

A. I. Nº - 022073.2121/10-5
AUTUADO - RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09. 09. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias cujas entradas não foram escrituradas. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Autuado apresenta elementos de prova que elidem parcialmente as infrações. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações parcialmente subsistentes. c) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. 3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. DEVOLUÇÕES DE COMBUSTÍVEIS DURANTE OS ANOS FISCALIZADOS, SEM APRESENTAR O REAL MOTIVO DA DEVOLUÇÃO. Não ficou caracterizado o embargo, por ausência dos requisitos estabelecidos na legislação quanto ao impedimento à ação fiscal. Infração insubsistente. Indeferido o pedido de realização de perícia. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2010, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$ 5.938,71, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de março de 2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 361,50, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial da mercadoria;
2. Falta de recolhimento de ICMS, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.853,18, acrescido da multa de 70%. Consta que efetuado levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2009, constatou-se que as Omissões de Entradas foram maiores que as Omissões de Saídas, sendo essas omissões: omissão de entradas de gasolina aditivada de 5.157 litros; omissão de entradas de diesel de 321 litros; omissão de entradas de álcool de 1.769 litros. Consta, ainda, que foi apurada omissão de saídas de gasolina comum de 1.352 litros;
3. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.159,03, acrescido da multa de 60%;
4. 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, nos exercícios de 2005, 2007 e 2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 150,00. Consta que foi efetuado levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005, 2007 e 2008, sendo apurado que as Omissões de Saídas foram maiores que as Omissões de Entradas, nos respectivos exercícios.
5. Embaraçou a ação fiscal, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00. Consta que: “AO EFETUAR VÁRIAS DEVOLUÇÕES DE COMBUSTÍVEIS DURANTE OS ANOS FISCALIZADOS, SEM APRESENTAR O REAL MOTIVO DA DEVOLUÇÃO, CRIOU EMBARAÇO A FISCALIZAÇÃO.”

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 105 a 120), afirmando que o Auto de Infração encontra-se nulo de pleno direito, como será adiante demonstrado, eis que não se fazem presentes, os pressupostos válidos para a constituição do crédito tributário.

Aduz que inserido no rol das empresas que desfrutam de tradição no setor em que atua, sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações fiscais perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias concernentes ao ICMS.

Alega que foi surpreendido quando da fiscalização ocorrida em seu estabelecimento, a qual resultou na lavratura da equivocada peça punitiva ora impugnada.

Frisa que é patente o fato de que em nenhum momento, quando da lavratura do Auto de Infração o autuante perquiriu a busca da verdade material, colhendo os verdadeiros dados de sua escrita contábil, devendo a metodologia utilizada no levantamento fiscal ser imediatamente afastada em face do assentamento jurisprudencial, que nega todo e qualquer tipo de arbitramento oblíquo.

Consigna que as fiscalizações realizadas pelo Fisco Estadual devem buscar a função orientadora, educacional e corretiva, apontando, direta e objetivamente, as falhas e indicando as correções necessárias para o bom e fiel enquadramento e cumprimento da legislação estadual, sem olvidar-se

da autuação fundamentada. Invoca, nesse sentido, o art. 147 da Constituição Federal, cujo texto reproduz.

Afirma que diante do caso concreto tratado no Auto de Infração, deveria o autuante quando deu início a ação fiscal no seu estabelecimento, efetuar uma diligência fiscal a fim de apurar realmente a verdade material dos fatos e a efetiva infração à legislação tributária.

Diz que resta claro, inclusive nas razões de defesa que a seguir irá expor, que o autuante se restringiu a efetuar um insubsistente levantamento quantitativo de estoque, desconsiderando injustificadamente os valores reais escriturados, bem como as provas documentais como notas fiscais que confirmam que em momento algum foi sonegado tributo estadual.

Observa que para descaracterizar uma contabilidade é necessário, primordialmente, respeitar, sob pena de nulidade, todos os princípios de contabilidade.

Assevera que a fiscalização foi realizada de forma irregular por não obedecer, ainda, aos ditames legais pertinentes a esta espécie e que essa inobservância levou o autuante a conclusões equivocadas, desprovidas de maiores cuidados com os elementos jurídicos correlatos e inafastáveis.

Diz que independentemente da apreciação do mérito, o Auto de Infração torna-se nulo, por conter uma série de falhas técnicas e metodológicas, bem como por ser decorrente de violação às normas jurídicas cogentes e direitos adquiridos do contribuinte, consagrados pela Constituição Federal.

Sustenta que verdadeiramente o presente lançamento encontra-se eivado de vícios e consequentes nulidades, inexistindo dúvida que a ausência de uma descrição perfeita dos fatos ocasionadores do suposto ilícito tributário, perfeitamente vinculados a uma planilha capaz de demonstrar as apurações a acréscimos realizados, constituiu um grave e flagrante cerceamento de defesa, capaz de tornar imprestável para os fins que se destina o levantamento fiscal.

Evoca o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, para dizer que este prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Frisa que quando anuncia que a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa será feita com “os meios e recursos a ela inerentes”, não se pode ignorar que a autuação dentro dos ditames legais previstos é instrumento de exercício dessa garantia constitucional, gerando o seu desatendimento a nulidade do Auto de Infração, conforme prevê o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, cuja redação transcreve. Acrescenta que todos os requisitos de formalização do processo administrativo não foram fixadas em lei sem propósito, sendo fruto da intenção do legislador de conferir aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, obedecer os preceitos constitucionais.

Salienta que o CONSEF, em inúmeras oportunidades, tanto através de suas Juntas de Julgamento como nas decisões de suas Câmaras de Julgamento, inclusive da Câmara Superior, tem dado mostras de ser um órgão preocupado com a legalidade, não cedendo às pressões internas, externas ou ao corporativismo. Acrescenta que é alentador saber que, sem necessidade de recorrer diretamente ao Judiciário, mesmo no plano administrativo existem pessoas que agora enxergam e escutam não apenas de um lado, de viés, sabendo ponderar, de acordo com a lei, os interesses legítimos do Estado, e, igualmente, os interesses legítimos dos administrados. Menciona, como exemplo, as decisões proferidas nas Resoluções nºs 979/91, 2247/91, Acórdão JJF 198/00, que anularam o procedimento fiscal em virtude de lançamentos efetuados, como no presente caso, sem observância de preceito legal expreso.

Ressalta que o Auto de Infração encontra-se desprovido de demonstrativo que comprove claramente a apuração do crédito tributário, demandando deduções que agredem a segurança jurídica.

Conclui requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, por vício insanável que lhe macula a validade, haja vista o não atendimento das formalidades legais.

Rechaça o mérito da autuação, salientando que a defesa se restringirá a dois argumentos sobre os quais não irão pairar dúvidas acerca do equívoco cometido na autuação.

Destaca, inicialmente, que será demonstrado que o autuante cometeu lamentável equívoco no levantamento referente à infração 02, desconSIDERANDO nota fiscal idônea e devidamente registrada como entrada no LMC, pelo fato do mencionado documento fiscal constar com a mesma numeração de outro documento fiscal, no caso, a Nota Fiscal nº 19958, emitida por Total Distribuidor S.A, em 12/01/09, na quantidade de 5.000 litros, e a Nota Fiscal nº 19958, emitida por Larco Com de Petróleo, em 11/12/09, na quantidade de 5.000 litros, sendo que sequer percebeu que são notas de fornecedores diferentes conforme comprova com as notas fiscais que anexa aos autos.

No que concerne às infrações 04 e 05, frisa que há necessidade de um breve relato acerca da matéria, pois, conforme se pode observar, a descrição do fato foi feita de forma omissa e imprópria, não atendendo ao preceito do art. 39, III, do RPAF, segundo o qual a descrição da infração, embora sucinta, deve ser feita de forma clara e precisa.

Realça que pela descrição do fato, consta que o débito é referente a saídas de mercadorias “isentas e/ou não tributáveis”, o qual foi encontrado ante a desconSIDERAÇÃO do coeficiente de perdas, consoante será mais adiante debatido.

Aduz que, na verdade, o que o Auto de Infração quer dizer, porém não disse, é que a empresa deu saídas de gasolina sem os devidos registros, tendo o autuante cobrado o imposto porque se trata de saídas de mercadoria em relação à qual já está encerrada a fase de tributação, de acordo com o art. 356 do RICMS. Acrescenta que muito embora não cobrasse o imposto, nem pudesse cobrar, o autuante aplicou uma multa, contudo, esta multa pode ser simplesmente cancelada, por decorrência lógica, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve, tendo em vista que não houve falta de pagamento de imposto, e não houve simulação ou má-fé, razão pela qual é o que requer.

Quanto à infração 03, sustenta que equívocos crassos foram cometidos no levantamento levado a efeito pelo autuante, pois, para se chegar a quantidade de combustível que efetivamente fora consumida no exercício de 2009, este utilizou números imaginários, que realmente inexistem em qualquer registro dos seus Livros de Movimentação de Combustível (LMC), sendo, portanto, fictícios e divergentes dos documentos que demonstram, até prova em contrário, a quantidade real a ser considerada no cálculo, o que deveria ter sido feito em respeito ao princípio da verdade material. Ressalta que tais falhas levaram à falsa conclusão de que teria havido entrada de mercadorias sem suas respectivas escriturações.

Frisa que se o Fisco não tem a capacidade de chegar a um cálculo preciso para efetivamente chegar à conclusão de que houve, ou não, omissão de entradas, não há como manter tal infração, em decorrência de imprecisão e falta de coerência na sua determinação.

Invoca o art. 18 do RPAF/99, para dizer quanto a insegurança da imputação da infração, que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Cita e transcreve, nesse sentido, os Acórdãos CJF Nºs 2572, 2653/00 e 0229/01.

Sustenta que é patente, portanto, com as provas anexadas, que não houve omissão de entradas e, conseqüentemente, falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, assim como de seu valor adicionado.

Diz que a toda evidência, resta equivocada o levantamento fiscal, salientando, ainda, tratar-se o presente lançamento de ato administrativo capaz de materializar título executivo extrajudicial.

Frisa que em razão do valor registrado a título de suposto débito fiscal, no caso, R\$ 5.938,71, esta autuação pode ensejar uma grande repercussão na esfera econômica da empresa.

Realça que em face de todo o embaraço que, porventura, pode ter lhe causado, e para o fim de se evitar um possível ajuizamento de Ação Executória tenebrosa, em razão da farta argumentação

expendida, é que requer expressamente que seja realizada uma revisão fiscal, a fim de que seja depurado do suposto débito os valores indevidamente exigidos, com a realização da devida prova pericial.

Conclui sua peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, sua improcedência. Requer, ainda, caso não seja este o entendimento, que seja realizada revisão fiscal, no intuito de depurar do suposto débito os valores indevidamente exigidos, ou, em sendo necessária, a produção de prova pericial. Requer, também, a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 233 a 235), na qual contesta o argumento defensivo de cerceamento do direito de defesa, afirmando que está sobremaneira demonstrado à fl. 08 do índice deste processo, nos itens 02, 03, 06, 07 e 08, os demonstrativos dos débitos das infrações e de estoques, auditorias de estoques, perdas, ganhos, registro de entradas e devoluções de notas fiscais, respectivamente, às fls. 04/05, 06/07, 10 a 21, 22 a 86 e 87 a 100.

Frisa que o autuado não impugnou as infrações 01, 04 e 05.

No que concerne à infração 02, registra que a Nota Fiscal nº 19958, de 11/12/2009, referente à quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, consta à fl. 26 do levantamento quantitativo de estoques. Alega que a outra Nota Fiscal nº 19958, de 12/01/2009, somente foi apresentada agora pelo autuado. Diz que caso o CONSEF acate a mencionada nota fiscal, o novo demonstrativo terá a seguinte conformação:

Omissão de Entradas de gasolina aditivada. + 157 litros a R\$ 2,20 = R\$ 345,40 X 27% (alíquota) = R\$ 93,25. (ICMS responsabilidade solidária);

157 litros a R\$ 2,20 = R\$ 345,40 X 29,66 % (MVA) = R\$ 102,44 X 27% (alíquota) = R\$ 27,65 (ICMS antecipação 2009)..

Salienta que os demais cálculos não foram alterados, não tendo sido objeto de impugnação.

No que diz respeito à alegação do impugnante de existência de erros crassos em função das quantidades de combustíveis consumidos em 2009, afirma que a quantidade consumida é a que consta dos bicos no período de 01/01/2009 a 31/12/2009, conforme demonstra abaixo:

- GASOLINA COMUM 925.965 + 13.454 DE PERDAS = 939.419 LITROS;
- ÁLCOOL = 2.362.775 LITROS + 13.221 LITROS DE PERDAS = 2.375.996 LITROS;
- GASOLINA ADITIVADA = 675.364 + 8.566 LITROS DE PERDAS = 683.930 LITROS;
- DIESEL = 122.905 LITROS + 4.862 LITROS DE PERDAS = 127.767 LITROS .

Ressalta que os demonstrativos de entradas e saídas se encontram acostados às fls. 10 a 13 dos autos.

Finaliza mantendo a autuação.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do presente processo em diligência à INFRAZ/VAREJO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências: a) intimasse o autuado para identificar os “erros crassos” que alegara existirem no levantamento levado a efeito pelo autuante, inclusive, elaborando demonstrativo contendo o quantitativo e valores que entende como corretos, anexando cópia dos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), referente ao período alcançado pela autuação; b) após o atendimento da solicitação acima pelo autuado - se fosse o caso -, deveria o diligente revisar o levantamento referente às infrações 02 e 03, confrontando os elementos acostados na autuação com os apresentados pelo impugnante na forma do item 1, elaborando novos demonstrativos; c) em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência, inclusive, se fosse o caso, dos demonstrativos elaborados pelo diligente. Na

oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado.

O autuante se pronunciou à fl. 243, consignando que a Nota Fiscal nº 19958, de 11/12/2009, referente à quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, e a Nota Fiscal nº 19958, de 12/01/2009, referente à quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, “consta do livro Registro de Entradas”. Acrescenta que a Nota Fiscal nº 19958, de 11/12/2009, referente à quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, consta do demonstrativo de estoques – Levantamento Quantitativo de Entradas do exercício de 2009 -, razão pela qual a omissão de entradas de gasolina aditivada que originalmente foi apurada como sendo de 5.157 litros passa para 157 litros.

Acrescentou que no demonstrativo de estoques de gasolina comum, o estoque final em 31/12/2009, é de 14.601 litros e não de 19.077 litros, resultando na apuração de omissão de saídas de 5.827 litros de gasolina comum, depois de computadas as aferições, as perdas e os ganhos.

Salientou que tendo as omissões de saídas suplantadas as omissões de entradas no exercício de 2009, cabe a aplicação da multa no valor de R\$ 50,00.

Intimado para conhecimento da diligência e da informação fiscal,(fls. 252/253), o autuado não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante.

Saliento que o lançamento em lide, em momento algum impossibilitou o sujeito passivo de exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório, estando todas as infrações descritas com bastante clareza e apoiadas nos documentos fornecidos pelo autuado, bem como providas de demonstrativos e levantamentos quantitativos com base nos valores escriturados pelo estabelecimento, sendo que o roteiro de fiscalização de Auditoria de Estoques está em perfeita sintonia com os princípios contábeis.

Portanto, inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, por não ter ocorrida qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, motivo pelo qual não acolho a nulidade arguida.

No que concerne à perícia requerida, certamente é desnecessária a sua realização, haja vista que a prova dos fatos não depende de conhecimento técnico especializado - condição indispensável para realização de perícia-, sendo as matérias de que cuida o Auto de Infração em exame, de pleno conhecimento técnico por parte dos Julgadores desta Junta de Julgamento Fiscal. Ademais, os elementos existentes no processo que confirmaram as alegações defensivas de existência de inconsistência no levantamento, foram acatados pelo próprio autuante quando da informação fiscal e pronunciamento posterior. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no art. 147, II, “b” do RPAF/99.

No mérito, observo que o sujeito passivo não impugnou o lançamento referente à infração 01. Vejo que o procedimento fiscal, nesse caso, foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Infração caracterizada.

No que se refere às infrações 02 e 03, observo que sendo constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de

terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Portanto, por ser a infração 03 decorrente da infração 02, procedo à análise conjunta de ambas as infrações, conforme a seguir.

Constato que os procedimentos conduzidos pela Fiscalização estão em conformidade com as regras estabelecidas na Portaria 445/98 e no que se refere à consideração das perdas e ganhos para apurar os débitos do período, segue as diretrizes emanadas da Portaria nº 26/92, do DNC, que instituiu a obrigatoriedade do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Vejo que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, nessa situação, normalmente deveria receber as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação tributária. Entretanto, na situação em análise, exige-se o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de combustíveis, ocorridas em seu estabelecimento.

As ocorrências citadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos ÁLCOOL, GASOLINA ADITIVADA e ÓLEO DIESEL, com base nos registros constantes no LMC escriturado pelo contribuinte, nas notas fiscais de entradas e de saídas e no livro Registro de Inventário, tendo sido apuradas quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, no exercício de 2009.

Noto que o autuado impugnou o lançamento concernente à infração 02, alegando que o autuante incorreu em equívoco no levantamento, por ter desconsiderado nota fiscal idônea e devidamente registrada como entrada no LMC, pelo fato do mencionado documento fiscal constar com a mesma numeração de outro documento fiscal, no caso, a Nota Fiscal nº 19958, emitida por Total Distribuidor S.A., em 12/01/09, na quantidade de 5.000 litros, e a Nota Fiscal nº 19958, emitida por Larco Com de Petróleo, em 11/12/09, na quantidade de 5.000 litros.

Constato que assiste razão ao impugnante quanto a essa argumentação, haja vista que a Nota Fiscal nº 19958, emitida por Total Distribuidor S.A., em 12/01/09, na quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada não foi computada no levantamento.

Relevante registrar que o próprio autuante reconheceu a alegação defensiva e esclareceu que computando a quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada referente à Nota Fiscal 19958, de 12/01/2009, a omissão de entradas de gasolina aditivada que originalmente fora apurada como sendo de 5.157 litros passa para 157 litros, ficando a omissão de entradas de gasolina aditivada a ter a seguinte composição nas infrações 02 e 03:

Infração 02

Omissão de entrada de gasolina aditivada - 157 litros no valor de R\$ 2,20 = R\$ 345,50 x 27% (alíquota aplicada) = ICMS devido por responsabilidade solidária R\$ 93,25.

Infração 03

157 litros X R\$ 2,20 = R\$ 345,40 X 29,66% (MVA) = R\$ 102,44 X 27% (alíquota) = ICMS devido por antecipação R\$ 27,65.

No que concerne que às exigências referentes ao diesel e álcool, observo que permaneceram os mesmos valores originalmente apontados no Auto de Infração, haja vista que o impugnante nada apresentou para elidir estes itens da acusação fiscal, mesmo tendo oportunidade com a realização de diligência solicitada por esta 1ª JF, no sentido de que identificasse os erros alegados.

Assim sendo, a infração 02 passa para o valor total de R\$ 883,19, e a infração 03, para o valor de R\$ 278,12. Infrações parcialmente subsistentes.

No respeitante à infração 04, apesar de o autuado arguir a nulidade deste item da autuação, cuja pretensão foi afastada, conforme apreciado linhas acima, constato que a exigência se apresenta correta, pois, diz respeito à omissão de saídas de gasolina comum, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, situação na qual a Portaria nº 455/98, determina que deve ser imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme procedido pelo autuante.

Desta forma, considero integralmente subsistente esta infração.

Quanto ao cancelamento da multa requerida pelo autuado, com fulcro no art. § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, verifico que a infração restou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito.

No respeitante à infração 05, verifico que o autuado é acusado de causar embaraço a ação fiscal pelo seguinte fato consignado no Auto de Infração: “AO EFETUAR VÁRIAS DEVOLUÇÕES DE COMBUSTÍVEIS DURANTE OS ANOS FISCALIZADOS, SEM APRESENTAR O REAL MOTIVO DA DEVOLUÇÃO, CRIOU EMBARAÇO A FISCALIZAÇÃO.”

A descrição acima reproduzida do que seria o motivo determinante do embaraço a ação fiscal, permite concluir que a acusação fiscal não pode prosperar.

Isto porque, o embaraço a ação fiscal tem o caráter subjetivo, ou seja, implica na existência de uma ação fiscal conduzida pelo agente do Fisco que, no exercício de suas funções fiscalizadoras, encontra no sujeito passivo uma forma de resistência a esta ação fiscal, a exemplo, de denegação de entrega de livros e documentos fiscais, ou de algum elemento necessário e útil ao exercício da fiscalização.

No presente caso, verifica-se que isso não ocorreu, haja vista que o autuante realizou o levantamento quantitativo de estoques, utilizando-se dos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, o que resultou, inclusive, na apuração das irregularidades apontadas nas infrações 02 03 e 04, bem como na infração 01.

Certamente, a *realização de várias devoluções de combustíveis durante os anos fiscalizados, sem apresentação real do motivo da devolução*, conforme a acusação fiscal, pode sim caracterizar quando devidamente apurada, o cometimento de irregularidade passível de aplicação de penalidade, porém, jamais embaraço a ação fiscal.

Desta forma, considero que não ficou caracterizado o embaraço à ação fiscal, sendo insubsistente este item da autuação. Infração insubsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022073.2121/105**, lavrado contra **RODRIGUES TORRES COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.161,31**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 883,19 e 60% sobre R\$ 278,12, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$511,50**, previstas no art. 42, incisos IX e XXII, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR