

PROCESSO - A.I. Nº 269114.0021/03-8
RECORRENTE - POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONCÊNTRICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0158-04/04
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 10/09/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0271-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEL – LMC. EXTRAVIO. MULTA. Comprovado o extravio de seis livros. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infrações caracterizadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JF, através do Acórdão nº 0158-04/04, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto, no montante de R\$ 33.024,28, relativo aos exercícios de 2002 e 2003, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias;
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no montante de R\$ 9.629,54, inerente aos citados exercícios, 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, e;

3. Multa no valor de R\$ 5.520,00 por ter o contribuinte extraviado seis Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), consoante Certidão de Perda/Extravio de Documento (fl. 48), emitida após início da ação fiscal.

A Decisão recorrida considerou o Auto de Infração, Procedente, mantendo integralmente as imputações, após afastar as preliminares de inconstitucionalidade da cobrança do imposto e de nulidade do Auto de Infração, argüidas sob a alegação de que falta competência à Fazenda Estadual, antes do Convênio firmado em 02/10/03, para manipular a documentação e legislação da Agência Nacional de Petróleo.

No mérito, entendeu a 4ª JJF que ao adquirir mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária sem nota fiscal, o contribuinte torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Quanto às perdas e aferições, a Decisão Recorrida foi no sentido de que o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) deve refletir os registros da sua real movimentação de combustível, e que a simples alegação da falta de consideração das aludidas perdas e aferições, sem apresentar elementos probantes, não pode ser acolhida.

Assim, face à constatação das diferenças, comprovadas pela auditoria de estoque, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e de acordo com o art. 10, I, da Portaria n.º 445/98, decidem pela procedência do Auto de Infração, tendo em vista o reconhecimento do contribuinte, quanto ao extravio dos livros fiscais, objeto da terceira infração, passível da multa prevista no art. 42, XIV, da Lei n.º 7.014/96.

Às fls. 271 a 277 dos autos, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde aduz que a Decisão recorrida não faz justiça, nem reconhece a aplicação, como devido, do direito e não aprecia fatos e atos importantes, sendo inteiramente incompleto o julgamento, por existir evidente cerceamento de direito, não haver enfrentamento das questões aventadas e nem lhe conferir o direito de produção de provas, vindo a nulificar o Auto de Infração por cerceamento de direito de defesa e regular contraditório.

Defende ser necessário que, em preliminar, aprecie-se grave questão de nulidade da Decisão por cerceamento de direito e omissão em analisar os esclarecimentos apresentados, não se determinando diligência complementar, como requerido às razões de defesa.

Ainda como preliminar, argúi a inconstitucionalidade ocorrida no contexto dos atos praticados, propiciando-se condição de julgamento para o reconhecimento da improcedência do Auto de Infração, sem que tivesse que se fazer declaração de inconstitucionalidade, própria somente do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, defende que o julgamento da Primeira Instância deveria se basear na legislação do petróleo e no próprio LMC. Aduz que a JJF não tomou conhecimento de suas alegações de que o recorrente foi levado a erro na escrituração do LMC, por conta de problemas técnicos quando da instalação dos tanques, no que pertine a declividade, acarretando diferença volumétrica entre a leitura convencional e a feita com a régua e a calculada tecnicamente, conforme laudo anexo aos autos.

Defende a necessidade do refazimento do LMC, no sentido de se lançar às aferições, sob pena de ocorrer em verdadeira omissão à análise dos fatos, cuja substituição tributária é paga pelo adquirente, sendo de responsabilidade da Distribuidora o recolhimento do imposto, caracterizando-se como verdadeiro confisco a presunção de sonegação contra si, quando todos os elementos indicam que no preço do produto o imposto já estava incluso.

Reitera o pedido de que, caso não seja considerado o Auto de Infração Improcedente, se afaste a multa aplicada, atendo-se somente ao principal e aos juros moratórios, fundamentando que a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto, bem como da antecipação tributária, é da Distribuidora.

Também requer que se descaracterize a penalidade aplicada para o extravio dos livros para a multa acessória prevista no RICMS, uma vez que à época não havia o Convênio ANP – SEFAZ.

A PGE/PROFIS, analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que restou caracterizada a responsabilidade do Contribuinte pelo recolhimento do ICMS, em razão da constatação de diferenças de estoque que comprovam a aquisição de combustíveis sem nota fiscal, o que caracteriza a falta de pagamento anterior do imposto, cujo fato admite prova em contrário, o que não ocorreu.

Ressalta que os números consignados nos levantamentos fiscais foram extraídos do LMC, o qual presta-se para registro de toda movimentação de estoque diário de combustível, sendo obrigatório, e, portanto, fazendo prova contra o contribuinte. No tocante aos argumentos relativos a evaporação, medições, perdas, erros, etc, entende que caberia ao Recorrente demonstrá-los e prová-los.

Quanto a preliminar de nulidade, conclui que não houve pedido a ser respondido pela JJF. Assim, entende que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte, não havendo motivo para anulação da Decisão recorrida.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que na Decisão recorrida foram apreciadas todas as alegações de defesa, tanto de mérito quanto de forma, não existindo, portanto, o alegado cerceamento de direito de defesa.

Entende o recorrente que não lhe foi conferido o direito de produção de provas, ao não se determinar à diligência requerida. Tal alegação é totalmente descabida, haja vista que, em momento algum de suas razões de defesa, foi solicitada diligência. O fato do defendente colocar à disposição do Fisco Estadual os livros contábeis e as notas fiscais para conferência e constatação de um suposto engano, assim como requerer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, não o autoriza a concluir que requereu diligência.

Assim, concordo com o Parecer da PGE/PROFIS quando afirma que não houve pedido a ser respondido pela JJF e que o defendente restringe-se a afirmar que indica a juntada posterior de documentos.

No mérito, o recorrente não traz aos autos qualquer fato novo que venha a modificar a Decisão Recorrida, senão vejamos:

- Relativo a sua alegação de que as omissões no levantamento decorrem de erros de escrituração de funcionário, sem se oportunizar a emenda ou conserto, entendo que não pode prosperar, pois o artigo 319 do RICMS/BA. não deixa nenhuma dúvida sobre a exclusiva responsabilidade do contribuinte pela escrituração dos livros fiscais, a qual deverá ser feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas. Ademais, tais equívocos não foram comprovados.
- Quanto ao alegado erro na escrituração do LMC, por conta de declividade nas instalações dos tanques, também não consigo vislumbrar, uma vez que as cópias do referido livro (fls. 50 a 133) demonstram uma perfeita consonância entre o “Estoque Escritural” e o “Estoque Fechamento”, o que contraria plenamente tal alegação. Ademais seria impossível retroagir

no tempo para se descobrir o “suposto” real estoque físico, dia a dia, do período fiscalizado.

- No tocante a alegada necessidade do refazimento do LMC, no intuito de se lançar às aferições, sob pena de ocorrer em verdadeira omissão a análise dos fatos, invoco o citado artigo 319 do RICMS/BA, no sentido de responsabilizar o contribuinte pela sua escrituração. Além de que, se tratam de fatos pretéritos, cujos documentos das efetivas aferições, não foram apresentados como prova de suas alegações.
- No que se refere à atribuição da responsabilidade às Distribuidoras pelo recolhimento do imposto, entendo totalmente impertinente, uma vez que se tratam de entradas de combustíveis sem documentação fiscal e, portanto, sem a devida origem de sua aquisição e, conseqüentemente, sem a comprovação do recolhimento do tributo, sendo o próprio Recorrente responsável pelo pagamento do imposto, tanto por solidariedade pelo tributo devido pelo contribuinte de direito (desconhecido), bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme preceitua o art. 6, inciso IV, da Lei n.º 7.014/96, na condição de detentor de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível. Assim, diante de tal conclusão, torna-se sem sentido o pleito do Recorrente de se afastar a multa aplicada, atendo-se somente ao principal e aos juros moratórios, fundamentando seu pedido no fato de que a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto é da Distribuidora.
- Por fim, também entendo desprovido o pedido do recorrente de se descaracterizar a multa aplicada, em razão do extravio dos livros fiscais, por uma penalidade acessória prevista no RICMS, visto que a penalidade lhe imposta é específica ao caso concreto, conforme determina o art. 42, inciso XIV, da Lei n.º 7.014/96.

Portanto, tendo em vista que o autuante realizou o levantamento levando em conta a escrituração dos livros e documentos fiscais do recorrente, entendo como correta a exigência fiscal.

Diante do exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, conforme Parecer PGE/PROFIS, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269114.0021/03-8**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONCÊNTRICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.653,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.629,54 e 70% sobre R\$33.024,28, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$5.520,00**, prevista no art. 42, XIV, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS