

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0009/03-6
RECORRENTE - POSTO BELO JARDIM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF Nº 0104-03/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 03.06.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0098-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (GASOLINA, OLÉO DIESEL E ALCÓOL CARBURANTE). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRÉSCIDO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, ou, em se tratando de mercadorias ainda fisicamente no estoque, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-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. Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se os valores originalmente apurados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto face à Decisão constante do ACÓRDÃO 3ªJJF Nº 0104-03/04, em que foi decretada, em 1ª Instância administrativa o Auto de Infração nº 206984.0009/03-6, lavrado, em 23/12/03, para exigir o ICMS no valor de R\$172.708,12, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (1998 e 2000). Combustível Óleo Diesel - R\$7.423,62.
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2000). Combustível Gasolina - R\$31.376,09.
3. Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2000). Combustível Gasolina – R\$6.275,22.

4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício aberto (01/01/03 a 08/10/03). Combustível Óleo Diesel - R\$97.385,07.
5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício aberto (01/01/03 a 08/10/03). Combustível Gasolina - R\$2.450,86.
6. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01/03 a 08/10/03). Combustível Óleo Diesel - R\$27.112,00.
7. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01/03 a 08/10/03). Combustível Gasolina - R\$685,26.

A empresa autuada, por seus advogados, apresenta defesa às fls. 379 a 393, preliminarmente solicitando a nulidade da autuação, sob alegação de que não se encontram nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a acusação, porque os roteiros de fiscalização utilizados teriam sido maculados com vícios diversos. Apoiando-se em decisões anteriores do CONSEF afirmara que a cobrança configuraria exigência em duplicidade, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, não havendo falta de recolhimento do imposto.

Quanto ao mérito da acusação fiscal, disseram os representantes do autuado que a auditoria estaria eivada de equívocos, e que os levantamentos efetuados não refletiriam a realidade, o que se poderia provar pela juntada das notas fiscais de saída de combustível dos distribuidores para o estabelecimento autuado, que seriam anexados ao PAF até a data do julgamento.

Entendendo que teria ocorrido apenas o descumprimento da obrigação acessória de escriturar corretamente o livro de Movimentação de Combustíveis pede, ao final, a nulidade ou a procedência parcial do Auto de Infração, requerendo, ainda, a dilação do prazo de entrega para posterior juntada de documentos comprobatórios da origem das entradas, sob alegação de que

muitos dos seus distribuidores se encontram sob ação fiscal da SEFAZ/BA, o que teria dificultado a coleta de tais documentos.

Em informação fiscal às fls. 408 a 410 o autuante, firmado no art. 143, do RPAF/99, dissera que o autuado apenas negara o cometimento das infrações, mas que somente apresentara como prova de suas alegações, quatro cópias de notas fiscais de entradas (fls. 402 a 405) das quais deixara de considerar três delas, porque além de não estarem registradas nos livros fiscais próprios, estão fora do período de ocorrência das infrações apontadas, ou não foram detectadas omissões do produto no exercício a que se referem. Acatando, o autuante, apenas a Nota Fiscal nº 5407 (fl. 403), correspondente à entrada de 30.000 litros de diesel, emitida em 19/12/98, reconheceu não se poder exigir a diferença de entradas do produto em referência, no exercício de 1998, constante do item 1 da acusação fiscal e ao final, pedira a procedência parcial do Auto de Infração.

O relator do voto vencedor no julgamento que resultou no julgamento em 1ª instância rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, por entender que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que autorizasse a Junta de Julgamento a decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99 e porque os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo cerceamento de defesa, tendo em vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal. Rejeitou, igualmente, a dilação do prazo solicitada pelo impugnante para apresentação de documentos fiscais, haja vista que, sendo o destinatário das mercadorias, deveria possuir as 1^{as} vias das notas fiscais que alegara estarem de posse de seus distribuidores.

Quanto ao mérito da autuação, porque constatadas pelo autuante irregularidades em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 8 a 20, e tendo sido identificadas entradas dos produtos gasolina e óleo diesel adquiridas pelo sujeito passivo sem a competente documentação fiscal, entendeu o relator do processo na 3ª JJF que deve ser exigido o pagamento do imposto por responsabilidade solidária, bem como também o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido porque verificara o preposto fiscal as quantidades relativas às saídas, estoque inicial e final, de gasolina e óleo diesel, através do livro de Movimentação de Combustível (LMC), cópia às fls. 31 a 269, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao registro diário das operações de combustíveis, livro obrigatório, e cuja escrituração tem valor probante, conforme dispõem o Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 314, V, do RICMS/97.

Da análise das Notas Fiscais nºs 5667 e 5677 (fls. 404 e 405) verificou o relator do Processo referirem-se à aquisição de gasolina no exercício de 1998, mercadoria em que não foi detectada omissão desse produto no referido período. Em relação à Nota Fiscal nº 8217 (fl. 402), nota-se através do canhoto de recebimento, que a mesma foi recebida pelo autuado no dia 09/10/03, portanto fora do período levantado pelo autuante no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 08/10/03), tendo o autuante acertadamente considerado a Nota Fiscal nº 5407 (fl. 403), correspondente a entrada de 30.000 litros de diesel, emitida em 19/12/98, fato que provocou a redução do valor de R\$1.311,10 na infração 1, já que deixara de existir a diferença de entradas do produto em referência, no exercício de 1998.

Frisou o relator do processo que, o estabelecimento autuado é um posto de gasolina e que, como tal, recebe a gasolina e o óleo diesel com o imposto já antecipado pela empresa distribuidora de combustíveis, consoante o artigo 512-A, do RICMS/97, o qual estabelece que “são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com álcool etílico hidratado para fins carburantes, na condição de sujeito passivo por substituição, os distribuidores de combustíveis, como tal definidos e autorizados pelo órgão federal competente”. No entanto, como fora apurado pelo preposto fiscal, por meio de levantamento de estoques, que

o autuado havia adquirido os produtos em tela sem a correspondente nota fiscal de origem, foi exigido corretamente o ICMS, por responsabilidade solidária, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto aquele devido em razão da substituição tributária, não havendo do que se falar em exigência de imposto em duplicidade.

Votou, pois o relator pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, excluindo-se apenas a exigência da infração 1, relativa ao exercício de 1998, no valor de R\$1.311,10, no que foi acompanhado por seus pares.

Em peça recursal às fls. 420 a 424, alega a empresa autuada, ora recorrente, por seu advogado, que, diferentemente do entendimento da 3ª JF, a maior prova do descabimento do Auto de Infração é que o imposto estaria sendo exigido em duplicidade, face o disposto no art. 512-A, que estabelece a responsabilidade de antecipação do imposto aos distribuidores de combustíveis.

O recorrente alega, ainda, que o CONSEF vem decidindo em contrário “...toda vez que ocorreu o pagamento pelo substituto tributário...” e transcreve a ementa do Acórdão JF nº 0384-03/02, que tem a seguinte redação:

“3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0384-03/02

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.”

Conclui pedindo a improcedência da autuação, com base nos motivos que apresenta e nos que apresentara na defesa inicial.

Ouvida a PGE/PROFIS, esta manifestou-se pelo não provimento do recurso porque comprovada a infração e porque o contribuinte não apresenta documentos nem articula argumentos capazes de elidir a acusação.

VOTO

Concordo com a Decisão suportada no voto do relator do processo no julgamento que resultou na rejeição da preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, porque também entendo que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que autorizasse a Junta de Julgamento a decretar a sua nulidade, bem como no julgamento da peça recursal ora em execução. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não estando caracterizado cerceamento do direito de defesa, tendo em vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Rejeito, igualmente, a dilação do prazo solicitada pelo impugnante para apresentação de documentos fiscais, haja vista que, sendo o destinatário das mercadorias, deve manter guardadas as 1^{as} vias das notas fiscais que alegara estarem de posse de seus distribuidores.

Quanto ao mérito da autuação, as irregularidades apontadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 8 a 20, identificam entradas dos produtos gasolina e óleo diesel sem as correspondentes notas fiscais, deve ser exigido o pagamento do imposto incidente por responsabilidade solidária, bem como o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, que apurado em função do valor acrescido, não caracteriza duplicidade.

Como o preposto fiscal levantou as quantidades relativas às saídas, estoque inicial e final, de gasolina e óleo diesel, através do livro de Movimentação de Combustível (LMC), cópia às fls. 31 a 269, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao registro diário das operações de combustíveis, livro obrigatório, e cuja escrituração tem valor probante, conforme dispõem o Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 314, V, do RICMS/97, somente elementos probatórios de mesmo valor poderiam desconstituir a acusação fiscal, como aconteceu com a Nota Fiscal nº 5407 (fl. 403), correspondente a entrada de 30.000 litros de diesel, emitida em 19/12/98, fato que provocou a redução do valor de R\$1.311,10 na infração 1, já que deixara de existir a diferença de entradas do produto em referência, no exercício de 1998.

Da análise das Notas Fiscais nºs 5667 e 5677 (fls. 404 e 405) já verificara o relator do Processo referirem-se à aquisição de gasolina no exercício de 1998, mercadoria em relação à qual não fora detectada omissão no referido período. Também em relação à Nota Fiscal nº 8217 (fl. 402), o canhoto de recebimento revela ter sido recebida pelo autuado no dia 09/10/03, portanto fora do período levantado pelo autuante no exercício aberto de 2003 (01/01/03 a 08/10/03).

Como frisara o relator do processo na 1ª Instância de julgamento, sendo o estabelecimento autuado posto de gasolina e que, quando recebe a gasolina e o óleo diesel acompanhados de nota fiscal com o imposto já antecipado pela empresa distribuidora de combustíveis, consoante o artigo 512-A, do RICMS/97, tendo adquirido os produtos em tela sem a correspondente nota fiscal de origem, deve pagar o ICMS, por responsabilidade, em relação ao imposto de apuração normal, quanto aquele devido em razão da substituição tributária, não havendo do que se falar em exigência de imposto em duplicidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206984.0009/03-6**, lavrado contra **POSTO BELO JARDIM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$171.397,02**, acrescido das multas de 60% sobre R\$34.072,48 e 70% sobre R\$137.324,54, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSÊCA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS