

A. I. N ° - 269610.0010/04-4
AUTUADO - O. TORRES
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 08.09.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0308-01/05

EMENTA. ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Autuado apresentou documentos que reduziram o valor do débito. Refeitos os cálculos. Infrações 07 a 10 parcialmente subsistentes e Infrações 01 a 06, 11 e 12 insubsistentes. **2. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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 2003 e 2004, exigindo ICMS nos valores de R\$ 6.697,87, R\$ 1.276,29, R\$ 33.715,73, R\$ 15.659,80, R\$ 70.062,63 e R\$ 9.541,97 (Infrações 01, 03, 05, 07, 09 e 11, respectivamente);
2. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de

substituição tributária, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2003 e 2004, exigindo ICMS nos valores de R\$ 2.122,55, R\$ 404,46, R\$ 9.386,46, R\$ 4.359,69, R\$ 42.058,59 e R\$ 2.667,93 (Infrações 02, 04, 06, 08, 10 e 12, respectivamente);

3. Falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações quando intimado, aplicando multa no valor de R\$ 1.010,00 (Infração 13).

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 69 a 85), onde alegou que a autuação só ocorreu em razão de um erro no roteiro de auditoria empregado, tendo em vista que o demonstrativo de estoque foi efetuado com base no Livro de Movimentação de Combustíveis, aduzindo ser de conhecimento público que a escrita dos postos de combustíveis pouco ou nada refletem a realidade, raras vezes sendo escriturados, por carregarem em si pouca relevância, em face do imposto ser recolhido antecipadamente.

Afirmou que houve equívoco por parte do autuante já que todas as operações efetuadas pelo autuado se originaram de distribuidoras de combustíveis regularmente inscritas no cadastro do ICMS e foram acobertadas por notas fiscais, fato que seria constatado pelo autuante se a ação fiscal tivesse se pautado em informações das próprias distribuidoras de combustíveis. Declarou que teve curto espaço de tempo para a coleta das notas fiscais junto às distribuidoras, porque muitas delas se encontram sob ação fiscal, com seus documentos em posse da SEFAZ/BA, e requereu dilação do prazo para sua apresentação.

Asseverou que os roteiros empregados na ação foram maculados com vícios diversos, razão pela qual pediu a total nulidade do Auto de Infração, ou, no mérito, seja julgado improcedente. Em seguida, disse que apresentou elementos suficientes para que fosse procedida a fiscalização, não se admitindo a presunção, uma vez que esta seria uma medida extrema, só devendo ser utilizada quando não houvesse outros meios possíveis de se alcançar a verdade material, transcrevendo as ementas dos Acórdãos JFJ nº 2096/00, CJF nº 0068-11/02 e CS nº 0177-21/02 e julgados de outros tribunais.

Discorreu ainda sobre a cobrança em duplicidade do tributo, por comercializar somente com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, transcrevendo a ementa do Acórdão CJF nº 0894/01, referente a saldo credor na conta “caixa” de contribuinte que comercializa exclusivamente produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, o art. 150, IV da CF/88 e doutrina de Hugo de Brito Machado. Argumentou que a cobrança do que já foi pago se constitui em confisco e que a exigência fiscal é totalmente desmotivada, faltando-lhe a causa de pedir.

Afirmou que os valores apurados nos levantamentos de saídas elaborados pelo autuante não podem ser considerados reais, existindo erro de lançamento em relação às quantidades contabilizadas pelo autuante, e que isso se prova através da juntada das notas fiscais de saídas de combustível das distribuidoras para o autuado, algumas anexadas e outras que serão acostadas até a data da audiência de julgamento, além de também não terem sido consideradas as aferições diárias que acrescem 20 litros no encerrante diariamente, totalizando 7.300 litros anuais para cada combustível. Destacou que erros por parte dos prepostos fiscais são bastante comuns neste tipo de auditoria, sendo muitas vezes revistos pelo órgão administrativo, transcrevendo as ementas dos Acórdãos JFJ nºs 2505/98, 0523/01 e 0002-02/04.

Alegou também que o autuante deixou de considerar 25.000 litros de álcool, 154.314 litros de gasolina e 245.764 litros de óleo diesel no exercício de 2003 e 5.000 litros de álcool, 20.000 litros de gasolina e 21.000 litros de óleo diesel no exercício de 2004. Ao final, postulou a decretação da nulidade total do Auto de Infração, ou caso assim não seja entendido, a sua improcedência.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 147 a 154), disse que não devem ser acolhidas as preliminares suscitadas pelo autuado, em virtude de constituírem imputações genéricas, sem que seja apontado qualquer item ou procedimento que cause a nulidade do Auto de Infração, e que não ocorreu o confisco nem a cobrança em duplicidade. Afirmou ter acatado somente as entradas de 25.000 litros de álcool, 102.000 litros de gasolina e 143.000 litros de óleo diesel, relativos às notas fiscais que relacionou, pois as demais já haviam sido lançadas em seu levantamento ou são inidôneas, seja porque as quantidades não indicam compra para revenda ou não consta o seu recebimento no LMC ou o fornecedor não é autorizado pelo DNC ou não se prestam à destinação prevista na legislação.

Alegou que o autuado não fez aferições diárias de 20 litros conforme foi declarado, sendo que as cópias de folhas dos LMC's juntadas aos autos estampam realidade diversa e não foram emitidas as notas fiscais de saída exigidas pela legislação, e que o LMC não prova nada. Opinou pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, em nova manifestação (fls. 165 a 168), disse que o fato de haver violação à legislação de qualquer outro órgão não faz com que o documento fiscal seja desqualificado em matéria de ICMS e que o autuante não atentou para critérios técnicos e legais ao não considerar as aferições. Requereu a posterior juntada de documentos e a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de não ter recolhido imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como aplica multa pela falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações quando intimado.

O autuado suscitou a nulidade da autuação sob a alegação de que não há elementos suficientes para se determinar com segurança a infração nem causa de pedir, pois o imposto foi pago por antecipação, não tendo o autuante se pautado em informações das distribuidoras de combustíveis.

Rejeito a arguição de nulidade, pois nenhum vício formal foi apontado para justificar a sua decretação, apenas questões de mérito no tocante à aplicação da legislação e à apuração do valor devido, tendo sido respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.

O autuado requereu a posterior juntada de documentos, mas, até a assentada deste julgamento, nada mais acostou aos autos além do que já havia apresentado juntamente com a sua defesa.

O autuado acostou diversas notas fiscais à sua peça defensiva tentando elidir a acusação, além de questionar a não consideração das aferições, sendo que o autuante só acatou parte das notas fiscais, sustentando que as outras notas fiscais são inidôneas, ou já haviam sido consideradas, e não acatou as aferições, alegando que não foram efetuadas.

Entendo que, exceto pelas notas fiscais que já foram lançadas nos levantamentos elaborados pelo autuante, todas as demais que foram apresentadas devem ser consideradas, pois não há prova de que a gasolina não tenha entrado nos tanques do autuado, embora tenha sido adquirida de forma ilegal nos termos da legislação federal que rege a matéria, a qual proíbe a saída de combustíveis de um posto para outro. Saliento que este CONSEF tem se posicionado reiteradamente neste sentido.

Também entendo que só podem ser lançadas, a título de aferições, as quantidades registradas nos LMC's, incluindo-as como entradas nos tanques de combustíveis, pois estas, na quantidade de 20

litros cada, retornam aos tanques após saírem pelos bicos das bombas. Embora a legislação estadual exija a emissão de notas fiscais para documentar as aferições, esta é uma obrigação acessória, não podendo ser desconsideradas as quantidades efetivamente registradas nos LMC's. Verifico, entretanto, que não podem ser abatidas as aferições, pois não consta nos autos nenhuma cópia do LMC que contenha o registro de que foram realizadas. Ressalto que esta é a posição deste CONSEF em reiteradas decisões.

Como as Infrações 01, 03, 05, 07, 09 e 11 se referem à responsabilidade solidária, e as Infrações 02, 04, 06, 08, 10 e 12 à antecipação tributária, dos combustíveis álcool, óleo diesel e gasolina, estando as mesmas relacionadas às quantidades omitidas de cada combustível, me reportarei de forma a agrupar as infrações de acordo com cada combustível.

Em relação ao álcool hidratado, foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam 20.000 litros no exercício de 2003 e 5.000 litros no exercício de 2004. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 19.533 e 4.419 litros de álcool nestes respectivos exercícios, as Infrações 01 a 04 são insubsistentes, pois o levantamento passou a indicar omissão de saídas.

No tocante ao óleo diesel, foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam 215.764 litros no exercício de 2003 e 21.000 litros no exercício de 2004. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 194.776 e 83.740 litros de óleo diesel nestes respectivos exercícios, as Infrações 05 e 06 são insubsistentes e as Infrações 07 e 08 são parcialmente subsistentes, relativamente a 62.740 litros de óleo diesel, nos valores de R\$ 11.732,69 e R\$ 3.266,38, respectivamente, relativos ao exercício de 2004.

Quanto à gasolina, foram apresentadas notas fiscais não lançadas anteriormente que acobertam 129.314 litros no exercício de 2003 e 20.000 litros no exercício de 2004. Portanto, como foram apontadas as omissões de entradas de 153.636 e 19.536 litros de gasolina nestes respectivos exercícios, as Infrações 11 e 12 são insubsistentes e as Infrações 09 e 10 são parcialmente subsistentes, relativamente a 24.322 litros de gasolina, nos valores de R\$ 11.091,56 e R\$ 6.658,26, respectivamente, relativos ao exercício de 2003.

Desta forma, entendo que as Infrações 07 a 10 são parcialmente subsistentes e as Infrações 01 a 06, 11 e 12 são insubsistentes, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorr.	Comb.	Omissão Entrada (l)	Preço Médio	Base de Cálculo	Aliq.	ICMS Resp. Solid.	MVA	Base de Cálculo	Aliq.	ICMS Ant. Trib.
31/12/03	Álcool	0	1,2700	-	27%	-	31,69%	-	27%	-
Valor Total das Infrações 01 e 02						-				-
2/8/04	Álcool	0	1,0697	-	27%	-	31,69%	-	27%	-
Valor Total das Infrações 03 e 04						-				-
31/12/03	Diesel	0	1,1540	-	15%	-	27,84%	-	15%	-
Valor Total das Infrações 05 e 06						-				-
2/8/04	Diesel	62.740	1,2467	78.217,96	15%	11.732,69	27,84%	99.993,84	15%	3.266,38
Valor Total das Infrações 07 e 08						11.732,69				3.266,38
31/12/03	Gasolina	24.322	1,6890	41.079,86	27%	11.091,56	60,03%	65.740,10	27%	6.658,26
Valor Total das Infrações 09 e 10						11.091,56				6.658,26
2/8/04	Gasolina	0	1,8090	-	27%	-	27,96%	-	27%	-
Valor Total das Infrações 11 e 12						-				-
Valor Total das Infrações 01 a 12						22.824,25				9.924,64

Em relação à Infração 13, onde o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de apresentação de comprovantes das operações ou prestações quando intimado, a mesma não foi contestada. Contudo, entendo que a mesma não pode ser aplicada em relação à falta de atendimento de cada intimação no mesmo Auto de Infração, somente em autuações distintas no momento de cada ocorrência, pois, no caso em tela, a exigência da multa em relação à última falta de atendimento invalida as demais. Desta forma, entendo que a infração está parcialmente caracterizada no valor de R\$ 370,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor total de R\$ 33.118,89, estando parcialmente subsistentes as Infrações 07 a 10 e 13 e insubsistentes as demais infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0010/04-4**, lavrado contra **O. TORRES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.748,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 9.924,64 e 70% sobre R\$ 22.824,25, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$ 370,00**, prevista no art. 42, XX, “c” do referido diploma legal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR