

**A. I. N°** - 269141.0042/09-1  
**AUTUADO** - POSTO SÃO PAULO LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS  
**INTERNET** - 21.05.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0112-02/10

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Imputação mantida, reconhecida pelo autuado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** EXERCÍCIO FECHADO. Constatou-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exigindo-se o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Não coube refazer o levantamento com o agrupamento de mercadorias, não foi confirmada a mistura de combustíveis. Infração subsistente. **b)** EXERCÍCIO ABERTO. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. **c).** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2009, refere-se à exigência do ICMS, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50.654,31 de ICMS, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01 – 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. Multa no valor de R\$ 100,00;

Infração 02 - falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2005, 2006 e 2008. Valor do débito: R\$46.526,57, multa de 60%;

Infração 03 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhado de documentação fiscal e conseqüentemente sem a respectiva escrituração da entrada de mercadoria sujeita a si

mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício aberto de 2009. Valor do débito: R\$2.974,19, multa de 70%;

Infração 04 - falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício aberto de 2009. Valor do débito: R\$1.053,55, multa de 60%;

O autuado, às fls. 72 a 73 dos autos, apresente a impugnação, assegurando que acolhe as exigências das infrações 01, 03, 04 e parte da infração 02, as quais foram parceladas.

Quanto à infração 02, alega que a diferença apurada se deve a pequena capacidade de seus tanques, tendo em vista, muitas vezes, descarregar o óleo diesel comum nos tanque de óleo diesel ativado.

Afirmam que para comprovar a sua versão anexa aos autos relação de todas as notas fiscais que tiveram este procedimento, bem como cópia dos livros de movimentação de combustível (LMC), apresentando tabela explicativa.

Procura demonstrar que, com base no inciso II do art. 3º da Portaria 445/98, se o levantamento fosse realizando com base nos dois tipos de óleos a diferença seria de omissão de saída no total de 29.999,47 litros.

Face ao exposto, considerando, inclusive, que os produtos foram adquiridos através do regime de substituição tributária, requer a revisão do auto, bem como o seu arquivamento.

O autuante, na informação fiscal, à fl. 181, reproduz os argumentos da defesa para contestá-los argüindo que no aludido dispositivo da portaria 445/98 está claro que só deve ser feito o agrupamento “nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas”, o que não ocorreu, tanto que nos documentos fiscais de entrada e saída como nos livros de registro de inventário a especificação do óleo diesel (comum ou aditivado) está bem clara, bem como do álcool e gasolina comum e aditivada.

Conclui, assim, pela manutenção da exigência fiscal.

#### **VOTO**

O lançamento de ofício, ora impugnado, registra 04 infrações, conforme já relatadas, competindo a infração 01 a multa por descumprimento de obrigação acessória e as infrações 02 a 04, a exigência de obrigação principal, apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Cabe, inicialmente, a análise do pedido de revisão consignado pelo autuado, que ora fica indeferido, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, visto que a mistura dos combustíveis, alegada pelo autuado, não encontra elemento que indique sua efetiva ocorrência, especialmente em razão dos documentos fiscais de saídas indicarem distintamente as duas espécies de mercadorias (óleo comum e aditivado). Não há, também, razão especial para deferimento de tal pedido pelo fato das mercadorias serem adquiridas através do regime de substituição tributária, uma vez que foram apuradas omissões de entradas, cabendo, assim, o imposto devido através do aludido regime, na forma do art. 10 da Portaria 445/98.

O exame da peça defensiva indica que o autuado reconhece, liminarmente, a pertinência das infrações 01, 03, 04 e parte da 02. Assim, uma vez que não há razões obstativas a exigência das infrações reconhecidas, bem como estão em conformidade com os dispositivos legais e regulamentares indicados nos autos, considero subsistentes, cabendo a análises das razões pelas quais se insurge o autuado quanto à infração 02.

A arguição do autuado, para a infração 02, quanto ao mérito, se restringe à alegação da existência de pequena capacidade de seus tanques, levando-o, muitas vezes, a descarregar o óleo diesel comum nos tanque de óleo diesel ativado, entendendo que se o levantamento for efetuando com a junção dos dois produtos não haverá o que reclamar.

Verifico, como já alinhado, que a análise das notas fiscais relacionadas no levantamento pelo autuante, de entrada e saídas não permitem a conclusão de tal procedimento, bem como cópia dos livros de movimentação de combustível (LMC), pois neles não há indicação de que houve mistura dos combustíveis, visto que os documentos fiscais relacionados pelo autuante registram tanto as entradas como as saídas especificando os produtos em conformidade com suas distintas espécies. O autuado não demonstra que as notas fiscais de entrada e saída, especificadas no levantamento, não identificam as mercadorias pelas espécies, ou seja, óleo diesel e comum.

Resta, em consonância com o autuante, assegurar que, no caso de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, está claro no art. 3º, III da Portaria 445/98, que só deve ser feito o agrupamento: “nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências”.

Constato que não há falta de especificação exata das mercadorias, não foram identificadas por mais de uma determinação ou mesmo constam muitos subgrupos ou diversas referências, tanto que nos documentos fiscais de entrada e saída como nos livros de registro de inventário a especificação do óleo diesel (comum ou aditivado), bem como do álcool e gasolina comum e aditivada, não atendendo as condições previstas no dispositivo do aludido ato normativo para o requerido agrupamento.

“Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

( )

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.”

O exame das razões que pretendem elidir a exigência, constante da infração 02, por conseguinte, não foram acolhidas. Fica mantida, assim, a infração 02 em sua integralidade.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269141.0042/09-1**, lavrado contra **POSTO SÃO PAULO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.554,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.580,12 e de 70% sobre R\$2.974,19, previstas no art. 42 incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$100,00**, prevista no art. 42, incisos XXII do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE

ANTONIO CESAR DAN

Created with