

A. I. Nº - 206902.0023/03-9
AUTUADO - SÃO FRANCISCO COMBUSTÍVEL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 20.04.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-03/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, apurado em função de valor acrescido, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/12/2003, exige o pagamento do ICMS de R\$45.536,80, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos anos de 2001 e 2002. ICMS de R\$34.578,78 e multa de 70%.
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de

Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Refere-se a omissões de entradas de álcool no exercício de 2001. ICMS de R\$10.958,02 e multa de 60%.

O autuado, ingressa com defesa, fls. 747/762, e inconformado com o lançamento, aduz que para se chegar à suposta omissão de entrada, o agente fiscal efetuou o demonstrativo de estoques com base nos estoques de combustíveis e no livro de Movimentação de Combustíveis, mesmo sendo de conhecimento público que a escrita dos Postos de Combustíveis, pouco ou nada refletem a realidade, haja vista que, em face do imposto ser recolhido antecipadamente, pouca relevância carregam em si e por isso raras vezes são escriturados.

Diz que todas as operações efetuadas originaram-se de distribuidores de combustíveis regularmente inscritos no cadastro de ICMS e por isso todas as operações foram efetuadas com nota fiscal, o que leva à conclusão de que não houve omissão de recolhimento do imposto por parte do contribuinte, máxime porque tanto o ICMS devido por substituição tributária, como o ICMS devido pela operação normal do remetente foram recolhidos antecipadamente pelo substituto tributário.

O autuado, como forma de elidir totalmente a infração traz à colação cópias das notas fiscais de saídas dos distribuidores de combustíveis a ele destinadas, demonstrando que todas as entradas foram acompanhadas da devida documentação fiscal, não havendo portanto, omissão de entradas.

Requer a dilação do prazo para apresentação dos documentos fiscais referidos, hábeis a comprovar a regularidade de suas operações, em vista do curto espaço de tempo para a coleta junto aos distribuidores. Ressalta que o auditor deixou de considerar documentos que atestam serviços de manutenção nas bombas do estabelecimento, o que em conjunto com as notas fiscais acostadas elidem qualquer presunção de omissão de entradas.

Como preliminar de mérito, enfoca a ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a acusação, haja vista que em sede de Recurso de Revista, o CONSEF já se pronunciou no sentido de que o preceito contido no art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a chamada presunção legal, não pode se dar por indício, mas tem que ser comprovada, com todos os documentos, demonstrativos e livros que compõem a escrita fiscal do contribuinte. No PAF também não existe nenhuma documentação que indique ou prove que a ação fiscal foi feita de modo amplo, com circularização junto aos remetentes (distribuidoras). Deixou ainda o autuante, de considerar, documentos idôneos apresentados pelo contribuinte, a exemplo das notas de prestação de serviços nas bombas de combustível, o que levou à alteração dos encerrantes.

Diz que se algum distribuidor vem exercendo o comércio irregular, que se utilize do poder de polícia para averiguar os verdadeiros infratores. Não cabe à SEFAZ, como vem procedendo com seus prepostos, onerar os adquirentes das mercadorias que, agindo de boa fé, compram as mercadorias pelo preço de mercado, pagando pelo imposto que vem destacado nas notas e ainda serem apenados com Autos de Infração. Lembra que a presunção é *juris tantum*, admitindo prova em contrário, e cita alguns Acórdãos neste sentido.

Ressalta que a ação fiscal praticada pelo autuante ao exigir o mesmo imposto que já foi pago, recai na ilegal figura tributária denominada bis in idem. Fala da vedação constitucional ao confisco.

Diz que o lançamento fiscal sub examine possui erro de elaboração, com relação às quantidades contabilizadas pelo autuante, quantidades essas que destoam do quanto efetivamente comercializado no estabelecimento, o que provará pela juntada de notas fiscais de saída de álcool, dos distribuidores para o autuado, todas a serem anexadas até a data da audiência de julgamento, bem como dos documentos que atestam a manutenção das bombas e assim a sua verdadeira leitura, o que certamente se levará a concluir pela total improcedência da ação fiscal.

Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou parcialmente procedente, em razão do descumprimento da obrigação acessória de escriturar corretamente o LMC, conforme previsto no art. 324 do RICMS/97.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 772/773, nos seguintes termos:

1. Que o autuado, somente em 22/12/2003 apresentou os livros LMC – álcool, bem como o Boletim nº 12414 de fl. 9, sem data de emissão, de Gilbarco do Brasil S/A Equipamentos.
2. Os demonstrativos aritméticos elaborados seguiram estritamente o rito da operação “Auditoria Sumária – Combustíveis”, especialmente instituída pelos órgãos específicos da SEFAZ/Bahia, os quais foram precedidos de Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (fl. 6), emissões de notas fiscais e de cupom – leitura X (fl. 8).
3. Considerou os estoques registrados no livro Registro de Inventário, em 31 de dezembro de cada exercício, conforme fls. 35 a 43 do PAF.
4. Juntou cópia do livro Registro de Entradas nº 1, fls. 44 a 144, bem como dos livros LMCs, fls. 145 a 744.
5. As saídas constantes dos demonstrativos foram obtidas das leituras de abertura e encerramento dos encerrantes, constantes nos livros LMCs, ao passo que as entradas foram obtidas através das notas fiscais de compras apresentados pelo autuado.
6. Opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado atendendo às exigências formais, conforme a previsão do art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o presente Auto de Infração exige o ICMS apurado através de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias, nos exercícios de 2001 e de 2002.

A infração 1 cobra o imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, álcool. O imposto foi apurado com base nas saídas detectadas nas bombas, e escrituradas no LMC, e nas notas fiscais de compras, sendo que o custo médio do produto foi detectado a partir do último mês de aquisição do período levantado.

Quanto à infração 2, esta imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido

mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Refere-se a omissões de entradas de álcool e a MVA aplicada foi de 31,69%, (Conv. ICMS 83/99), e a alíquota de 27%.

Nos levantamentos de fls. 11/34, encontram-se o demonstrativo de estoque, e a relação das notas fiscais de entradas.

Constato que as saídas de mercadorias, estão fundamentadas nos lançamentos efetuados pelo contribuinte no livro de Movimentação de Combustíveis, relativos aos saldos de abertura e de fechamento, cujas cópias estão às fls. 145/743, o que denota o cuidado que o autuante observou no tocante à carrear para os autos as provas do cometimento da infração.

Ressalto que até o presente momento, o contribuinte não fez a juntada dos documentos que alegou possuir, em sua peça de defesa.

Verifico também, que o autuante apurou as saídas de álcool, através do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), instituído pelo Departamento Nacional do Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, que se destina ao registro diário das operações de combustíveis. Ressalto que este livro é obrigatório, e sua escrituração tem valor probante para o contribuinte, conforme Ajuste SINIEF 1/92 e o art. 304, V, do RICMS/97.

O autuado, em sua peça defensiva não trouxe elementos que pudessem descaracterizar o cometimento das infrações, limitando-se a invocar teses sem a efetiva comprovação.

Pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Deste modo, entendo que restou caracterizado o cometimento das infrações acima relatadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206902.0023/03-9, lavrado contra, **SÃO FRANCISCO COMBUSTÍVEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$45.536,80**, acrescido da multa de 70% sobre R\$34.578,78 e de 60% sobre R\$10.958,02 previstas no art. 42, III, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

