

PROCESSO - A.I. Nº 269610.0009/04-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ALIMAR COMERCIAL LTDA. (POSTO RADAR)
RECORRIDOS - ALIMAR COMERCIAL LTDA. (POSTO RADAR) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0121-03/06
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 17/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0401-12/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. [ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA]. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Refeito o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal refez o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$69.100,27, além de multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$50,00, em razão das seguintes infrações, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem 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, no valor de R\$5.216,98 (Álcool: 2001, 2002 e 2003);
2. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$1.653,26 (Álcool: 2001, 2002 e 2003);

3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$1.140,93 (Álcool: 01/01/04 a 02/08/04);
4. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$361,56 (Álcool: 01/01/04 a 02/08/04);
5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem 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, no valor de R\$8.876,11 (Diesel: 2001, 2002 e 2003);
6. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$3.091,02 (Diesel: 2001, 2002 e 2003);
7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem 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, no valor de R\$27.995,08 (Gasolina: 2001, 2002 e 2003);
8. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$20.765,33 (Gasolina: 2001, 2002 e 2003);
9. Operação de saída 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, com aplicação de multa de caráter acessório com valor de R\$50,00 (Diesel: 01/01/04 a 02/08/04).

O autuado apresentou defesa, alegando que as “aferições” e as perdas com evaporação não foram consideradas nos levantamentos. Também argumenta que não foi computada a entrada de 10.000 litros de gasolina relativa à Nota Fiscal nº 117, do Posto S.A.M. Comércio Ltda.

Na informação fiscal, o autuante não acatou as alegações da defesa, argumentando que as “aferições” não estavam acobertadas por notas fiscais, ao passo que a Nota Fiscal nº 117 foi emitida por outro posto de gasolina, procedimento vedado pela legislação do DNC e do RICMS/97.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC (fl. 427), para que fosse intimado o autuado a apresentar um demonstrativo das “aferições” e, após a sua conferência, fossem refeitos os

demonstrativos elaborados pelo autuante. Atendida a diligência, o débito tributário passou de R\$69.150,27 para R\$11.231,46, conforme demonstrativos às fls. 432 a 434.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado alegou que, relativamente ao exercício de 2003, as entradas corretas de gasolina e diesel eram de, respectivamente, 315.000 e 1.000.000 de litros, conforme demonstrativo às fls. 443 a 445. Afirmou que as diferenças encontradas nos levantamentos decorrem de dilatação e evaporação, cujas variações são previstas em portaria da ANP, estão registradas no LMC e não foram consideradas pelo autuante.

Ao se pronunciar nos autos, o autuante disse que não se opõe às planilhas elaboradas pelo diligente, mas que não se pode considerar os lançamentos de “aferições” registradas nos LMCs eletrônico, sem que tenham sido emitidas as notas fiscais correspondentes. Afirmou que o programa utilizado para escriturar o LMC faz a inclusão diária “aferições”, mesmo que elas não tenham sido realizadas.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0121-03/06, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, em Decisão unânime.

Ao fundamentar o seu voto, o ilustre relator acatou a inclusão das “aferições” no levantamento quantitativo, argumentando que as mesmas estão *efetivamente registradas no livro LMC, conforme previsto na Portaria 26/92 da ANP.*

Quanto às alegadas perdas, explicou o relator que a sua inclusão no levantamento quantitativo aumentaria as omissões de entradas e, portanto, agravaria a exigência fiscal. Diz que deixa de considerar tal alegação, já que as perdas não foram computadas nos levantamentos quantitativos.

Relativamente à entrada de 10.000 litros de gasolina, acobertada pela Nota Fiscal nº 117, afirmou o relator que *embora a legislação que regulamenta a comercialização de combustíveis não admita venda entre postos de combustíveis, mas em se tratando de contribuinte regularmente inscrito, acato a entrada da quantidade de 10.000 litros de Gasolina consignadas na mencionada nota fiscal, tendo em vista que a mercadoria foi adquirida com a respectiva nota fiscal.* Para fundamentar o seu posicionamento, citou os Acórdãos nºs CJF 086-11/04; CJF 087-11/04 e CJF 225-11/05.

Em consequência da inclusão da Nota Fiscal nº 117 no levantamento quantitativo, o valor do imposto devido nas infrações 7 e 8, relativamente ao exercício de 2003, passou para R\$897,47 (ICMS normal) e R\$538,75 (ICMS ST), conforme demonstrativo que elaborou à fl. 464.

No que se tange às diferenças nas entradas de gasolina e óleo diesel, no exercício de 2003, o ilustre relator explicou que elas decorreram da não inclusão das Notas Fiscais nºs 117, 692454 e 692457 no levantamento quantitativo. Quanto à primeira nota, afirmou o relator que a mesma foi incluída no levantamento por Decisão da 3ª JJF. No que tange às duas outras notas, explicou que *elas foram emitidas no penúltimo dia do exercício e foram relacionadas no demonstrativo à fl. 19, com data de entrada em 01/01/04, conforme cópia do livro de Registro de Entrada de Mercadorias juntado à fl. 131, restando provado a entrada efetiva e sua escrituração no exercício de 2004, motivo pelo qual não acato a pretensão defensiva.*

Ao finalizar, o seu voto, assim se pronunciou o ilustre relator: *acato parcialmente o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente da ASTEC (fl. 432), com o refazimento dos cálculos relativos às infrações 7 e 8, e considero devido o valor de R\$ 3.675,34, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$ 50,00.*

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, requer que a planilha elaborada pelo

diligenciador da ASTEC seja considerada sem restrição, pois é coincidente com os lançamentos efetuados no LMC e com a planilha confeccionada pela empresa.

No mérito, diz que as Notas Fiscais n^{os} 692457 e 692454 foram emitidas em 30/12/03 e foram automaticamente lançadas no LMC nos dias 30 e 31 de dezembro de 2003. Explica que a divergência na data dos lançamentos pode ter decorrido do fato de ser a escrituração dos LMCs feita diariamente pela própria empresa ao final do dia, ao passo que a escrituração contábil é realizada por escritório contábil terceirizado. Protesta contra a exclusão dessas notas fiscais do levantamento quantitativo.

Ao finalizar, sejam consideradas as planilhas apresentadas na defesa, pois coincidem com a da ASTEC. Diz que, em razão da capacidade de armazenamento dos tanques, o produto consignado em uma mesma nota fiscal pode ser rateado entre vários tanques.

Ao exarar o Parecer de fl. 484, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as Notas Fiscais n^{os} 692457 e 692454 foram lançadas no livro Registro de Entradas em 01/01/2004 (fl. 131) e, portanto, não devem ser incluídas no levantamento quantitativo do exercício de 2003. Aduz que cópias do LMC juntadas pelo contribuinte às fls. 157/414 não indicam o lançamento das referidas notas fiscais nos dias 30 e 31/12/03, como alega o recorrente. Diz que à fl. 210 consta cópia do LMC n^o 13, referente ao tanque 3 de gasolina comum, sem indicação de recebimento de mercadoria através de qualquer nota. Ressalta que quanto aos demais tanques e ao produto diesel, o recorrente não trouxe cópia do LMC relativo ao dia 31/12/03. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso Voluntário, o qual trata das infrações 5, 6, 7 e 8, observo que o recorrente questiona apenas a não inclusão das Notas Fiscais n^{os} 692457 e 692454 no rol das entradas de gasolina e óleo diesel nos levantamentos quantitativos de estoques referentes ao exercício de 2003.

Da análise das peças processuais, constato que foi acertada a Decisão recorrida, pois a fotocópia do livro Registro de Entradas de Mercadorias acostado à fl. 131 dos autos comprova que as mercadorias consignadas nas Notas Fiscais n^{os} 692457 e 692454 ingressaram no estabelecimento em 01/01/04. Corroborando esse fato, ressalto que, como bem afirmado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, as fotocópias do LMC acostadas às fls. 157/414 não indicam o lançamento das referidas notas fiscais nos dias 30 e 31 de dezembro de 2003. O fato de o diligenciador da ASTEC ter considerado as referidas notas fiscais como sendo referentes ao exercício de 2003, não quer dizer que esse seja o procedimento correto. Dessa forma, entendo que essas notas fiscais não devem ser incluídas no levantamento quantitativo de estoque de 2003, como pleiteia o recorrente.

Ademais, não há justificativa plausível para a divergência entre as datas dos lançamentos nos livros fiscais em questão (Registro de Entradas de Mercadorias e Livro de Movimentação de Combustíveis). Essa alegada divergência caracteriza uma irregularidade na escrituração fiscal e, nessa situação, cabe ao recorrente comprovar, de forma incontestada, a sua alegação, o que entendo não restou comprovado nos autos.

Em face do acima comentado, entendo que foi correta a Decisão recorrida a qual não carece de qualquer reparo. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

No que tange ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 1 a 8, observo que a parte em que a Fazenda Pública sucumbiu foi decorrente da inclusão das “aferições” e da Nota Fiscal n^o 117 no levantamento quantitativo de estoques.

Quanto à inclusão das “aferições”, foi correta a Decisão da Primeira Instância, pois estavam regulamente lançadas nos LMCs, conforme restou comprovado na diligência efetuada pela ASTEC do CONSEF. As “aferições” representam saídas de combustíveis que, posteriormente, são devolvidos aos tanques e, para que não haja dúplice contagem, devem ser incluídas no levantamento quantitativo. A falta de emissão de nota fiscal para essas movimentações internas de combustíveis não invalida os lançamentos efetuados nos LMCs.

No que tange à inclusão da Nota Fiscal nº 117 no levantamento quantitativo de estoque, também foi acertada a Decisão recorrida, pois a nota fiscal em questão é idônea e está escriturada nos livros fiscais próprios. Corroborando o acerto de sua Decisão, o ilustre relator da Primeira Instância citou farta jurisprudência deste CONSEF.

Pelo acima exposto, foi correta a Decisão da 3ª JF e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **269610.0009/04-6** lavrado contra **ALIMAR COMERCIAL LTDA. (POSTO RADAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.675,34**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.648,75 e 60% sobre R\$1.026,59 previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da citada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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