

PROCESSO - A.I. Nº 206969.0012/03-7
RECORRENTE - POSTO DE SERVIÇOS RIO UNA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0083-02/04
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 08.07.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0126-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas, através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque ou que tenha saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Comprovada a ocorrência. Após o refazimento do cálculo, em razão da não inclusão de documentos fiscais, resultou em diferença de saídas em um dos exercícios fiscalizados, impondo-se a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo. Recurso **NÃO PROVIDO** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF Nº 0083-02/04, em que foi declarada a Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2003, e reclama o valor de R\$ 18.407,89, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto, relativamente a Gasolina Comum, Gasolina Aditivada, Alcool e Diesel, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 175, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 9.431,66, 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 (1998 a 2000).
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 7.608,79, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (1998 a 2000).

3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 914,68, 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 (01/01 a 13/11/03).
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 452,76, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (01/01 a 13/11/03).

O sujeito passivo, por seu representante legal, apresentara defesa às fls. 179 a 181 dos autos, onde, preliminarmente descrevera analiticamente as diferenças apuradas na auditoria de estoques, e aduzira ser descabida a imputação da responsabilidade solidária, por entender que, por se tratar de combustíveis, a obrigatoriedade da substituição tributária existe e quando o valor do produto é pago pelo adquirente/comerciante, já se encontra embutido o valor do ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto e aduzira que nos levantamentos elaborados pela autuante as quantidades das vendas foram determinadas através do Livro de Movimentação de Combustíveis, porém que não fora adotado o mesmo procedimento no tocante às compras, pois se assim o tivesse feito teria detectado as operações através das notas fiscais que indicara e que alega não foram consignadas no levantamento das entradas:

Alegara, também, que em virtude de ter ocorrido auditoria de estoques no período de 01/01 a 16/07/2003 por outros prepostos fiscais, o estoque em aberto deveria compreender o período de 17/07 a 13/11/2003, considerado as aberturas de encerrantes com data de 17/07/03 de conformidade com o Livro de Movimentação de Combustíveis, e não pela Declaração de Estoque que foi elaborada durante o funcionamento do estabelecimento, conforme demonstrativo abaixo:

Por fim, protestara pela juntada de todos os meios de provas admitidas em direito, e requerera a Improcedência do Auto de Infração.

A autuante, em informação fiscal de fls. 212 a 215, mantivera integralmente o procedimento fiscal, e esclarecera que o procedimento adotado para apuração das saídas fora considerar as saídas através de notas fiscais a contribuintes, e as saídas a varejo através das bombas de combustíveis que têm sua vazão (saídas) mensuradas através dos respectivos “*encerrantes (totalizadores) que acumulam esses valores em litros, cujas saídas correspondem com a diferença entre o total do encerrante final e o inicial, e que deve ser o total diário escriturado no LMC, conforme legislação da ANP. Argumenta que havendo necessidade de acompanhamento das saídas foi utilizado o LMC como fonte de informações das saídas através das bombas de combustíveis, e acrescentadas a essas as saídas a varejo através das notas fiscais mod. 1. Quanto às entradas, a autuante esclarecera que as quantidades foram apuradas através das notas fiscais de compras de mercadorias apresentadas pelo autuado, conferindo-se a sua escrituração no Livro Registro de Entradas*”.

Sobre as Notas Fiscais nºs 000.010 e 000.032, a autuante informou que o contribuinte não as apresentou no curso da ação fiscal, e que não estão escrituradas no livro Registro de Entradas, conforme pode ser verificado na cópia do Registro de Entradas constante às fls. 66 a 129 dos autos e que sendo tais documentos fiscais segundas vias, não devem ser aceitos como provas de que realmente as mercadorias tenham ingressado no estabelecimento.

Aduzira, ainda, que se forem considerados os documentos fiscais apresentados na impugnação à omissão de entradas passaria para omissão de saídas nas quantidades: GASOLINA COMUM = 9.807 litros (15.000 constantes nas notas fiscais menos a omissão de entradas de 5.193); GASOLINA

ATIDIVADA = 1.572 litros (5.000 constantes nas notas fiscais menos a omissão de entradas de 3.428); ÁLCOOL = 3.577 litros (10.000 constantes nas notas fiscais menos a omissão de entradas de 6.432), excluindo o item 3 da infração 1 e o item 2 da infração 2, ressalvando, porém serem indevidas tais inclusões por está convicta de que as notas fiscais não deram curso às mercadorias ao estabelecimento.

Salientara a autuante que o autuado não contestara as infrações relativas aos períodos de 1998 e 2000, relativas à entrada de combustíveis desacompanhada de notas fiscais.

Com relação à alegação de que deveria ter sido considerado o período de 17/07/03 a 13/11/03 com os valores dos encerrantes e estoques escriturados no LMC do dia 17/07/2003, como valores iniciais da auditoria de estoques em exercício aberto, a autuante informou que tendo em vista que o período de 01/01 a 16/07/03 já havia sido objeto de levantamento quantitativo, tomou por base como ponto inicial a contagem de estoque com declaração devidamente assinada pelos prepostos fiscais e representante do contribuinte, conforme documento à fl. 32.

Concluiu dizendo que por não ter sido apresentado nenhum fato ou prova que pudesse alterar os fatos descritos no Auto de Infração, requeria a procedência integral de sua ação fiscal.

O relator do processo em 1ª Instância observou que o fulcro da acusação fiscal de que cuida os itens 1 e 3 reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto que os itens 2 e 4, tratam de antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 7 a 209 dos autos e que o débito foi apurado com base nas quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, detectado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercícios aberto e fechado, alusivos aos períodos de 01/01/98 a 31/12/2000 e 16/07 a 13/11/2003, cujos números foram obtidos do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e através dos documentos fiscais.

Observara o relator que o LMC é um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que a escrituração dos livros fiscais está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e que deve ser efetuado com base nas operações ou prestações realizadas. Por isso, asseverara, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Considerando que a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo de ilegitimidade passiva está intimamente relacionada com o mérito das questões (responsabilidade solidária das mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal), as analisara conjuntamente entendendo que das Notas Fiscais nºs 000.010, 000.032 e 000.118, da Texaco do Brasil S/A, não computadas no levantamento das entradas de GASOLINA COMUM (período 01/01/ a 31/12/99 - docs. fls. 186 a 191); GASOLINA ADITIVADA (período 01/01/ a 31/12/99 - docs. fls. 193 a 196); ÁLCOOL (períodos 01/01/ a 31/12/99 e 01/01 a 31/12/00 - docs. fls. 193 a 196) apenas as duas primeiras notas fiscais, constantes às fls. 187 e 189, deveriam ser computados no levantamento das entradas, pois embora cópias das segundas vias, serviriam de elemento de prova de que realmente as mercadorias ingressaram no estabelecimento, independente de não terem sido escrituradas no Registro de Entradas às fls. 66 a 129 dos autos. No caso da Nota Fiscal nº 00118, no entanto, entendera que não deveria ser considerada na auditoria de estoques, porquanto o sujeito passivo não trouxe uma cópia da mesma para que fosse verificada sua regularidade.

Quanto à alegação do autuado de que deveriam ser consideradas as aberturas dos encerrantes com data de 17/07/03, entendera o relator do processo não ser possível, visto que a auditoria de

estoque em aberto compreendeu o período de 17/07 a 13/11/03, e o saldo inicial neste tipo de levantamento corresponde sempre com as quantidades existentes no dia anterior, neste caso no dia 16/07/03 conforme considerado pelo autuante.

Incluindo na auditoria de estoques as Notas Fiscais nºs 010 e 032, o relator elaborou novos demonstrativos, mantendo as exigências fiscais dos anos de 1998, 2000 e 2003, cujos débitos calculados com base na Portaria nº 445/98, em virtude de diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, resulta no imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA.

Quanto à omissão de saídas constatada no exercício de 1999, impõe-se a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a falta de emissão de documentos fiscais, no valor de 1 UPF-BA, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Assim, rejeitou o relator a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, votou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, corrigindo o originário valor para R\$ 11.621,84 mais 1 UPF.

No Recurso Voluntário, ora em julgamento, o autuado apresenta as seguintes discordâncias em relação à Decisão recorrida:

1. que ao afirmar que o LMC é um livro obrigatório previsto na legislação tributária não caberia à Junta de Julgamento Fiscal desconsiderar a Nota Fiscal nº 000.118 que está escriturada no LMC nº 45, fl. 40-V, cujas cópias diz ter anexado a sua defesa escrita;
2. que voltava a defender que não houvera omissão no período de 17/07/2003 a 13/11/2003, pois a autuante deveria ter tomado os registros do fechamento de 16/07/2003 como registros de abertura do dia 17/07/2003 e não a declaração de estoques feita pelo auditor fiscal durante o transcorrer do expediente, pois até o final do dia provoca diferenças.
3. discorda da aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, por não ser objeto da lavratura do Auto de Infração.
4. não é possível que o Estado busque a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor em decorrência de substituição tributária, visto que não haveria qualquer presunção de sonegação tributária por parte do autuado.

Ouvida a PGE/PROFIS a sua representante opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, em face da ausência de prova das alegações defensivas.

VOTO

Acolho o Parecer opinativo da douta representante da PGE/PROFIS porque as alegações recursais não vieram respaldadas em elementos de prova suficientes para anular ou modificar a Decisão recorrida.

Efetivamente, somente se poderia tomar como registros de abertura os encerrantes do dia anterior se a ação fiscal tivesse sido iniciada antes da comercialização de combustíveis após a tomada e anotação daqueles encerrantes. Se a contagem física foi feita durante o expediente, evidente que não se incluiu nos estoques as mercadorias vendidas entre a noite do dia anterior e o momento do levantamento em aberto, até porque, o levantamento físico pretende exatamente verificar a regularidade da movimentação das mercadorias em estoque e de seus registros.

Por outro lado, a Junta de Julgamento já foi compreensiva em acolher as Notas Fiscais nºs 010 e 032, embora não apresentadas as 1^{as} vias, porque a autuante não afirma serem não verdadeiras. Mas em relação à Nota Fiscal nº 118 o contribuinte sequer apresentou a 2^a via, apenas referenciando sua escrituração no LMC.

Quanto à multa aplicada, é função desse colegiado aplicar a correta penalidade, quando evidenciado o cometimento da infração.

Face o exposto voto pela manutenção da Decisão recorrida e pelo NÃO PROVIMENTO do 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0012/03-7**, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇOS RIO UNA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.621,84**, sendo R\$701,35, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$395,42 e 70% sobre R\$305,93, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$10.920,49, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.481,85 e 70% sobre R\$6.438,64, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa equivalente a **1 UPF-BA**, prevista no inciso XXII do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CESAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

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