

A. I. N° - 108881.0030/03-8
AUTUADO - AUTO POSTO VANESSA LTDA.
AUTUANTE - EDILTON OLIVEIRA SAMPAIO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25.02.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0034-02/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (COMBUSTÍVEIS). Refeitos os cálculos, para correção de erros, reduzindo-se o débito. Algumas Notas Fiscais apresentadas pela defesa não podem ser levadas em conta porque se referem a períodos alheios ao que foi objeto da ação fiscal, e outras já tinham sido computadas no levantamento originário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1999), lançando-se o imposto no valor de R\$ 314.880,98, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1999), lançando-se o imposto no valor de R\$ 36.173,42, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que combustível é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e, ao ser adquirida, o ICMS vem embutido no valor da compra, sendo o imposto de responsabilidade da empresa distribuidora. Alega ainda que o fiscal autuante não considerou no levantamento todas as Notas Fiscais de entradas, conforme documentos acostados à defesa. Diz que o Auto de Infração foi lavrado de forma precipitada, não levando em conta que os combustíveis têm características de volatilização de 0,6%, conforme Portaria nº 283/80 do antigo CNP, atual ANP. Reclama que só foram consideradas as saídas com Notas Fiscais, não se levando em conta os Cupons Fiscais nem as pequenas Notas extraídas, e sem ser computada também a evaporação. Considera nula a ação fiscal, pois os fatos foram anteriores ao convênio firmado entre a fazenda estadual e a Agência Nacional de Petróleo. Com relação especificamente ao demonstrativo de saídas, o autuado diz que existem erros, uma vez que o fiscal não considerou a evaporação prevista em lei e a verificação de regularidade dos equipamentos de

medição, na ordem de 20 litros por dia/bico, totalizando 73.000 litros por ano. Além do mais, não foram consideradas as transferências de combustível, por se tratar de empresas do mesmo grupo.

Segundo a defesa, a autuação é ilegal, pois o imposto e a multa seriam de responsabilidade das distribuidoras. Argumenta que a lavratura do Auto de Infração contra a sua empresa é um ato arbitrário, caracterizando verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária. Cita dispositivos do CTN e da Constituição. Transcreve doutrina acerca da obrigação do substituto legal tributário. Protesta que a presente autuação macula princípios constitucionais. Diz considerar inaceitável que o Estado pretenda locupletar-se com a cobrança de imposto já pago pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária. Pede que se declare improcedente a autuação, e que se desautorize a multa aplicada.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que as Notas Fiscais consideradas foram as apresentadas pela empresa. Destaca que qualquer valor que fosse apropriado a título de evaporação iria aumentar o valor do imposto apurado. Quanto à alegação de que não foram considerados valores relativos a pequenas Notas e a Cupons Fiscais, o fiscal contrapõe que só lhe foram entregues as Notas Fiscais modelo 1. Aduz que a empresa foi intimada em 16/10/03, 75 dias antes da conclusão dos trabalhos fiscais, tempo que considera mais que suficiente para que a empresa entregasse toda documentação e livros solicitados. Salienta que, das Notas Fiscais emitidas em 1999, acostadas ao processo, só não foram consideradas, por falta de apresentação na data oportuna, as Notas nº 1489, 1499, 203, 156, 164, 65 e 135. Acrescenta que só não foi considerado o produto álcool na Nota Fiscal nº 6. Diz que as demais Notas Fiscais acostadas são dos exercícios de 1998 e 2000, que não têm nada a ver com o presente Auto de Infração. A seu ver, o autuado não apresentou nenhum levantamento alternativo contestando os cálculos apresentados no levantamento fiscal, limitando-se a argumentar que não foram considerados todos os documentos necessários. Conclui dizendo que, feitas as correções do lançamento, o valor do débito deve ser reduzido para R\$ 308.828,89, conforme demonstrativos às fls. 741 a 751.

Foi mandado dar ciência dos novos elementos ao sujeito passivo.

Através do Acórdão JJF 0153-04/04, da 4^a Junta, o lançamento foi julgado procedente em parte.

O autuado apresentou Recurso Voluntário.

A Profis manifestou-se.

A 1^a Câmara, através do Acórdão CJF 0268-11/04, anulou a decisão da 4^a Junta e determinou que se procedesse a novo julgamento, sanada a irregularidade apontada – o órgão preparador, ao dar ciência ao sujeito passivo dos novos elementos acostados aos autos pelo fiscal autuante na informação fiscal, não indicou o prazo de 10 dias para que o autuado, caso quisesse, se manifestasse a respeito dos mesmos.

Esta Junta, no instrumento à fl. 811, determinou que fosse dada ciência ao sujeito passivo acerca da informação fiscal, fornecendo-lhe, no ato da intimação, cópias dos instrumentos às fls. 739 a 751, concedendo-lhe, no ato da intimação, o prazo de 10 dias para, se quisesse, pronunciar-se a respeito dos mesmos.

A diligência foi cumprida.

O sujeito passivo não se pronunciou.

VOTO

A autuação refere-se abstratamente à falta de recolhimento de “imposto”. Esclareça-se, desde já, que o imposto em questão é o ICMS. O item 1º do Auto de Infração cuida da falta de recolhimento

do tributo pelo autuado na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais. O item 2º refere-se ao lançamento do imposto por antecipação, sobre o valor acrescido, relativo às operações subsequentes, por se tratar mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – combustíveis. Em ambas as situações, o débito foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadoria.

A ação fiscal baseou-se no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Trata-se de um livro fiscal, previsto no art. 314, V, do RICMS/89. Sua escrituração é de inteira responsabilidade do sujeito passivo.

Quanto à alegação de que não seria mais devido o imposto, já que as mercadorias objeto do levantamento fiscal são tributadas pelo regime de substituição tributária, observo que a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias. Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente. Aliás, alegar pode, mas apenas isso. E alegar não é provar.

Deixo de acolher também o argumento de que não foram consideradas as perdas e as aferições, uma vez que os levantamentos fiscais foram baseados nos registros constantes no LMC, feitos pelo autuado.

O fiscal autuante, ao prestar a informação, refez os cálculos, reduzindo o débito. Algumas Notas Fiscais apresentadas pela defesa não podem ser levadas em conta porque se referem a períodos alheios ao que foi objeto da ação fiscal, e outras já tinham sido computadas no levantamento originário.

Foi dada ciência ao sujeito passivo dos novos elementos acostados aos autos na informação fiscal. O autuado não se manifestou sobre os mesmos.

O demonstrativo do débito deverá ser refeito, com base nos novos demonstrativos elaborados por ocasião da informação fiscal. O débito do item 1º fica reduzido para R\$ 274.917,91, e o do item 2º, para R\$ 33.910,98.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **108881.0030/03-8**, lavrado contra **AUTO POSTO VANESSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 308.828,89**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 33.910,98 e de 70% sobre R\$ 274.917,91, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA