

A. I. N° - 299134.0106/03-6
AUTUADO - POSTO VALE DO RIO PARDO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR MOITINHO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 11.05.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0142-02/06

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 prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA E ÁLCOOL CARBURANTE). 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. Rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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 [gasolina comum], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o imposto no valor de R\$ 2.469,81, 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 [gasolina comum], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998), lançando-se o imposto no valor de R\$ 493,96, 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 [álcool], 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\$ 1.104,93, 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 [álcool], 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\$ 350,15, mais multa de 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que este Auto de Infração carece de assento na realidade dos fatos, tanto assim que alude à aquisição de mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, quando, na verdade, aconteceu foi que, não se aprofundando no material apurado, a fiscalização registrou em “bis in idem” saídas de combustíveis no bico da bomba, para, a seguir, repetir a contagem na documentação tirada para empresas que acumulavam fornecimento com pagamento periódico, com base nas Notas Fiscais de saídas, constando nos demonstrativos fiscais, igualmente, inúmeras transferências para o estabelecimento matriz e para a empresa Dilubra Com. de Combustíveis e Máq. Ltda., pertencente aos mesmos sócios. Anexou os referidos demonstrativos. Acusa o fisco de preterir formalidades essenciais no desenvolvimento do seu mister, comprometendo o resultado das apurações e, por via de consequência, causando lesão ao direito do impugnante. Alega que houve cerceamento de defesa, em virtude da repetição de operações no cômputo das operações de saídas de combustíveis, dificultando a identificação das origens das saídas de combustíveis sem as entradas correspondentes.

O autuado reclama que, passando à deriva das prescrições legais, mormente o art. 46 do RPAF, o fiscal viciou de nulidade itens do Auto de Infração, haja vista que a legislação fiscal prescreve suportes acautelatórios do interesse lícito do contribuinte, que o preservam de lesões por “jactura” indevida, consciente como agiu o legislador de que, permitindo tais desvios, o ato de arrecadar tornar-se-ia análogo ao de cortar a árvore para colher-lhe os frutos. Argumenta que a falta de meios de acesso aos cálculos das operações efetuados pelo autuante, com vistas a demonstrar a legitimidade dos resultados impostos como penalidade, com parâmetro nos signos expostos como referenciais, dificultou ao impugnante apreciar a constituição de cada cifra acumulada, e, por isso, impõe-se a nulificação dos efeitos do Auto de Infração, e daí a metodologia utilizada de atacar cada valor por via de antijuridicidade do pressuposto segundo o qual foi constituído.

Quanto ao mérito, no que concerne à acusação de ter a empresa deixado de recolher, na condição de responsável solidário, o imposto relativo a mercadorias adquiridas de terceiro sem documento fiscal, alega o autuado que uma verificação judiciosa nas relações das Notas Fiscais de saídas de mercadorias comprova o contrário, examinadas que sejam as cópias das relações, preenchidas pelo auditor, porém, agora, com as indicações, em manuscrito, feitas pela empresa, das operações de saídas de combustíveis em “bis in idem”, porque de dois registros de uma mesma operação, sendo um no documento e o outro no bico da bomba. Diz que, cada vez que esse fato ocorreu, uma operação duplicou o seu valor, resultando, afinal, numa fictícia entrada de combustíveis sem registro, falha que sugeria uma conduta ilícita do impugnante, dando lugar a uma penalidade desmotivada. Faz quadros demonstrativos, pondo em cotejo os dados obtidos pela fiscalização e os da defesa, relativamente aos exercícios de 1998 e 2003. Acusa o fisco de não tomar a iniciativa de averiguar onde encontrar os objetos de sua busca. Argumenta que a discrepância entre os dois levantamentos se explica comparando-se a relação de Notas Fiscais de saídas de combustíveis com os dados do controle de saídas no bico da bomba, mediante registro informal, que o fiscal contou repetitivamente, em vez de apenas registrar as Notas Fiscais, disso resultando a superlativização das saídas de mercadorias, sem a correspondente entrada. Aduz que não lhe foi possível, durante a auditoria, esclarecer circunstâncias como a da repetição da coleta de saída de mercadorias, ou apresentar documentos acidentalmente subtraídos ao rol daqueles comprobatórios das operações, cuja constatação, após a lavratura do Auto de Infração e leitura do demonstrativo, não mais enseja condições para esclarecer as diferenças constatadas, assim como para as operações repetidas, com vulneração do Auto. Conclui dizendo que essas falhas na aferição das entradas, das saídas e do estoque resultaram na acumulação de uma diferença fictícia, com omissão de entrada, em gasolina, óleo diesel e álcool, a qual, traduzida em moeda e somada a outros equívocos, acarretou uma penalização injusta, por ser desmotivada, expressa neste Auto de Infração, que, a seu ver, merece ser corrigido, levando-se em consideração as saídas repetidas por engano no demonstrativo do autuante. Pondera que, ainda que se possa

encontrar alguma falha no controle e escrituração da empresa, não se lhe deve atribuir cunho de intencionalidade, sendo, portanto, justo cobrar-se o tributo, devido em qualquer das hipóteses, longe, porém, de merecer a penalização imposta na forma deste Auto.

Pede que seja acolhida a preliminar argüida, anulando-se o lançamento e revogando-se as penalidades. Requer o direito de provar as suas alegações, por meio de documentos, perícias e testemunhas.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que o levantamento quantitativo de estoques foi feito na forma convencional. Diz que, como nem todas as saídas de combustíveis eram realizadas através dos bicos das bombas de combustíveis instaladas nos respectivos postos, foram considerados dois tipos de saídas: as realizadas pelos bicos das bombas, cujas quantidades ficam registradas nos encerrantes, e as realizadas a granel, em grandes quantidades, cujas saídas não foram computadas nos encerrantes, já que dizem respeito a vendas ou transferências, ainda que vedadas tais atividades pelas portarias da ANP. Comenta que as vendas efetuadas pelos bicos das bombas devem ser vendas a varejo, sendo terminantemente proibidas, inclusive, as transferências. Entretanto, apesar de tal vedação legal, o contribuinte não deixou de realizar transferências, à revelia da lei. Comenta as disposições da Portaria ANP nº 116/00, dizendo que o contribuinte não a cumpre, pois ficou provado que ele não só vende suas mercadorias a granel, como também faz transferências para sua filial. A seu ver, ficou evidente, também, que as vendas e transferências de mercadoria a granel não foram aferidas pelas bombas de combustível, nem tampouco registradas no Livro de Movimentação de Combustível (LMC), pois em tal livro só foram lançadas as vendas a varejo, cuja medição foi feita nas respectivas bombas. Conclui dizendo que não foi realizado qualquer lançamento em duplicidade, mas, pelo contrário, foram computadas as vendas a atacado, tornando-se inequívocas as omissões de entradas.

Foi determinada a realização de diligência, a cargo da Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, a fim de que fosse verificado, junto ao autuado, se existem contratos, pedidos, autorizações de abastecimento ou quaisquer instrumentos que provassem que havia fornecimentos de combustíveis com faturamento ou pagamento periódico, como alega o contribuinte, solicitando-se que, em caso positivo, se fizesse o cotejo daqueles instrumentos com as Notas Fiscais emitidas pelo posto. Na mesma diligência, foi solicitado que a ASTEC analisasse as alegações da defesa, verificando, também, os elementos pertinentes junto aos clientes da empresa. Com relação às transferências, deveria ser verificado se consta no estabelecimento destinatário o registro das entradas correspondentes. Solicitou-se que, ao final, fossem refeitos os cálculos dos valores porventura devidos.

O fiscal designado pela ASTEC para cumprir a diligência informou que intimou a empresa duas vezes para que ela apresentasse os elementos necessários à verificação dos cálculos, porém a intimação não foi atendida.

Foi mandado dar ciência ao autuado acerca da informação da ASTEC, dando-se o prazo de 10 dias para que ele se manifestasse a respeito do mesmo.

O contribuinte não se pronunciou.

VOTO

Nos quatro itens objeto deste Auto de Infração, consta que houve falta de pagamento de ICMS a título de responsabilidade solidária e que foi também lançado o tributo devido por antecipação sobre o valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina e álcool carburante).

O contribuinte alega, a título de preliminar, que teria havido preterição de formalidades essenciais no exercício das apurações, lançando-se o tributo ao desarrimo da legislação aplicável, especificamente no que concerne ao art. 46 do RPAF. Alega cerceamento de defesa, em virtude da

repetição de operações no cômputo das operações de saídas de combustíveis, dificultando a identificação das origens das saídas de combustíveis sem as entradas correspondentes.

As alegações da defesa têm por fundamento fático os seguintes aspectos: no levantamento fiscal teriam havido registro de saídas em duplicidade, porque o fiscal, depois de levantar as saídas de combustíveis efetuadas através das bombas, levantou também as saídas constantes nas Notas Fiscais, saídas estas que já teriam sido apuradas na leitura dos registros feitos nas bombas, havendo, assim, levantamento de saídas em duplicidade. Alega que as Notas Fiscais contêm operações de abastecimento de veículos de empresas e entidades governamentais que acumulam os fornecimentos para pagamentos periódicos, a exemplo da Viação Conquistense Ltda., Prefeitura Municipal de Itambé, Prefeitura Municipal de Ribeirão do Largo, EBDA. Alega, ainda, que nas Notas Fiscais constam, igualmente, inúmeras transferências para o estabelecimento matriz e para a empresa Dilubra Com. de Combustíveis e Máq. Ltda., pertencente aos mesmos sócios. O autuado requereu que se fizesse a verificação das relações das Notas Fiscais de saídas de mercadorias elaboradas pela fiscalização, de acordo com as cópias das referidas relações anexadas à defesa (fls. 138 a 149), nas quais foram feitas indicações, manuscritas, pelo setor de contabilidade da empresa, para mostrar que estaria havendo lançamento em duplicidade, por haver dois registros de uma mesma operação, sendo um no documento e o outro no bico da bomba. Foi feita, na própria defesa (fls. 133-134), exemplificação dos dados apurados pela fiscalização, em cotejo com os dados levantados pela empresa. O autuado chama a atenção para os dados complementares, exemplificativos, acrescidos manuscritamente nas relações anexas à defesa (fls. 138/149), alegando que, conferindo-se a relação das Notas Fiscais de saídas de combustíveis com os controles no bico da bomba, mediante registro informal, teria o auditor contado “repetitivamente”, em vez de apenas registrar as Notas Fiscais, o que, a seu ver, determinou o aumento das saídas de mercadorias, sem a correspondente entrada.

Na fase de instrução destes autos, em face do que foi requerido pela defesa, esta Junta determinou a realização de diligência, a cargo da Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, a fim de que fosse verificado, junto ao autuado, se existem contratos, pedidos, autorizações de abastecimento ou quaisquer instrumentos que provassem que havia fornecimentos de combustíveis com faturamento ou pagamento periódico, como alega o contribuinte, solicitando-se que, em caso positivo, se fizesse o cotejo daqueles instrumentos com as Notas Fiscais emitidas pelo posto. Na mesma diligência, foi solicitado que a ASTEC analisasse as alegações da defesa, verificando, também, os elementos pertinentes junto aos clientes da empresa. Com relação às transferências, deveria ser verificado se consta no estabelecimento destinatário o registro das entradas correspondentes. Solicitou-se que, ao final, fossem refeitos os cálculos dos valores porventura devidos.

O fiscal designado pela ASTEC para cumprir a diligência informou que intimou a empresa duas vezes para que ela apresentasse os elementos necessários à verificação dos cálculos, porém a intimação não foi atendida.

Foi mandado dar ciência ao autuado acerca da informação da ASTEC, dando-se o prazo de 10 dias para que ele se manifestasse a respeito do mesmo.

O contribuinte não se pronunciou.

Em suma, foi dada oportunidade ao contribuinte para provar o que alegou.

As alegações da defesa dizem respeito a coisas que, realmente, podem ocorrer: uma prefeitura ou empresa abastece seus veículos nas bombas, ficando nestas consignada a saída do combustível, e, como o pagamento será feito a prazo, o posto de combustíveis emite Nota Fiscal, faturando o negócio. Com isso, fica configurada duplicidade de “saídas”, uma real, através do bico da bomba, e outra meramente documental, na Nota Fiscal de faturamento.

No entanto, embora, em tese, isso possa ocorrer, não pode o contribuinte simplesmente alegar que tal fato ocorreu, sem prova. Certamente nenhum posto de combustíveis abastece veículos de prefeituras ou empresas para pagamento a prazo sem um contrato, ou ao menos sem pedidos escritos, autorizações de abastecimento ou quaisquer instrumentos que provem o fornecimento da mercadoria pelo posto e, em contrapartida, estabeleçam o compromisso do cliente com relação à dívida pelo produto adquirido.

Está superada a questão preliminar suscitada pela defesa.

Quanto ao mérito, não foi provada a existência de erros materiais do levantamento fiscal.

Faço o registro de que, apesar de combustíveis serem mercadorias cujo imposto é pago pelo regime de substituição tributária, o que implica a desoneração do imposto nas operações subsequentes ao pagamento do tributo pelo sistema de antecipação, 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, e, no caso em exame, a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299134.0106/03-6**, lavrado contra **POSTO VALE DO RIO PARDO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 4.418,85**, sendo R\$ 2.963,77, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 493,96 e de 70% sobre R\$ 2.469,81, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$ 1.455,08, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 350,15 e de 70% sobre R\$ 1.104,93, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR