

A. I. N° - 210560.0053/03-0
AUTUADO - PEDRA DE ILHEUS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.
AUTUANTE - PAULO CEZAR MARTINS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 28.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0181/01-04

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 entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2003, exige ICMS, no valor de R\$ 28.764,29, pelos motivos abaixo relacionados:

Infração 01 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, exercícios de 2001 e 2002, no valor de R\$ 15.224,65;

Infração 02 - 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, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques, nos exercícios de 2001 e 2002, no valor de R\$ 13.539,64.

O autuado, às fls. 75 a 81, apresentou defesa argumentando ser de responsabilidade dos distribuidores e das usinas produtoras a cobrança do imposto, uma vez que já recebe as mercadorias com o ICMS retido por substituição tributária. Assim, ao seu ver, não se pode imputar ao autuado responsabilidade solidária para exigir imposto que já foi pago. Que os dispositivos mencionados nos autos não se aplicam ao autuado e, que tal procedimento só é

justificável no Trânsito de Mercadorias, quando o fisco não tiver meios de verificar o pagamento do imposto, ou quando é flagrado transportando mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

Argumentou que o fisco se baseou apenas no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC e que no referido livro consta mais de 30 erros no controle, necessitando de retificações para se verificar se realmente existem diferenças.

Esclareceu que os demonstrativos anexados pelo autuante, às fls. 19 a 32, estão rigorosamente lançados no Livro de Entradas, tanto para os itens álcool como gasolina comum e aditivada. Que os únicos equívocos existentes foram cometidos pelo autuante, em relação a correta indicação do número das notas fiscais (fl. 28 – NF 6.433 e 3.835 indicadas como sendo nºs 6.435 e 3.855) e, a inclusão em duplicidade da nota fiscal nº 56461 (fl. 32), referente a 10.000 litros.

Torna a reafirmar que o art. 512 do RICMS/97, alterado pelo Dec. 7.691/99, em sua nova redação determina como responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, nas operações com os combustíveis, os refinadores ou os distribuidores, e não, os contribuintes revendedores.

Protestou dizendo que a lavratura do Auto de infração macula princípios constitucionais e infraconstitucionais, não só no que diz respeito a segurança e certeza jurídica, como também naquilo que é cobrar tributo baseado em estoque com vários erros no LMC e na nota fiscal nº 56461. Que o autuante não poderá alegar que corrigiu tais erros com base apenas em somar as diferenças decorrentes dos erros do livro, sem a devida verificação.

Requeru sejam deferidos todos os meios de prova admitidos em direito, e que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Anexou ao processo cópias reprográficas de folhas do Livro Registro de Entradas.

O autuante, às fls. 204 a 206, informou que no Auto de Infração ficaram caracterizados todos os elementos do fato gerador. Que o autuado nada acrescenta que seja capaz de elidir a acusação fiscal e que teorias acerca da legalidade dos institutos tributários devem ser discutidas no fórum adequado.

Esclareceu que o autuado chama de páginas erradamente acostadas ao PAF são fotocópias de páginas intercaladas do LMC. Constam diversas intimações acostadas aos autos, além de o autuado escriturou o LMC durante a ação fiscal, uma vez que requerer e obter dilação de prazo para atendimento à fiscalização.

Afirmou que uma possível troca de números entre os números de ordem da nota fiscal em nada altera a quantidade do produto nela discriminada. Quanto a nota fiscal nº 56461 lançada em duplicidade não acarretar prejuízo ao autuado, já que aumenta a aquisição de combustível. Tal nota deveria ser excluída do levantamento, majorando o valor exigido. Assim, informa que deve ser mantido o lançamento em duplicidade.

Opinou pela manutenção da ação fiscal.

Novamente o autuante, às fls. 210 a 213, o autuado ratifica os seus argumentos defensivos e argumentou quanto ao posicionamento do autuante em manter o lançamento em duplicidade de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

VOTO

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que foi realizada Auditoria dos Estoques, nos exercícios de 2001 e 2002, tendo sido identificadas omissões de entradas de mercadorias. Por esta razão, foi exigido imposto na condição de responsável solidário por ter, o autuado, adquirido mercadorias sem nota fiscal e, por antecipação tributária, de responsabilidade

do próprio sujeito passivo, já que a mercadoria se encontra enquadrada no regime da substituição tributária.

O sujeito passivo alegou existência de erro na escrituração do LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis, além de o autuante ter lançado em duplicidade, no levantamento das entradas a nota fiscal nº 56.461, referente a aquisição de 10.000 litros de gasolina.

Observo nos autos que o sujeito passivo foi intimado em 23/10/03, a apresentar os livros e documentos fiscais, do período de 16/03/2000 até a data da intimação (fl. 5). Novamente foi intimado, em 27/11/03 (fl. 10). O autuado peticionou a INFAZ Ilhéus solicitando prazo de 30 dias para apresentação de seus livros fiscais, sob a alegação de que só em meados 2003 é que tomou conhecimento da forma correta de como deveria ser escriturado o LMC. Que apresentou ao autuante os livros que tinham em seu poder, mostrando-lhe a forma como estavam sendo elaborados, sendo orientado que não tinham validade fiscal e, dado-lhe prazo para a sua regularização (fl. 12). Novamente foi intimado. A repartição fiscal concedeu-lhe prazo até o dia 10/11/03 (fl. 14). Por fim, o autuado apresentou, no dia 10/11/03, os livros fiscais (fl. 8).

Também constato que o defendente ao se referir ao documento fiscal nº 56.461 aponta como duplicidade a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quando, na verdade, se trata de 10.000 litros de gasolina comum.

No tocante ao argumento de que o imposto foi pago por antecipação e que a responsabilidade é atribuída ao distribuidor, ressalvo que, na presente situação, se está exigindo ICMS em relação às aquisições de mercadorias que ingressaram no estabelecimento do autuado sem documentação fiscal. Desta forma, o sujeito passivo responde solidariamente pelo pagamento do imposto devido na operação anterior, bem como, do imposto devido pelo próprio sujeito passivo, por antecipação tributária, uma vez que as mercadorias se encontram enquadradas no regime da substituição tributária. Neste caso, não se está falando de aquisições com documentação fiscal comprobatória das operações realizadas, já que estas dizem respeito a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto atribuída aos distribuidores. Assim, no caso em questão, como se trata de identificação, no estabelecimento do autuado, de mercadorias adquiridas sem documentação fiscal, não se pode falar em responsabilidade do distribuidor, e sim, de quem adquiriu mercadorias sem documentação fiscal por não se poder identificar a origem das mesmas.

Quanto aos possíveis erros de escrituração alegados pelo defendente, em nenhum momento foi demonstrado a que erros o autuado se referia, nem apresentado novo levantamento que justificasse os ditos erros de escrituração ocorridos no período. O impugnante, na condição de revendedor varejista de combustíveis, está obrigado a possuir e escriturar o Livro de Movimento de Combustíveis – LMC, em conformidade com o que dispõe o art. 314, V, do RICMS/97. A escrituração do referido livro deve ser feita diariamente com o lançamento de todo o volume diário vendido, inclusive, informados as aberturas e fechamentos de cada bomba (art. 324 do RICMS/97), estando obrigado, inclusive, a manter em perfeito estado de funcionamento e conservação os medidores e tanques de armazenamento de sua propriedade e de terceiros, além de consignar no LMC todas as ocorrências, inclusive a modificação do método de medição dos tanques (Portaria ANP nº 116/00 e Portaria DNC nº 26/92). Salientando, inclusive, que ao autuado foi dado prazo pra regularização de suas pendências.

Também, observo que em relação a nota fiscal nº 56.461 em que foi lançada em duplicidade a quantidade adquirida, ou seja, 10.000 litros, apesar de o autuante, em sua informação fiscal, dizer que não deveria ser excluída do levantamento, esclareço que a quantidade lançada em duplicidade deve ser excluída, apurando-se uma entrada de gasolina comum até o dia 23/10/03, data da realização da contagem dos estoques, em exercício aberto, de 330.000 litros de gasolina comum, e não, 340.000 litros, como apontado no levantamento à fl. 32 dos autos. No entanto, tal

fato não acarreta prejuízo ao autuado, uma vez que a diferença de quantidades apuradas no exercício de 2003 continua sendo de saídas. Assim, as diferenças apuradas por omissão de saídas de mercadorias, por se tratar de mercadorias com fase de tributação já encerrada, nesta situação, não há o que se falar em exigência de imposto. Além do que, o crédito tributário não se refere ao exercício de 2003, e sim, aos exercícios de 2001 e 2002.

Na presente ação fiscal está sendo exigido imposto em relação a aquisição de 4.128,3 litros de gasolina aditivada e 3.587,3 litros de álcool, adquiridos no ano de 2001 e 30.001,9 litros de gasolina comum, adquiridas no ano de 2002, todos sem documentação comprobatória de seu ingresso no estabelecimento do autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210560.0053/03-0**, lavrado contra **PEDRA DE ILHÉUS COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 28.764,29**, acrescido das multas de 60% e 70%, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

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

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA