

A. I. Nº - 300200.0001/03-4

AUTUADO - HORIZONTE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.

AUTUANTES - SANDRA MARIA SOUZA COTRIM, JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU e RAUL DA COSTA VITORIA NETO

ORIGEM - INFAS BONOCÔ

INTERNET - 30. 12. 2003

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0524-04/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2003, exige ICMS no valor de R\$176.822,49, além de multa no valor de R\$ 40,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 40,00, em decorrência de realização de operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, relativos ao ano de 2001.
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$109.000,69, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo aos anos de 2000 e 2001.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$67.821,80, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativos ao ano de 2000 e 2001.

O autuado, às fls. 173 a 176, impugnou o lançamento tributário alegando que o combustível álcool é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora.

Diz que somente foram consideradas as saídas com notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e nem as “pequenas notas retiradas”, tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo-se falta de recolhimento.

Aduz que a lavratura do Auto de Infração foi inconseqüente e houve omissão de notas fiscais no levantamento, bem como desconsiderou que os combustíveis comercializados têm características de volatilização (0,6%).

Sustenta que a empresa não tem condição de detectar o problema com a distribuidora, cabendo ao Estado identificar e cobrar das distribuidoras que não tenham recolhido os tributos.

Diz que a lavratura do Auto de Infração contra a empresa é um ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, citando dispositivos do CTN, CF, para embasar seu argumento.

Às fls. 174 a 175 do PAF, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Aduz que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação, acaso não for considerado improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa aplicada.

Os autuantes, às folhas 186 a 187, ao prestar a sua informação fiscal diz que a simples alegação da autuada de que adquire combustíveis com o imposto incluído na nota fiscal, e que se proventura o imposto não tenha sido recolhido a responsabilidade é da distribuidora, não deve prevalecer, pois ao dar entrada de mercadoria em seu estoque, desacompanhada da documentação fiscal correspondente, o posto de combustíveis torna-se o responsável pelo imposto daquele produto.

Argumentam que no presente caso, a autuação ocorreu por falta de documentos fiscais para acobertar a entrada de mercadorias. Aduzem que só se considera que o ICMS foi devidamente recolhido por antecipação, quando a aquisição se der através de nota fiscal regularmente emitida.

Ressaltam que o autuado adquiriu combustíveis desacompanhados de nota fiscal e apesar de devidamente intimado, folhas 10 e 11, para apresentação dos documentos fiscais dos produtos ali descritos, com o tipo do combustível, quantidade e data da entrada, não os apresentou, caracterizando a inexistência de tais documentos fiscais.

Salientam que o livro Registro de Entrada da empresa autuada, folhas 142 a 167, não registra as notas fiscais relativas às mercadorias objeto da intimação fiscal acima mencionada. Afirma que o número das notas fiscais lançadas no LMC e não apresentadas, são números fictícios e muitos deles coincidem com a própria data, conforme consta na intimação fiscal, fls. 10 e 11.

Esclarecem que, quanto a alegação de que existe Portaria reguladora das evaporação (0,6%), as perdas já foram registradas no LMC, a cada aferição realizada pelo posto.

Ao finalizar, opina pela manutenção da ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança do imposto, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Da análise das peças que compõem o presente PAF, constato que os auditores fiscais utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apuraram omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (Infração 01); falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 2), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 3).

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora. Ocorre que, ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o autuado torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que somente foram consideradas as saídas com notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e nem as “pequenas notas retiradas”, pois ao analisar o levantamento das saídas, folhas 35 a 38, constatei que o mesmo foi realizado com base nos valores lançados pelo próprio contribuinte no livro LMC.

Em relação ao argumento de confisco, entendo que o mesmo não pode ser acatado, uma vez que a ação fiscal foi realizada em conformidade com a legislação vigente, inclusive em relação as multas aplicadas (infração 01) e a Portaria nº 445/98, a qual regulamenta os procedimento que devem ser observados pelos auditores ao realizar a Auditoria de Estoque.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercícios de 2000 e 2001 (infrações 02 e 03) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do 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, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Quanto à Infração 01, a mesma Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento dos auditores autuante, estando caracterizada as infrações 1, 2 e 3.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300200.0001/03-4, lavrado contra **HORIZONTE COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$176.822,49**, acrescido das multas de 70% sobre R\$109.000,69 e de 60% sobre R\$67.821,80, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além da multa no valor **R\$ 40,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de dezembro de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR