

PROCESSO - A.I. Nº 271351.0008/03-5
RECORRENTE - AUTO POSTO NOVA CANÃA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF Nº 0469/01-03
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09.03.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0016-12/04

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Rejeitadas as arguições de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 26/08/03, para cobrar ICMS no valor de R\$5.118,33 acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2002) - R\$2.014,46;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de Registro de Entradas de Mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício de 2002) – R\$638,38;
3. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício aberto de 01/01/03 a 05/08/03) - R\$1.872,19;
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de Registro de Entradas de Mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício aberto de 01/01/03 a 05/08/03) – R\$593,30.

O autuado entendeu nulo o Auto de Infração por claro cerceamento do seu pleno direito de defesa, uma vez que a fiscalização somente utilizou, na ação fiscal, o livro Registro de Combustíveis – LMC, desprezando os dados registrados nos livros de Inventário, de Entradas e de Saídas em confronto com os respectivos documentos fiscais. Neste contexto, afirmou que o LMC não tinha o condão de provar as infrações. Além do mais, não foram apensadas aos autos as notas fiscais de entradas e saídas, sendo que destas últimas nem constavam seus números. Disse sabedor do direito do Fisco estadual de proceder à devida fiscalização, porém também é sabedor do seu direito de conhecer todos os passos desse procedimento.

Continuando, requereu ainda a nulidade da ação fiscal por ilegitimidade passiva, uma vez que a responsabilidade do pagamento do imposto sobre os derivados de petróleo e álcool é dos distribuidores do produto e não do posto de combustível. Para corroborar este entendimento trouxe à lide decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

No mérito afirmou que jamais adquiriu nem vendeu o álcool hidratado desacobertado de notas fiscais. Além do mais, a mercadoria tem o imposto retido na fonte pelos seus distribuidores e fornecedores, o que tornava ilegal o débito ora apurado.

Entendeu inverossímil que o Fisco estadual, na era de informática e sendo o combustível taxado com uma exorbitante alíquota de 27%, não tivesse controle de suas entradas e distribuição neste Estado. Assim, disse, impossível comprar combustível sem nota fiscal e acreditar que o Fisco não estava cobrando em duplidade o imposto que era devido.

Voltou a afirmar que o Fisco não poderia presumir fato gerador do ICMS apenas através do LMC e, mais uma vez, requereu a nulidade do Auto de Infração.

O autuante prestou informação (fls. 86/87), ressaltando que quanto às notas fiscais de entradas, todas estão discriminadas nos demonstrativos realizados. Em relação às saídas, estas foram apuradas através dos encerrantes do bico da bomba, informadas pelo próprio autuado no LMC.

Entendeu não ter havido qualquer inobservância aos preceitos legais uma vez que o contribuinte foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais e foram observados os critérios para apuração do preço médio.

No mérito, trazendo à lide as determinações da Portaria nº 445/98, requereu a procedência total da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Antes de adentrar no mérito da autuação, me pronuncio a respeito das argüições de nulidade apresentadas pelo impugnante.

Não posso aceitar a alegação de cerceamento de defesa levantada. Observo que o autuado é obrigado, pela legislação tributária do ICMS, a possuir e escriturar o livro Registro de Combustíveis - LMC (art. 314, V, do RICMS/97). Este livro, obrigatoriamente, deve ser escriturado com os volumes diários vendidos, ou seja, diariamente devem ser informados as aberturas e fechamentos de cada bomba. Além do mais e para corroborar esta posição, a própria ANP determina claramente na Portaria nº 116 de 05/07/00, no seu art. 10, XII e XIII, que o revendedor varejista (caso do autuado) é obrigado a manter em perfeito estado de funcionamento e conservação os medidores e tanques de armazenamento de sua propriedade e de terceiros, cuja

manutenção seja de sua responsabilidade, e notificar o distribuidor proprietário dos equipamentos a necessidade de manutenção dos mesmos. Indo adiante, a Portaria DNC nº 26, de 16/11/92, também exige que todas as ocorrências devam ser registradas no citado livro, inclusive a modificação do método de medição dos tangues. Assim, os encerrantes retratam fielmente as saídas diárias de combustível em um posto de combustível, consignadas em suas bombas. Estas quantidades somente poderiam ser desconstituídas através de fatos alheios à vontade do contribuinte (por exemplo, pane no equipamento) em que ficasse consignada, nos autos, a prova material do ocorrido. Pelo exposto, as quantidades das vendas efetuadas e escrituradas no LCM são as corretas e espelham as quantidades que devem estar registradas nas notas fiscais de saídas. Igualmente, as quantidades do produto em estoque neste livro informadas são as mesmas constantes do livro Registro de Inventário. Havendo divergências, o LMC, como utilizado, é o que prevalece já que pela legislação tributária do ICMS, obrigado estar o contribuinte a possuí-lo e escriturá-lo. Sendo assim, não se podem desconsiderar estas quantidades registradas. Ressalto, por fim, que nas quantidades do produto levantadas foram utilizados estritamente os dados escriturados pelo próprio autuado, ou seja, quem os determinou foi a própria empresa, não se podendo, agora, se falar em cerceamento de direito de defesa.

Da mesma maneira, em relação ao questionamento de que não foram apensadas aos autos cópias das notas fiscais, entendo sem pertinência a alegação uma vez que documentos pertencem ao sujeito passivo, que foram entregues à fiscalização e após, devolvidos. Ou seja, os documentos se encontram em suas mãos. Quanto à falta de indicação dos números das notas fiscais de saídas, estas não foram, como já exposto, utilizadas e sim o LMC, que, volto a frisar, espelha com fidelidade as vendas da mercadoria.

Concordo com o impugnante quanto ao regime de tributação do álcool etílico hidratado carburante, ou seja, encontra-se submetido ao regime da substituição tributária e o pagamento do imposto deve ser realizado por antecipação tributária pelas distribuidoras, estando, nos posto de combustíveis com o imposto quitado, ou seja, a fase de tributação se encontra encerrada. Porém este fato somente se comprova com os documentos fiscais. O que aqui se apurou foram entradas do produto desacompanhadas de notas fiscais, o que torna indeterminada sua origem, e, consequentemente, não existe comprovação do pagamento do ICMS pelo fornecedor, sendo de responsabilidade do autuado o seu pagamento, em conformidade com as determinações do art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, não havendo duplicidade de cobrança, como afirmou a defesa.

Por fim, quanto à afirmativa de ser inverossímil que o Fisco estadual, na era da informática e sobre uma mercadoria que tem o imposto apurado com alíquota de 27%, não controle suas entradas, são ilações da defesa que aqui nada acrescentam.

Adentrando no mérito do lançamento, o Auto de Infração trata da cobrança do ICMS que foi apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercício findo (2002) e exercício não findo (01/01/03 a 05/08/03), ou seja, em exercício aberto. O autuante detectou a falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhada de documento fiscal, sendo atribuído ao seu detentor (o autuado) o pagamento do imposto por responsabilidade solidária. Também cobrou o imposto por substituição tributária, vez que a mercadoria levantada neste regime se encontra enquadrada (álcool etílico hidratado carburante). A autuação se baseou nas notas fiscais de entradas no livro de Movimentação de Combustíveis, livro este que pela peculiaridade do setor da atividade do impugnante (posto de combustíveis) é o que espelha com maior fidelidade a realidade da empresa. O preço médio unitário foi calculado com base nas notas fiscais de entradas. Tudo conforme determina o art. 60, II, b), 1 e art. 512-B, do RICMS/97.

Pelo exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração”.

Em seu Recurso Voluntário sustenta o recorrente, basicamente, os mesmos argumentos apresentados na defesa, argüindo inicialmente duas preliminares de nulidade, muito bem contestadas pela julgadora de Primeira Instância. A 1^a por falta de observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, porque não houve confrontação da escrituração fiscal e das notas fiscais com o LCM, já que o Fisco não juntou as notas fiscais de entrada e de saída de mercadorias. A 2^a, de ilegitimidade do sujeito passivo por se tratar de substituição tributária.

A dnota PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário argumentando inicialmente que não assiste razão ao recorrente quando suscita a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, pois o levantamento foi realizado tomando como base informações do próprio contribuinte (LCM) livro obrigatório que faz prova contra o seu proprietário e que o recorrente poderia ter apresentado contraprovas, o que não fez. O que se apurou no Auto de Infração foram entradas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais o que torna impossível a verificação de que houvera pagamento do imposto devido e faz nascer a obrigação solidária do autuado pelo respectivo recolhimento. Essa responsabilidade deriva de lei.

VOTO

Quanto à primeira preliminar, entendo desnecessário no presente processo, a anexação de cópias de notas fiscais já que o levantamento foi efetuado com base no LCM, escriturado pelo próprio contribuinte, no qual é por ele mesmo lançada toda a movimentação de entrada e saída das mercadorias. Poderia comprovar o contribuinte, para contraditar a autuação, a existência de erro de cálculo ou omissão por parte do fiscal autuante, ou falta de lançamento de nota fiscal, que porventura pudesse alterar o resultado apurado. Com relação à segunda preliminar, a responsabilidade solidária decorre de lei, em virtude da comprovação da entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Rejeito as preliminares arguidas pelo recorrente.

No mérito, entendo como corretos os valores constantes do processo, apurados mediante levantamento quantitativo do estoque de mercadorias, (aberto e fechado), com base nas notas fiscais de entrada e nas saídas lançadas no LCM pelo contribuinte. O recorrente não apresentou nenhuma contraprova para descharacterizar a ação fiscal. Nego Provimento ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271351.0008/03-5, lavrado contra **AUTO POSTO NOVA CANÃA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.118,33**, acrescido da multa 70% sobre o valor de R\$3.886,65, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e 60% sobre o valor de R\$1.231,68, prevista no art. 42, II, “d” do mesmo Diploma Legal e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2004

CARLOS FÁBIO CABRAL FERRREIRA - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

