

A. I. Nº - 280080.0061/03-0
AUTUADO - COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO RIBEIRO LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 04. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-04/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 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. Não acatada a solicitação de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2003, exige ICMS no valor de R\$677.606,59, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$185.606,05, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Óleo diesel comum);
2. Como nos termos do item anterior no valor de R\$79.311,19 (Óleo diesel aditivado);
3. Pelo mesmo motivo descrito no item 1 no valor de R\$107.664,33 (Gasolina comum);
4. Idem idem no valor de R\$13.557,67 (Gasolina Aditivada);
5. Idem idem no valor de R\$13.014,03 (Álcool);
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$93.697,53, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Óleo diesel comum);
7. Como nos termos do item 6, com ICMS devido no valor de R\$44.168,40 (Óleo diesel aditivado);
8. Pelo mesmo motivo descrito no item 6, com ICMS devido no valor de R\$119.603,77 (Gasolina comum);
9. Idem idem no valor de R\$16.859,66(Gasolina aditivada);

10.Idem idem no valor de R\$4.123,96 (Álcool).

As infrações acima foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativos aos anos de 1998, 1999 e 2002.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 259 a 267 dos autos, transcreveu, inicialmente, as infrações que lhes foram imputadas pelo autuante.

Em seguida, alegou que foi surpreendido com os números e efeito econômico do Auto de Infração, quando verificou que o trabalho do autuante para apurar as diferenças se baseou nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC's).

Argumenta que ao conferir o levantamento do autuante, através de seus relatórios e livros fiscais, em confronto com a documentação fiscal, constatou erros, tanto na escrituração do LMC, bem como na omissão de lançamento de notas fiscais e de erros aritméticos de anotações (encerrante), os quais, por si só, são perfeitamente suficientes para descharacterizar a legalidade e legitimidade do lançamento.

Às fls. 262 a 264, o autuado elaborou planilhas onde indicou as quantidades de entradas por ele apuradas nos itens que foram objeto da autuação e as que foram detectadas pelo autuante, bem como listou as notas fiscais de entradas não computadas pelo autuante no levantamento realizado, oportunidade em que fez a juntada às fls. 269 a 296 dos levantamentos das entradas e de notas fiscais de compras.

Salienta que, aliado aos fatos acima e tendo como subsídio a aritmética, demonstram outros números que rebatem/exterminam supostas diferenças apontadas pelo autuante, além de outros erros de escrituração do LMC cometidos pela empresa.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado disse que em razão dos erros acima, não poderia o autuante utilizar o LMC como fonte exclusiva para se identificar o fato gerador, o que se constitui numa anomalia sem precedentes.

De acordo com o autuado, a legislação do Estado da Bahia, apenas atribui como livros elementares e principais na escrituração fiscal, os Registros de Entradas e de Saídas e ao eleger o LMC, com erros crassos de escrituração, senão na condição de subsidiário, é atentar contra a ordem legal tributária.

Sustenta não ter havido diferença entre as saídas informadas na escrituração fiscal (Registro de Entradas e de Saídas em confronto as notas fiscais neles lançadas) nos exercícios fiscalizados de todos os combustíveis (infrações 1 a 5), bem como ausência de recolhimento por antecipação tributária (infrações 6 a 10).

À fl. 266, o autuado discorreu sobre o lançamento do crédito tributário, segundo o qual para a sua constituição impõe-se a existência do fato descrito pelo legislador e este deve estar em consonância com a hipótese de incidência capitulada na lei tributária – RICMS/97 e posteriores decretos.

Assevera que o lançamento tributário restou eivado de vícios, ante a ausência do fato gerador, cujo erro cometido pelo autuante não autoriza no âmbito da legislação a legalidade e legitimação do crédito tributário.

Ao finalizar, o autuado disse que diante do erro objetivamente demonstrado, solicita a anulação do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 297 a 299 dos autos, fez, inicialmente, um breve relato dos fatos que antecederam a lavratura do Auto de Infração.

Em seguida, reproduziu de forma resumida às alegações defensivas apresentadas pelo autuado.

Sobre a defesa formulada, assim se manifestou:

1. Que não se vislumbra qualquer irregularidade na autuação, já que os saldos iniciais e finais considerados nos Demonstrativos de fls. 8 e 9, foram com base nas cópias dos LMC's acostados às fls. 33 a 232, os quais foram escriturados pelo autuado;
2. Sobre a alegação do contribuinte em que admite erro na escrituração, bem como na omissão de notas fiscais, esclarece que foi o próprio quem efetuou a referida escrituração;
3. Quanto à afirmativa do autuado de que apurou quantidades diferentes das que foram detectadas na ação fiscal, aduz que o mesmo não apresentou nenhuma documentação, tampouco relacionou os documentos correspondentes, a exceção de algumas cópias de notas fiscais, o que invalida totalmente a sua argumentação;
4. Com referência ao argumento do autuado em que admite ser irregular a sua escrituração e de que o LMC não poderia servir de base para a autuação, diz não proceder. Segundo o autuante, o referido livro é obrigatório a sua escrituração, conforme previsto no art. 314, V, do RICMS/97.

Ao concluir, pede que o Auto de Infração seja declarado procedente.

VOTO

O fundamento da autuação foi em razão da falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiro mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (infrações 1 a 5), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (infrações 6 a 10).

As infrações acima foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, relativos aos anos de 1998, 1999 e 2002.

Inicialmente, não acato a solicitação do autuado ao final de sua defesa, para que o Auto de Infração seja anulado. Como justificativa, esclareço que na presente autuação inexiste qualquer dos vícios elencados no art. 18, seus incisos e alíneas do RPAF/99, que trata da nulidade do lançamento fiscal.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, observei que o autuante, como prova do cometimento das infrações por parte do autuado, fez a juntada às fls. 8 a 250, além de outros documentos, dos demonstrativos de apuração das omissões de entradas, das relações das vendas diárias de combustíveis, com base no LMC, bem como das entradas dos produtos, estas apuradas através das notas fiscais de compras.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - Acerca dos levantamentos das entradas anexados em sua defesa às fls. 269 a 271, através dos quais indica as quantidades por ele levantadas dos produtos objetos da autuação não posso aceitá-los, pois neles não estão discriminados as notas fiscais de compras, suas quantidades, para que fossem confrontados com os elaborados pelo autuante, no sentido de identificar eventual divergência;

II - Com referência ao argumento defensivo de que não foram computadas pelo autuante no levantamento das entradas as notas fiscais de compras que listou à fl. 264, o mesmo não é verdadeiro. É que este relator ao efetuar um confronto dos referidos documentos com as listagens das entradas de autoria do autuante anexadas aos autos às fls. 235, 237, 240 e 244, foi constatada as suas inclusões, salvo em relação à Nota Fiscal nº 1644 (fl. 283), não procedendo, portanto, a alegação defensiva;

Em relação a essa nota fiscal , a mesma não pode ser acatada , pois foi emitida por um posto de combustível e destinada ao autuado, cuja operação é vedada pela ANP – Agência Nacional de Petróleo, órgão federal encarregado de fiscalizar o comércio de combustíveis no país.

III - Sobre a alegação de erro na escrituração do LMC, também deixo de acatá-la, uma vez que o autuado não anexou em sua defesa qualquer prova em apoio ao alegado;

IV- O fato do autuante ter utilizado o LMC para apuração das quantidades saídas não invalida o procedimento fiscal, já que o referido livro é de escrituração obrigatória e não facultativa, para os contribuintes que tem como atividade econômica o comércio de combustíveis, conforme prevê o art. 324, do RICMS/97. Ressalto que este procedimento, vem sendo adotado pelos auditores fiscais desta Secretaria em fiscalização de rotina em postos de combustíveis em todo o Estado.

V - De acordo com o art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhadas das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias contado da intimação, o que não foi observado pelo contribuinte em relação às provas.

VI - Também o art. 143 do mesmo regulamento dispõe que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Com base na explanação acima, entendo caracterizadas as infrações já que a constatação de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, detectada através de levantamento quantitativo de estoques, se constitui em fato gerador do ICMS na condição de responsável solidário, sendo também devido o imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 280080.0061/03-0, lavrado contra **COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO RIBEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 677.606,59**, sendo R\$513.562,23, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$295.624,28 e de 60% sobre R\$217.937,95, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$164.044,36, acrescido da multa de 70% sobre R\$103.528,99 e de 60% sobre R\$60.515,37, previstas nos incisos III e II, “d”, do artigo e lei acima citados e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR