

A. I. N° - 206969.0014/03-0
AUTUADO - AUTO POSTO POXIM LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 21.06.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0212-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS (COMBUSTÍVEIS) SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, estando ainda as mercadorias fisicamente em estoque ou saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como é devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. 2. LIVROS FISCAIS. LMC. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Infração não elidida pelo autuado. Refeitos os cálculos de acordo com a comprovação parcial apresentada nas razões de defesa, ficou alterado o imposto reclamado nas infrações 1 e 2. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2003, refere-se à exigência de R\$78.267,54 de ICMS e multa, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$38.301,31, 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, nos exercícios de 1998 a 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$35.062,71, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 1998 a 2002.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$3.173,34, 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, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 13/11/2003.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$1.680,18, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de

documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 07/10/2003.

5. Apresentação do livro LMC escriturado irregularmente, além da encadernação não observar as exigências regulamentares, sendo exigida a multa de R\$50,00.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação, fls. 570 a 581 dos autos, fazendo comentários iniciais acerca das atividades da empresa, informando que as aquisições das mercadorias foram efetuadas a empresas inscritas, sendo recolhido o imposto antecipadamente. Quanto à exigência fiscal, alegou que houve equívocos do autuante que o levaram ao entendimento da existência de ilícito fiscal, por isso, requereu a realização de diligência fiscal. Disse que se trata de mercadoria com antecipação tributária já realizada, tendo como único substituto a Petrobrás, o que por si só afasta qualquer tentativa de tributação no varejo. Citou o art. 3º da Portaria 445/98, argumentando que a autuante utilizou dados constantes do LMC, mas deixou de computar notas fiscais de entradas, a exemplo da de nº 29.104, emitida pela Petrobrás, em 28/10/99, além de outras notas fiscais relacionadas nas razões de defesa, sendo indicadas ainda saídas não lançadas no LMC relativas às transferências de produtos para a filial. Disse que ao considerar no levantamento fiscal as saídas por transferência sem incluir as entradas acompanhadas de documentação fiscal, pelo simples fato de não estarem registradas no LMC, provocou uma suposta entrada desacompanhada de documentação fiscal em quantidade equivalente às notas fiscais de entradas não consideradas.

O defendente comentou sobre uma decisão do CONSEF através do Acórdão JJF 0094/99, destacando que a mencionada decisão foi tomada empregando o senso de justiça, sendo acatadas as alegações defensivas, deixando claro que o adquirente não poderia ser responsabilizado pelo imposto, considerando que a responsabilidade recai sobre o substituto tributário, e não há como negar que os combustíveis são comercializados originalmente pela Petrobrás, que tem o monopólio do refino, recolhendo o ICMS por antecipação. Ressaltou que em diversas ocasiões prepostos do Fisco cometem erros, que em princípio não são de má fé ou incompetência, mas em situações tais, num gesto de grandeza e respeito os próprios prepostos fiscais reconhecem o equívoco e pugnam pela extinção do processo. Neste sentido, citou o Acórdão CJF Nº 0149/00. Por fim, o autuado requereu a total improcedência do Auto de Infração.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 592 a 597 dos autos, dizendo que as saídas dos combustíveis foram apuradas com base nas notas fiscais de saídas e através das bombas, que têm as saídas mensuradas pelos respectivos encerrantes, sendo que os valores desses encerrantes, inicial e final, por bico de cada bomba, são registrados no LMC conforme legislação específica da ANP e não são encontrados em outro local, além do LMC. Disse que no curso da ação fiscal o contribuinte não forneceu as notas fiscais apresentadas nas razões de defesa, e esses documentos não estão escriturados no livro Registro de Entradas, de acordo com as cópias às fls. 330 a 362 do PAF.

Foi efetuada análise pela autuante em relação a cada nota fiscal alegada nas razões de defesa, informando que foram acatados os documentos apresentados pelo contribuinte em seu recurso, ficando alterada a omissão de entradas e a correspondente redução nos valores do ICMS normal e por substituição tributária, conforme demonstrativos que anexou aos autos, fls. 598 a 609. Disse que nada foi contestado nem apresentado qualquer documento ou argumento em relação aos exercícios de 1998, 2000, 2002 e 2003, haja vista que as cópias de notas fiscais apresentadas pelo autuado compreendem os exercícios de 1999 e 2001. Por isso, ficam mantidos os valores correspondentes aos exercícios não impugnados.

Quanto ao argumento defensivo de que já houve pagamento do imposto por antecipação, e que a responsabilidade seria do fornecedor, disse que a responsabilidade é atribuída à distribuidora quando as mercadorias estão acompanhadas de documentação correspondente, e no caso em

exame o autuado deixou de dizer que adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, sendo responsável pelo pagamento do ICMS normal e por substituição tributária das mercadorias encontradas em seu poder, desacompanhadas de documento fiscal apurado mediante levantamento quantitativo de estoque. Por fim, a autuante apresentou o resumo do débito apurado após as retificações, informando que fica alterado o total do imposto exigido de R\$78.267,54 para R\$66.569,48, e espera que seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e respectivos demonstrativos, o autuado apresentou novas razões defensivas, fls. 615 a 617 dos autos, alegando que a autuante não acatou as notas fiscais de transferência de nºs 144 e 146 referente à aquisição de combustível da Petrobrás através das notas fiscais de nºs 25.064 e 25.365, e tais documentos, além de outros, foram extraviados, e em face disso, foram solicitadas à Petrobrás as cópias, mas o defendente ainda não recebeu. Contestou a afirmação da autuante de que “só agora, por ocasião da defesa, foi colocada a informação” quanto à origem no corpo dos documentos fiscais. Reiterou a alegação de que já houve antecipação tributária sobre os produtos objeto do levantamento fiscal, ressaltando que a falta de apresentação do documento fiscal ou a falta de registro no livro Registro de Entradas é infração meramente formal, não implicando sonegação fiscal, destacando também a necessidade de retirar pelo bico da bomba quantidades e depois fazer a devolução, e que por lapso deixaram tais valores de ser lançados a título de entradas. Assim, entende o autuado que a exigência fiscal afigura-se absurda e injusta, entendendo que se verifica a inocorrência de hipótese de incidência tributária. Requereu a improcedência do Auto de Infração.

À fl. 619 do presente processo, a autuante deu o ciente da manifestação apresentada pelo autuado, e disse que está mantida a informação fiscal prestada anteriormente.

VOTO

O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/1998 a 13/11/2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, além da multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, relativamente à escrituração irregular do livro LMC.

Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que as notas fiscais de números 29.104 e 041 (do exercício de 1999); 39.164, 042 e 048 (do exercício de 2001) não foram consideradas no levantamento fiscal, sendo acatadas as alegações defensivas pela autuante. Assim, em decorrência dos documentos fiscais apresentados pelo autuado em seu recurso defensivo, fls. 584 a 587 e 590 do PAF, a autuante refez os cálculos relativos aos exercícios de 1999 e 2001, acatando as provas acostadas aos autos, conforme novo demonstrativo elaborado, e anexado à informação fiscal às fls. 598 a 609, ressaltando-se que o autuado tomou conhecimento quanto aos novos cálculos efetuados pela autuante, mas não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os novos cálculos efetuados pela autuante.

Foi alegado também, que não foram incluídas no levantamento fiscal as NFs 25.064 e 25.365 referentes à aquisição de gasolina comum transferida para a filial através das notas fiscais de números 144 e 146. Entretanto, as citadas notas fiscais de aquisição não foram apresentadas, sendo informado pela autuante que além da inexistência dos documentos fiscais de aquisição, não há lançamento dessas notas fiscais no livro Registro de Entradas, nem no LMC, e o autuado justificou em sua defesa à fl. 615 dos autos que essas notas fiscais comprobatórias da aquisição foram extraviadas e apesar de ter solicitado à Petrobrás, ainda está impossibilitada de fazer a juntada ao processo.

Tendo em vista a falta de comprovação da aquisição das mercadorias, entendo que não devem ser consideradas as entradas alegadas pelo defendente, e por isso, está correta a autuante, uma vez que não devem ser incluídas as citadas notas fiscais de nºs 25.064 e 25.365, não apresentadas pelo sujeito passivo.

Vale ressaltar, que o autuado contestou o levantamento fiscal somente em relação aos exercícios de 1999 e 2001, haja vista que nas alegações defensivas o defendente não fez qualquer referência aos demais exercícios, nem ao quinto item do Auto de Infração. Assim, considero que não existe controvérsia em relação à parte não impugnada, considerando-se, por isso, subsistente.

Também não é acatada a alegação defensiva de que o fato narrado no Auto de Infração não enseja a cobrança do imposto, por entender o defendente que a Fazenda Pública não pode atribuir ao contribuinte substituído a responsabilidade solidária ou subsidiária pelo pagamento do imposto apurado no levantamento fiscal, haja vista que de acordo com o resultado do levantamento fiscal após a revisão efetuada pela autuante, e documentos acostados aos autos, as infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 1 e 3), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infrações 2 e 4), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, haja vista que a exigência fiscal foi elidida parcialmente pelo autuado, ficando alterada a exigência fiscal quanto às infrações 01 e 02, conseqüentemente, o total do débito apurado fica alterado para R\$66.569,48, conforme demonstrativos às fls. 595 e 597 dos autos, elaborados pela autuante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206969.0014/03-0**, lavrado contra **AUTO POSTO POXIM LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$66.519,48**, sendo R\$24.515,30, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$12.428,18, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$12.087,12, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$42.004,18, acrescido das multas de 70% sobre R\$23.057,21, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$18.946,97, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR