

PROCESSO - A. I. Nº 298920.0017/04-7
RECORRENTE - POSTO SÃO LÁZARO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0023-04/05
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 03/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 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-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 acolhidas às arguições de nulidade do Auto de Infração. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0023-04/05 – lavrado para exigir ICMS no valor de R\$147.543,16, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2001, 2002 e 2004, sendo as infrações 1, 3 e 5, relacionadas com os produtos gasolina comum, diesel e álcool, respectivamente.
2. Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2001, 2002 e 2004, sendo as infrações 2, 4 e 6, também relacionadas com os produtos gasolina comum, diesel e álcool, respectivamente.

Inicialmente, o recorrente alegou que o roteiro de auditoria empregado pela fiscalização é frágil, porque se valeu do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC – para a aferição da movimentação dos estoques, “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 nem são

“escriturados” (sic), e também considerando que todas as operações foram realizadas com distribuidoras de combustíveis regularmente inscritas no cadastro do ICMS, e o imposto devido foi pago por substituição tributária, tal roteiro teria sido maculado com vício, e por esta razão pediu a Nulidade do Auto de Infração.

Ainda em preliminar, argüiu que na ação fiscal praticada pelo autuante ao exigir o mesmo imposto que já foi pago, recaindo na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*, configurar-se-ia o enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do patrimônio do contribuinte, e a Constituição Federal de 1988 veda o emprego do confisco tributário (art. 150, IV), impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributo, contribuições ou penalidades (multas) que tenham nítido e ostensivo caráter confiscatório. Assim, também por este motivo o Auto de Infração seria nulo. Citou jurisprudência deste CONSEF e doutrina.

Quanto ao mérito, disse o seguinte: “*Destarte o lançamento fiscal sub examine possui erro de elaboração, em relação às omissões contabilizadas pelo fiscal autuante, omissões estas que destoam do quanto efetivamente comercializado no estabelecimento, o que se provará pela juntada dos documentos comprobatórios de que não houve a suposta omissão alegada pelo fiscal autuante. Vale dizer, o recorrido (sic) provará, ainda, a inexistência de qualquer omissão de entradas, pela juntada de notas fiscais de compra até a data do julgamento. Assim, trazido aos autos prova material dos fatos que levaram às conclusões equivocadas, imperiosos se faz decidir pela total improcedência da ação fiscal*”, e trouxe mais três Acórdão emanadas de Juntas de Julgamento Fiscal.

Afirmou que não houve descumprimento de obrigação principal, mas somente acessória, porque não escriturou corretamente o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), o que lhe sujeitaria, apenas, à sanção prevista no art. 915, XV, “d”, do RICMS/97, que corresponde a R\$460,00.

Concluiu requerendo a nulidade total do Auto de Infração, ou que seja decretada a sua procedência parcial.

A representante da PGE/PROFIS observou que os argumentos recursais são os mesmos já analisados em 1ª Instância, que não têm o poder de modificar a Decisão guerreada, posto que correta e proferida com embasamento legal, porque efetivamente o contribuinte não registrou entrada de mercadorias e por esta razão foram detectadas saídas sem tributação, sendo correta a exigência do imposto devido por substituição, como também o de responsabilidade própria do sujeito passivo.

Por entender que restou provado o cometimento da infração, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente inicia alegando que o roteiro de auditoria empregado pela fiscalização é frágil, porque se valeu do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC – para a aferição da movimentação dos estoques, isto porque “*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 nem são escriturados*”, o que levaria à nulidade do Auto de Infração.

O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), destina-se ao registro diário a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis, e a sua escrituração é obrigatória, segundo a regra prevista na combinação dos art. 314, V, e 324, do RICMS/97, que é lastrada no Ajuste SINIEF 1/92.

Assim, o argumento do recorrente não encontra qualquer amparo, até porque, segundo o § 2º, do art. 18, do RPAF/99, não se declarará a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa, que no caso foi o próprio contribuinte.

Mais ainda, se erros houver na escrituração de tal livro, compete a quem os alega demonstrá-los, o que não foi feito.

Asseverou também o recorrente que todas as operações foram realizadas com distribuidoras de combustíveis regularmente inscritas no cadastro do ICMS, e o imposto devido foi pago por substituição tributária, e que na ação fiscal praticada pelo autuante ao exigir o mesmo imposto, recaindo na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*, configura-se-ia o enriquecimento ilícito do Estado, em detrimento do patrimônio do contribuinte, e a Constituição Federal de 1988 veda o emprego do confisco tributário.

Este raciocínio estaria perfeito se a aquisição tivesse sido feita com a respectiva nota fiscal, o que não ocorreu no presente caso.

Por estas razões, entendo que não existe mácula no lançamento tributário questionado, e deixo de acolher as argüições de nulidade do mesmo.

Quanto ao mérito, o recorrente limitou-se a afirmar que traria provas da improcedência das acusações, só que não as trouxe. As únicas provas existentes a seu favor foram apensadas junto com a impugnação inicial (fls. 78 a 80), que já foram relevadas no julgamento atacado, que considerou o Auto de Infração procedente em parte.

A multa aplicada está correta, pois o que houve foi descumprimento de obrigação principal, e não acessória, como quer o recorrente.

Considerando que o contribuinte limita-se a negar o cometimento das infrações, sem, contudo, trazer novo elemento de prova passível de apreciação, que pudesse eximir-lo da responsabilidade pela irregularidade que cometeu, concluo que a Decisão recorrida está perfeita e não carece de qualquer reparo, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298920.0017/04-7, lavrado contra **POSTO SÃO LÁZARO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$145.512,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$33.187,57 e 70% sobre R\$112.325,13, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS