

A. I. N° - 022073.0085/10-1
AUTUADO - D & B COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - DANIEL ANTÔNIO DE JESUS QUERINO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06.11.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0211-04/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE DOCUMENTO DIVERSO DO EXIGIDO NA LEGISLAÇÃO. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem operações ou prestações a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% sobre o valor da operação. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de redução ou dispensa de multa. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OMISSÃO DE ENTRADA. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Comprovadas nos autos aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Nesse caso, o adquirente responde pelo imposto devido por quem lhe vendeu de forma irregular, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), bem como o imposto antecipado em face do enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária. Efetuadas correções no levantamento quantitativo. Infrações subsistentes em parte. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO DOCUMENTOS FISCAIS E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/06/2012, exige ICMS no valor de R\$ 60.487,83 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 7.303,69, em decorrência das seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

Infração 1 - Emissão de documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 7.303,69. Consta que a empresa usuária de ECF (equipamento emissor de documento fiscal) utilizou nota fiscal de venda a consumidor, sem razão que justificasse tal procedimento.

Infração 2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido produtos de terceiro desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente,

sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas à substituição tributária, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2007, 2008, 2009 e 2010). Foi lançado ICMS no valor de R\$ 46.542,73, mais multa de 70% e 100%, conforme a data de ocorrência dos fatos geradores.

Infração 3 - Falta de recolhimento do imposto devido 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 a título de crédito, por ter adquirido produtos de terceiro desacompanhados de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas à substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2007, 2008, 2009 e 2010). Foi lançado ICMS no valor de R\$ 13.824,51, acrescido de multa de 60%.

Infração 4 – Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS). Foi lançado imposto no valor de R\$ 120,59, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 161 a 166) e, após efetuar uma síntese dos fatos, impugna as infrações 1, 2 e 3 conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, inicialmente, salienta que não agiu de forma dolosa ou fraudulenta, pois o imposto já tinha sido recolhido por substituição tributária.

Afirma que muitos clientes, por desconhecerem que os cupons fiscais servem para comprovar as despesas realizadas, pedem a nota fiscal. Diz que os frentistas, para evitar conflitos, emitiam as notas fiscais, considerando que o imposto já tinha sido pago e, portanto, não havia qualquer sonegação. Destaca que o erro foi não ter retido os cupons fiscais, para anexá-los às notas fiscais fixas do talão, como diz fazer atualmente.

Quanto aos levantamentos quantitativos de estoques (infrações 2 e 3), afirma que a auditoria apresenta falhas gritantes, pois o autuante deixou de observar regras básicas, inclusive o contido no art. 3º, I, da Portaria 445/98.

Referindo-se ao exercício de 2007, pede que a exigência fiscal seja julgada inconsistente e anulada conforme os argumentos defensivos apresentados a seguir.

- Diz que o autuante, na descrição dos fatos, deixou de mencionar a omissão de 51 litros de gasolina aditivada, incluindo, porém, na apuração do débito.

- Afirma que não há como se caracterizar como omissões de entradas quantidades tão reduzidas de combustíveis num levantamento anual, onde se registram entradas e saídas em milhares de litros. Menciona que essas diferenças podem ser decorrentes de falhas cometidas por funcionários seus no transporte de saldos ou na transcrição de números, erros que diz também terem sido cometidos pelo próprio autuante, como sustenta que mostrará em sua peça defensiva. Aduz que os combustíveis são mercadorias especiais, sendo a sua comercialização realizada de forma diferenciada, com controles rígidos no recolhimento do imposto na fonte. Frisa que somente comercializa com a Shell Brasil, não havendo possibilidade de efetuar compras fora, uma vez que possui contrato de fidelidade com essa referida empresa.

Quanto ao exercício de 2008, diz que o autuante deixou de incluir no levantamento das entradas (fl. 35) 10.000 litros de gasolina comum, conforme a Nota Fiscal nº 28.752, de 20/11/08, devidamente lançado no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), tudo conforme o Anexo II da defesa (fls. 173 a 175).

No que tange ao exercício de 2009, salienta que não foi incluída no levantamento das entradas a Nota Fiscal nº 36.261, de 03/02/09, devidamente lançada no LMC, referente a 5.000 litros de álcool aditivado e 5.000 litros de óleo diesel aditivado, conforme o Anexo III da defesa (fls. 177 a 180). Acrescenta que também deveria ser considerada a insignificância das diferenças apuradas como já foi explicado em relação ao exercício de 2007.

Relativamente ao exercício de 2010, afirma que o autuante cometeu os seguintes equívocos:

- deixou de considerar a aquisição de 5.000 litros de gasolina comum, referente à Nota Fiscal nº 82.171, de 02/03/10, lançada no LMC, tudo conforme Anexo IV da defesa (fls. 181 a 184);
- deixou de computar a entrada de 15.000 litros de gasolina comum, atinente à Nota Fiscal nº 114.012, de 12/11/10, devidamente lançado no LMC, conforme o Anexo V da defesa (fls. 185 a 188);
- não considerou a entrada de 5.000 litros de gasolina aditivada, constante na Nota Fiscal nº 82.171, de 02/03/10, devidamente lançada no LMC, conforme o Anexo VI da defesa (fls. 189 a 193);
- no levantamento das saídas de óleo diesel aditivado, lançou equivocadamente a quantidade de 228.087 litros, quando o correto era 222.087 litros, conforme o Anexo VII da defesa (fls. 194 e 195).
- diz que o autuante deveria também considerar a insignificância das omissões, conforme já foi demonstrado em relação ao exercício de 2007.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja corrigido, eliminando-se os exageros cometidos quanto à infração 1 e julgando improcedente o levantamento quantitativo de estoques. Também solicita que a multa indicada na infração 1 seja reduzida ou cancelada.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 198 e 199) e, referindo-se à infração 1 limita-se a afirmar que a acusação trata de descumprimento de obrigação acessória.

No que tange aos levantamentos quantitativos, diz que, em relação ao exercício de 2007, o autuado não apresentou notas fiscais. Quanto ao exercício de 2008, repisa que a cópia da nota fiscal apresentada não está autenticada e, caso seja aceita, remanesce omissão de entrada de 16.728 litros de gasolina comum e de 2.797 litros de gasolina aditivada. Relativamente ao exercício de 2009, reitera que as cópias da nota fiscal e do LMC apresentados não estão autenticadas. No que tange ao exercício de 2010, repete que as cópias das notas fiscais e dos LMCs apresentados não estão autenticadas.

Quanto à infração 4, diz que o autuado não se pronunciou.

Ao finalizar, o autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, fls. 203 e 204, para que o autuado fosse intimado a apresentar LMC do período fiscalizado, que fosse verificada a autenticidade das notas fiscais citadas na defesa e efetuadas as devidas correções nos levantamentos quantitativos.

A diligência foi cumprida conforme o Parecer ASTEC Nº 49/2013, acostado às fls. 206 a 211. Segundo esse parecer, o autuado apresentou a documentação comprobatória dos argumentos trazidos na defesa (fls. 212 a 227). Com base nessa documentação, efetuou as retificações dos levantamentos quantitativos de estoques, conforme tabelas apresentadas às fls. 207 a 210.

Quanto à infração 1, a parecerista afirma que:

- exercício de 2007: não houve alteração nos valores apurados pelo autuante;
- exercício de 2008: restou comprovada a entrada de 10.000 litros de gasolina comum, referente à Nota Fiscal nº 28.752, o que reduziu a base de cálculo da omissão de entrada desse combustível de R\$ 57.999,76 para R\$ 36.299,76, mantendo-se inalterados os demais valores;
- exercício de 2009: restou provada a não inclusão no levantamento da Nota Fiscal nº 36.261 com 5.000 litros de álcool e 5.000 litros de óleo diesel aditivado. Após essa retificação, os valores das bases de cálculo das omissões de entradas de álcool e diesel passaram de R\$ 7.252,90 e R\$ 8.301,66 para, respectivamente, R\$ 2,90 e R\$ 1,66;
- exercício de 2010: ficou comprovado que o autuante deixou de computar a entrada de 20.000 litros de gasolina comum, de 5.000 litros de gasolina aditivada e de 10.000 litros de álcool, bem como ficou provado o equívoco apontado na defesa quanto às saídas de óleo diesel aditivado. Diz que, após as devidas correções, os valores das bases de cálculo das omissões de entradas de

gasolina aditivada, álcool e óleo diesel aditivado passaram de R\$ 30.069,99, R\$ 20.816,40 e R\$ 1.135,44 para R\$ 18.619,99, R\$ 5.616,40 e R\$ 1.135,44, respectivamente.

No que tange à infração 3, a parecerista apresenta tabelas com os valores do ICMS devido por antecipação tributária, sendo:

- exercício de 2007: não houve mudanças nos valores originalmente lançados;
- exercício de 2008: um débito total de R\$ 2.271,98;
- exercício de 2009: um débito total de R\$ 49,75;
- exercício de 2010: um débito total de R\$ 1.256,05.

Ao concluir seu parecer, foram elaborados demonstrativos de débitos para as infrações 2 e 3, nos valores de, respectivamente, R\$ 19.640,76 e R\$ 4.012,87.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronunciou, fls. 237 a 239, afirmando que discorda em parte da diligência realizada pelos motivos relatados a seguir.

Diz que não entende o porquê de não se retirar as omissões de entradas de combustíveis referentes a quantidades irrigórias, as quais não representam omissões verdadeiras. Cita as omissões consideradas irrigórias, bem como transcreve trecho da defesa sobre essas omissões.

Salienta que o autuante na informação fiscal não buscou a verdade dos argumentos trazidos na defesa, o que diz tornar o levantamento ineficaz e tendencioso.

Sustenta que, quanto ao exercício de 2010, apesar de a diligenciadora ter considerado as notas fiscais apresentadas, deixou de considerar outros erros cometidos, os quais praticamente zerariam as omissões. Diz que, como prova dessa alegação, elaborou o demonstrativo de fls. 240 a 242, levando em conta os registros constantes nos seus LMCs.

Ao finalizar, solicita que as suas razões sejam acatadas e que a infração 1 seja anulada ou reduzida a multa aplicada.

Na sessão de julgamento, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 280, para que fosse refeita a apuração do valor devido na infração 3, tendo em vista equívocos observados pelos julgadores.

A diligência foi cumprida conforme o Parecer ASTEC Nº 66/2014 (fls. 285 e 286). Consoante esse parecer, foi feita nova apuração do valor devido na infração 3, tendo o débito apurado na diligência anterior passado de R\$ 4.012,87 para R\$ 5.835,91.

Notificado acerca do resultado da última diligência, o autuado se pronunciou à fl. 293 afirmando que foram mantidas omissões de entradas irrigórias, as quais não deveriam ser mantidas, conforme já explicado na defesa. Reitera os termos da defesa e do resultado da segunda diligência.

O autuante foi notificado do resultado da diligência, fl. 299, porém se limitou a informar que estava ciente.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, as fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico. Não se observa nos autos qualquer erro ou vício especificado no artigo 18, do RPAF/99, que enseje a decretação da nulidade do Auto de Infração em comento.

Quanto à infração 1 - emissão de nota fiscal em lugar de cupom fiscal -, constato que a inobservância da obrigação tributária acessória está devidamente comprovada pelas fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos. Saliento que o autuado em sua defesa não nega o cometimento do ilícito fiscal.

Afirma o autuado que não agiu de forma dolosa ou fraudulenta e que não teve a intenção de deixar de pagar imposto. Esse argumento defensivo não é capaz de elidir a infração apurada, pois, nos termos do artigo 136 do Código Tributário Nacional, *a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.*

O autuado sustenta que o imposto já tinha sido recolhido por substituição tributária, porém a inobservância da obrigação tributária acessória em tela independe do recolhimento do imposto. Ademais, não se pode olvidar que conforme a cláusula terceira do Contrato Social do autuado, incluem-se dentre o objeto social da empresa o comércio de “produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, loja de conveniência e prestações de serviços ...”. Corroborando esse fato, observo que as Notas Fiscais nºs 3900 e 3236 (fls. 86 e 87) são referentes a vendas de panetones e de estopas.

O fato de os clientes solicitarem a emissão de nota fiscal não justifica o procedimento adotado pelo autuado e, portanto, não se mostra capaz de descaracterizar a infração apurada.

No que tange ao pedido para a redução ou dispensa da multa, não vejo como atender o pleito defensivo, uma vez que o procedimento irregular do autuado ocasionou prejuízo operacional à fiscalização e, além disso, não vislumbro como se afirmar que esse procedimento não tenha ensejado falta de recolhimento de imposto, especialmente quando se observa que no mesmo período foram apuradas as infrações 2 e 3.

Em face ao acima exposto, a infração 1 subsiste integralmente.

Conforme já relatado, as infrações 2 e 3 tratam de levantamento quantitativo de estoques de gasolina comum, gasolina aditivada, álcool e diesel.

No que tange à **infração 2**, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS devido na condição de responsável solidário, o autuado apontou equívocos referentes a notas fiscais de entradas não incluídas no levantamento quantitativo, à **nota fiscal de entrada computada** de forma equivocada e a operações de saídas consideradas erroneamente. Como prova desses equívocos, o autuado acostou ao processo fotocópia de livros e documentos fiscais.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em **diligências** à ASTEC do CONSEF. A diligenciadora da ASTEC, após verificar a documentação probante apresentada pelo autuado no atendimento da diligência, constatou a veracidade dos equívocos apontados na defesa e efetuou as correções pertinentes, o que reduziu o valor devido na infração 2 para R\$ 19.640,78, conforme demonstrativo à fl. 210.

Acolho as correções efetuadas pela ASTEC do CONSEF, pois estão em conformidade com os documentos fiscais acostados ao processo.

Apesar de acatar as correções efetuadas pela diligenciadora da ASTEC, o autuado afirma que ainda persistiam equívocos no levantamento quantitativo referente ao exercício de 2010 e, como prova, apresentou os demonstrativos de fls. 240 a 242.

Examinando o demonstrativo das entradas (fl. 240), verifico que o autuado apresenta quantidades mensais, porém não indica quais notas fiscais foram consideradas e nem os equívocos que entende presente no demonstrativo elaborado pelo autuado e retificado pela diligenciadora da ASTEC.

Quanto ao demonstrativo de fl. 241, de pronto observo que são apontadas diferenças apenas em relação aos produtos gasolina aditivada e óleo diesel. Aprofundando a observação, constato que a quantidade de saída de óleo diesel aditivado apurada pelo autuado (222.087 litros) está de acordo com a considerada pela ASTEC (222.087 litros – ver fl. 209).

Todavia, constato que em relação ao produto gasolina aditivada assiste razão ao autuado, pois o valor correto de abertura do “bico 11” é de 19.525,50 litros (fls. 241 e 135) e, no entanto, o autuante considerou como sendo 11.525 litros (fl. 72). Esse equívoco do autuante não foi retificado pela diligenciadora da ASTEC do CONSEF, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 209.

Dessa forma, a quantidade correta das “S C/NF” (saídas com documento fiscal) do produto gasolina aditivada no exercício de 2010 totalizou 243.289,48 litros, conforme demonstrado à fl. 241. Assim, a base de cálculo da omissão de entrada desse produto passa de R\$ 18.619,99 (fl. 209) para R\$ 298,80 (fl. 242) e, em consequência, o ICMS devido passa de R\$ 5.027,40 para R\$ 80,67.

Em face ao acima exposto, do valor apurado pela ASTEC do CONSEF, no montante de R\$ 19.640,76 (fl. 210), retifico a parcela referente à data de ocorrência 31/12/10, no valor de R\$ 5.027,40, para R\$ 80,67. Em consequência, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 14.694,05.

Relativamente à **infração 3**, a qual decorrente do mesmo levantamento quantitativo de estoque tratado na infração anterior, as correções apontadas na defesa já foram retificadas pela diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, pelo que ficam mantidas. Os equívocos indicados nos demonstrativos de fls. 240 a 242 já foram analisados, sendo acolhido apenas quanto ao produto gasolina aditivada.

Uma vez apurada omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o adquirente responde pelo imposto devido por quem lhe vendeu de forma irregular, sem prova de que o tributo foi pago por responsabilidade solidária (infração 2), bem como o imposto antecipado em face do enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária (infração 3).

Em consequência da correção atinente ao produto gasolina aditivada no exercício de 2010, do valor apurado pela ASTEC do CONSEF, no montante de R\$ 5.835,91 (fl. 286), retifico a parcela referente à data de ocorrência de 31/12/10, no valor de R\$ 1.491,13, para R\$ 24,19, conforme demonstrado a seguir:

Nome do Produto	Omissão	MVA	Valor MVA	BC ST	Alíq.	ICMS ST	ICMS	ICMS ST
Gasolina Aditivada	298,80	29,99%	89,61	388,41	27%	104,86	80,67	24,19

Em consequência, a infração 3 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 4.368,97.

Ressalto que o argumento defensivo atinente ao pequeno valor das omissões remanescentes não se mostra capaz de elidir as infrações, pois a atividade do lançamento tributário de ofício é vinculada, sendo indisponível o crédito tributário.

Em relação à infração 4, o autuado não se defendeu. Dessa forma, não há lide quanto a esse item do lançamento e, assim, com fulcro no art. 140 do RPAF/99, a infração em comento é procedente.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, para julgar as infrações 1 e 4 procedentes e as infrações 2 e 3 procedentes em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022073.0085/10-1**, lavrado contra **D & B COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 19.183,61**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 13.261,98, 100% sobre R\$ 1.432,07 e de 60% sobre R\$ 4.489,56, previstas no art. 42, III e II, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 7.303,69**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – JULGADOR