

A. I. Nº - 301589.0008/03-0
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS BRAGA REIS LTDA.
AUTUANTES - SANDRA MARIA SOUZA COTRIM, JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU e RAUL DA COSTA VITORIA NETO
ORIGEM - INFAS BONOCÔ
INTERNET - 05.08.2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0279-04/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Corrigido o valor da multa aplicada. Infração parcialmente caracterizada. **b)** 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2003, exige ICMS no valor de R\$152.560,52, além de multa no valor de R\$ 100,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 100,00, operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado de 2002 e aberto 2003.
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$94.587,21, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo aos anos de 2001, 2002 e 2003.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$57.973,31, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativos ao ano de 2001, 2002 e 2003.

O autuado, às fls. 298 a 308, impugnou o lançamento tributário alegando que os combustíveis (diesel, gasolina e álcool) são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora.

Aduz que a lavratura do Auto de Infração foi precipitada e desconsiderou que os combustíveis comercializados têm características de volatilização (0,6%), conforme Portaria no. 283, de 02 de junho de 1980, do antigo CNP, atual ANP, além de alegar nulidade da ação fiscal por ter utilizado o LMC.

Diz que somente foram consideradas as saídas com notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e nem as pequenas notas retiradas, tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo-se falta de recolhimento, sem contar a evaporação.

Salienta que, em relação ao demonstrativo de saídas, existem erros, quando não considerou a evaporação prevista em lei e verificação de regularidade dos equipamentos de medição, 20 (vinte) litros por dia/bico, totalizando 73.000 litros anos.

Sustenta que a empresa não tem condição de detectar o problema com a distribuidora, cabendo ao Estado identificar e cobrar das distribuidoras que não tenham recolhido os tributos.

Salienta que a lavratura do Auto de Infração contra a empresa é um ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, citando dispositivos do CTN, CF, para embasar seu argumento.

Às fls. 304 a 305 dos autos, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Aduz que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em ocorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação, tendo acostado à fl. 309 uma relação de notas fiscais e às fls. 310 a 326, anexou cópias de notas fiscais.

Os autuantes, às folhas 328 a 330, ao prestar a informação fiscal esclareceu que realizaram duas intimações, fls. 11 e 12, para apresentação das notas fiscais de entrada de mercadorias escrituradas no LMC, sem a correspondente apresentação das referidas notas fiscais e sem a competente escrituração no livro de Registro de Entradas de Mercadorias.

Diz que a simples alegação da autuada de que adquire combustíveis com o imposto incluído na nota fiscal, e que se porventura o imposto não tenha sido recolhido a responsabilidade é da distribuidora, não deve prevalecer, pois ao dar entrada de mercadoria em seu estoque, desacompanhada da documentação fiscal correspondente, o posto de combustíveis tornar-se o responsável pelo imposto daquele produto.

Argumenta que no presente caso, a autuação ocorreu por falta de documentos fiscais para acobertar a entrada de mercadorias. Aduz que só se considera que o ICMS foi devidamente recolhido por antecipação, quando a aquisição se der através de nota fiscal regularmente emitida.

Ressalta que o autuado adquiriu combustíveis desacompanhados de nota fiscal e apesar de devidamente intimado, folhas 11 e 12, para apresentação dos documentos fiscais dos produtos ali descritos, com o tipo do combustível, quantidade e data da entrada, não os apresentou, caracterizando a inexistência de tais documentos fiscais.

Salienta que o livro Registro de Entrada da empresa autuada, folhas 171 a 236, não registra as notas fiscais relativas às mercadorias objeto da intimação fiscal acima mencionada.

Afirma que as Notas Fiscais nºs 004333, 004896, 238803 e 222456, cujas cópias foram acostadas na impugnação, já foram consideradas nos levantamento, folhas 15 e 16. Acrescenta que numa análise preliminar desses documentos, observa-se que as quantidades de produtos constantes dos mesmos não condizem com as quantidades lançadas sem documento fiscal no LMC.

Destaca que a omissão de entradas de álcool em 2001 foi de 20.163,23 litros, enquanto das cópias das notas fiscais apresentadas constam apenas 5.000 litros. Vê-se que ainda que considerasse as quantidades constantes nos documentos, mesmo assim, ainda existiria a omissão de entrada.

Esclarece que, quanto a alegação de que existe Portaria reguladora das evaporação (0,6%), as perdas já foram registradas no LMC, a cada aferição realizada pelo posto.

Quanto a alegação defensiva de que a Secretaria da Fazenda de forma imprópria, está manipulando documentos e legislação da ANP, o que torna o ato nulo, quando anterior ao Convênio firmado em 02/10/03, não tem fundamento, pois a legislação aplicada foi Legislação do ICMS, especialmente a lei 7.014/96 (lei do ICMS) e Decreto 6.284/97 (Regulamento do ICMS), estando o livro de Movimentação de Combustível previsto no artigo 314, V, do referido regulamento.

Ao finalizar, opinam pela manutenção da ação fiscal.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 334.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0068/2004 às fls. 336 a 338 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que apesar do autuado apresentar notas fiscais solicitadas pelo relator, restou comprovado que não foram registradas nem no LRE, nem no livro de Movimentação de Combustíveis - LMC. Os comprovantes relativos aos pagamentos dos fretes entre Cruz das Almas e Salvador, também não foram apresentados, sob alegação de que o transporte fora realizado com veículo da empresa vendedora do produto. Por não ter efetivamente comprovado as aquisições em questão, deixou de elaborar novos demonstrativos.

A INFRAZ-BONOCÔ, através das intimações de fls. 346 a 348, cientificou o autuado e o autuante, para se manifestarem com relação ao Parecer da ASTEC, porém, silenciaram.

VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o procedimento fiscal encontra-se embasado na legislação do ICMS, a qual estabelece que o LMC é um livro obrigatório para os contribuintes que exercem a mesma atividade do autuado. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Da análise das peças que compõem o presente PAF, constato que os auditores fiscais utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sendo aplicada multa (Infração 01); falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 2), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 3).

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de

responsabilidade da distribuidora. Ocorre que, ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o autuado torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não foram consideradas as evaporações, pois constatei que o levantamento das saídas foi realizado com base nas quantidades lançadas pelo próprio contribuinte no livro LMC, onde também são registradas as eventuais perdas/evaporação ocorridas no período.

Em relação ao argumento de confisco, entendo que o mesmo não pode ser acatado, uma vez que a ação fiscal foi realizada em conformidade com a legislação vigente, inclusive em relação a multa aplicada e a Portaria nº 445/98, a qual regulamenta os procedimento que devem ser observados pelos auditores ao realizar a Auditoria de Estoque.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercício de 2001, 2002 e 2003 (infrações 02 e 03) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Quanto à Infração 01, a mesma Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97. Entretanto, o CONSEF firmou o entendimento que somente deve ser aplicada a multa referente a um exercício, devendo o valor ser reduzido para R\$ 50,00.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento dos auditores autuantes, estando caracterizada as infrações 2 e 3, e parcialmente à infração 1, no valor de R\$50,00.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 301589.0008/03-0, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS BRAGA REIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$152.560,52**, acrescido das multas de 70% sobre R\$94.587,21 e de 60% sobre R\$57.973,31, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei.

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR