

A. I. Nº - 299762.0031/04-3
AUTUADO - I P WANDERLEI & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
ITERNET - 08.11.2005

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0393-01/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir 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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 07/09/2004 exige ICMS, no valor de R\$ 14.551,34, pelos motivos abaixo relacionados:

Infração 1 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios de 1999 a 2003, no valor de R\$ 10.752,28;

Infração 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, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 1999 a 2003, no valor de R\$ 3.799,06.

O autuado, às fls. 68 a 72, apresenta defesa argumentando preliminarmente ter havido decadência do direito de constituir o crédito tributário, no período anterior a outubro de 1999.

No mérito alega que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária e sempre adquiriu álcool, diesel e gasolina, de fornecedores localizados neste Estado, com a fase de tributação já encerrada, como demonstram os livros fiscais, DMAs e as notas fiscais de compras. Se admitindo, apenas a título de argumentação, houvesse apurado diferença na

quantidade de litros vendida não estaria obrigado a recolher o imposto reclamado, estaria sujeito a penalidade equivalente a 1% sobre o valor das entradas, supostamente não escrituradas.

Argumenta que o autuante se equivoca quando afirma ter apurado diferença em exercício aberto quando iniciou a fiscalização em setembro de 2004, em cumprimento à ordem de serviço 517265/04, não podendo ter havido levantamento aberto nos exercícios de 1999 a 2003. Assim, entende ser incoerente o procedimento fiscal, prejudicando a defesa do autuado. Também, disse ser incompatível a alíquota de 25% indicada no Auto de Infração, além da multa de 70% e 60%. Os produtos óleo diesel, gasolina e álcool possuem alíquotas distintas, sendo, improcedente ou nula a exigência fiscal.

Assevera não terem sido incluídas no levantamento as notas fiscais nºs 5237, 360, 145 e 003, sob o fundamento de que as firmas estão com sua inscrição cadastral irregular, sem que fosse observada a época da ocorrência das operações.

Disse descaber a infração 02, já que não houve entrada de álcool, diesel ou gasolina, oriundas de outros Estados.

Protesta alegando que a exigência fiscal ocasiona a bi-tributação do ICMS. E pede que seja efetuada revisão fiscal.

Requer seja acatada a preliminar suscitada e julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante, às fls. 224/225, informa que o Auto de Infração é resultado do roteiro fiscal de levantamento de estoque fechado, exercícios de 1999 a 2003 e exercício aberto, período de 01/01/04 a 05/08/2004. O autuado foi intimado deixando de apresentar notas fiscais de entradas e, algumas delas não foram registradas no LMC. Do resultado constatou-se que o contribuinte adquiriu mercadorias de terceiros sem documentação fiscal.

Esclarece que a falta de registro de notas fiscais verificadas no levantamento independe da origem da mercadoria, se foi operação interna ou interestadual, não havendo como identificar, nem comprovar qualquer tipo de recolhimento. Quanto às alíquotas, nas páginas 07, 14 e 18, se encontram demonstradas as alíquotas aplicadas na apuração do imposto devido. Na página número 5 dos autos, o imposto devido foi somado dentro de cada exercício e lançado no SEAI com alíquota de 25%, resultando em base de cálculo fictícia, ou seja, cada combustível foi identificado com suas alíquotas respectivas.

Informa que a empresa Transerve - IE 26370381 (NF 00333), trabalha com transporte e revenda de combustível e não como distribuidora, ou seja, proibida de vender combustíveis para outros postos, o mesmo ocorre em relação às notas fiscais do Posto Combustíveis Rio das Contas – IE 54800355, (NF 0145 e 0360). Já a empresa Sampaio – IE 47978681 é distribuidora (NF 5237 e 4791), porém se encontra com sua inscrição cancelada, desde 23/10/2002. Assim, disse não ter aceitado os documentos acima referidos. O autuado apresenta cópias de notas fiscais que foram lançadas, como a de nº 9937 e apresenta notas fiscais que não foram computadas no período que não foi identificado omissão de entradas, como a de nº 10703. As cópias do livro Registro de Entradas e de DMAs em nada acrescentam ou serve de provas.

Opina pela manutenção da autuação.

Considerando que o autuante não acolheu os documentos fiscais de nºs 00333, 0145, 0360, 5237 e 4791; considerando que o autuado anexou outros documentos fiscais em que o autuante afirma ter sido observado no levantamento e que também se refere a período em que não foi exigido imposto, em razão de não ter sido identificada existência de omissão de entradas; esta Junta de Julgamento fiscal, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado a

ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal diligente procedesse revisão do lançamento, observando o que se segue:

- 1) intimasse o autuado a apresentar os documentos fiscais originais, cujas cópias foram anexadas aos autos e não foram arrolados no levantamento do autuante;
- 2) refizesse o demonstrativo de estoques incluindo as quantidades das mercadorias indicadas nos documentos fiscais acima citados;
- 3) elaborasse demonstrativo de débito observando as mercadorias por exercício e por alíquota.

Em seguida, o processo fosse encaminhado à INFAC JACOBINA, para que o órgão competente entregasse ao autuado, mediante recibo, cópia do resultado da revisão fiscal e seus demonstrativos, bem como dos demonstrativos e levantamentos anexados pelo autuante, às fls. 6 a 20 dos autos e da informação fiscal, às fls. 224 e 225, comunicando-lhe da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, para se manifestar nos autos.

Também fosse dada ciência ao autuante para prestar informação fiscal.

A ASTEC através do parecer nº 0122/2005, atendendo ao solicitado informa ter intimado o autuado para apresentação das notas fiscais indicadas na diligência. De posse da documentação disse ter elaborado novos demonstrativos de apuração das omissões e de débito. Ressalta que o item gasolina comum não sofreu alteração e que o débito apontado de R\$ 14.551,34 passa para R\$9.431,46. Anexando aos autos: Demonstrativos, Termo de Intimação, cópia de folhas dos livros de Ocorrências e Entradas, bem como cópias das notas fiscais (fls. 232 a 254).

O autuante, à fl. 258, disse não concordar com a diligência efetuada.

Ao se manifestar, o autuado, à fl. 260, alega que os valores calculados a título de débito, pela alíquota de 17% foi maior que todos os exercícios e que não foi atendido o item 03 da solicitação da 1ª JJF. Também, não foi observado que diesel tem redução de base de cálculo, prevista no art. 87, XIX do RICMS/97, e o álcool tem redução de 37% (art. 87, XXII).

Argumenta merecer reparo o parecer ASTEC, por erro material. Reitera os termos da defesa, pugnando pela improcedência da autuação.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade argüida, uma vez que não vislumbra nos autos nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Em relação à indicação da alíquota de 25% no campo do Auto de Infração, além de ter ficado demonstrado que tal indicação não majora o imposto apontado nos autos, já que no cálculo para a determinação do valor do imposto para cada tipo de produto foi aplicada a alíquota correta, como se verifica dos levantamentos e demonstrativos elaborados pelo autuante, cujas cópias foram entregues ao autuado, bem como da revisão fiscal efetuada pela ASTEC, o revisor consignou alíquota de 17%, no entanto, o imposto apontado como devido está devidamente calculado, considerando os demonstrativos anexados aos processos, inclusive, além do autuado ter recebido cópia de todos os levantamentos e demonstrativos, teve reaberto o prazo de defesa (30) dias.

Em relação à argüição de que teria ocorrido a decadência tenho a relatar o seguinte:

O sujeito passivo alegou que o período de janeiro a outubro de 1999 teria sido atingido pelo instituto da decadência. No entanto, o art. 173, I, do CTN, estabelece:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

É neste sentido que restou provado nos autos que o crédito, relativo ao exercício de 1999, foi constituído antes de ter operado a decadência, haja vista que o lançamento só seria desconstituído se ocorresse a partir do dia 01/01/2005, e não, a partir da ocorrência do fato gerador como entendeu o deficiente.

Analizando as peças que compõem o presente processo, verifico que foi realizada Auditoria de Estoques, nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003 e o período de 01/01/04 a 05/08/2004, tendo sido identificadas diferenças de quantidades de entrada de mercadorias (álcool, óleo diesel e gasolina), sem documentação fiscal e exigido imposto na condição de responsável solidário e por antecipação tributária no exercício de 1999 a 2003.

A identificação das diferenças por omissão de entradas de mercadorias, nos exercícios de 1999 a 2003, através da realização do roteiro de Auditoria de Estoque, é comprovação suficiente de ingresso de mercadorias, no caso: combustíveis, no estabelecimento autuado desacompanhado de documento fiscal. E, como as mercadorias se encontram enquadradas no regime de substituição tributária, não tendo o autuado comprovado documentalmente tais aquisições, ou seja, não se tendo a comprovação da origem de tais mercadorias é o adquirente ou detentor a pessoa que responde solidariamente pelo imposto regime normal, na condição de responsável solidário, de conformidade disposto no art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, pela aquisição de mercadorias sem nota fiscal, bem como pelo recolhimento do imposto devido por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, art. 8º, II, da lei acima citada. Não havendo, neste caso, o que se falar em exigência de multa pela falta de escrituração.

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito::

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

O impugnante aponta algumas notas fiscais que não foram incluídas no roteiro adotado, tendo o autuante informado que se refere as notas fiscais emitidas pelas empresas: Transerve - Transporte e Revenda de Combustíveis Ltda., Posto de Combustíveis Rio das Contas Ltda e Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo, não sendo as duas primeiras uma distribuidora e a última apesar de ser distribuidora, se encontra com a inscrição cancelada desde 23/10/2002, motivo de não incluí-las no levantamento. Neste sentido, este CONSEF tem entendimento de que não havendo prova de que o combustível não tenha entrado nos tanques do autuado, embora sua aquisição tenha sido de forma ilegal nos termos da legislação federal que rege a matéria, a qual proíbe a saída de combustíveis de um posto para outro, em se tratando de

roteiro de Auditoria de Estoques deve ser considerada a quantidade das mercadorias indicadas nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte autuado.

O processo foi encaminhado em diligência para que revisor fiscal, de posse dos documentos originais, elaborasse novo demonstrativo incluindo as quantidades ali consignadas. No atendimento ao solicitado, o diligente, mediante Parecer ASTEC nº 0122/05, informa ter refeito o levantamento quantitativo de estoques incluindo as quantidades dos combustíveis indicados nos documentos apresentados que não foram acolhidos pelo autuante, reduzindo as diferenças apontadas por omissão de entradas dos itens álcool (exercícios 1999 a 2002) e óleo diesel (exercícios 2000 e 2001) e informa prevalecer a diferença apurada. em relação a gasolina (exercício 2002). Conclui reduzindo o valor do débito.

Constatou que o revisor ao apontar o valor do débito, apesar de consignar o valor do imposto com base nas alíquotas correspondentes a cada produto, não as discriminou. Assim, passo a elaborar o novo demonstrativo de débito apontando item a item com as respectivas alíquotas, cujo total remanescente é de R\$ 9.422,32, conforme abaixo:

| Exercício | Mercadoria | Base de cálculo | Alíquota | ICMS normal (responsabilidade solidária) | Base de cálculo da antecipação | ICMS/ Antecipação Tributária |
|-----------|-------------|-----------------|----------|--|--------------------------------|------------------------------|
| 1999 | ALCOOL | 4.200,99 | 25% | 1.050,29 | 1.331,29 | 332,84 |
| 2000 | ALCOOL | 14.399,26 | 25% | 3.599,81 | 4.563,12 | 1.140,76 |
| 2000 | OLEO DIESEL | 6,35 | 17% | 1,08 | 3,53 | 0,60 |
| 2001 | ALCOOL | 2.493,62 | 25% | 623,41 | 790,23 | 197,56 |
| 2001 | OLEO DIESEL | 5.993,82 | 17% | 1.018,95 | 2.304,62 | 391,79 |
| 2002 | ALCOOL | 89,60 | 25% | 22,40 | 28,39 | 7,67 |
| 2002 | GASOLINA | 2.003,50 | 27% | 540,95 | 1.830,40 | 494,21 |
| | TOTAL | - | - | 6.856,89 | - | 2.565,43 |

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299762.0031/04-3, lavrado contra **I P WANDERLEI & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.422,32**, sendo R\$1.383,13 atualizado monetariamente acrescido das multas de 60% sobre R\$332,84 e 70% R\$1.050,29, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$8.039,19 acrescido das multas de 60% sobre R\$2.232,59 e 70% R\$5.806,60, previstas no art. 42, II, “d” e III da citada lei acima e dos acréscimos legais.

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

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR