

A. I. N° - 298938.1202/09-7
AUTUADO - AUTO POSTO CARIACA LTDA.
AUTUANTE - WELLINGTON MATOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 30.06.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0175-04/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Excluído da exigência o montante cujo registro fora comprovado pelo autuado. Infração elidida parcialmente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Excluído do lançamento os valores indevidamente exigidos. Infração parcialmente subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 3.1. EXERCÍCIO FECHADO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, **a)** deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal (Infração 03); **b)** além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. (Infração 04). Infrações subsistentes. 3.2. EXERCÍCIO ABERTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, **a)** deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal (Infração 05), **b)** além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. (Infração 06). Infrações não contestadas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem venda de mercadorias ou prestação de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento, acorde alteração da legislação, do inciso XIII-A, da Lei nº 10.847/07, resulta na aplicação

operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/2009, lança o valor de R\$10.609,13, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2007 e março de 2009. Sendo lançado o valor de R\$1.618,96, acrescido da multa de 60%.
2. deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.178,19, equivalente a 1% do valor das entradas não registradas;
3. falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - 2007 e 2008, sendo lançado o ICMS no valor de R\$2.289,90, acrescido da multa de 70%;
4. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado – 2007 e 2008, sendo lançado o ICMS no valor de R\$1.673,69, acrescido da multa de 60%;
5. falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto – 08/10/2009, sendo lançado o ICMS no valor de R\$ 293,65, acrescido da multa de 70%;
6. falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto – 08/10/2009, sendo lançado o ICMS no valor de R\$230,81, acrescido de multa de 60%;
7. emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, em outubro de 2009, sujeitando à multa no valor de R\$323,93, equivalente a 2% sobre o valor das notas fiscais série D-1 emitidas, conforme demonstrativos.

O autuado apresenta defesa às fls. 713 a 715, dizendo que em relação à infração 01 o valor cobrado de R\$ 240,00 não procede, porque o mesmo foi pago, conforme pagina nº 05 do livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna débito do imposto, fls. 716 e 717.

No que diz respeito à infração 02, diz que valor cobrado de R\$1.701.
não está de acordo com o valor devido, porque os documentos estão

de Entradas nº 12 fls., 03, 7, 8, 9, 10, Notas Fiscais nºs 5116, 1188, 478, 881.096, 499, 38286, mais as notas fiscais nºs 01, 1933, 1938, 1946, 1948, 1954, 1961, afirmando que são notas fiscais de saídas da empresa, conforme se pode ver na fl. 34 do Auto e as mesmas se encontram registradas no livro Registro de Saídas. Diz que a Nota Fiscal nº 495, pertence à empresa Nacional Gás Ltda. também se trata de remessa como a nota fiscal nº 55270 da Empresa Minas GÁS, que também é uma nota fiscal de remessa de vasilhame CFOP 5.920 e Nota Fiscal nº 56320 de 20/08/2004 no valor de R\$ 25.060,00 que não está anexa ao processo. Frisa que as notas fiscais registradas mais as notas fiscais de saídas da empresa com as notas de remessa e nota não encontrada perfazem um total de R\$ 124.253,14 ficando no seu entendimento a base de cálculo reduzida para R\$ 45.851,30 gerando um débito de R\$ 458,51. Acrescenta que o valor cobrado de R\$ 603,62, data da ocorrência: 31/12/2005, não procede porque as notas fiscais nºs 48, 13620, 13694, 10524, 14362 e 78220, foram registradas no livro Registro de Entradas nº 13, páginas 02, 03 e 06 e a soma das mesmas perfaz um total de R\$ 38.901,55, do qual descontado do valor reclamado R\$ 60.362,34 gera uma base de cálculo de R\$ 21.460,79 e ICMS no valor de 214,60.

Salienta que o montante cobrado de R\$ 336,01, data da ocorrência 31/12/2006 também não está incorreto, porque a Notas Fiscais nºs 320623, 814, 406052, e a nota fiscal nº 2263 que é uma nota fiscal de saída da empresa, juntamente com as outras acima citadas, formam um total de R\$ 39.901,60 o qual descontado do valor cobrado R\$ 33.601,40 tem a base de cálculo de R\$ 5.468,98 e ICMS no valor de R\$ 54,69. Aduz que as notas acima mencionadas encontram-se devidamente registradas no livro Registro de Entradas nº 14, às fls. 5, 6 e 9.

Esclarece que o valor reclamado de R\$ 494,68 data da ocorrência 31/12/2007, também não procede, porque as Notas Fiscais nºs 490.842/563.003/42084/42977, perfazem um total de R\$ 29.968,79 o qual deduzido da base de cálculo do valor cobrado de R\$ 494,68 gera uma base de cálculo de R\$ 19.499,44 e ICMS no valor R\$ 194,99, e que as notas fiscais acima mencionadas estão registradas no livro Registro de Entradas nº 15 fls. 2/6/16/18.

Afirma ainda que o valor reclamado de R\$ 1.039,56, data da ocorrência: 31/12/2008, também não esta correto porque as notas fiscais nºs 731518/3716 e as Notas Fiscais nºs 2509 e 2805 são notas de saídas da empresa e não notas de entradas, as quais perfazem um total de R\$ 26.391,72 que descontado da base de cálculo reclamada de R\$ 103.956,15, forma a base de cálculo de R\$ 77.564,43 e ICMS no valor de R\$ 775,64. Diz que as notas fiscais se encontram registradas nos Livros 16 e 17 às fls. 2 de ambos.

Finaliza dizendo que o valor total reclamado na infração no valor de R\$ 4.178,19, passa a ser de “R\$ 4.933,21”, valor correto, pelas provas ora apresentadas.

Sobre a infração 03, diz que o valor reclamado de R\$ 1.538,72, é na verdade R\$ 896,61, em virtude do lapso cometido pelo autuante, no seu demonstrativo de saídas de combustíveis LMC, à fl. 229. Informa que referente à gasolina o mesmo juntou a saída de 1.148 litros referentes a aferições. Argumenta que aferição não é venda, porque o produto retorna ao tanque para venda, procedendo a quantidade de litros reclamada no demonstrativo do estoque fechado em 31/12/2007, no total de 2.751 litros, passa a ser de 1.603 litros, cuja base de cálculo do ICMS diz que é de R\$ 3.320,77 gerando um débito real de R\$ 896,61 e não R\$ 1.538,72 como pretendia o autuante.

Enfatiza que o valor reclamado de R\$ 751,18 não existe, porque no exercício provou através do demonstrativo de saídas de combustíveis LMC, à fl. 356, referente ao produto gasolina, o mesmo juntou a quantidade de 4.943, referente às aferições como saídas de gasolina, reafirmando que a aferição não é venda e procedendo deste modo a quantidade de litros referente à omissão de saídas no seu entender passa a ser nula.

Quanto à infração 04, o valor reclamado de R\$ 1.083,26, é na verdade R\$ 631,21, em virtude do lapso cometido pelo autuante no seu demonstrativo de saídas de combustíveis LMC à fl. 229. Referente à gasolina informa que o mesmo juntou a saída 1.148

Reitera que aferição não é venda, porque o produto retorna ao ta

deste modo a quantidade de litros reclamada no demonstrativo do estoque fechado em 31/12/2007, no total de 2.751 litros, passa a ser de 1603 litros, cuja base de cálculo do ICMS é de R\$ 2.337,82 gerando um débito real de R\$ 631,21 e não R\$ 1.1083,26 como pretendia o autuante.

Salienta que o valor reclamado de R\$ 590,43 não existe porque no exercício provou através do demonstrativo de saídas de combustíveis LMC, à fl. 356, referente ao produto gasolina, o mesmo juntou a quantidade de 4.943 litros referente às aferições como saídas de gasolina, aduz que assim a quantidade de litros referente à omissão de saídas passa a ser nula.

Conclui pedindo que o valor do Auto de Infração seja reduzido.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 720 a 725, na qual depois de transcrever as infrações e discorrer acerca das alegações defensivas, disse que acata a alegação da infração 01, porque após análise do livro de Apuração do ICMS, apurou o valor debitado.

Quanto à infração 02, esclarece: 1. a) excluídas do demonstrativo da base de cálculo do ano de 2004 as Notas Fiscais n^{os} 5116, 1188, 478, 881096, 499 e 38286, após constatação dos seus registros no livro Registro de Entradas; b) mantidas as Notas Fiscais n^{os} 1, 1933, 1938, 1946, 1948, 1954 e 1961, porque consta o autuado como sendo o destinatário da operação, embora seja, também, a própria emitente do documento fiscal. Aduz que o autuado cometeu a infração quando deixou de registrar no livro próprio uma operação onde ele figura na qualidade de destinatário. Transcreve o art. 322, inciso e 323, inciso I do RICMS/97, que falam sobre a obrigação dos registros dos documentos nos livros fiscais; c) excluída a Nota Fiscal n^o 495 do referido demonstrativo visto que a destinatária das mercadorias não é a autuada e sim a empresa Nacional Gás Butano Cia Ltda, à fl. 56; d) mantida a Nota Fiscal n^o 55270, pelos mesmos motivos mencionados acima no subitem "b", diz que o autuado deve escriturar as entradas a qualquer título; e) mantida a Nota Fiscal n^o 56320, igualmente, pelos motivos já citados no subitem "b", porque, trata-se de uma "operação de retorno de vasilhames", que muito embora não tenha repercussão econômica, o autuado deveria ter registrado no livro próprio. Frisa que por outro lado e de acordo com a autuada, é bem verdade que a referida nota fiscal não se faz presente no processo, todavia, segue anexa às fls. 733, o "espelho" da mesma, enviada via e-mail (fl. 732) pela empresa emitente, como prova de que a operação fora realizada e teve a autuada como destinatária. O que ocorre, é que - conforme informação, via telefone, da funcionária do setor Contábil da empresa, a mencionada nota não foi localizada até o momento, e por isso que não fora enviada juntamente com as demais, quando da primeira intimação (fls. 684 e 685), mas as que as buscas continuarão, e assim que for encontrada, nos será enviada.

Diz que acata a alegação do autuado após verificação dos registros das respectivas notas fiscais no livro Registro de Entradas, e mantém as demais notas fiscais porque consta o autuado como sendo o destinatário da operação, embora seja, também, a própria emitente dos documentos fiscais.

Informa que após os aludidos ajustes retifica o valor da Base de Cálculo da infração 02 para R\$ 269.291,37, resultando numa penalidade de R\$ 2.692,91. Conforme novos demonstrativos anexos às fls. 727 a 731.

Ao discorrer sobre a infração 03, assevera que o autuado é quem se equivoca ao deduzir que houve erro na apuração das saídas de combustíveis pelo fato de serem somadas as "aferições" às saídas. Garante que as aferições em momento algum foram consideradas como vendas, conforme afirma o autuado.

Esclarece que tem conhecimento de que as "aferições" retornam ao tanque, por isso foram consideradas e deduzidas das saídas e não consideradas como tal. Frisa que no demonstrativo das saídas de gasolina no ano de 2007, à fl. 229, no tocante ao mês de janeiro, quando diminuiu o valor do "fechamento" 1.740.004 do valor da "abertura" 1.684.287, encontrou uma saída no valor de 55.717 litros. Isto porque não teve "aferição". No mês de fevereiro (fechamento menos abertura), encontrou uma saída de 46.794 litros, somaram 60 litros (o que significa dizer que houve retirada e ret

quantidade do produto), diminui-se essa quantidade da saída encontrada inicialmente (46.794 l.) e chega-se a saída real de 46.734 litros. Aduz que no mencionado demonstrativo de aferições, quando tiveram, foram deduzidas das saídas nos seus respectivos meses, resultando numa saída total para aquele ano, de 592.658 litros. Pontua que não tem porque imaginar que as aferições totais de 1.148 litros encontram-se adicionadas ao resultado final dos 592.658 litros. Cita que as aferições correspondem aos meses de janeiro a dezembro do respectivo ano, donde já estão devidamente deduzidas.

Informa que o mesmo exemplo acima serve para o ano de 2008, demonstrativo às fls. 356, quando a autuada afirma equivocadamente que tais aferições (4.943 litros) foram consideradas como saída.

Mantém o valor cobrado nesta infração, afirmando que ficou comprovado que as aferições jamais foram somadas às saídas ou consideradas como vendas do produto.

Quanto à infração 04, assevera que assim como na infração anterior (03), o autuado pede a redução da infração no exercício de 2007 e a anulação da infração no exercício de 2008, com a mesma argumentação equivocada de que as aferições foram adicionadas às saídas, consoante já demonstrado acima (infração 03), mantém integralmente, também, o valor cobrado nesta infração.

Consta à fl. 734 dos autos que o autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal, dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse. Não há manifestação do autuado.

Foram acostados às fls. 738 a 740, demonstrativos de pagamento sob parcelamento de parte do valor do crédito tributário lançado.

VOTO

O lançamento do crédito tributário traz a imputação de sete infrações, sendo que na defesa apresentada o sujeito passivo insurgiu-se contra as infrações 01, 02, 03 e 04 e não se manifestou em relação às infrações 05, 06 e 07, que as considero desde já subsistentes, por não haver qualquer discordância acerca de tais infrações.

A infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento do contribuinte. Observo que do crédito reclamado o contribuinte contestou o valor de R\$240,00, sendo que na informação fiscal o autuante esclareceu que após análise do livro de Apuração do ICMS, constatou a importância correspondente debitada no mencionado livro. Portanto concordo com o autuante que na revisão dos seus trabalhos elaborou novo demonstrativo excluindo tal valor, mantendo nesta infração o montante remanescente de R\$1.378,96, não comprovado pelo sujeito passivo.

Com relação à infração 02, quando da informação fiscal, o autuante acolhendo parte das alegações defensivas, realizou revisão dos seus trabalhos, e excluiu do seu levantamento original, as quantias lançadas referentes às Notas Fiscais n^{os} 5116, 1188, 478, 881.096, 499, 38286, 48, 13620, 13694, 10524, 14362, 78220, 320623, 814, 406052, 490842, 563003, 42084, 42977, 731518 e 3717, por ter constatado na revisão os seus registros no livro Registro de Entradas. Excluiu também a Nota Fiscal n^o 495 porque tinha como destinatário outro contribuinte, Nacional Gás Ltda., no que concordo. Quanto às Notas Fiscais n^{os} 01, 1933, 1938, 1946, 1948, 1954, 1961, data ocorrência 31/12/2004; n^o 2263, data ocorrência 31/12/2006 e Notas Fiscais n^{os} 2509 e 2805, de 31/12/2008, na defesa o autuado alegou que se trata de notas fiscais de saídas emitidas por ele e devidamente registradas no livro Registro de Saídas. O autuante não contestou tal fato, afirmando que os mencionados documentos fiscais eram destinados ao próprio contribuinte e deviam ser registrados. O autuante relacionou as notas fiscais no demonstrativo à fl. 34, inscrição estadual do estabelecimento do autuado, mas não foi provado que se destinavam ao próprio contribuinte. Por isso considero que devem ser excluídas do demonstrativo revisional, por se tratar de emitidos pelo contribuinte e não se referem a entradas de me

estabelecimento do sujeito passivo. Do mesmo modo excluo o montante exigido atinente à Nota Fiscal nº 6320, data de ocorrência 31/12/2004, visto que tal documento fiscal não se encontra acostado aos autos.

Diante do exposto, com as exclusões dos documentos fiscais mencionados acima acolhidos pelo autuante, em que concordo, bem como, após a exclusão dos documentos fiscais relativos às notas fiscais de saídas emitidas pelo sujeito passivo e a de nº 56320, não juntada aos autos, a infração 02 ficará reduzida de R\$4.178,19 para R\$ 1.884,10, ficando assim formatada:

Infração 02				
Data Ocorr.	Data Vencim.	Base de Cálculo	Aliq. %	VI.Histórico
31/12/2004	9/1/2005	64.089,00	1,00	640,89
31/12/2005	9/1/2006	21.460,00	1,00	214,60
31/12/2006	9/1/2007	5.469,00	1,00	54,69
31/12/2007	9/1/2008	19.499,00	1,00	194,99
31/12/2008	9/1/2009	77.565,00	1,00	775,65
31/8/2009	9/9/2009	328,60	1,00	3,28
Total				1.884,10

Quanto às infrações 03 e 04, o contribuinte alegou que o autuante considerou as aferições da mercadoria, gasolina, como se fossem vendas efetuadas. Entretanto, ao contrário do que alegou o sujeito passivo, examinando o levantamento realizado pelo autuante, verifico que no “demonstrativo das saídas de combustíveis/LMC,” à fl. 229, as quantidades resultantes de aferições consignadas no livro de movimentação de combustível - LMC foram excluídas das saídas apuradas pelo autuante, a exemplo do registro procedido no mês de março de 2007, onde do fechamento de 1.836.608 litros de gasolina, deduzida a quantidade de abertura de 1.786.798, considerando a aferição de 120 litros, o autuante registrou corretamente a saída de 49.690 litros do mencionado combustível ($1.836.608 - 1.786.798 = 49.810 - 120 = 49.690$ litros). Constatado tal procedimento em todo o levantamento realizado. Portanto fica mantido o lançamento do crédito tributário relativo às infrações 03 e 04, consubstanciado no Auto de Infração.

O contribuinte foi intimado para tomar ciência da informação fiscal, dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse. Não há manifestação do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor pago.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298938.1202/09-7**, lavrado contra **AUTO POSTO CARIACA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.867,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.283,46 e de 70% sobre R\$2.583,55, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “d”, “f” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$2.208,03**, previstas nos incisos XIII-A, alínea “h” e XI dos citados artigo e Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

PAULO DA