

A. I. N° - 269610.0061/11-0
AUTUADO - HONG KONG COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 25.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0105-02/12

EMENTA: ICMS. 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. Defesa comprovou equívocos cometidos pelo autuante, conforme revisão realizada por fiscal estranho ao feito. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2011, exige ICMS e aplicar multas no valor histórico de histórico de R\$117.985,73, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2006, 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$5.626,68.

INFRAÇÃO 02 – falta de recolhimento de 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 (ÁLCOOL) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2006, 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$1.783,10;

INFRAÇÃO 03 – falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (DIESEL) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$ 18.045,80.

INFRAÇÃO 04 – falta de recolhimento de 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 (DIESEL) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$ 5.352,91;

INFRAÇÃO 05 - falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2006, 2007 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$67.958,83;

INFRAÇÃO 06 - falta de recolhimento de 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 (GASOLINA) 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, exigindo ICMS no valor de R\$19.218,41.

O autuado apresentou defesa, fls. 482 a 486, frisando que o auditor fiscal anexou ao auto de infração demonstrativos onde constam os números das omissões em litros, numerando as supostas infrações como números 1 – notas fiscais recebidas, mas não lançadas nos LMC's e 2 – notas fiscais lançadas nos LMC's, mas não recebidas.

Em relação as Notas fiscais recebidas, mas não lançadas nos LMC'S, aduz que a alegação do Auditor não conduz a verdade material dos fatos, pois, facilmente verificar-se-á que todas as notas fiscais alegadas como não lançadas nos LMC'S, estão devidamente escrituradas, conforme farta documentação anexada à peça defensiva, dessa forma relacionou abaixo os lançamentos nos livros correspondentes:

Álcool:

Nota fiscal nº 14559, lançada no dia 03/08/2009, livro 08;
Nota fiscal nº 02432, lançada no dia 29/03/2010, livro 10.

Diesel:

Nota fiscal nº 49538, lançada no dia 12/12/2006, livro 04;
Nota fiscal nº 54046, lançada no dia 05/05/2007, livro 04;
Nota fiscal nº 07341, lançada no dia 24/08/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 08061, lançada no dia 11/09/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 12182, lançada no dia 21/12/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 44163, lançada no dia 01/10/2010, livro 11;
Nota fiscal nº 52489, lançada no dia 20/02/2010, livro 11.

Gasolina:

Nota fiscal nº 39384, lançada no dia 08/02/2006, livro 02;
Nota fiscal nº 40310, lançada no dia 08/03/2006, livro 02;
Nota fiscal nº 41570, lançada no dia 17/04/2006, livro 02;
Nota fiscal nº 43996, lançada no dia 03/07/2006, livro 03;
Nota fiscal nº 44116, lançada no dia 06/07/2006, livro 03;
Nota fiscal nº 44236, lançada no dia 11/07/2006, livro 03;
Nota fiscal nº 45572, lançada no dia 19/08/2006, livro 03;
Nota fiscal nº 50917, lançada no dia 19/01/2007, livro 04;
Nota fiscal nº 08061, lançada no dia 11/09/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 11690, lançada no dia 10/12/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 12376, lançada no dia 26/12/2007, livro 05;
Nota fiscal nº 13726, lançada no dia 28/01/2008, livro 06;
Nota fiscal nº 50382, lançada no dia 05/07/2008, livro 06;

Nota fiscal nº 55861, lançada no dia 26/12/2008, livro 07;
Nota fiscal nº 05994, lançada no dia 06/01/2009, livro 07;
Nota fiscal nº 12698, lançada no dia 25/03/2009, livro 08;
Nota fiscal nº 13461, lançada no dia 16/04/2009, livro 08;
Nota fiscal nº 14689, lançada no dia 22/05/2009, livro 08;
Nota fiscal nº 10161, lançada no dia 13/07/2009, livro 08;
Nota fiscal nº 21017, lançada no dia 24/12/2009, livro 09;
Nota fiscal nº 24334, lançada no dia 12/02/2010, livro 09;
Nota fiscal nº 25323, lançada no dia 26/02/2010, livro 09;
Nota fiscal nº 25779, lançada no dia 03/03/2010, livro 09;
Nota fiscal nº 29415, lançada no dia 14/04/2010, livro 10;
Nota fiscal nº 32364, lançada no dia 18/05/2010, livro 10;

Quanto as notas fiscais lançadas nos LMC'S, mas não recebidas, aduz que para estabelecer a veracidade da alegada infração, vai dividi-la em duas etapas: na primeira, apresenta relação e cópias das notas fiscais como não recebidas e na segunda, relação das notas fiscais que sequer constam dos livros:

1ª - Notas fiscais anexas:

Hora Distribuidora - nota fiscal 49312 emitida em 05/12/2006;
Alesat Combustíveis – nota fiscal 12376 emitida em 26/12/2007;
Camacuã Transportes de Petróleo - nota fiscal 12046 emitida em 06/02/2008;
Alesat Combustíveis - nota fiscal 1885 emitida em 23/05/2008;
PetroSerra - nota fiscal 51818 emitida em 19/08/2008;
PetroSerra – nota fiscal 52101 emitida em 26/08/2008;
Larco – nota fiscal 17827 emitida em 09/11/2009;
Larco – nota fiscal 43460 emitida em 24/09/2010;
Larco – nota fiscal 45105 emitida em 11/10/2010.

Relativamente as Notas fiscais que o auditor alega constarem como lançadas nos LMC'S, contudo verificou os livros e confirmou que elas não constam nos livros de Registro de Entradas de Mercadorias assim como nos LMC's, quais sejam: Notas Fiscais conforme demonstrativos anexados ao AI: 43778; 46616; 56985 e 2765.

Argumenta que o fiscal atribui, equivocadamente, ao contribuinte, a prática de infrações “Omissão de entradas de mercadorias”. Ficando amplamente provado, que tal imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF Decreto nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, e 18, inciso IV, alínea “a”. Por fim como se vê, contrariando uma vez mais os princípios que regem os atos administrativos, a saber, o princípio da segurança jurídica e da moralidade, dentre outros, o Fiscal, vendo-se impossibilitado de proceder a uma adequada averiguação dos fatos, lavra um auto de infração totalmente destituído de elementos comprobatórios, invertendo o ônus da prova para o Contribuinte que se vê obrigado a fazer prova do que não fez.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 568 e 569, o auditor designado ressalta em relação às infrações 01, 03 e 05 e 02, 04 e 06, após verificação, constatou que as notas fiscais relacionadas pelo autuante como notas fiscais recebidas, mas não lançadas nos LMC's, estão todas lançadas nos LMC's do autuado, conforme cópias dos LMC's, anexados aos autos e que as notas fiscais lançadas nos LMC's mas não recebidas, estão todas as cópias destas notas fiscais anexadas aos autos.

Salienta que em razão dos fatos, foram refeitos os demonstrativos das infrações de 01 a 06 dos produtos Álcool, Diesel e Gasolina considerando o lançamento das notas fiscais de entrada dos produtos Álcool, Diesel e Gasolina, conforme demonstrativo anexado aos autos, que não foram consideradas pelo autuante, passando assim os novos valores das infrações para:

Infração 01- 04.05.08 no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 973,92 para R\$504,62; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 3.005,34 para R\$ 2.136,66 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 1.608,15 para R\$ 1.172,10 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Infração 02 04.05.09 no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 308,64 para R\$159,91; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 952,39 para R\$ 677,11 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 509,62 para R\$ 371,44 conforme demonstrativos anexados aos autos.

Infração 03- 04.05.08 no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$8.093,71 para R\$4.169,74 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$5.436,50 para R\$0,00 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Infração 04- 04.05.09 no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$2.253,29 para R\$1.160,86 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$1.728,26 para R\$ 0,00.

Infração 05- 04.05.08 no exercício de 2006 passando o valor da infração de R\$ 3.479,80 para R\$ 0,00; no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$ 14.773,55 para R\$ 9.043,85; no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 13.042,78 para R\$ 5.600,48; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 19.086,62 para R\$ 3.041,93 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 17.576,08 para R\$ 734,24 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Infração 06- 04.05.09 no exercício de 2006 passando o valor da infração de R\$972,95 para R\$ 0,00; no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$3.502,81 para R\$ 5.899,30; no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 3.868,49 para R\$3.653,19; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$5.661,09 para R\$ 1.984,25 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 5.213,07 para R\$478,95 conforme demonstrativo anexado aos autos.

O autuado, fls. 575 a 578, recebeu cópia dos novos levantamentos fiscais, constando a revisão realizada por fiscal estranho ao feito, sento intimado para se manifestar. Porém, silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 06 (seis) infrações.

Nas infrações 01, 03 e 05 é imputado ao sujeito passivo falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL, DIESEL E GASOLINA) 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 estoques por espécie de mercadorias.

Por sua vez, nas infrações 02, 04 e 06 é imputado ao sujeito passivo falta de recolhimento de 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 (ÁLCOOL, DIESEL E GASOLINA) 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 estoques por espécie de mercadorias.

Em sua defesa o autuado apontou diversos equívocos cometidos pelo autuante, apresentando levantamento por produto, acostando cópia de livros e documentos fiscais às folhas 491 a 561, objetivando comprovar suas alegações.

Auditor estranho ao feito analisou os documentos apresentados pela defesa e revisou os levantamentos fiscais, reduzindo o valor autuado, conforme novos demonstrativos acostado às ACÓRDÃO JJF N° 0105-02/12

folhas 570 a 572, o qual acolho integralmente, uma vez que restou comprovado, mediante cópia de livro e notas fiscais, os equívocos da ação fiscal, passando assim os novos valores das infrações, conforme abaixo:

Infração 01- 04.05.08 no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 973,92 para R\$504,62; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 3.005,34 para R\$ 2.136,66 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 1.608,15 para R\$ 1.172,10 conforme demonstrativo anexado aos autos. Infração 02 04.05.09 no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 308,64 para R\$ 159,91; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 952,39 para R\$ 677,11 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 509,62 para R\$ 371,44 conforme demonstrativos anexados aos autos.

Infração 03- 04.05.08 no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$8.093,71 para R\$4.169,74 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$5.436,50 para R\$ 0,00 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Infração 04- 04.05.09 no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$ 2.253,29 para R\$1.160,86 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 1.728,26 para R\$ 0,00.

Infração 05- 04.05.08 no exercício de 2006 passando o valor da infração de R\$ 3.479,80 para R\$0,00; no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$ 14.773,55 para R\$ 9.043,85; no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 13.042,78 para R\$ 5.600,48; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 19.086,62 para R\$ 3.041,93 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 17.576,08 para R\$ 734,24 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Infração 06- 04.05.09 no exercício de 2006 passando o valor da infração de R\$ 972,95 para R\$ 0,00; no exercício de 2007 passando o valor da infração de R\$ 3.502,81 para R\$ 5.899,30; no exercício de 2008 passando o valor da infração de R\$ 3.868,49 para R\$ 3.653,19; no exercício de 2009 passando o valor da infração de R\$ 5.661,09 para R\$ 1.984,25 e no exercício de 2010 passando o valor da infração de R\$ 5.213,07 para R\$ 478,95 conforme demonstrativo anexado aos autos.

Ademais, devo ressaltar que, diante diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140. do RPAF/99, o qual determina que *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$40.788,63.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0061/11-0**, lavrado contra **HONG KONG COMERCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.788,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.385,01 e de 70% sobre R\$24.497,28, e de 100% sobre R\$1.906,34 previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR