

A. I. Nº - 269275.0009/11-0
AUTUADO - JOSÉ CARLOS DOS SANTOS DE PAULO AFONSO (POSTO AVENIDA)
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET 29.02.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-05/12

EMENTA: ICMS. 1. 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. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Os argumentos da defesa foram acatados pelo autuante. Infração improcedente. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Infração procedente. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS no valor de R\$17.925,50, através das seguintes infrações:

1. 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 em exercício fechado. Mercadoria: ÁLCOOL COMBUSTÍVEL Conforme planilha em anexo houve omissões de entrada. Valor Histórico: R\$692,99 – Multa de 70% - 04.05.08;
2. 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 do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Mercadoria: ÁLCOOL COMBUSTÍVEL. Valor Histórico: R\$219,61 – Multa de 60% - 04.05.09;
3. 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 em exercício fechado. Mercadoria: GASOLINA ADITIVADA Conforme planilha em anexo houve omissões de entrada. Valor Histórico: R\$6.285,79 – Multa de 70% - 04.05.08;

4. 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 do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Mercadoria: GASOLINA ADITIVADA. Valor Histórico: R\$1.490,36 – Multa de 60% - 04.05.09;
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Conforme planilha anexa. Valor Histórico: R\$9.236,75 – Multa de 60% - 06.02.01.

O autuado apresenta defesa de fls. 50/56, e de início clama pela decadência das infrações.

Quanto à questão do produto álcool combustível (infrações 1 e 2), argumenta que na própria planilha o autuante só contou e somou as Notas Fiscais até nº 84.368 no dia 27/12/2007, e de esqueceu de verificar no Livro LMC que a escrituração está até dia 31/12/2007, por esse lapso foi apontado o erro de quantitativo.

Ao verificar a escrituração do livro de Entrada de Mercadoria e o LMC, constatou no dia 31/12/2007 o registro de entrada de Álcool de 5.000 l., conforme cópia do livro LMC e da Nota Fiscal nº 084.493, assim, observou que se a omissão é de 3.305,508 l. e a entrada é de 5.000 l. na nota fiscal mencionada, então, não há omissão, pois tem saldo de álcool, com isso, a Infração é nula (**DOC 01** - xerox da nota fiscal e registro do LMC).

No produto “Gasolina Aditivada” (infrações 3 e 4), examinou a documentação e na escrituração do livro de Entrada e no LMC, encontrou a Nota Fiscal de nº 075.891 de 03 de março de 2007, de GASOLINA ADITIVADA e não GASOLINA COMUM, como foi registrado pelo Auditor Fiscal, no total de 10.000 litros. Junta copia da nota fiscal e copia do LMC, assim, a diferença de 10.799,101 l. não existe.

No exame das peças elaboradas pela fiscalização, encontrou outra Nota Fiscal de nº 084.494 do dia 31/12/2007, também de GASOLINA ADITIVADA de 5.000 l., que está registrada no Livro de LMC, conforme cópia da nota fiscal e do Livro LMC.

Lembra que o autuante lançou a última Nota Fiscal de nº 84.405, no seu relatório, não lançando mais nenhuma nota fiscal e esclarece que fez o resumo de entradas das notas que não foram somadas na fiscalização, fazendo, assim, uma conta-corrente de combustível GASOLINA ADITIVADA, conforme o quadro abaixo:

Registro de Nota Fiscal nº 075.891	10.000,000 l.
Registro de Nota Fiscal nº 084.494	<u>5.000,000 l.</u>
Soma Total	15.000,000 l.
Omissão de entrada pelo fiscal	10.799,101 l.
Saldo positivo de combustível	4.200,899 l.

Reafirma que não existe a omissão de entrada apontada pelo fiscal, muito menos, não tem procedência a contagem física, nem a omissão.

Aduz que não compra produtos sem nota fiscal, seus registros de combustíveis são feitos no momento da entrada da nota fiscal no estabelecimento e as aquisições são feitas na Ipiranga, não compra de terceiros, sendo assim a presunção da fiscalização de omissão de entrada não é verdadeira, e levantamento está irregular, incompleto, inadequado e impróprio.

Quanto à última infração (5) – uso e consumo, observou que foi cobrado ICMS de produtos que são de uso e consumo da empresa, dos funcionários (uniforme para os frentistas) e de outros

materiais de publicidade da Ipiranga, que não são mercadorias para revenda ou circulação. Transcreveu o Art. 352 – A do ICMS.

Assevera que não tem sentido a exigência, pois de material usado na limpeza, publicidade e fardamento para identificar os servidores da empresa. Para reforçar a não exigência do tributo e a improcedência da infração, transcreve o Decreto nº 8.969/04. Pede nulidade da mesma.

Na questão da diferença do ativo imobilizado (Notas Fiscais nºs 153967 e 147420) – infração 5 – adquiriu um veículo caminhão para o patrimônio da empresa, à disposição para os serviços de transporte de combustível, sendo um bem do imobilizado, Ativo Permanente. Logo, não é mercadoria para Revenda, pois tem seu objeto como revendedor de combustíveis e lubrificantes. O veículo está lançado e registrado na contabilidade como ativo fixo, no imobilizado.

Mostra a sua inconformação em relação à autuação sobre a aquisição do veículo, salienta que juntou prova de PRESCRIÇÃO (decorreu o prazo de 5 anos), pois houve a inércia do Estado, cita também o arts. 150 § 4º, 173 e 174 da Lei nº 5.172/66. Quanto à DECADÊNCIA - o prazo é contado da data do fato gerador – que ocorreu no dia 14/04/2006, e o prazo terminou no dia 14/04/2011 (**DOC 04**).

Transcreve e junta Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial de nº 1.127.224 – STJ, para consolidar e encerrar a nulidade dessa infração, com a exigência de recolher o diferencial de alíquota de Ativo Imobilizado, da aquisição de veículo caminhão. Informou, ainda, que de acordo com o Art 173 do CTN, especialmente no Parágrafo Único, fala da data do fato gerador e no recurso mencionado/transcrito é evidente o tempo da prescrição.

Lembra que o auditor lavrou o Auto de Infração em data de 30/09/2011, estando prescrito o direito de cobrança, pois conta 5 anos e mais 5 meses, ou seja, 5 anos e 150 dias. Assim, o Estado não tem o direito de cobrar a diferença na aquisição do bem veículo, que está contabilizado no Ativo Permanente, no seu Patrimônio.

Pede a Improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fl. 86, com relação às infrações 1 e 2, tendo o autuado apresentado a Nota Fiscal nº 84.493 - não relacionada por esta fiscalização nas entradas do contribuinte - comprovou a entrada de 5.000 l. de álcool hidratado. Deste modo, as duas infrações restam descharacterizadas, uma vez que a omissão de entrada apurada importava em 3.305,508 l. Nas infrações 3 e 4, também o contribuinte apresentou as Notas Fiscais nºs 75.891 e 84.494 (não relacionadas pela fiscalização) e comprovou a entrada de 15.000 l. de gasolina aditivada. Portanto, as duas infrações estão descharacterizadas, uma vez que a omissão de entrada apurada importava em 10.799,101 l.

Com relação à infração 5, a mantém integralmente, pois foi confessado pelo contribuinte que as mercadorias não se destinavam à revenda, e sim ao uso/consumo da própria empresa, sendo o veículo caminhão para transporte de combustível da própria empresa, cabendo desta forma a cobrança da diferença de alíquotas.

Com relação aos fatos geradores ocorridos em 2.006, o prazo limite para a constituição do Crédito Tributário encerraria-se em 1º de Janeiro de 2.012, logo a prescrição ou decadência não se caracteriza.

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração para exigir o valor de R\$9.236,75 referente à infração 5.

VOTO

Rejeito a arguição de decadência, com relação aos fatos geradores ocorridos em 2006, pois a contagem para o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores, com base na regra do art. 173, inciso I, do CTN.

Desta forma o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/09/2001, conforme regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (arts 107-A).

Ressalto que este tem sido o entendimento deste Conselho de Fazenda Estadual, até o presente momento.

No mérito, trata-se de fiscalização efetuada em contribuinte cuja atividade é o comércio varejista de combustíveis e lubrificantes, na qual revende mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Foi realizado o levantamento quantitativo de estoques, das mercadorias álcool combustível e gasolina aditivada, no exercício de 2007, do que resultaram as infrações de 1 a 4 deste Auto de Infração.

Saliente-se que a Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, deve ser aplicada na realização deste tipo de Auditoria. Reza esta Portaria que no caso de omissão de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque, ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, com multa de 70%, e o imposto devido 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 previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, com multa de 60%. (art. 10, I, “a”, “b” da mencionada Portaria).

O sujeito passivo em sua peça de defesa traz argumentos, no sentido de que o levantamento fiscal estava eivado de equívocos, tais como:

Quanto à questão do produto álcool combustível (infrações 1 e 2), argumenta que na própria planilha o autuante só contou e somou as Notas Fiscais até nº 84.368 no dia 27/12/2007, e de esqueceu de verificar no livro LMC que a escrituração está até dia 31/12/2007, por esse lapso foi apontado o erro de quantitativo.

Ao verificar a escrituração do livro de Entrada de Mercadoria e o LMC, constatou no dia 31/12/2007 o registro de entrada de Álcool de 5.000 l., conforme cópia do livro LMC e da Nota Fiscal nº 084.493, assim, observou que se a omissão é de 3.305,508 l. e a entrada é de 5.000 l. na nota fiscal mencionada, então, não há omissão, pois tem saldo de álcool, com isso, a Infração é nula (**DOC 01** - xerox da nota fiscal e registro do LMC).

No produto “Gasolina Aditivada” (infrações 3 e 4), examinou a documentação e na escrituração do livro de Entrada e no LMC, encontrou a Nota Fiscal de nº 075.891 de 03 de março de 2007, de GASOLINA ADITIVADA e não GASOLINA COMUM, como foi registrado pelo Auditor Fiscal, no total de 10.000 litros. Junta copia da nota fiscal e copia do LMC, assim, a diferença de 10.799,101 l. não existe.

No exame das peças elaboradas pela fiscalização, encontrou outra Nota Fiscal de nº 084.494 do dia 31/12/2007, também de GASOLINA ADITIVADA de 5.000 l., que está registrada no livro de LMC, conforme cópia da nota fiscal e do Livro LMC.

Lembra que o autuante lançou a última Nota Fiscal de nº 84.405, no seu relatório, não lançando mais nenhuma nota fiscal e esclarece que fez o resumo de entradas das notas que não foram somadas na fiscalização, fazendo, assim, uma conta-corrente de combustível GASOLINA ADITIVADA, conforme o quadro abaixo:

Registro de Nota Fiscal nº 075.891	10.000,000 l.
Registro de Nota Fiscal nº 084.494	<u>5.000,000 l.</u>
Soma Total	15.000,000 l.
Omissão de entrada pelo fiscal	10.799,101 l.
Saldo positivo de combustível	4.200,899 l.

Estas questões trazidas na defesa foram acatadas pelo autuante, após a verificação procedida quando da informação fiscal, momento em que reconheceu que as infrações não teriam sido cometidas, no que acompanho, em face dos documentos trazidos na defesa.

Infrações de 1 a 4, improcedentes.

A infração 5 refere-se à exigência do recolhimento de ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre materiais de uso e consumo, referente aos meses de janeiro, abril, maio, julho, agosto de 2006, e março julho e agosto de 2007, cuja multa encontra-se prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O demonstrativo da infração foi anexado na fl. 19 e as cópias das notas fiscais, fls. 36 a 48 do PAF.

Tendo em vista que o contribuinte negou o cometimento da infração sem trazer as comprovações de sua assertiva, fica mantida a infração em sua totalidade. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269275.0009/11-0, lavrado contra **JOSÉ CARLOS DOS SANTOS DE PAULO AFONSO (POSTO AVENIDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.236,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR