

A. I. N° - 087015.0067/03-0  
AUTUADO - ANUNCIAÇÃO & COELHO LTDA.  
AUTUANTE - COSME ALVES SANTOS  
ORIGEM - INFAC ITAPETINGA  
INTERNET - 03.08.05

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N.º 0244-02/05**

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está provado que a empresa adquiriu mercadorias sem documentos fiscais. Assim sendo, assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem comprovação de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA, ÁLCOOL CARBURANTE E ÓLEO DIESEL). A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (álcool carburante – fls. 11/13), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o tributo no valor de R\$ 21.038,15, mais multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente a mercadorias adquiridas de terceiros sem documentação fiscal, sendo que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária (álcool carburante – fls. 11/13), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o imposto no valor de R\$ 6.666,99, mais multa de 60%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, sendo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, álcool e óleo diesel – fls. 17/25), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em

exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto no valor de R\$ 16.811,89, mais multa de 70%;

4. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente a mercadorias adquiridas de terceiros sem documentação fiscal, sendo que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, álcool e óleo diesel – fls. 17/25), fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2003), lançando-se o imposto no valor de R\$ 5.181,22, mais multa de 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que, no exercício de 1988, nas operações com álcool: a) o fiscal autuante não considerou a aferição do produto, no total de 1.640 litros, a qual é feita por exigência de norma do CNP, embora se encontre escriturada no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC); e b) parte das diferenças de saídas objeto deste Auto de Infração diz respeito a combustíveis que foram retirados através do bico [da bomba de combustíveis], sendo que as Notas Fiscais de transferência estão escrituradas nos livros fiscais de entrada e saída de mercadorias, importando tais transferências 150.161 litros.

Quanto ao exercício de 2003, o autuado alega que não foram consideradas pelo fiscal as aferições de 1.704,7 litros de óleo diesel, 1.460 litros de álcool e 3.204,7 litros de gasolina, apesar de as aferições se encontrarem escrituradas no LMC.

Ainda no tocante ao exercício de 1998, nas operações com álcool: a) não foi considerado o arresto judicial de 2.067 litros; e b) existem transferências efetuadas através do bico das bombas, conforme Notas Fiscais escrituradas nos livros respectivos de entradas e saídas, no total de 21.020 litros.

A defesa chama a atenção para o fato de que o imposto da gasolina é pago pelo sistema de substituição tributária. Assegura que em nenhum momento houve intenção de sonegar. Alega que o fato de às vezes fazer transferência do produto pelo bico se deve à conjuntura em que vive o país, não sendo possível deixar um posto de combustíveis parado enquanto outro estabelecimento dispõe do produto. Pede que se faça justiça.

O fiscal autuante prestou informação admitindo que o autuado tem razão [em parte], e ele, fiscal, já providenciou a devida inclusão, elaborando um novo demonstrativo, relativamente aos exercícios de 1998 e 2003.

Segundo o fiscal, o contribuinte, ao fazer transferências de combustíveis entre os seus postos de combustíveis (três postos), emite sempre Notas Fiscais, registrando-as regularmente em seus livros fiscais, quase sempre em quantidades elevadas, que variam entre 5.400 e 5.450 litros em cada operação. Na opinião do fiscal, tais transferências seriam perigosas e **inviáveis**, porque os bombeiros não teriam tempo para atender à clientela, tendo em vista que, se assim fosse, um caminhão, para ser carregado, levaria, no mínimo, três ou quatro horas parado à frente das bombas. Observa que o bico da bomba é destinado às vendas a consumidor final, e não para fazer transferências, haja vista que as bombas se equiparam às máquinas **registradoras** e aos equipamentos emissores de cupons fiscais, que se destinam à venda de mercadoria a consumidor final.

O fiscal diz que, na verdade, o contribuinte, por ter três postos, adquire o combustível em nome de um deles e, ao chegar o produto ao posto indicado na Nota Fiscal, descarrega o combustível, na quantidade desejada, e em seguida emite Nota Fiscal de transferência, para reabastecimento dos outros postos da rede, sem necessidade, portanto, da retirada do produto do caminhão, processo mais econômico e viável.

Aduz que, “Por isso, consideramos, em nosso levantamento, o lançamento, como é normal em qualquer atividade, do quantitativo constante das notas fiscais, no caso transferências, como entradas ou saídas diretas e vice-versa e não simples emissão de notas sem serem **consideradas** saídas efetivas de mercadoria, o que contraria o RICMS vigente”.

Comenta que, em todos os levantamentos quantitativos de produtos pertencentes ao regime de substituição tributária em que há diferença de saída, é cabível, apenas, multa por descumprimento de obrigação acessória, ao passo que, se a diferença é de entradas, como neste caso, é devido o imposto.

Conclui indicando os valores remanescentes dos **débitos**, após as inclusões procedidas na informação fiscal.

Dada ciência do teor da informação ao sujeito passivo, este se manifestou dizendo que já procede como o fiscal recomenda. Quanto às transferências pelo bico, diz que as quantidades transferidas jamais chegam ao patamar mencionado pelo autuante, pois as mesmas variam de 500 a 2.000 litros por operação, como se pode comprovar analisando as Notas Fiscais da relação anexa, nas quais constam as transferências detalhadas pelas datas e as quantidades transferidas. Fala da necessidade prática dessas transferências.

O fiscal pronunciou-se mantendo o que disse na informação anterior.

## VOTO

Cuida-se, nestes autos, do lançamento de ICMS a título de responsabilidade solidária (itens 1º e 3º) e também do lançamento do tributo devido por antecipação sobre o valor acrescido (itens 2º e 4º), por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Os débitos foram apurados através de levantamentos quantitativos dos estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 1998 (itens 1º e 2º – exercício fechado) e 2003 (itens 3º e 4º – exercício aberto, até outubro). Os débitos envolvem operações com gasolina, álcool carburante e óleo diesel.

O contribuinte alegou na defesa que o fiscal autuante cometeu erros, por não levar em conta as aferições, certas transferências efetuadas através dos bicos das bombas de combustíveis e a existência de um arresto judicial.

O fiscal autuante prestou informação de forma meio truncada, dando a entender que teria atendido a todo o pleito da defesa. Com efeito, logo no início do que chama de mérito da informação fiscal, ao falar das alegações da defesa em geral, o autuante declara, sem nenhuma ressalva, que “procede a alegação da autuada e já providenciamos a devida inclusão, elaborando um novo demonstrativo, períodos 1998 e 2003”.

O fiscal faz a seguir certas considerações que, pelo que se depreende dos autos, não corresponde, absolutamente, ao que ocorre de fato. Diz o fiscal: “Na verdade, o contribuinte, por ter 3 postos (mesma razão social), adquiri o combustível, em nome de um deles, e ao chegar no posto constante da nota fiscal, emitida pelo distribuidor, descarrega o combustível, na quantidade desejada, em seguida, emite sua nota fiscal de transferência, para reabastecimento dos outros postos da rede, sem necessidade, portanto, da retirada do produto do caminhão, processo mais econômico e viável” *[sic]*.

Ora, se o contribuinte tivesse agido assim como descreve o fiscal, não haveria infração alguma. Depreendo que, apesar de o fiscal dizer que, “na verdade”, é assim que o contribuinte procede, interpreto a informação entendendo que o que o autuante quis foi comentar não como o contribuinte procede, mas, sim, como deveria o contribuinte proceder. Sendo assim, traduzindo o que, a meu ver, o fiscal quis dizer, faço o registro de que seria de bom alvitre que o contribuinte, por ter três postos de combustíveis, ao adquirir o combustível em nome de um deles, quando o

produto chegar ao posto indicado na Nota Fiscal, caso não deseje fazer o descarregamento por inteiro num só posto, deve descarregar o combustível na quantidade desejada e, em seguida, emitir Nota Fiscal de transferência, para reabastecimento dos outros postos da rede, evitando, deste modo, a retirada do produto do tanque, pelo bico da bomba, processo mais trabalhoso e mais arriscado.

O fiscal arremata a informação com esse comentário: “Por isso, consideramos, em nosso levantamento, o lançamento, como é normal em qualquer atividade, do quantitativo constante das notas fiscais, no caso transferências, como entradas ou saídas diretas e vice-versa e não simples emissão de notas sem serem **consideradas** saídas efetivas de mercadoria, o que contraria o RICMS vigente”.

Apesar de o fiscal dizer “consideramos, em nosso levantamento, o lançamento, como é normal em qualquer atividade, do quantitativo constante das notas fiscais, no caso transferências...”, parece-me que, ao contrário, o fiscal não levou em conta as Notas Fiscais de transferências.

Fazendo um esforço de hermenêutica, vou dizer o que entendi disso tudo: a) o fiscal concorda com o contribuinte quanto a levar em conta todas as “aferições” constantes no LMC; b) admite a inclusão, no levantamento fiscal, das Notas Fiscais emitidas por terceiros; c) não acata, porém, as Notas Fiscais da própria empresa emitidas nas transferências de combustíveis entre um posto e outro, em que, segundo a defesa, o produto é retirado através dos bicos das bombas; d) concorda com a inclusão do arresto judicial.

Se, de fato, foi isto o que ocorreu, considero razoáveis os critérios adotados.

Ao ser dada vista dos novos elementos ao sujeito passivo, este deu entrada em petição, juntando cinco relações de Notas Fiscais de “transferências pelo bico”, pedindo que se faça a verificação da veracidade de suas alegações.

O autuado não juntou cópias das Notas Fiscais indicadas nas relações apresentadas. Não estou convencido da regularidade dessas transferências. A troca de combustíveis entre postos constitui, inclusive, infração às normas da Agência Nacional de Petróleo. Não levarei, por isso, em conta as listagens às fls. 1156/1162.

Quanto ao argumento da defesa 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.

Os valores remanescentes são os seguintes, haja vista o quadro constante na fl. 1130:

ITEM	NATUREZA DO FATO	MERCADORIA	ICMS	SOMAS
1°	responsabilidade solidária	álcool	R\$ 20.805,93	R\$ 20.805,93
2°	antecipação tributária	álcool	R\$ 6.593,40	R\$ 6.593,40
3°	responsabilidade solidária	gasolina	R\$ 1.288,72	
		álcool	R\$ 12.191,02	
		diesel	R\$ 378,41	R\$ 13.858,15
4°	antecipação tributária	gasolina	R\$ 360,32	
		álcool	R\$ 3.863,33	
		diesel	R\$ 44,27	R\$ 4.267,92
<b>Total</b>				<b>R\$ 45.525,40</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087015.0067/03-0**, lavrado contra **ANUNCIAÇÃO & COELHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 45.525,40**, sendo R\$ 27.399,33, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 6.593,40 e de 70% sobre R\$ 20.805,93, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$ 18.126,07, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 4.267,92 e de 70% sobre R\$ 13.858,15, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA