

A. I. Nº - 120457.0003/10-6
AUTUADO - JOSE DE SOUZA BATISTA & CIA. LTDA.
AUTUANTES - BENEDITO ANTONIO DA SILVEIRA
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 16. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0311-01/11

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias cujas entradas não foram escrituradas. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das notas fiscais foram escrituradas regularmente no estabelecimento destinatário das mercadorias. Infração parcialmente subsistente. 4. 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 desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal e cumprida pelo autuante resultou em correção e ajuste no levantamento quantitativo de estoques. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infrações 05 e 06 parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 43.853,89, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), omissão de entrega do arquivo, nos meses de julho e setembro de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.760,00;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para comercialização, nos meses de fevereiro, agosto, outubro e novembro de 2005, janeiro, fevereiro, maio, julho, outubro e dezembro de 2006, fevereiro, março, maio, julho e dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.264,27, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89 [art.353, II do RICMS/BA], no mês de abril de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 34,10, acrescido da multa de 60%;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, maio a dezembro de 2005, janeiro a setembro de 2006, janeiro a março, maio, junho e julho de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$333,60, correspondente ao percentual de 1% do valor comercial das mercadorias;
5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 2005, 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.825,31, acrescido da multa de 70%;
6. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado 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 desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.636,61, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa(fls. 159 a 163), afirmando que nas infrações 02 e 03 o autuante deveria exigir o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, contudo, na planilha demonstrativa do débito dessas infrações indicou a alíquota interna “cheia”, sem o aproveitamento do crédito decorrente da alíquota interestadual, que ajustaria e corrigiria a aplicação da alíquota interna ao invés da diferença.

Quanto à infração 04, assevera que o autuante, por um lapso, considerou no demonstrativo de débito desta infração notas fiscais que têm como destinatário outro contribuinte, conforme relação e cópias das referidas notas fiscais que apresenta.

No que tange à infração 05, alega que o autuante incorreu em diversos equívocos conforme enumera abaixo:

1 - diz que o autuante adotou como base para apuração do ilícito, as saídas apuradas segundo o LMC, comparando-as depois com as saídas contábeis apuradas segundo a fórmula: Estoque Inicial + Compras – Estoque Final. Observa que todas as saídas num estabelecimento varejista de combustíveis têm a quantidade vendida apurada no encerrante, razão pela qual, se subtraindo o número do encerrante do ínicio do ano do encerrante do final do ano, tem-se a quantidade de mercadoria saída durante o período determinado, que diminuídas as aferições, resulta no total de mercadoria vendida no período.

Salienta que este foi o procedimento adotado pelo autuante, contudo, incluiu nos seus demonstrativos mercadorias relacionadas em notas fiscais de saídas, provocando uma apropriação

em duplicidade, em razão de que estas vendas saíram pelas bombas e foram computadas no encerrante.

Esclarece que as referidas notas fiscais foram emitidas para documentar vendas realizadas a clientes que adquiriram as mercadorias de forma parcelada.

Consigna que excluídas do levantamento realizado pelo autuante as notas fiscais incluídas indevidamente, restam pequenas diferenças de saídas e/ou entradas, que podem ser ocasionadas por situações específicas, a exemplo de perdas por evaporação; ganhos decorrentes da expansão da massa decorrente da temperatura; diferenças provocadas pelas bombas que podem variar para mais ou para menos quando se desregulam.

Ressalta que há que se considerar que as normas pertinentes ao comércio de combustíveis, especialmente no que diz respeito aos combustíveis derivados de petróleo, impossibilita a aquisição dessas mercadorias desacompanhadas de documento fiscal por dois motivos. O primeiro, porque ostenta a bandeira da Petrobras, existindo proibição da ANP para que outra distribuidora lhe venda as mercadorias. O segundo, porque jamais poderia comprar junto a Petrobras sem documento fiscal, o que reforça a tese de que as entradas sem notas fiscais são decorrentes de enganos do autuante.

Destaca como relevante, o fato de que todo o combustível que adentra num posto de combustíveis já está com sua fase de tributação encerrada, sem qualquer possibilidade de provocar evasão ilícita de ICMS;

2 – afirma que nos demonstrativos de álcool o estoque final do ano de 2005 registrado no LMC é de 4.818,98 litros e o autuante considerou a quantidade de 9.819,00 litros, o que repercutiu na apuração daquele exercício e dos demais, conforme se verifica nos demonstrativos acostados aos autos;

3 – alega que nos demonstrativos de diesel comum, além da questão da duplicidade provocada pela apropriação das notas fiscais emitidas, há também as seguintes incorreções: - no período de 01/01/2006 a 22/11/2006, o estoque final é de 25.208,00 litros e, por consequência o estoque inicial do período de 23/11/2006 a 31/12/2006, seria o mesmo, contudo, o autuante considerou como estoque final do período de 01/01/2006 a 22/11/2006 a quantidade de 19.983,00 litros e como estoque inicial do período de 23/11/2006 a 31/12/2006, a mesma quantidade, provocando diferença nos dois períodos, conforme em se verifica nos demonstrativos; - as entradas do período de 01/01/2006 a 22/11/2006 foram de 435.000,00 litros, contudo, o autuante considerou como entradas a quantidade de 455.000,00 litros. Já no período de 23/11/2006 a 31/12/2006, as entradas foram de 80.000,00 litros e o autuante considerou apenas 60.000,00 litros, ocorrendo uma transferência de valores entre os períodos que também provocou divergências, conforme se verifica nos demonstrativos anexados.

4 – consigna que no demonstrativo de gasolina comum referente ao período de 22/11/2006 a 31/12/2006, o autuante considerou como contagem de abertura o número 222,00 e como fechamento o número 7.268,00, quando o correto seria zero para abertura e 26.140,00 para fechamento, ocorrendo uma confusão com os dados do LMC de gasolina adivitada;

5 – diz no tocante à diferença apurada no demonstrativo de gasolina aditivada do ano de 2007, que esta se deve na maior parte, no caso, 1.228,00 litros, a apropriação indevida das vendas com notas fiscais e o restante, aos fatores que podem influenciar no aumento de volume da massa do produto, perfeitamente compatível na quantidade com o ganho no aumento de temperatura;

6 – assevera que os valores indicados como base de cálculo do imposto dos exercícios de 2005, 2006 e 2007, referentes à infração 05, não guardam qualquer relação como os valores indicados nos quadros reservados a demonstração da base de cálculo nos demonstrativos de apuração anexados ao Auto de Infração, sendo a inconsistência tamanha que para o exercício de 2007 não há indicação de base de cálculo, porém, há imposto a recolher;

7 – argumenta que a alíquota aplicada sobre a base de cálculo no quadro demonstrativo da infração 05 foi de 17%, quando na base de cálculo estão incluídos os valores referentes a álcool combustível, gasolina e óleo diesel, todos com alíquotas diferentes, sendo 19% para o álcool, 27% para gasolina e

25 para o óleo diesel, este com redução da base de cálculo de 40% de forma a reduzir a carga tributária para 15%;

8 – alega, ainda, com relação à infração 05, que o autuante deveria também conceder o crédito presumido sobre o valor das mercadorias tidas como entradas sem documento fiscal, o que não ocorreu, conforme os demonstrativos de débito.

No que concerne à infração 06, sustenta que ocorreu também total desvinculação com os valores apurados nos quadros existentes nos demonstrativos utilizados para apurar as supostas entradas sem documento fiscal, onde se constata além dessa desvinculação dos valores das bases de cálculo, o mesmo engano cometido na constituição do crédito tributário da infração 05, no que diz respeito às alíquotas aplicáveis.

Consigna que reconhece a procedência integral das infrações 01, 02 e 03 e a procedência parcial da infração 04. Quanto às infrações 05 e 06, sustenta que são improcedentes.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 240/241, observando que, apesar de o contribuinte impugnar estas infrações, recolheu com a utilização da anistia o valor referente à infração 03 e grande parte da infração 02, deixando desta infração sem recolher o valor R\$ 552,67, correspondentes às Notas Fiscais nºs 8699 e 761019, referentes ao mês de outubro de 2006. Salienta que este valor é totalmente devido, não sabendo explicar o motivo pelo qual o autuado deixou de recolher o valor exigido.

Quanto à alegação defensiva referente à infração 04, afirma que o autuado mais uma vez se equivocou ao alegar que a autuação lançou notas fiscais pertencente a outro contribuinte. Frisa que nesta infração o contribuinte poderia até ter razão, porém não observou que as referidas notas fiscais apesar de estarem com a razão social de JMP BATISTA & CIA LTDA, empresa pertencente aos mesmos sócios, porém não notou que a Inscrição Estadual e nº do CNPJ é da empresa autuada, inclusive o contribuinte não verificou que as notas fiscais no momento da solicitação junto a fornecedora SOUZA CRUZ S/A, foi feita em nome de JOSÉ DE SOUZA BATISTA & CIA LTDA, conforme informou o SINTEGRA do fornecedor Souza Cruz S/A. e como adquirente a empresa autuada, motivo este que o levou a entender que as notas fiscais pertencem a empresa autuada e não a empresa JMP Batista & Cia. Ltda., pertencente aos mesmos titulares. Registra que desta infração o contribuinte recolheu apenas o valor de R\$ 18,52.

No que tange à infração 05, consigna que houve omissão de entrada de combustíveis, no caso, óleo diesel no exercício de 2005 e 2006, gasolina comum nos exercícios de 2005 e 2007 e álcool nos exercícios de 2005 e 2007, demonstrando o impugnante ignorar a origem do débito, chegando ao ponto de relatar que o autuante deixou de seguir apenas os livros LMC que foram escriturados com base nos cupons fiscais emitidos, esquecendo de observar que as notas fiscais de saída emitidas sem o cupom fiscal ou cupons fiscais também deveriam constar nos livros LMC.

Afirma que tal fato não aconteceu, sendo feito o levantamento para apurar a diferença mês a mês, verificando o montante das saídas através das notas fiscais de saída e o montante lançado nos livros, o LMC mostra diferença, pois o contribuinte alega que toda saída de combustíveis foi efetuado através de cupom fiscal, tanto que as notas fiscais de saída modelo 1 como as nota fiscal de consumidor, deveriam ter cupom fiscal correspondente e não tem. Diz ser um procedimento equivocado e este detalhe foi bem discutido com o contribuinte no momento de sua presença na empresa no dia da entrega da intimação solicitando a entrega de livros e documentos fiscais para a fiscalização. Acrescenta que para melhor esclarecimento desta infração anexou ao processo as planilhas e os demonstrativos, onde deixa bem claro a omissão da entrada de combustíveis apurado através do levantamento feito, comparando o montante lançado nos livros LMC e as notas fiscais de saída emitidas diariamente onde foi constatado que muitas destas notas fiscais de saída não tem cupom fiscal correspondente, principalmente as notas fiscais de venda a consumidor.

Contesta a alegação defensiva de que na apuração do estoque dos combustíveis efetuou lançamento em duplicidade, afirmando que o levantamento aplicado aconteceu tomando como base as notas fiscais de saída emitidas que já apresenta diferença. Observa que se tivesse considerado os litros cujas saídas ocorreram através de cupom fiscal, certamente a diferença seria bem maior. Acrescenta que no intuito de não prejudicar o contribuinte, utilizou o bom senso e lançou apenas as notas fiscais de saída, mesmo porque as Reduções Z não destacam a quantidade de litros que foi vendido e seria muita injustiça de sua parte efetuar os lançamentos de saída das Reduções Z que refere aos cupons fiscais emitidos no dia e das notas fiscais de saída emitidas. Quanto à alegação defensiva de que a empresa respeita a bandeira da distribuidora e não adquire combustíveis sem documento fiscal, salienta que não quer dizer com isso que esta versão seja verdadeira, principalmente em postos do interior do Estado, como também pode ter emitido nota fiscal de saída no sentido de favorecer alguém, sendo tudo possível. Com relação à alíquota aplicada afirma que o defendantee não observou as planilhas anexadas ao Auto de Infração que demonstram detalhadamente as alíquotas aplicadas, inclusive os convênios.

No tocante à infração 06, consigna que o defendantee desconhece o procedimento, não sabendo que toda mercadoria desta natureza está sujeita ao regime de substituição tributária, devendo ser aplicada a mesma alíquota, pois segue as regras dos mesmos convênios desde o exercício de 2004, não sendo sua criação, pois obedece as normas do RICMS/BA.

Finaliza dizendo que espera ter prestado mais esclarecimentos e informações sobre o processo, só restando-lhe aguardar com expectativa o julgamento.

A 1^a JJF, levando em consideração que o autuante ao prestar a informação fiscal (fls. 240/241), anexara planilhas e demonstrativos, cuja ciência não fora dada ao autuado, converteu o processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI, a fim de que fosse intimado o autuado para receber, **mediante recibo específico**, cópia das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante.

Intimado para ciência sobre o resultado da diligência, o autuado acusou o recebimento(fls. 394 a 395-A), contudo, não se manifestou.

A 1^a JJF, após discussão em pauta suplementar, deliberou, por unanimidade, pela conversão do presente processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado intimasse o autuado para atender o seguinte: **Infração 04** - Apresentar e anexar aos autos elementos hábeis de provas, a exemplo, de cópia do livro Registro de Entradas de mercadorias do destinatário onde as notas fiscais foram escrituradas; registros de pagamentos realizados ao fornecedor pelo destinatário; etc., a fim de comprovar a alegação de que o destinatário das mercadorias foi a empresa JMP BATISTA & CIA LTDA., apesar de a Inscrição Estadual e o CNPJ discriminado nas notas fiscais pertencerem à empresa JOSÉ DE SOUZA BATISTA & CIA. LTDA; **Infração 05** - Elaborar demonstrativo relacionando as notas fiscais de saídas arroladas na infração 05, objeto da impugnação, identificando as vendas parceladas e os respectivos clientes, no intuito de comprovar as suas alegações, devendo ser anexada aos autos cópia das referidas notas fiscais. Na oportunidade deverá ser informado ao contribuinte quanto à **concessão do prazo de 10 (dez) dias**, para atendimento das solicitações acima. Após, caso o autuado atenda a intimação, deverá o diligente analisar os elementos apresentados e, se for o caso, excluir do levantamento referente à infração 04, as notas fiscais que, efetivamente, confirmem a alegação defensiva, inclusive, elaborando novo demonstrativo de débito. Quanto à infração 05, caso o autuado atendesse a intimação, deveria o diligenciador analisar os elementos apresentados e, se fosse o caso, excluir do levantamento as notas fiscais que comprovavam a alegação defensiva. Ainda com relação à infração 05, deveria o diligenciador se pronunciar sobre as alegações defensivas referentes à existência de diversas inconsistências no levantamento (fl. 162), inclusive, quanto à falta de indicação da base de cálculo para o exercício de 2007 no Auto de Infração, elaborando novo demonstrativo, se fosse o caso.

O autuante se pronunciou (fls. 402/403), consignando que pela segunda vez estava prestando informações sobre o Auto de Infração em lide, atendendo assim as solicitações contidas na

diligência da 1ª Junta de Julgamento, sendo que a primeira informação foi prestada em 21/06/2010, às fls. 240/241 dos autos, sendo que, para prestar estas solicitações, primeiramente tem que intimar o contribuinte para apresentar novamente os livros e a documentação e muitas vezes o contribuinte deixa de atender a intimação ou retarda a apresentação dos documentos, tornando assim quase impossível prestar todos os esclarecimentos solicitados na diligência no prazo de 10 (dez) dias, por muito curto, porém se o autuado colaborar na entregar sem atraso, poderá ser possível.

Sugere que nas próximas diligências em vez de o autuante intimar o contribuinte para atender alguns itens da diligência, os próprios julgadores intimem o contribuinte por intermédio da Inspetoria Fazendária, para apresentar todos os documentos que comprovam o débito que impugna o pagamento, tendo em vista que é o contribuinte que está de posse de toda documentação que deu origem ao Auto de Infração.

Reporta-se sobre a solicitação referente à infração 04, registrando que mais uma vez volta afirmar que o ICMS é devido, pois a empresa JMP BATISTA & CIA LTDA., apesar de ter inscrição estadual e CNPJ diferente pertence aos mesmos sócios, ou seja, José de Souza Batista e sua esposa a senhora Joventina Maria Pereira, empresa que está funcionando de forma irregular, pois a Receita Federal não admite o funcionamento de duas empresas pertencente aos mesmos sócios com inscrição estadual e CNPJ diferentes. Acrescenta que deveria sim funcionar como matriz e filial, inclusive a própria Secretaria da Fazenda também não deveria aceitar, sendo talvez este o motivo responsável de ter notas com razão social de uma empresa e a inscrição e CNPJ de outra empresa. Salienta que o problema ocorreu apenas com as notas emitidas pela SOUZA CRUZ S/A, conforme documentos de fls. 65/66, a qual informou em seu arquivo magnético que as notas fiscais foram emitidas para a empresa que ora impugna o Auto de Infração.

Registra que, após fazer contato com a empresa, o funcionário responsável deixou bem claro que todas as compras eram efetuadas pelo sócio José de Souza Batista, sendo este o único responsável por todo este transtorno, porém como a maioria das notas fiscais emitidas pela Souza Cruz se encontra registrada no livro de Entrada de Mercadoria da empresa JMP Batista & Cia. Ltda., considerou o lançamento e elaborou um novo demonstrativo de débito com a exclusão destas notas fiscais, cujas cópias seguem anexadas ao processo.

No que tange à infração 05, afirma que agiu de forma equivocada o contribuinte ou seu representante legal no momento que elaborou a defesa, quando diz que o procedimento adotado pelo autuante está provocando apropriação em duplicidade.

Aduz que talvez este não tenha observado o demonstrativo de fls. 284/370, onde se encontra discriminada nota fiscal por nota fiscal emitida pela empresa, tanto as de mod. 1 como as de consumidor, contendo a numeração, data e a quantidade do produto vendido, sendo daí efetuado o confronto com a quantidade de produto constante diariamente nos livros LMCS e no final do mês apurou o resultado mostrando divergência, no caso, quantidade de produto contido nas notas fiscais emitidas maior que as constantes nos livros LMCs mensalmente e com base neste resultado, foi exigido a omissão de entrada do produto que apresentou divergência, procedimento este adotado mês a mês. Cita como exemplos o exercício de 2005, que apresentou diferença no óleo diesel nos meses de janeiro e março e na gasolina comum no mês de janeiro, conforme consta à fl. 313; o exercício de 2006, que apresentou diferença de óleo diesel nos meses de outubro e novembro, conforme documento de fl. 344, e o exercício de 2007 que apresentou diferença na gasolina comum no mês de janeiro; gasolina aditivada ou supra nos meses de janeiro e março e no álcool no mês de março, conforme documento de fl. 370. Acrescenta que para comprovar tudo segue anexado ao processo cópias dos LMCs dos meses que apresentaram diferenças, assim como cópia reprográfica das notas fiscais emitidas nestes meses, apesar de já constar detalhe por detalhe no demonstrativo anexado ao processo.

Sustenta que em momento algum foi efetuada exigência em duplicidade, pois todo débito apurado teve como base as notas fiscais de saída e os livros LMCs apresentados. Solicita que seja analisado

detalhadamente o demonstrativo elaborado e anexado ao processo, cujo procedimento foi tomado depois que o sócio José de Souza Batista ter afirmado verbalmente para o autuante no momento da assinatura da intimação (fl. 12), que toda nota fiscal emitida tinha cupom fiscal correspondente, fato este que não aconteceu.

No que tange a inexistência da base de cálculo, registra que deve ser decorrente de falha do sistema no momento da lavratura do Auto de Infração, pois não mostra o débito sem a base de cálculo. Salienta que não ocorreu no intuito de querer ocultar fatos do contribuinte, tendo ocorrido provavelmente por tratar de produto com alíquotas diferente ou mesmo por simples negligência no momento da lavratura do Auto de Infração. Afirma que não decorreu de falta de conhecimento do autuante, porém, se os julgadores tivessem bem observado os demonstrativos de fls. 38 e 42, teriam encontrado a base de cálculo que é de R\$ 10.017,57, com ICMS devido no valor de R\$ 2.211,68, ocorrência esta que não alterou o valor do débito a pagar e a correção não foi feita na informação fiscal anterior (fls. 240/241), por não ter observado esta particularidade.

Esclarece que na qualidade de autuante, tem que prestar uma terceira informação após receber as alegações e a documentação apresentada pelo contribuinte que só ocorreu no dia 08 do corrente mês às 16,20 horas. Frisa que neste momento procurou levantar novos demonstrativos, em razão de o autuado comprovar que partes das notas fiscais emitidas pela Souza Cruz, estavam registradas no livro de entrada da empresa JMP Batista & Cia. Ltda., sendo que, o valor exigido a mais deve ser excluído da autuação.

Salienta que, após os esclarecimentos acima, espera ter atendido todas as solicitações da diligência, restando-lhe aguardar o julgamento.

Intimado para conhecimento da informação fiscal, o autuado se manifestou (fls. 998/999), salientando quanto à infração 04, que estava juntando as folhas do livro Registro de Entradas de Mercadorias da empresa JMP BATISTA & CIA. LTDA., demonstrando que todas as notas fiscais estão devidamente registradas, para confirmar sua alegação defensiva. Acrescenta que ratifica seu argumento de que os estabelecimentos são autônomos para efeito de tributação, mesmo que seus sócios sejam as mesmas pessoas.

No que tange à infração 05, afirma que o autuante incorre em equívoco quando diz em sua justificativa que à época da lavratura do Auto de Infração foi elaborado demonstrativo mensal demonstrando que ao final de cada mês houve diferença entre as saídas do LMC e as saídas anotadas nos talões de notas fiscais série 1 e os de vendas a consumidores.

Sustenta que, na verdade, o autuante levou em conta apenas as saídas anotadas no livro LMC no dia da emissão das notas fiscais de venda parcelada, verificando que no LMC não constava saída compatível com as constantes nas notas fiscais de vendas emitidas no dia, considerou como mercadorias adquiridas sem nota fiscal, onde consta no corpo da nota fiscal venda parcelada.

O autuante se pronunciou (fls. 1019/1020), consignando, quanto aos argumentos do autuado referente à infração 04, que o contribuinte continua afirmando não ser devido o valor exigido nesta infração e afirma que todas as notas fiscais emitidas pela Souza Cruz estão registradas no livro REM da empresa J M P Batista & Cia. Ltda., empresa esta pertencente aos mesmos sócios, anexando algumas páginas deste livro ao processo.

Ressalta, contudo, que o autuado não examinou os documentos de fls. 414/415, onde se verifica que foram excluídas todas as notas fiscais registradas nos livros da J M P Batista & Cia. Ltda., tendo sido exigido os valores referentes às notas fiscais que não foram registradas em nenhuma das empresas. Salienta que, para que estas dúvidas sejam saneadas de uma só vez, teve o cuidado de anexar na sua primeira informação da diligência, documentos de fls. 399/400, cópia reprográfica dos livros REM da empresa, conforme documentos de fls. 416/618.

No que tange à infração 05, diz que o contribuinte continua afirmando que o autuante usou de procedimento incorreto para apurar o débito desta infração, chegando ao ponto de relatar que a

quantidade de produto lançado diariamente nos livros LMC não é obrigatório conferir com as notas fiscais emitidas, tanto as notas fiscais mod. 1 e mais as notas fiscais de consumidor, afirmando, ainda, que muitas destas notas fiscais dizem respeito à venda parcelada, operação que diz desconhecer, pois conhece venda para entrega futura e não venda parcelada.

Diz que aproveita a oportunidade para esclarecer aos julgadores que o demonstrativo elaborado mensalmente, conforme documentos de fls. 284/370, teve como base a quantidade de produto lançada diariamente nos livros LMC e as notas fiscais de saída (mod. 1 e consumidor) emitidas no mesmo período, pois o contribuinte deixou bem claro que toda nota fiscal emitida tinha o cupom fiscal correspondente, fato este que não ocorreu e no mês que apresentou diferença, ou seja, omissão de entrada foi exigido o ICMS.

Sugere que seja observado detalhadamente esse demonstrativo, no intuito de notar que não considerou as reduções Z mas, apenas, as notas fiscais de saídas.

Finaliza dizendo que espera ter colaborado prestando mais esclarecimentos, só restando-lhe aguardar o julgamento.

A 1^a JJF, considerando que ao impugnar a infração 05, o autuado apontara na peça de defesa, precisamente à fl.162, a existência de inconsistências no levantamento levado a efeito pelo autuante, alegando dentre outras situações que: “*Nos Demonstrativo de Álcool, o estoque final do ano de 2005, no LMC é de 4.818,98 litros e o autuante considerou a quantidade de 9.819,00 litros, que repercutiu na apuração daquela ano e dos demais, conforme se verifica dos demonstrativos anexos a presente.*”, alegações que não foram abordadas pelo autuante ao prestar a informação fiscal, converteu o processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI, a fim de que o autuante verificasse e se pronunciasse sobre as alegações defensivas constantes à fl. 162 dos autos, que não foram abordadas anteriormente, elaborando novos demonstrativos, se fosse o caso.

O autuante se pronunciou (fls. 1.029/1.030), esclarecendo que o equívoco no estoque no dia 31/12/2005, não partiu de sua parte, pois tomou como base os livros e documentos apresentados pelo autuado, que destacou no livro Registro de Inventário em 31/12/2005, o total 9.818,98 litros de álcool, conforme consta no documento de fls. 148 e 1038, ao invés de constar 4.818,98 litros, conforme consta no livro LMC, documento de fl. 130. Ou seja, uma diferença de 5.000,00 litros a mais, fato este ocorrido não por sua negligência, e sim por seguir o inventário apresentado pelo autuado, e para confirmar a dúvida, foi intimada a empresa para apresentar novamente os livros Registro de Inventário de 2005 a 2007, cujas cópias (fls. 1032 a 1047), foram acostadas aos autos.

Observa que com a descoberta do equívoco ocorrido no estoque de álcool em 31/12/2005, elaborou novo demonstrativo de estoque de álcool, onde consta o valor correto devido de ICMS com a omissão de entrada de álcool no exercício de 2005, que passa a ter um débito de ICMS no valor de R\$12,41 e R\$ 3,93, valores estes que alteram tanto a infração 05, como a infração 06.

Observa que no demonstrativo de estoque (fl. 42), onde consta o valor de R\$ 1.360,74 de ICMS a recolher, mais o valor da MVA de R\$ 431,92, valores estes exigidos com base no estoque final em 31/12/2005 de 9.818,98 litros de álcool, passa a ser de R\$ 12,41 e mais a MVA de R\$ 3,93, referente a 4.818,98 litros de álcool, reduzindo também a omissão de saída no exercício de 2006, conforme consta no novo demonstrativo de fl. 1048, valores estes que devem ser abatidos na infração 05, o valor R\$ 1.348,33 e na infração 06, o valor de R\$ 427,29.

Esclarece que com as alterações acima referidas no estoque de álcool em 31/12/2005, a folha 03 do Auto de Infração, na infração 05, onde consta o débito de R\$ 1.3287,32, passa a ser de R\$ 1.938,99 e na infração 06, onde consta o débito de R\$ 3.751,92, passa a ser de R\$ 3.324,63, sendo que, os demais débitos referentes aos exercícios de 2006 e 2007, continuam inalterados, apenas no exercício de 2005 é que foi abatido o valor exigido indevidamente, referente aos 5.000 litros de álcool de diferença.

Intimado para conhecimento da informação fiscal, o autuado acusou o recebimento(fl. 1.051), contudo, não se manifestou.

Constam às fls. 384 a 386, extrato do SIGAT referente ao pagamento parcial do débito.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS, dentre as quais o autuado reconheceu integralmente as infrações 01, 02 e 03, parcialmente a infração 04, e se insurgiu contra as infrações 05 e 06.

No que concerne às infrações 01, 02 e 03, observo que o reconhecimento pelo autuado confirma o acerto da autuação, razão pela qual são integralmente subsistentes.

Quanto à infração 04, noto que o autuado reconheceu parte da exigência fiscal, insurgindo-se apenas no que diz respeito às notas fiscais emitidas pela empresa Souza Cruz, cuja destinação efetiva foi para a empresa J M P Batista & Cia. Ltda., pertencente aos mesmos sócios da empresa autuada.

Constatou que restou comprovado que as referidas notas fiscais foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias da empresa J M P Batista & Cia. Ltda., tendo o autuante acertadamente excluído os valores respectivos, conforme novo demonstrativo que elaborou de fls. 414/415, cuja ciência foi dada ao autuado.

Desta forma, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 191,36.

No respeitante às infrações 05 e 06, observo que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, nessa condição, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, no presente caso, 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 mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – combustíveis - ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques. Verifico que as omissões de entrada de combustíveis, dizem respeito a óleo diesel no exercício de 2005 e 2006; gasolina comum nos exercícios de 2005 e 2007; e álcool nos exercícios de 2005 e 2007.

Constatou que assiste razão ao autuante quando contesta o argumento defensivo referente ao levantamento realizado, haja vista que este apurou as diferenças, confrontando o montante das saídas através das notas fiscais de saída e o montante lançado nos LMC, conforme se verifica nas planilhas e demonstrativos, restando comprovado que as notas fiscais de saída não tinham cupom fiscal correspondente, principalmente as notas fiscais de venda a consumidor, o que afasta a alegação de duplicidade de lançamento.

Relevante o esclarecimento prestado pelo autuante quando atendimento da diligência solicitada por esta JJF, no sentido de que o demonstrativo elaborado mensalmente, conforme documentos de fls. 284/370, teve como base a quantidade de produto lançada diariamente nos livros LMC e as notas fiscais de saída (mod. 1 e consumidor) emitidas no mesmo período, pois o contribuinte deixou bem claro que toda nota fiscal emitida tinha o cupom fiscal correspondente, fato este que não ocorreu e no mês que apresentou diferença, ou seja, omissão de entrada foi exigido o ICMS.

No que tange à alegação defensiva de inexistência de base de cálculo, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo autuante, trouxe o esclarecimento de que os demonstrativos de fls. 38 e 42 indicam a base de cálculo que é de R\$ 10.017,57, com ICMS devido no valor de R\$ 2.211,68, ocorrência esta que não alterou o valor do débito a pagar.

Quanto à argumentação do autuado referente ao equívoco de indicação da alíquota aplicada pelo autuante, verifico que as planilhas anexadas ao Auto de Infração identificam claramente as alíquotas aplicadas, estando todas corretas. Vale observar que os valores apontados como devidos estão corretos, tanto no Auto de Infração quanto nas referidas planilhas, ocorrendo apenas uma adequação feita pelo sistema de emissão de Auto de Infração no seu demonstrativo de débito, contudo, que em nada altera o valor do imposto efetivamente devido.

No que diz respeito à alegação defensiva de que o autuante deveria conceder crédito presumido sobre o valor das mercadorias tidas como entradas sem documento fiscal, certamente não pode prosperar tal pretensão, tendo em vista que inexiste previsão legal nesse sentido. É certo que, se a mercadoria estava sem documentação fiscal, inexiste crédito fiscal a ser apropriado.

Já com relação à alegação do autuado de existência de inconsistências no levantamento levado a efeito pelo autuante, esta JJF converteu o processo em diligência - também cumprida pelo autuante - tendo o diligenciador esclarecido que o equívoco no estoque no dia 31/12/2005, não partiu de sua parte, pois tomou como base os livros e documentos apresentados pelo autuado, que destacou no livro Registro de Inventário em 31/12/2005, o total 9.818,98 litros de álcool, conforme consta no documento de fls. 148 e 1038, ao invés de constar 4.818,98 litros, conforme consta no livro LMC, documento de fl. 130. Ou seja, uma diferença de 5.000,00 litros a mais, fato este ocorrido não por sua negligência, e sim por seguir o inventário apresentado pelo autuado, e para confirmar a dúvida, foi intimada a empresa para apresentar novamente os livros Registro de Inventário de 2005 a 2007, cujas cópias (fls. 1032 a 1047), foram acostadas aos autos.

Observou o diligenciador que com a confirmação do equívoco ocorrido no estoque de álcool em 31/12/2005, elaborou novo demonstrativo de estoque, onde consta o valor correto devido de ICMS com a omissão de entrada de álcool no exercício de 2005, que passa a ter um débito de ICMS no valor de R\$12,41 e R\$ 3,93, valores estes que alteram tanto a infração 05, como a infração 06.

Desta forma, o valor do ICMS devido de R\$ 1.360,74, referente ao álcool na infração 05, passa para R\$ 12,41 e na infração 06, para R\$ 3,93.

Diante disto, com as alterações acima referidas no estoque de álcool em 31/12/2005, o valor do ICMS exigido de R\$ 13.287,32, constante no demonstrativo de débito do Auto de Infração da infração 05, passa para o valor de R\$ 11.938,99, e da infração 06, passa de R\$ 3.751,92 para R\$ 3.324,63.

Quanto aos valores referentes aos demais débitos dos exercícios de 2006 e 2007, tanto da infração 05 como da infração 06, observo que não foram alterados.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 03 são integralmente subsistentes e as infrações 04, 05 e 06 parcialmente subsistentes, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 120457.0003/10-6, lavrado contra **JOSÉ DE SOUZA BATISTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.984,67**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.507,69 e 70% sobre R\$ 29.476,98, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.951,36**, previstas no art. 42, incisos XI, XIII-A, alínea “i” do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR