

A. I. Nº - 206951.0005/04-5
AUTUADO - AUTO POSTO PANTANAL LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16.08.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0265-02/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está provado que a empresa adquiriu mercadorias sem documentos fiscais. Assim sendo, assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem comprovação de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA E ÁLCOOL).** A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração parcialmente comprovada, sendo excluída nota fiscal em duplicidade. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Infração mantida com adequação da multa aplicada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/08/2004, exige ICMS e multa, totalizando o valor de R\$ 209.037,86 em razão das seguintes irregularidades:

1. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Diesel. ICMS de R\$ 27.888,76 e multa de 70%. Exercícios de 1999 e de 2000.

2. Falta de recolhimento do 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, deduz. parcela do tributo calculado 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Diesel. ICMS de R\$ 15.531,25 e multa de 60%. Exercícios de 1999 e 2000.
3. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Gasolina. ICMS de R\$ 64.278,86 e multa de 70%. Exercício de 1999.
4. Falta de recolhimento do 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, deduz. parcela do tributo calculado 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Gasolina. ICMS de R\$ 75.482,66 e multa de 60%. Exercício de 1999.
5. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Gasolina Aditivada. ICMS de R\$ 1.2246,45 e multa de 70%. Exercício de 1999.
6. Falta de recolhimento do 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, deduz. parcela do tributo calculado 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Gasolina Aditivada. ICMS de R\$ 1.463,71 e multa de 60%. Exercício de 1999.
7. 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Álcool. ICMS de R\$ 9.068,50 e multa de 70%. Exercícios de 1999 e de 2000.
8. Falta de recolhimento do 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, deduz. parcela do tributo calculado 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Álcool. ICMS de R\$ 2.873,81 e multa de 60%. Exercícios de 1999 e de 2000.

9. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1%, no valor de R\$ 9.175,34.
10. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no valor de R\$ 437,82.
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 1.090,70 e multa de 60%.
12. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Multa de R\$ 500,00.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 986 e 987, na qual tece os seguintes argumentos:

Informa, inicialmente, que os livros LMC desapareceram, em função de uma reforma realizada no depósito da empresa e que obteve permissão para transcrever novos livros. Entretanto, ao fazer a transcrição, não atinou para o fato de que as transferências ocorridas durante este mesmo período para a sua filial nº 01, situada na Av. Joaquim Ferraz de Araújo, nº 50, já baixada, teriam que ser excluídas, pois as entradas foram somadas em litros, mês a mês, e distribuídas pela média diária.

Aduz que o fato descrito acima, decorreu da falta de qualquer tipo de relatório ou mapa que orientasse o seu trabalho. Como consequência, as saídas, por transferências, que deveriam ter sido lançadas no LMC, de sua filial, foram incluídas no da empresa matriz, configurando, dessa maneira, a omissão de entradas alegada pelo autuante.

Sustenta, outrossim, que jamais adquiriu produto desacompanhado de documentação fiscal, pois somente os adquire da Petrobrás Distribuidora.

Por fim, declara estar juntando aos autos, cópias das notas fiscais que não foram apresentadas ao autuante, por terem sido extraviadas, tendo-as solicitado junto ao fornecedor.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1.109 a 1.111 nos seguintes termos:

Sustenta a ausência de qualquer prova, na defesa, capaz de elidir a ação fiscal, o que é corroborado pelo fato de a própria empresa admitir que a falta de lançamento das notas fiscais de entrada e a consequente omissão de entradas apurada, ocorreram porque as referidas notas não foram apresentadas, bem como não estavam escrituradas nos livros Registro de Entrada de Mercadoria nem nos LMCs. Nesse diapasão, ressalta a benevolência do fisco, verificada quando a SEFAZ autorizou a escrituração e autenticou os LMCs, após ter sido iniciado o trabalho de fiscalização.

Assevera que, apesar das circunstâncias descritas acima, foi apurada omissão de entrada de combustível. A seguir, esclarece, em síntese, o procedimento e as razões da autuação:

- 1) No momento de sua intimação, o autuado alegou não possuir os livros solicitados, tendo requerido, imediatamente à INFAZ autorização para escriturar e autenticar os LMCs, o que foi deferido.
- 2) Estando de posse de diversas notas do CFAMT, cujo destinatário é a própria empresa, lançou as entradas e aplicou uma multa de apenas 1%, prevista para a falta de registro de mercadoria com ICMS antecipado.
- 3) Conforme informação do próprio autuado, a empresa realmente adquiriu o produto, sem dar entrada em sua escrita e os distribuiu para outros dois postos (Auto Posto Pantanal II e III), sem efetuar a emissão de notas fiscais de transferência, situação que justifica a cobrança do imposto.

- 4) Informa, ainda, que o autuado não apresentou dois talões de notas fiscais de saída solicitados, modelo 01, além de declarar que o estabelecimento Auto Posto Pantanal III se encontrava em situação irregular perante a ANP, o que justificaria até uma atuação mais rigorosa do fisco. Afirmo, portanto, ter agido de maneira benevolente.
- 5) Aduz que o autuado cancelou notas fiscais com o carimbo da Fiscalização de Trânsito da SEFAZ.
- 6) Devido ao conhecimento de todas as irregularidades acima arroladas, alega que as notas fiscais de compras acostadas à defesa não devem ser incluídas ao levantamento de entradas, pela carência de provas de que a mercadoria foi realmente descarregada e comercializada pela empresa.

Informa, por fim, ter acolhido o alegado com relação à infração de nº 10, reconhecendo ter lançado a nota fiscal de nº 648821, duas vezes, o que implica a redução do total do débito para R\$ 209.004,68.

Com arrimo nas informações acima, opina pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Face à vasta documentação acostada pelo autuado em ocasião de sua defesa, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à ASTEC, para que fossem esclarecidas as seguintes questões (fls. 1.117 a 1.119):

- 1) Que fosse verificada a autenticidade das cópias das notas fiscais de fls. 1.022/1.106;
- 2) Se comprovada a autenticidade, procedesse à retificação do levantamento de estoques, incluindo-as;
- 3) Que, a final, fosse feito o demonstrativo de débito, caso se verificasse a necessidade.

A ASTEC emitiu o Parecer de nº 0050/2005, às fls. 1.122 a 1.124, se pronunciando sobre a questão posta à sua apreciação:

Informa que, efetuada a diligência junto à empresa emitente (Petrobrás Distribuidora S.A.), ficou constatado que as notas fiscais questionadas foram realmente emitidas para o autuado e que, feitas as devidas retificações nas entradas e feito o Resumo de Estoque, foi, então, efetuado o cálculo do imposto devido, relativo às omissões de entradas dos combustíveis Diesel Comum (exercícios de 1999 e 2000) e Álcool (exercício de 2000).

Aplicou o disposto na Portaria 445/98 e, dessa forma, o valor total das infrações 01, 02, 07 e 08 passa a ser de R\$ 9.204,79, consoante demonstrativo de débito elaborado como segue:

Infração	Data Ocorr.	Data Venc.	B. de cálculo	Alíquota	Multa	ICMS
01	31/12/1999	09/01/2000	29.277,82	17	70	4.977,23
01	31/12/2000	09/01/2001	4.160,71	17	70	707,32
TOTAL 01						5.684,55
02	31/12/1999	09/01/2000	16.304,82	17	60	2.771,82
02	31/12/2000	09/01/2001	2.317,12	17	60	393,91
TOTAL 02						3.165,73
07	31/12/2000	09/01/2001	1.076,76	25	70	269,19
08	31/12/2000	09/01/2001	341,24	25	60	85,31

Ressalto que o contribuinte ao tomar ciência do resultado da diligência às fls. 1.218 a 1.219 não se manifestou.

O autuante presta nova informação às fls. 1.222 e 1.223 nos seguintes termos:

Aduz que, embora a diligência tenha constatado que as notas fiscais apresentadas na defesa foram emitidas pela Petrobrás, e registradas em seu livro RSM, não conseguiu comprovar que o combustível, de fato, fora descarregado no posto desta inscrição.

Conclui, destarte, que o fiscal diligente não encontrou provas capazes de elidir ou modificar a diferença apurada no primeiro levantamento de estoque, alegando que seria mais adequado, que emitisse seu parecer somente após uma análise preliminar da escrita dos postos filiais da impugnante.

Portanto, não há dúvida de que o combustível tenha saído da Petrobrás mas que a questão, agora, é saber onde o mencionado produto foi descarregado e comercializado.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, os quais lhe permitiram a verificação das quantidades e dos valores apurados, conforme declaração do contribuinte constante à fl. 07.

No mérito, trata-se de Auto de Infração em que está sendo exigido o ICMS, apurado através de levantamento quantitativo de mercadorias, em exercício fechado, nas infrações 01 a 08, relativo aos anos de 1999 e 2000, de óleo diesel, gasolina, gasolina aditivada, e álcool, por ter sido identificado que a empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais.

Assim, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos, adquiridas 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.

Em relação às irregularidades apontadas, o autuante extraiu os dados de abertura e fechamento, dos bicos de abastecimento de combustível, de todas as bombas do posto em questão, lançados no LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis), e apurou as entradas de combustíveis, através das notas fiscais de aquisições, tendo pautado o seu trabalho pela maior quantidade possível de documentos formais disponíveis no momento da ação fiscal.

Com vistas à apuração da verdade material, este órgão julgador, atendendo ao pleito do contribuinte, diligenciou à ASTEC, com vistas à verificação da autenticidade das cópias das notas fiscais de fls. 1.022/1.106, apresentadas por ocasião da defesa.

O diligente, após apurar o solicitado, junto à empresa emitente (Petrobrás Distribuidora S.A.), constatou que as notas fiscais questionadas foram realmente emitidas para o autuado e procedeu às devidas retificações nas entradas. Assim, refez o Resumo de Estoque, efetuando o cálculo do imposto devido, relativo às omissões de entradas dos combustíveis Diesel Comum (exercícios de 1999 e 2000) e Álcool (exercício de 2000), de acordo com o demonstrativo abaixo, no que concordo.

Infração	Data Ocorr	Data Venc.	B. de cálculo	Alíquota	Multa	ICMS
01	31/12/1999	09/01/2000	29.277,82	17	70	4.977,23
01	31/12/2000	09/01/2001	4.160,71	17	70	707,32
TOTAL 01						5.684,55
02	31/12/1999	09/01/2000	16.304,82	17	60	2.771,82
02	31/12/2000	09/01/2001	2.317,12	17	60	393,91
TOTAL 02						3.165,73
07	31/12/2000	09/01/2001	1.076,76	25	70	269,19
08	31/12/2000	09/01/2001	341,24	25	60	85,31

Deste modo, ratifico o resultado da diligência, do que resultou modificação nos valores exigidos nas infrações 01, 02, 07 e 08, conforme acima demonstrado.

Outrossim, as infrações 03, 04, 05, 06 permanecem inalteradas, pois a defesa não trouxe elementos capazes de elidi-las ou reduzir o montante ora exigido.

Quanto à infração 09, o contribuinte não se insurgiu, o que demonstra a sua aceitação tácita. O demonstrativo desta infração encontra-se às fls. 37 a 39, e notas fiscais às fls. 38 a 181 do PAF. Infração mantida.

No que concerne à infração 10, também não contestada pela defesa, nas notas fiscais de compras, e as cópias do Livro Registro de Entradas, estão anexos às fls. 182 a 190 do PAF, porém o autuante reconheceu a cobrança indevida relativa à nota fiscal nº 648821, por ter sido lançada duas vezes. Infração parcialmente mantida.

A infração 11 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, de material para edificações, conforme demonstrativo de cálculo e notas fiscais anexos ao PAF, fls. 182 a 190. Infração mantida.

Na infração 12, verifico que há divergência entre a motivação da empresa e a multa aplicada. Está descrito no Auto de Infração que o contribuinte deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Neste caso, deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XX, “a”, e “b”, haja vista que a empresa foi intimada por duas ocasiões para exibir os documentos fiscais e não as atendeu, conforme intimações anexas aos autos. Assim, cabe a multa no valor de R\$ 270,00. Infração mantida com correção da multa aplicada.

Deste modo, aplico o art. 141 do RPAF/99: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.”

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 nº **206951.0005/04-5**, lavrado contra **AUTO POSTO PANTANAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 152.767,16**, sendo R\$ 151.311,43, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 70.502,54 e de 60% sobre R\$ 80.808,89, previstas no art. 42, III, II “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$ 1.455,73, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 976,51 e de 60% sobre R\$ 479,22, previstas no art. 42, III, e II “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 9.849,98**, sendo R\$ 8.804,98, atualizado monetariamente, previstas no art. 42, IX, e XI, da Lei nº 7.014/96, e R\$ 1.045,00, previstas no art. 42, IX, XI, e XX, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR