

A. I. Nº - 087078.0012/04-8
AUTUADO - COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DEGRADER LTDA.
AUTUANTE - ARQUINITO PINHEIRO SOUSA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10/04/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-03/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Foi refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2004, refere-se à exigência de R\$144.232,63 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$815,72, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 1999.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$7.534,25, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 1999.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$258,50, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 1999.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$4.195,82, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 1999.
5. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$36,42, 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. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 2000.

6. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$11.592,03, 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. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 2000.
7. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$8,48, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 1999.
8. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$6.455,60, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 2000.
9. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$18.923,43, 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. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 2001.
10. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$4.865,22, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 2001.
11. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$362,88, 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. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 2002.
12. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$115,00, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 2002.
13. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$6,20, 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. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 2003.
14. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$89.061,12, 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. Omissão de entrada de óleo diesel, no exercício de 2003.
15. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$1,96, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de

documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada de álcool, no exercício de 2003.

O autuado apresentou, tempestivamente, impugnação às fls. 1630 a 1632, alegando que em relação à omissão de entradas dos exercícios de 1999 a 2002, o levantamento fiscal não está correto, uma vez que as notas fiscais de entradas estiveram retidas na repartição fiscal, por isso, ficou impossibilitado de proceder a uma apuração correta. Pede que seja efetuada revisão fiscal, acrescentando que, devido à retenção dos mencionados documentos fiscais, houve transtornos na empresa, gerando a rescisão contratual com o Sr. Maxwell Sena Gomes (Contabilidade Mackenzie).

Quanto ao período de 01/05/2003 a 31/12/2003, argumenta que também cabe a realização de revisão fiscal, pelo mesmo fato alegado anteriormente. Prossegue, aduzindo que, ao contrário do que foi consignado no Auto de Infração, os encerrantes estão corretos, e no ato de substituição dos equipamentos (bombas) que anteriormente eram de propriedade da Cia Ipiranga de Petróleo, passando para a Petrobrás Distribuidora S/A, os encerrantes iniciais são os mesmos constantes da abertura dos LMCs. Assim, alega que os encerrantes considerados, referentes ao período de 30/04/2003 a 31/12/2003, não correspondem à realidade.

O defensor alegou, ainda, que não se pode deixar de observar que a substituição das bombas ocorreu em 03/08/2002, embora a utilização desses equipamentos tenha ocorrido a partir de 30/04/2003, e durante esse período, o posto revendedor ficou sem qualquer movimentação. Disse que a conferência nos documentos que acompanham a sua impugnação não deixará dúvida de que inexistiu omissão de entradas no exercício de 2003, e reitera o pedido para que seja determinada uma revisão fiscal, a fim de que a empresa não venha sofrer prejuízos irreparáveis, que resultem na inviabilidade de sua continuidade operacional.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1707 e 1708 dos autos, dizendo que o autuado pede, apenas, em sua impugnação, que se faça uma revisão fiscal. Disse que o autuado não apresentou as notas fiscais de aquisição, sob a alegação de extravio dos mencionados documentos fiscais, e para que não deixasse de realizar o levantamento fiscal, optou por fazer a apuração com base, somente, nos registros efetuados pelo próprio contribuinte nos livros: LMC, Registro de Entradas e Registro de Inventário, por isso, o autuante não vê motivo para a realização de revisão fiscal. Acredita que o autuado foi beneficiado, uma vez que em relação ao exercício de 2003, foi apresentada uma pasta de notas fiscais de entradas com apenas 1/10 dos documentos registrados em sua escrita fiscal, o que motivou o levantamento fiscal pelos registros efetuados no LMC.

Quanto ao período de 01/05/2003 a 31/12/2003, informou que:

- a) houve uma paralisação das atividades da empresa entre 06/05/2002 e 30/04/2003, e ao reiniciar em 01/05/2003, os encerrantes de abertura encontravam-se divergentes dos encerrantes de fechamento em 05/05/2002;
- b) solicitou esclarecimentos ao contribuinte (fl. 53), sendo informado que a divergência era decorrente da mudança da “bandeira” (fl. 1616);
- c) apesar de inúmeros telefonemas, solicitando os atestados de intervenção, somente tomou conhecimento desses documentos quando da impugnação pelo autuado;
- d) apresentou os seguintes questionamentos:
 - se as bombas eram novas, porque os encerrantes não estavam zerados?
 - porque não foram apresentados os atestados de intervenção quando da intimação?
 - porque as notas fiscais de entradas, que segundo o autuado tinham desaparecido, estavam na repartição fiscal ?

- o protocolo fl. 1688 consta somente notas fiscais de entradas do período de 2003, porque somente apareceu no dia 21/01/2005?
- porque a pasta de notas fiscais de entradas do exercício de 2003 consta somente 1/10 das registradas na escrita fiscal?

Considerando que o autuado comprovou por meio do Protocolo de Devolução nº 260-A (fl. 1687), que somente em 21/01/2005, lhe foram devolvidas as Notas Fiscais de Entrada referentes aos exercícios de 1997 a 2002, esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1.710), para ser providenciada a reabertura do prazo de defesa, mediante intimação ao autuado, e o PAF ser encaminhado ao autuante para o mesmo fazer o confronto dos documentos fiscais alegados pelo autuado com o levantamento quantitativo de estoque, e se identificadas notas fiscais não consideradas ou computadas nas quantidades incorretas, fazer as inclusões ou retificações.

Em atendimento, a repartição fiscal intimou o autuado, conforme intimação e respectivo Aviso de Recebimento às fls. 1712 e 1713.

O contribuinte apresentou nova manifestação (fls. 1715 a 1719), aduzindo que em relação ao período de 01/01/99 a 31/12/01, a documentação não foi apresentada porque as notas fiscais estavam retidas na repartição fazendária, e os LMCs não foram encerrados pelo mesmo motivo, e em decorrência da falta de acesso aos mencionados livros e documentos, a atualização da contabilidade ficou prejudicada, obrigando a empresa a providenciar relatórios junto às distribuidoras para a conferência. Não obstante isso, ficou impossibilitado de conferir na integralidade, porque algumas distribuidoras se negaram a fornecer tais documentos, alegando a perda dos arquivos magnéticos ou mudança do sistema de processamento de dados. Ressaltou que a documentação foi devolvida somente em 21/01/2005, os LMCs foram encerrados em novembro de 2001, e a suposta diferença apurada foi resultante das notas fiscais não lançadas nos LMCs porque ficaram retidas na repartição fiscal.

Quanto ao exercício de 2002, o defensor alegou que a diferença constatada foi justamente na época de encerramento das atividades, ocorrendo transtornos diversos, a exemplo de demissão de funcionários, que certamente poderia ocorrer saídas de mercadorias em desconformidade com os parâmetros legais. Por isso, entende que é razoável assumir a multa exigida em relação à omissão de saídas, e, devido ao estado de dificuldades que a empresa atravessa, requer seja deferido o parcelamento de no mínimo vinte e quatro parcelas para quitação do débito.

O autuado reafirmou que no período de maio de 2002 a abril de 2003 não houve atividade comercial, e quanto ao período de 01/05/2003 a 31/12/2003, também não cabe a exigência do imposto, argumentando que os encerrantes estão corretos, e no ato de substituição das bombas, anteriormente de propriedade da Cia Ipiranga de Petróleo, atualmente de propriedade da Petrobrás Distribuidora S/A, os encerrantes iniciais são os mesmos da abertura. Disse que a substituição das bombas ocorreu em 03/08/2002, embora a utilização desses equipamentos tenha ocorrido a partir de 30/04/2003, e durante tal período o estabelecimento autuado ficou fechado. Concluiu que os encerrantes utilizados como base para a exigência fiscal no período de 30/04/2003 a 31/12/2003 não correspondem à realidade.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 1731, reafirmando que o levantamento quantitativo foi realizado com base nas informações constantes dos livros fiscais do autuado. Disse que, conforme salientou na informação fiscal à fl. 1707, da documentação apresentada pelo contribuinte, constava somente parte das notas fiscais registradas nos livros fiscais, e para que o contribuinte fosse beneficiado, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos registros fiscais. Apresentou dúvida quanto aos exercícios a serem revistos, se 1999 a 2002 ou até 2003.

Considerando as alegações defensivas e os elementos anexados aos autos pelo defendant, esta 3^a JJF, converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para Auditor Fiscal estranho ao feito dirimir as divergências, após análise dos livros e documentos fiscais originais do autuado, apurando:

- 1- se os estoques inicial e final dos exercícios fiscalizados, considerados no levantamento fiscal, estão de acordo com a escrituração constante do Livro Registro de Inventário, fazendo as correções.
- 2- se existem notas fiscais de aquisição não consideradas no levantamento fiscal, fazendo as necessárias inclusões, elaborando novos demonstrativos, inclusive o de débito.
- 3- quanto à divergência existente em relação aos encerrantes do exercício de 2003, apurar junto ao autuado se houve cessação de uso das bombas anteriores utilizadas até 05/05/2002 da Cia Ipiranga de Petróleo e quanto ao fato de as bombas novas não terem os encerrantes zerados.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 0219/2005, o diligente informou que constatou através da verificação efetuada no livro Registro de Inventário que os estoques inicial e final foram consignados pelos autuantes no levantamento fiscal de acordo com os registros efetuados no mencionado livro. Disse que após análise efetuada nos documentos fiscais referentes às aquisições de combustíveis, fez as devidas inclusões conforme planilha às fls. 2087 a 2092.

Quanto ao produto óleo diesel, no exercício de 1999, diz que no demonstrativo à fl. 13, o autuante não discriminou as notas fiscais de aquisição, e por isso, elaborada a planilha com as notas fiscais e respectivas quantidades (fls. 2087/2091).

Quanto aos encerrantes, informa que o fechamento em 01/05/2002 foi zero litro de óleo diesel, e, “estranhamente, no dia 01/05/2003, decorridos 12 (doze) meses, o autuado escritura o LMC iniciando seus encerrantes com elevadas quantidades”. Como se tratam de bombas novas, o entendimento é que as mesmas teriam que iniciar seus encerrantes zerados ou com pequenas quantidades de saídas a título de aferição. Assim, o diligente ratifica as quantidades computadas pelo autuante.

Efetuada a revisão, o diligente informa que foram elaborados novos demonstrativos (fls. 2093/2096), sem inclusão dos encerrantes de abertura do exercício de 2003, alegadas pelo autuado, sendo que o valor do débito originalmente apurado de R\$144.232,63 deveria ser R\$169.029,23, tendo em vista que o autuante deixou de cobrar a antecipação tributária sobre óleo diesel, no valor de R\$24.794,62, no exercício de 2003. Após a revisão efetuada, o total apurado ficou reduzido para R\$98.312,05, conforme demonstrativo à fl. 1739.

O diligente informa, ainda, que, sendo acatada a alegação do autuado quanto aos encerrantes, elaborou os demonstrativos de fls. 2097/2100, o que reduziria o débito para R\$5.123,44 (demonstrativo de débito à fl. 1749).

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 2105), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 219/2005 e respectivos demonstrativos, mas não foi apresentada qualquer manifestação.

O autuante também tomou conhecimento (fl. 2107) do mencionado PARECER ASTEC, e também não se pronunciou.

VOTO

O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/1999 a 31/12/2003, sendo constatada omissão de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças apuradas, conforme demonstrativos acostados autos, sendo responsabilidade solidária (infrações 1, 2, 5, 6, 9, 11, 13, 14) e antecipação tributária (infrações 3, 4, 7, 8, 10, 12, 15).

Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que as notas fiscais de entradas ficaram retidas na repartição fiscal, o que impossibilitou a realização de um levantamento correto, alegação que foi comprovada por meio do Protocolo de Devolução datado de 21/01/2005, à fl. 1687 do presente processo. Assim, por determinação deste órgão julgador, foi reaberto o prazo de defesa, saneando-se a falha processual.

Em decorrência das alegações defensivas, de que foram constatados equívocos no levantamento fiscal, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC, e conforme o PARECER ASTEC Nº 219/2005, o diligente refez os cálculos relativos aos exercícios fiscalizados, de acordo com a documentação apresentada pelo autuado, tendo sido elaborados novos demonstrativos e anexados aos autos, às fls. 2087 a 2100.

Foi também alegado pelo contribuinte, que não foram considerados corretamente os encerrantes, tendo em vista que não houve comercialização de combustíveis entre 06/05/2002 e 30/04/2003, período em que houve a troca de “bandeira” da distribuidora Ipiranga para Petrobrás. Quanto a essa questão, observo que o diligente apurou que o fechamento em 01/05/2002 foi zero litro de óleo diesel, e, “estranhamente, no dia 01/05/2003, decorridos 12 (doze) meses, o autuado escritura o LMC iniciando seus encerrantes com elevadas quantidades”. Como se tratam de bombas novas, o entendimento é que as mesmas teriam que iniciar seus encerrantes zerados ou com pequenas quantidades de saídas a título de aferição. Assim, o diligente ratificou as quantidades computadas pelo autuante.

Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 2105), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 219/2005 e respectivos demonstrativos, mas não foi apresentada qualquer manifestação. O autuante tomou conhecimento (fl. 2107), e também não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Acatando as conclusões do diligente, entendo que devem prevalecer os valores apurados nos demonstrativos de fls. 2093/2096, sem inclusão dos encerrantes de abertura do exercício de 2003, alegadas pelo autuado. Por isso, o total do débito ficou reduzido para os valores apurados no demonstrativo de débito à fl. 1739, exceto em relação ao valor da antecipação tributária referente ao óleo diesel do exercício de 2003, no valor de R\$20.293,89, tendo em vista que não foi objeto do lançamento originalmente efetuado. Assim, represento à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal, no sentido de exigir o imposto apurado, consoante o art. 156, do RPAF/99.

As infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 5, 6, 11, 13 e 14), conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (Infrações 7, 8, 12 e 15), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Concluo que a exigência fiscal foi elidida pelo autuado em relação às infrações 01, 02, 03, 04, 09 e 10, ficando alterado o total do débito apurado para R\$78.016,20, conforme demonstrativos à fl. 1739 dos autos, elaborado pelo diligente, com a exclusão do valor de R\$20.293,89, pelas razões já expostas neste voto.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0012/04-8, lavrado contra **COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DEGRADER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.018,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.768,17, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96; 70% sobre R\$72.894,72, prevista no art. 42, inciso III, da mesma Lei, e dos acréscimos legais, representando à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal, no sentido de exigir o imposto por antecipação tributária referente ao óleo diesel do exercício de 2003, no valor de R\$20.293,89, tendo em vista que não foi objeto do lançamento originalmente efetuado, consoante o art. 156, do RPAF/99.

Recorre-se 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, 03 de abril de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR