

A.I. Nº - 298965.0215/05-2
AUTUADO - IRECÊ DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E PEÇAS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO DA SILVA BORGES
ORIGEM - INFAZ IRECE
INTERNET - 15/05/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-03/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA [ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA]. Infração reconhecida. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAIDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujas mercadorias já saíram sem tributação, 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 desacompanhadas de documentos fiscais, bem como o imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeito o levantamento fiscal, com redução do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitado a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/05, exige ICMS no valor de R\$58.249,45 acrescido de multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$129,71 relativo as seguintes infrações:

01. Omissão 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 fechado, tendo sido aplicada multa de caráter acessório totalizando R\$129,71 (2000, 2001 e 2002).
02. 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\$47.262,63 (Gasolina e Álcool: 2000 e 2003);
03. 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\$10.986,82 (Gasolina e Álcool: 2000 e 2003).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 170 a 179, inicialmente discorre sobre as infrações e suscita a nulidade da autuação sob argumento de que afronta os princípios constitucionais do contraditório e do processo legal, conforme os seguintes motivos:

- a) as mercadorias foram adquiridas de fornecedores idôneos, descaracterizando a aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais;
- b) há diversos erros no levantamento fiscal, deixando de considerar diversas notas fiscais regularmente escrituradas;
- c) está se exigindo imposto de mercadorias que já foram tributadas antecipadamente (combustíveis).

No mérito, em relação à infração 2, diz que não foram considerados entradas de 45.000 litros de gasolina e 5.000 litros de álcool, conforme abaixo especificado:

- 1) 5000 litros de gasolina pela nota fiscal de nº 14081 de 04/09/00;
- 2) 5000 litros de gasolina pela nota fiscal de nº 14415 de 30/09/00;
- 3) 15000 litros de gasolina pela nota fiscal de nº 16860 de 01/11/00;
- 4) 5000 litros de gasolina pela nota fiscal de nº 17737 de 25/11/00;
- 5) 15000 litros de gasolina pela nota fiscal de nº 18290 de 06/12/00;
- 6) 5000 litros de álcool pela nota fiscal de nº 6798 de 2/12/00.

Destaca que todas notas fiscais foram emitidas pela Texaco do Brasil S/A, cujas cópias foram acostadas às fls. 180 a 186.

Alega que é inconcebível que o autuante tenha considerado saída irregular de mercadorias constante de notas fiscais regularmente emitidas e escrituradas no livro de Registro de Saída de Mercadorias, conforme relação apresentada às fls. 174 e 175, cujas cópias foram juntadas às fls. 220 a 271, perfazendo 140.900 litros de gasolina.

Da mesma forma, em relação às notas fiscais de saídas de nºs. 477, 485, 505, 521 e 831, devidamente registradas no livro de Registro de Saída de Mercadorias (RSM), totalizando 4.000 litros de álcool.

Diz que efetuou um levantamento paralelo, conforme “doc. 60 e 61”, no qual apurou omissão de entrada de 35.227,82 litros de álcool, com valor devido de R\$8.806,95.

Alega que o autuante presumiu irregulares as notas fiscais com quantidade acima de 1.000 litros, não considerando que frequentemente os pequenos postos de combustíveis instalados na região adquirem quantidades de combustíveis de outros postos. Afirma que efetuou um levantamento das saídas de gasolina, totalizando vendas de 542.370 litros pelo bico 1 e 256.698,50 litros de gasolina aditivada, perfazendo um total de 799.068,50 litros, sendo que nestas saídas estão inclusos as quantidades saídas acobertadas por notas fiscais, que o autuante somou às saídas dos encerrantes das bombas de combustíveis, não considerando saídas pelos bicos as vendas por meio de notas fiscais.

Diz que o mesmo procedimento fiscal foi adotado em relação às saídas de álcool, tendo em vista que o autuante somou às saídas pelos bicos de 99.284,20 litros comercializados por meio de notas fiscais, que se considerada esta quantidade como saída pelos encerrantes das bombas de combustíveis, eliminaria a omissão de entrada.

Alega que a presunção de omissão de saída não passa de uma ficção que não se compatibiliza com os princípios da legalidade e da tipicidade de tributação.

Salienta que foi fiscalizada pelo autuante em 20/12/00, culminando na lavratura do Auto de Infração de nº. 298965.0012/03-8, o qual foi julgado nulo, sendo que foi apurada saída de gasolina por fiscal estranho ao feito totalizando 802.731,80 litros, enquanto, considerando as aferições foi apurado saídas de 799.068,50 litros. Destaca que o mesmo ocorreu com as saídas de álcool, que o autuante apurou saída de 100.344,20 litros, enquanto o fiscal estranho ao feito apurou 99.284,20 litros, ou seja, diferença de apenas 1.060 litros. Diz que considerando estas pequenas diferenças, não há do que se falar em omissão de entradas.

Afirma que o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), prevê a atividade vinculada e que é um abuso de poder do Fisco exigir imposto fora das hipóteses de incidências da legislação tributária. Diz que faltam elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, em desacordo com os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, indo de encontro às garantias individuais asseguradas pela Constituição Federal.

Por fim, requer que a autuação seja julgada improcedente, desconstituindo parte do crédito tributário ora exigido.

O autuante presta Informação Fiscal (fls. 275 a 276), discorre sobre os argumentos apresentados na defesa e diz que, embora o autuado não tenha apresentado durante a fiscalização as notas fiscais de entrada, que foram apresentadas cópias autenticadas junto com a defesa em relação ao exercício de 2000, acata como idôneas e faz a inclusão de 45.000 litros de Gasolina, reduzindo a omissão apurada de 94.173,26 litros para 49.173,26 litros e de 5.000 litros de Álcool, o que reduz a omissão apurada de 46.476,41 litros para 41.476,41 litros.

Afirma que não acata às demais alegações, pelos seguintes motivos:

- a) que não faz sentido e não seria racional a alegação defensiva de que as vendas efetuadas para outros Postos de Combustíveis, deram saídas através dos bicos, através dos controles dos encerrantes. Ressalta, que esta operação fere normas expressas da ANP e que as revendas ocorreram nas mesmas datas das aquisições e que não seria lógico o descarrego no tanque e o recarrego para entrega a um suposto concorrente ou empresa ligada. Alega que jamais se viu um caminhão efetuando um carregamento diretamente na bomba, em quantidades de 5.000 a 10.000 litros de combustíveis, como pode ser comprovado nos documentos juntados às fls. 87 a 153;
- b) que não procede a alegação do impugnante de que considerou apenas as notas fiscais com quantidades superiores a mil litros, mas que de fato considerou as notas fiscais de revendas para outro contribuinte cadastrado com revendedor de combustíveis.

Diz que os roteiros de fiscalização executados estão previstos na legislação e não tendo o defendente apresentado outros argumentos que mereçam confiança, não deve ser levado em consideração, exceto quanto às notas fiscais de entradas não computadas no levantamento fiscal.

Esclarece que o Auto de Infração lavrado anteriormente foi julgado parcialmente procedente e a nulidade decretada em relação ao levantamento quantitativo de estoque ocorreu em função de não ter sido exigido o imposto a título de responsabilidade solidária, o que aumenta o valor que foi exigido naquela autuação, tendo inclusive a decisão sido de ofício e não de recurso voluntário.

Ressalta que o levantamento foi feito com base na escrituração do livro Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e que caberia ao autuado provar suas alegações e não apresentar argumentos genéricos com fim de postergar o pagamento do imposto exigido. Requer a procedência da autuação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que faltam elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator. Saliento que o roteiro de auditoria de estoques foi feito com base nos documentos fiscais do estabelecimento autuado e as infrações de que está sendo acusado está fundamentada em demonstrativos elaborados com dados de sua escrituração, com a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação a todos os fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, além de multa por descumprimento de obrigações acessórias.

O autuado, na defesa apresentada, não impugnou a primeira infração, devendo ser mantido o valor total das multas aplicadas.

Quanto à alegação defensiva de que não foram consideradas as quantidades de mercadorias consignadas nas notas fiscais de n.ºs. 14081, 14415, 16860, 17737, 18290 e 6798, foi acatada pelo autuante na sua informação fiscal (fl. 275). Verifico que as cópias dos documentos juntados às fls. 180 a 186, comprovam a aquisição de 45.000 litros de gasolina e 5.000 litros de álcool no exercício de 2000, quantidades estas que deve ser consideradas no levantamento quantitativo de estoques, conforme ajuste procedido no final deste voto.

No que se refere ao argumento de que no levantamento fiscal, o autuante não considerou como saídas pelos encerrantes das bombas, as quantidades de combustíveis revendidos para outros postos de gasolina, observo que na sua maioria, as notas fiscais emitidas contemplam quantidades superiores a cinco mil litros, a exemplo das notas fiscais de n.ºs. 612, (fl. 220) com 5.000 de litros de diesel e 1.000 de gasolina aditivada; n.º 814, (fl. 221) 2.000 litros de gasolina e 5000 de diesel; n.º 749 (fl. 248) com 5.000 litros de gasolina aditivada e 5000 de diesel. Quantidades similares constam nas notas fiscais juntadas pelo autuado com a defesa às fls. 220 a 271.

Embora o autuado tenha afirmado que é comum as vendas de combustíveis de um pequeno posto para outro, na região onde está instalado, entendo que pelo senso comum, não é razoável que o estabelecimento autuado adquira caminhões de combustíveis, faça o descarrego no tanque subterrâneo e volte a recarregá-los através das bombas com quantidades que oscilam entre 5000 a 10000 litros. Concluo, que está correto o procedimento do autuante, ao somar as quantidades consignadas de mercadorias nas notas fiscais de saídas, com as quantidades registradas nos encerrantes das bombas, para apurar as saídas totais do estabelecimento autuado, conforme demonstrativo juntado à fl. 12, relativo ao exercício de 2001, haja vista que estas saídas ocorreram sem que tenham sido registradas pelos encerrantes.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que os produtos, objeto da autuação, são enquadrados no regime de substituição tributária e o imposto foi pago pela distribuidora, constato que o débito exigido é decorrente da aplicação do roteiro de auditoria de estoques com base nos livros e documentos fiscais do estabelecimento autuado. Comprovada entradas de mercadorias não registradas, não há prova de que o imposto normal e antecipado das mercadorias objeto da autuação tenham sido recolhido por parte do vendedor, o que caracteriza a responsabilidade do autuado pelo valor do imposto na condição de responsável solidário.

Por sua vez, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documento fiscal e não tendo o autuado comprovado que o imposto foi pago antecipadamente, concluo que não se está exigindo o imposto outra vez e sim o que deixou de ser pago no ato da aquisição e, restando descaracterizada a alegação de exigência do imposto em duplicidade. Caracterizada, portanto, a exigência do imposto das infrações 2 e 3.

Pelo exposto, tomo como base no demonstrativo sintético elaborado pelo autuante à fl. 14, computando-se a entrada de 54.000 litros de gasolina pelas notas fiscais de nº 14081, 14415, 16860, 17737 e 18290 (fls. 180/185) e 5000 litros de álcool pela nota fiscal de nº 6798 (fl. 186), resta devido o valor de R\$27.572,59 relativo ao item 1 da infração 2 (2000) e R\$6.653,94 do item 1 (2000) da infração 3, ficando mantido os valores relativos ao exercício de 2003, conforme demonstrativo abaixo:

2000		EST. INICIAL	COMPRAS	INCLUSÃO	TOTAL	EST. FINAL	SAIDAS REAIS	COM NF	OM. ENT.
Gasolina	Lt	82174	860.000	45.000	987.174	92.379,66	894.794,34	943.968,50	49.174,16
Alcool	Lt	330,4	70.000	5.000	75.330	13.522,61	61.807,79	103.284,20	41.476,41
Total									

OM. ENT.		PM	.MVA	PR. C/MVA	ALIQ.	OM ENTRADA	ICMS N	ICMS ST
49.174,16		1,4500	20,00%	1,7400	25%	71.302,53	17.825,63	3.565,13
41.476,41		0,9400	31,69%	1,2379	25%	38.987,83	9.746,96	3.088,81
							27.572,59	6.653,94

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Multa Fixa	Valor em Real
31/12/00	09/01/01		39,71	
31/12/01	09/01/02		40,00	
31/12/02	09/01/03		50,00	
31/12/00	09/01/01	162.193,52		27.572,59
31/12/03	09/01/04	12.958,04		2.202,87
31/01/00	09/01/01	39.140,82		6.653,94
31/12/03	09/01/04	4.106,40		698,09
Total			129,71	37.127,49

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298965.0215/05-2** lavrado contra **IRECÊ DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO E PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.127,49** acrescido da multa de 70% sobre R\$29.775,46 e 60% sobre R\$7.352,43 previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$129,71** prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR