 – a) No Estoque final foi considerada a quantidade 38.280 litros de Diesel divergente para o autuado, conforme já comentado. b) Nas saídas de todos os produtos ocorreram divergências. O autuado apurou 287.116 (Gasolina); 42.696 Álcool) e 873.147 (Diesel). Tanto faz incluir a quantidade do autuante como a do autuado, permanece a diferença de saídas, sem alteração na multa que deve ser aplicada.

Exercício de 2003 – a) Considero devido incluir nas entradas as notas fiscais nº 4761 e 4852 da Sampaio Coml. de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, pois servem de prova que as mercadorias ingressaram no estabelecimento; b) Com relação às quantidades de saídas, as diferenças entre os dois levantamentos são decorrentes do autuado ter considerado indevidamente nas saídas as quantidades das aferições (420 litros de Gasolina; 2.360 litros de Álcool; e 280 litros de Diesel) e também nas entradas. As quantidades devidas são as apuradas pelo autuante. No item Gasolina, além das aferições existe uma diferença de 1.000 litros para mais no levantamento do autuante, se comparado como o do autuado, que alegou que a Nota Fiscal nº 210 (fl. 240), foi cancelada. Não há provas de que ocorreu o cancelamento na forma prevista no RICMS/97. Logo, devem ser consideradas as quantidades de saídas apuradas pelo autuante.

Assim, considerando o resultado apurado nos quadros acima, a exigência fiscal de cada exercício fica modificada conforme demonstrativos seguintes.

EXERCÍCIO 2001

| PRODUTO | DIF ^a A | PUM B | B.C. NORM. C=(AxB) | MVA (%) D | BC ANTEC. E=(Cx D) | ALIQ. F | ICMS NORM G=(Cx F) | ICMS ANT. H=(Ex F) |
|----------------|-----------------------|----------|--------------------------|-----------------|-----------------------|------------|--------------------------|--------------------------|
| GASOLINA | 4.291,00 | | - | | - | | - | - |
| ÁLCOOL | 2.641,00 | 0,8800 | 2.324,08 | 23,28 | 541,05 | 25% | 581,02 | 135,26 |
| DIESEL | 31.992,00 | 0,7900 | 25.273,68 | 25,71 | 6.497,86 | 17% | 4.296,53 | 1.104,64 |
| IMPOSTO DEVIDO | | | | | | | 4.877,55 | 1.239,90 |

EXERCÍCIO 2002

| PRODUTO | DIF ^a A | PUM B | B.C. NORM. C=(AxB) | MVA (%) D | BC ANTEC. E=(Cx D) | ALIQ. F | ICMS NORM G=(Cx F) | ICMS ANT. H=(Ex F) |
|----------------|-----------------------|----------|--------------------------|-----------------|-----------------------|------------|--------------------------|--------------------------|
| GASOLINA | 18.051,00 | | - | | - | | - | - |
| ÁLCOOL | 43.076,00 | - | - | - | - | | - | - |
| DIESEL | 32.068,00 | - | - | - | - | | - | - |
| IMPOSTO DEVIDO | | | | | | | - | - |

EXERCÍCIO 2003

| PRODUTO | DIF ^a A | PUM B | B.C. NORM. C=(AxB) | MVA (%) D | BC ANTEC. E=(Cx D) | ALIQ. F | ICMS NORM G=(Cx F) | ICMS ANT. H=(Ex F) |
|----------------|-----------------------|----------|--------------------------|-----------------|-----------------------|------------|--------------------------|--------------------------|
| GASOLINA | 8.901,00 | 1,0000 | 8.901,00 | 65,23 | 5.806,12 | 27% | 2.403,27 | 1.567,65 |
| ÁLCOOL | 6.388,00 | 0,8100 | 5.174,28 | 31,69 | 1.639,73 | 27% | 1.397,06 | 442,73 |
| DIESEL | 13.626,00 | | | | | | | |
| IMPOSTO DEVIDO | | | | | | | 3.800,33 | 2.010,38 |

RESUMO

| MODALIDADES | EXERC. 2001 | EXERC. 2002 | EXERC. 2003 |
|------------------------------------|-------------|-------------|-------------|
| RESP. SOLIDÁRIA | 4.877,55 | - | 3.800,33 |
| ANTECIP. TRIBUTÁRIA | 1.239,90 | - | 2.010,38 |
| MULTA P/ FALTA EMISSÃO NOTA FISCAL | - | - | 50,00 |

Portanto, diante das provas documentais trazidas aos autos, restou provado que as infrações 02 e 03 devem ser reduzidas, mantida a multa de que cuida a infração 04, e mantidas as infrações 05 e 06, em face ao agravamento nos valores de R\$ 1.976,81 (R\$3.800,33 – R\$ 1.823,52) e R\$ 1.332,22 (R\$1.332,22 – R\$ 678,16), e conseqüentemente, a necessidade da lavratura de outro Auto de Infração, do que represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, conforme demonstrativo de débito abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. de Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito | Item |
|-----------------|--------------|---------------|----------|-----------|--------------|------|
| 31/12/2001 | 9/1/2002 | 28.691,47 | 17 | 70 | 4,877,55 | 2 |
| 31/12/2001 | 9/1/2002 | 7.293,53 | 17 | 60 | 1,239,90 | 3 |
| 03/10/2003 | 9/11/2004 | | | | 50,00 | 4 |
| 03/10/2003 | 9/11/2004 | 10.726,59 | 17 | 70 | 1,823,52 | 5 |
| 03/10/2003 | 9/11/2004 | 3.989,18 | 17 | 60 | 678,16 | 6 |
| TOTAL DO DÉBITO | | | | | 8,669,13 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206977.0103/03-9**, lavrado contra **RAQUEL DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.619,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.918,06 e de 70% sobre R\$ 6.701,07, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei n.º 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA