

A. I. Nº - 299689.0006/10-8
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS MARACÁS LTDA.
AUTUANTE - ALBA MAGALHÃES DAVID KLINKSIEK
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 22. 11. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0291-01/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ÁLCOOL. ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, 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, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Autuado elide parcialmente a autuação ao apresentar notas fiscais que comprovam a efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento. Refeitos os cálculos pela própria autuante. Reduzido o valor do débito referente às infrações 01 e 02. Mantida integralmente a exigência referente às infrações 03 e 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 25/06/2010, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$351.784,09, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2008 e 2009, exigindo imposto no valor de R\$271.765,05, acrescido da multa de 70%;

02 – deixou de recolher o imposto, 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, nos exercícios de 2008 e 2009, exigindo imposto no valor de R\$79.514,39, acrescido da multa de 60%;

03 – deixou de recolher o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, 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 período de 01/01/2010 a 09/02/2010, exigindo imposto no valor de R\$382,92, acrescido da multa de 70%;

04 – deixou de recolher o imposto, 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 período de 01/01/2010 a 09/02/2010, exigindo imposto no valor de R\$121,73, acrescido da multa de 60%.

Consta na “Descrição dos Fatos” que as omissões apuradas nos exercícios de 2008 e 2009 se referiram a álcool hidratado, gasolina e óleo diesel, enquanto que em 2010 correspondeu a óleo diesel.

O autuado apresentou impugnação às fls. 616 a 627 (Vol. II), quando alegou que não cometeu as infrações apontadas e que cumpre rigorosamente as suas obrigações tributárias principais e acessórias.

Ressaltando que inexistiu omissão de entradas de combustível em seu estabelecimento, passa a combater o lançamento fiscal, de acordo com os seguintes tópicos:

1 – Da descon sideração das notas fiscais de entrada – frisa que a autuante ignorou em seu levantamento a existência de algumas notas fiscais de entradas que comprovam a regularidade das operações e o recolhimento do imposto, conforme demonstrativo que inseriu em sua peça de defesa, onde aponta os dados relativos às aquisições de combustíveis através das Notas Fiscais de nºs 73, 10.709 e 7.379, cujas cópias anexa às fls. 628 a 630.

Conclui que no exercício de 2008 a autuante ignorou a documentação fiscal relativa à entrada de 5.000 litros de álcool, 10.000 litros de gasolina e 10.000 litros de diesel, enquanto que no exercício de 2009, ignorou a nota fiscal referente à entrada de 5.000 litros de gasolina e de 5.000 litros de diesel.

2 – Dos equívocos do levantamento quantitativo de estoque – aduz que ao mensurar a quantidade de mercadorias vendidas e estocadas, a fiscalização baseou-se exclusivamente no exame das notas fiscais de saída, ignorando as medições dos tanques, os encerrantes das bombas e o livro de Movimento de Combustível (LMC). Frisa que não há diferença entre o combustível que entrou e o que saiu do estabelecimento, sendo que um dos equívocos se deve ao fato de que ao acusar a omissão de entrada de 2.964,59 litros de álcool, a autuante não mencionou a aferição feita no dia 28/05/2009 de 4.595 litros do combustível, conforme fl. 422 do LMC, decorrente de reforma do posto, com a substituição dos tanques, como se verifica nos documentos anexos, dentre eles notas de aquisição dos tanques.

Observa que quando da substituição dos tanques, todo o combustível foi transferido para os tanques novos através das bombas, por não haver outro meio de saída de combustível, de modo que todo combustível que sai é registrado pela bomba, em consonância com as regras da ANP, tanto que em seu nome não há nenhuma notificação de irregularidade emitida por essa agência.

Acrescenta que foram descon sideradas as aferições realizadas no dia 29/04/2009, de 9.227 litros de diesel, conforme fl. 358 do LMC, e no dia 28/05/2009, de 3.564 litros, e no dia 29/05/2009, de 6.782 litros de gasolina, conforme fls. 421 e 424 do LMC.

Com relação ao óleo diesel, afirma que outro equívoco foi causado pelo exame exclusivo das notas fiscais de saída em detrimento das quantidades realmente adquiridas e vendidas constantes dos encerrantes e do LMC.

Realça que além do fato de o levantamento se basear apenas nas notas fiscais de saída, a maioria dessas operações se refere a vendas canceladas, conforme se verifica nas primeiras vias das notas

fiscais, bem como nas declarações dos compradores de que não adquiriram as quantidades das mercadorias ali descritas. Relaciona vinte e três notas fiscais do exercício de 2008, que perfazem um total de 705.550,93 litros, vinte e uma notas fiscais de 2009, que totalizam 474.827,79 litros e uma nota fiscal de 2010, referente a 31.578,94 litros, todas relativas a óleo diesel. Os cancelamentos das notas se devem exatamente à necessidade de sanar os erros de valores e quantidades no preenchimento, tendo em vista que as mesmas foram emitidas em duplicidade.

Salienta restar evidente que a fiscalização simplesmente levantou os valores e quantidades constantes das notas fiscais de entradas, comparando os resultados com aqueles relativos às notas fiscais de saídas, ignorando outros elementos probatórios, especialmente o LMC, instituído por legislação federal, onde estão consignados todos os lançamentos das operações de entradas e saídas realizadas, os quais refletem, indubitavelmente, a sua real capacidade de estocagem.

Frisa que tanto é verdade que não tem capacidade de estoque da quantidade de combustível apontada no levantamento, que as quantidades registradas no LMC estão em perfeita consonância com aquelas registradas nos encerrantes das bombas de diesel, de acordo com as normas do INMETRO e da ANP. Realça que a autuação é insubsistente, por se basear exclusivamente no confronto entre notas fiscais de entradas e saídas, não estando amparada na verdade material.

Assevera que as diferenças encontradas decorrem de erro material do empregado responsável pela escrituração, razão pela qual não se pode, com base apenas nesse erro, concluir que teria cometido a infração apontada.

3 – Da inobservância ao princípio da verdade material – argumenta que se por um lado o princípio da verdade material faculta à administração pública valer-se de todos os meios lícitos e legais para obter provas, por outro lado a obriga a observar os fatos tais como se apresentam na realidade, impondo claros limites no uso de indícios e suposições na motivação das decisões. Apresenta lição de Vitor Hugo Mota de Menezes atinente a esse princípio.

Ressalta que a presente exigência fiscal encontra-se alheia à realidade dos fatos, por se basear apenas em falsos indícios, revelando-se juridicamente ilegítima e atentatória aos princípios constitucionais, haja vista que basta atentar para a verdade material, analisando-se os elementos acima apontados, para se afastar a mínima possibilidade de omissão de entrada, uma vez que todas as entradas foram devidamente registradas e acompanhadas de documentação fiscal. Este fato indica que a divergência encontrada se ampara em mero erro material de escrituração das notas fiscais de saídas. Aponta, ainda, que estando as saídas proporcionais às entradas, e estas possuindo documentação fiscal, não há que se falar em falta de recolhimento do imposto.

Frisa que todo o combustível que adentrou no posto, conforme documentação fiscal tinha a fase de tributação encerrada, de acordo com o art. 512 do RICMS/BA, pois as mercadorias são adquiridas no próprio Estado.

Destaca que como o fato gerador é o aspecto material da hipótese de incidência tributária, que neste caso corresponde à operação relativa à circulação de mercadorias, um erro material na escrituração das notas fiscais de saídas não pode ser tido como fato gerador do tributo. Isto porque, estando comprovado pelos encerrantes e pelo LMC que do seu posto só saiu o combustível constante das notas fiscais de entradas, qualquer conclusão diversa não se vincula à ocorrência do fato gerador.

Finaliza, afirmando que demonstrou a insubsistência do levantamento fiscal, por completa disparidade com a verdade material, estando elucidados os equívocos cometidos na enumeração das notas fiscais de entradas, visto que várias delas foram ignoradas, assim como os registros do LMC e dos encerrantes das bombas, concluindo-se que não incorreu nas infrações apontadas, razão pela qual requer a total improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal às fls. 702 a 707 (Vol. III), aduzindo quanto às notas fiscais de entrada tidas como não consideradas no levantamento, e somente apresentadas na defesa, que à

exceção daquela de nº 7.379, lançada no livro Registro de Entradas e no LMC em janeiro de 2009 (fls. 96 e 176), as demais não estão registradas na escrita fiscal (fls. 137 a 220). Observa que procedeu à inclusão dessas notas fiscais, alterando os resultados dos exercícios de 2008 e 2009, conforme demonstra em seguida, apontando que em 2008 foi incluída a entrada de 5.000 litros de álcool e de 10.000 litros de gasolina, enquanto em 2009 foi incluída a entrada de 5.000 litros de gasolina e de 15.000 litros de óleo diesel.

Quanto à alegação de que não foram consideradas as aferições realizadas em decorrência da substituição dos tanques, frisa que em princípio não foram consideradas, pelo despropósito e impossibilidade de aferir-se em um dia tais quantidades de combustíveis, principalmente porque não houve registro de justificativa para tal medida no LMC (fls. 631 a 634), que possui campo próprio para observações.

Salienta que nesse contexto sente dificuldade em vincular essas aferições à troca dos tanques, uma vez que neste caso elas teriam que abarcar todo o combustível em estoque, não sendo o caso, haja vista as informações de estoques iniciais, finais e aferições contidas no LMC naquelas datas. No caso do diesel isto se soma à incompatibilidade da data atribuída à aferição (29/04/2009) e data constante na nota fiscal de aquisição dos tanques, que em 26/04/2009 ainda transitava no Estado de Minas Gerais, conforme carimbo (fl. 691), bem como documento do CREA referente ao serviço de assentamento dos tanques datado de 04/06/2009 (fl. 697) e contrato de prestação de serviço de 28/04/2009 (fl. 695).

Observa que a falta de escrituração das mencionadas notas fiscais no livro Registro de Entradas representa infração passível de aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, nos termos do inciso XI do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Contesta a alegação de que a maioria das notas fiscais de saída em que se baseou o levantamento fiscal se refere a operações de venda canceladas, ressaltando que as notas fiscais relacionadas às fls. 621/622 não são canceladas, haja vista que coletou os dados do próprio talão de notas fiscais e nele não constavam as vias que acompanham o trânsito das mercadorias, nem qualquer menção a cancelamento. Acrescenta que uma via original de cada nota fiscal fora destacada e organizada em pastas pelo próprio contribuinte, com aposição do carimbo “LANÇADO” as quais anexa às fls. 721 a 1.464, organizadas em ordem crescente, para que este Conselho veja que não há nenhum sinal de cancelamento nem de emissão em duplicidade dos documentos fiscais.

Aduz que outra prova de que são documentos válidos se encontra na própria escrituração fiscal do autuado, onde esses documentos, bem como as demais notas fiscais de saídas objeto do levantamento, estão devidamente consignadas no livro de Registro de Saídas (fls. 221 a 596). Realça que destacou com marca texto as linhas que correspondem aos registros das notas fiscais especificamente mencionadas pelo impugnante, que se encontram nas fls. 228, 305, 326, 327, 345, 365, 387, 409, 433, 453, 475, 487, 489, 495, 506, 517, 528, 535, 562 e 586.

Observa que algumas das notas fiscais que o autuado alega que foram emitidas em duplicidade são consecutivas, emitidas para diferentes destinatários, permeadas por notas fiscais para outros clientes, a exemplo daquelas juntadas às fls. 345, 433, 453, 475, 487, 495, 506, 517, 528 e 586. Aduz que na emissão em duplicidade, uma nota fiscal seria cancelada e a outra utilizada, o que não ocorreu nesses casos, afastando a possibilidade dessa ocorrência. Realça que em nenhuma das notas fiscais há qualquer sinal de emissão em duplicidade ou de cancelamento. Além disso, as notas fiscais realmente canceladas foram escrituradas como tal no livro de Registro de Saídas e trazem na via do fisco (a exemplo de algumas anexadas) a palavra “cancelada”.

Manifesta o entendimento de que restou comprovado que as notas fiscais não foram objeto de erro, foram emitidas com o propósito de acobertar vendas e se os destinatários dessas mercadorias não as adquiriram ou consumiram como sugerem as declarações, o autuado deverá trazer explicação verossímil para a emissão de tantas notas fiscais, destacadas dos talões e registradas em sua escrita

fiscal. Acrescenta que as declarações não trazem identificação de seus assinantes, do cargo ou carimbo da empresa autorizando o assinante a se pronunciar.

No que concerne à afirmação de que a omissão de entrada se amparou exclusivamente no confronto entre as notas fiscais de entrada e saída, ignorando outros elementos, e que a quantidade de combustível apontada é incompatível com a capacidade de estocagem, ressalta que a omissão foi constatada através de levantamento de todos os dados informados pelo contribuinte, extraídos dos LMCs, encerrantes das bombas, livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, notas fiscais de entrada e de saídas, tudo constando nos respectivos demonstrativos.

Consigna que quem declara que houve saídas além daquelas registradas nos encerrantes das bombas não é a autuante, mas o autuado, que as documentou ao emitir as notas fiscais de saídas.

Realça ser estranho o argumento de que a fiscalização deveria ignorar as notas fiscais emitidas, indagando: “*Se não houve saídas, com que propósito essas notas fiscais teriam sido emitidas?*”. Frisa que não se trata de uma ou duas notas fiscais, mas de dezenas, todas em perfeito estado. Como não são notas fiscais canceladas, se constituem em elementos imprescindíveis à conclusão da fiscalização. Destaca que em uma ação fiscal, quanto mais elementos se colha, quanto mais provas se obtenha, mais justo será o seu resultado.

Quanto à capacidade de estocagem, consigna que a infração decorreu justamente de saídas que não passaram pelas bombas, por isso a denominação “SAÍDAS EXCEÇÕES” para a coluna do demonstrativo onde se situa esse elemento, que é a diferença entre as saídas registradas nas notas fiscais e aquelas registradas nos encerrantes.

Realça que a diferença encontrada representa o mínimo de omissão que pode ser atribuída no levantamento, por não terem sido apresentados arquivos magnéticos, objeto da intimação de fl. 09, obrigando a fiscalização a considerar as saídas com notas fiscais como o total de saídas. Caso pudesse computar as saídas através de cupom fiscal, excluindo aquelas registradas em nota fiscal, para acrescentar às saídas totais, a omissão teria sido maior. À falta desse elemento, foi obrigada a considerar que as saídas pela bomba correspondiam a notas fiscais emitidas, o que beneficiou o contribuinte, deixando-o, de qualquer modo, passível de nova fiscalização, que levante os elementos faltantes, adicionando as saídas efetuadas apenas com cupons fiscais.

Salienta que a exigência fiscal é legítima, não se baseando em presunção, mas em provas fornecidas pelo próprio autuado, estando o fato comprovado na farta documentação constante dos autos, especialmente nas notas fiscais de saídas, que não podem ser negadas, e não em uma palavra que foi inserida nos documentos fiscais após o conhecimento do resultado da ação fiscal. Frisa ter carreado provas e não indícios, uma vez que apenas extraiu os dados dos elementos apresentados. O fato gerador se refere à circulação de mercadorias documentadas, com omissão de entrada nas quantidades indicadas, com as correções efetuadas na informação fiscal.

Sugere a procedência do Auto de Infração, com as correções propostas na informação fiscal, porquanto de resto o autuado só apresentou divagações, sem documento capaz de elidir a infração cometida, deixando ainda mais clara a comprovação da infração.

A 1ª JJF, considerando que ao prestar a informação fiscal, (fl. 1.467), a autuante acatara parcialmente os argumentos e provas trazidos na peça defensiva, contestando as demais alegações do contribuinte tendo elaborado novos demonstrativos atinentes às infrações 01 e 02, entretanto deixou de elaborar novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração e tendo em vista que o sujeito passivo não fora cientificado a respeito, converteu o processo em diligência à **INFAZ JEQUIÉ**, a fim de que a autuante ou Auditor Fiscal a ser designado anexasse ao processo o referido demonstrativo de débito do Auto de Infração. Foi solicitado, ainda, que a Repartição Fazendária entregasse ao autuado, **através de recibo específico**, cópias reprográficas **dos elementos juntados pelo diligente e do termo de diligência**, assim como da informação fiscal e dos respectivos demonstrativos (fls. 702 a 720), informando-o quanto à **concessão do prazo de 10 (dez) dias**, para que se manifestasse.

Intimado o contribuinte para conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos de débitos elaborados pela autuante, este se manifestou (fls. 1.475/1.484), consignando que a autuante considerou as notas fiscais de entrada anexadas à impugnação, deduzindo do Auto de Infração os valores do imposto que haviam sido recolhidos constantes das referidas notas fiscais, contudo, nada disse acerca do levantamento quantitativo dos estoques, no qual se verifica inequivocamente a inexistência de infração. Reitera os termos da defesa vestibular.

Reafirma que inexistiu a omissão de entradas de combustível no seu estabelecimento, reiterando os equívocos do levantamento quantitativo de estoque levado a efeito pela autuante, conforme a defesa inicial.

Finaliza afirmando que demonstrou a insubsistência do levantamento fiscal, por completa disparidade com a verdade material, estando elucidados os equívocos cometidos na enumeração das notas fiscais de entradas, visto que várias delas foram ignoradas, assim como os registros do LMC e dos encerrantes das bombas, concluindo-se que não incorreu nas infrações apontadas, razão pela qual requer a total improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fl. 1.487), afirmando que mantém o resultado apresentado na informação fiscal.

VOTO

Verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão da apuração de quatro irregularidades imputadas ao autuado, todas constatadas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, sendo que, as omissões apuradas nos exercícios de 2008 e 2009 se referem a álcool hidratado, gasolina e óleo diesel, enquanto em 2010 corresponde a óleo diesel.

Observo que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, na situação em análise, exige-se o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS 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 quais foram apuradas através de levantamento de estoques.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que relativamente às infrações 01 e 02, a autuante acertadamente acatou os argumentos defensivos referentes às notas fiscais não apresentadas na ação fiscal, porém, trazidas na impugnação, procedendo à inclusão dessas notas fiscais, o que alterou os resultados dos exercícios de 2008 e 2009, conforme demonstrativo que apresenta, sendo que, em 2008 foi incluída a entrada de 5.000 litros de álcool e de 10.000 litros de gasolina, enquanto em 2009 foi incluída a entrada de 5.000 litros de gasolina e de 15.000 litros de óleo diesel.

Com os ajustes realizados pela autuante na forma acima aduzida, houve redução dos valores exigidos nas infrações 01 e 02, para R\$ 262.223,74 e R\$ 76.595,80, respectivamente, conforme demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 1.471.

Quanto aos demais argumentos defensivos, vejo que assiste razão a autuante quando diz que alegação de que não foram consideradas as aferições realizadas em decorrência da substituição dos tanques, haja vista que, efetivamente, não houve registro de justificativa para tal medida no campo próprio para observações do LMC.

Noto que é plenamente procedente o registro feito pela autuante de que nesse contexto sentiu dificuldade em vincular essas aferições à troca dos tanques, uma vez que neste caso elas teriam que abarcar todo o combustível em estoque, não sendo o caso, haja vista as informações de estoques iniciais, finais e aferições contidas no LMC naquelas datas. Também, considero pertinente o registro

feito pela autuante de que no caso do diesel isto se soma à incompatibilidade da data atribuída à aferição (29/04/2009) e data constante na nota fiscal de aquisição dos tanques, que em 26/04/2009 ainda transitava no Estado de Minas Gerais, conforme carimbo (fl. 691), bem como documento do CREA referente ao serviço de assentamento dos tanques datado de 04/06/2009 (fl. 697) e contrato de prestação de serviço de 28/04/2009 (fl. 695).

No tocante à alegação defensiva de que a maioria das notas fiscais de saída em que se baseou o levantamento fiscal se refere a operações de venda canceladas, constato que as notas fiscais relacionadas às fls. 621/622 não foram canceladas, haja vista que, conforme consignado pela autuante os dados foram coletados do próprio talão de notas fiscais do contribuinte, não constando neste as vias que acompanham o trânsito das mercadorias, nem qualquer menção a cancelamento.

Ademais, a juntada pela autuante de uma via original de cada nota fiscal que fora destacada e organizada em pastas pelo próprio contribuinte, com aposição do carimbo “LANÇADO”, conforme consta às fls. 721 a 1.464, realmente confirma a inexistência do cancelamento aludido pelo impugnante, assim como a emissão em duplicidade dos documentos fiscais.

Noto que outro fato relevante para infirmar o alegado cancelamento das notas fiscais e validação dos referidos documentos fiscais, foi a escrituração fiscal realizada pelo autuado nos livros fiscais próprios, onde esses documentos, bem como as demais notas fiscais de saídas objeto do levantamento, estão devidamente escrituradas no livro de Registro de Saídas (fls. 221 a 596). Verifico que a autuante inclusive destacou com marca texto as linhas que correspondem aos registros das notas fiscais especificamente mencionadas pelo impugnante, que se encontram às fls. 228, 305, 326, 327, 345, 365, 387, 409, 433, 453, 475, 487, 489, 495, 506, 517, 528, 535, 562 e 586.

Vejo também que assiste razão a autuante quando consigna que algumas das notas fiscais que o autuado alega terem sido emitidas em duplicidade são consecutivas, emitidas para diferentes destinatários, permeadas por notas fiscais para outros clientes, a exemplo daquelas juntadas às fls. 345, 433, 453, 475, 487, 495, 506, 517, 528 e 586. Ademais, é certo que no caso de emissão em duplicidade, uma nota fiscal seria cancelada e outra utilizada, o que não ocorreu nesses casos, afastando a possibilidade dessa ocorrência.

Relevante observar que em nenhuma das notas fiscais há qualquer sinal de emissão em duplicidade ou de cancelamento, além do fato de que as notas fiscais efetivamente canceladas foram escrituradas como tal no livro de Registro de Saídas e trazem na via do fisco a expressão “cancelada”.

Outro aspecto importante registrado pela autuante, diz respeito ao fato de que as notas fiscais não foram objeto de erro, ou seja, foram emitidas com o propósito de acobertar vendas e se os destinatários dessas mercadorias não as adquiriram, conforme dito nas declarações caberia ao autuado trazer explicação plausível para a emissão de tantas notas fiscais, destacadas dos talões e registradas em sua escrita fiscal. Além do que, as declarações não trazem identificação de seus assinantes, do cargo ou carimbo da empresa autorizando o assinante a se pronunciar.

No respeitante a alegação defensiva de que o levantamento fiscal que apurou a omissão de entrada se amparou exclusivamente no confronto entre as notas fiscais de entrada e saída, ignorando outros elementos, e que a quantidade de combustível apontada é incompatível com a capacidade de estocagem, constato que o trabalho fiscal foi realizado através de levantamento de dados informados pelo contribuinte, extraídos dos LMCs, encerrantes das bombas, livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, notas fiscais de entrada e de saídas, conforme consta nos demonstrativos. Ou seja, a Fiscalização nada inovou, pois se baseou nos documentos e registros feitos pelo próprio contribuinte.

Certamente, o autuado não comprovou sua alegação de que as notas fiscais foram canceladas, sendo certo que, como não são notas fiscais canceladas, se constituem em elementos que devem ser considerados no levantamento levado a efeito pela Fiscalização.

Quanto à alegação defensiva referente à capacidade de estocagem, observo que diz respeito a saídas que não passaram pelas bombas, tendo a autuante utilizado nas “SAÍDAS EXCEÇÕES” da coluna do demonstrativo onde se situa esse elemento, que é a diferença entre as saídas registradas nas notas fiscais e aquelas registradas nos encerrantes.

Assim sendo, considero que o levantamento levado a efeito pela autuante se encontra correto, haja vista que fundamentado em elementos registrados e fornecidos pelo próprio contribuinte.

Relativamente à infração 03, que diz respeito à exigência de ICMS no valor de R\$ 382,89, por ter o autuado, na condição de responsável solidário, adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo sido apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no período de 01/01/2010 a 09/02/2010, observo que o impugnante nada trouxe capaz de elidir a autuação. Infração subsistente.

No que concerne à infração 04, verifico que está diretamente relacionada com a infração 03, sendo decorrente da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária no valor de R\$121,73, 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, no período de 01/01/2010 a 09/02/2010. Verifico que nesta infração também o impugnante nada trouxe capaz de elidir a autuação. Infração subsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo parcialmente subsistentes as infrações 01 e 02 e integralmente subsistentes infrações 03 e 04.

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 **299689.0006/10-8**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS MARACÁS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$339.324,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$76.717,53 e de 70% sobre R\$262.606,66, previstas no art. 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR