

A. I. Nº - 146547.0011/06-3
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEL RICASA LTDA.
AUTUANTE - OLGA MARIA COSTA RABELLO
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
INTERNET - 31.01.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-02/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente 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 (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/8/06, apura seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (parte de 2006), lançando-se imposto no valor de R\$ 261.459,88, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros 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 aberto (parte de 2006), lançando-se imposto no valor de R\$ 144.985,82, com multa de 60%.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” que a atividade do contribuinte é o comércio varejista de combustíveis, e não foi apresentada a documentação solicitada, procedendo-se então à auditoria do estoque com base nas saídas de álcool e gasolina registradas nos encerrantes das bombas, considerando zerado o estoque final nos tanques, conforme declaração de estoque assinada pelo contribuinte, sendo que, em virtude da não apresentação das Notas Fiscais de entradas, foram consideradas as compras efetuadas pela empresa, de acordo com as Notas Fiscais solicitadas do

CFAMT [Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito] e Notas Fiscais registradas nos arquivos magnéticos dos fornecedores.

O autuado apresentou defesa alegando que a técnica do arbitramento da base de cálculo que tem, obrigatoriamente, de observar o disposto nos arts. 938 e 939 do RICMS, que transcreve. Observa que a legislação apresenta as condições e métodos a serem utilizados para que seja efetuado o arbitramento da base de cálculo do ICMS. Alega que, no presente caso, a empresa ficou impossibilitada de apresentar os livros fiscais devido a extravio ocorrido muito antes do início da ação fiscal, fato que diz estar provado através de cópia de certidão expedida pela Secretaria de Segurança Pública e AR anexo [sic], de modo que a falta de apresentação dos documentos fiscais poderia ensejar a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS, porém o método a ser utilizado deveria ser fundado em informações confiáveis. Reclama que o método utilizado pela fiscalização neste caso, que foi mediante levantamento quantitativo de mercadorias, impossibilita que se encontre o valor real das saídas ocorridas no período considerado, pois no levantamento fiscal não foi observado que a empresa funciona desde o ano de 1999, e, como foram considerados os estoques inicial e final de combustível como “zero” e na apuração das saídas foram utilizados os valores acumulados nas bombas, sem levar em conta que existiram vendas e compras nos exercícios de 1999 e 2000, isso implica que o levantamento quantitativo fica viciado, já que a data de 1/1/01 foi considerada estanque (data inicial) para as compras, enquanto que as saídas não tiveram o mesmo tratamento, uma vez que no valor apurado estão acumuladas as vendas de 1999 e 2000, desde o início das atividades da empresa. Acusa a auditora de ter dado um “chute”, por considerar o valor acumulado somente como pertencente ao período de 1/1/01 a 10/5/06, esquecendo, convenientemente, que existiram saídas no período de 1999 a 2000, as quais não foram subtraídas do valor acumulado.

Prossegue o autuado ponderando que o preposto fiscal tem a obrigação legal de apresentar seus papéis de trabalho e demonstrativos de forma clara e precisa, para que o contribuinte possa exercer seu direito constitucional do contraditório e da ampla defesa. Alega que, no caso em pauta, não conseguiu descobrir como a fiscalização chegou à suposta base de cálculo do imposto, nem a qual exercício correspondem as supostas saídas das mercadorias, protestando que não teve como se defender por não ser informado, no Auto de Infração, dos fundamentos básicos, material e temporal, que permitissem identificar os pressupostos da suposta infração.

Também reclama que sua defesa foi dificultada porque no enquadramento legal é feita referência ao inciso I do art. 125 do RICMS, que está revogado desde 12/2/04. Nota que é dado como dispositivo infringido o art. 371, mas este se refere é à aquisição de mercadorias de origem interestadual, sendo que a empresa nunca adquiriu combustível fora do Estado da Bahia, tanto assim que, na relação apresentada pela fiscalização, se verifica que todas as compras foram feitas no Estado da Bahia, já tendo sido feita, portanto, a substituição tributária, não havendo, por conseguinte, como se explicar as supostas “compras interestaduais”. Aduz que, além disto, a autuante não fez menção aos artigos específicos que disciplinam as operações com combustíveis, que a seguir reproduz. Reclama que essa omissão causa estranheza e dificultou a impugnação.

Pede que, em face dos vícios materiais e formais que comprometem o lançamento, seja o Auto de Infração julgado nulo, ou, no mérito, improcedente.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo que o autuado foi intimado duas vezes, não tendo apresentado qualquer documentação. Explica que o estoque inicial foi considerado “zero” porque não foi apresentado comprovante do mesmo pelo autuado. Diz que as compras consideradas no levantamento foram lançadas com base nas notas solicitadas obtidas no CFAMT [Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito] e nas Notas Fiscais registradas nos arquivos magnéticos de fornecedores, o que beneficiou o autuado, uma vez que este não apresentou nenhuma Nota Fiscal de compra. Aduz que nos encerrantes das

bombas estavam registradas as saídas em litros, conforme declaração assinada pelo autuado, e que o estoque final “zerado” foi também declarado pelo autuado. Comenta que, em se tratando de contribuinte com atividade de comércio varejista de combustíveis, foram tomadas como base as quantidades saídas existentes nos encerrantes, sendo que, como as saídas das mercadorias já estão com fase de tributação encerrada, o ICMS é cobrado com relação às compras efetuadas sem documentação fiscal. Nota que o autuado não comprovou em sua defesa que as entradas de combustíveis tivessem sido feitas com documentação fiscal idônea. Opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Este Auto de Infração cuida da falta de pagamento de ICMS, relativamente a compras de combustíveis efetuadas sem documentos fiscais. Foi lançado o imposto devido a título de responsabilidade solidária (item 1º), e mais o tributo relativo à parcela do valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (item 2º).

O autuado alega que o imposto lançado foi apurado por meio de arbitramento, com emprego de método não previsto nos arts. 938 e 939 do RICMS. Justifica a falta de apresentação dos livros fiscais dizendo que, conforme certidão anexa, eles teriam sido extraviados, aduzindo que a falta de apresentação dos documentos fiscais poderia ensejar a aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, porém o método a ser utilizado deveria ser fundado em informações confiáveis. Reclama que o método utilizado pela fiscalização neste caso, que foi mediante levantamento quantitativo de mercadorias, impossibilita que se encontre o valor real das saídas ocorridas no período considerado, pois no levantamento fiscal não foi observado que a empresa funciona desde o ano de 1999, e, como foram considerados os estoques inicial e final de combustível como “zero” e na apuração das saídas foram utilizados os valores acumulados nas bombas, sem levar em conta que existiram vendas e compras nos exercícios de 1999 e 2000, isso implica que o levantamento quantitativo fica viciado, já que a data de 1/1/01 foi considerada estanque (data inicial) para as compras, enquanto que as saídas não tiveram o mesmo tratamento, uma vez que no valor apurado estão acumuladas as vendas de 1999 e 2000, desde o início das atividades da empresa. Considera irreais os resultados obtidos pela fiscalização, pois esta considerou o valor acumulado somente como pertencente ao período de 1/1/01 a 10/5/06, não levando em conta que houve saídas no período de 1999 a 2000, as quais não foram subtraídas do valor acumulado.

Concordo com o contribuinte quanto a um ponto: em caso de extravio de livros e documentos, ou de recusa de sua exibição, o fisco deve proceder ao arbitramento da base de cálculo, com fundamento no art. 937 do RICMS, seguindo os métodos estabelecidos no art. 938.

No presente caso, contudo, a auditora não procedeu ao arbitramento, que seria o caminho natural, nos termos do art. 937, preferindo efetuar levantamento quantitativo de estoque, que, quando efetuado regularmente, tem fundamento no art. 936. Na situação em exame, configura-se uma espécie de arbitramento, já que a auditora se baseou em estoques “zerados”, quando se sabe que, normalmente, um posto de combustíveis dificilmente se encontra com seus tanques vazios. Também se caracteriza em parte o arbitramento porque a auditora não trabalhou com todas as Notas Fiscais de compras, mas apenas com parte delas. Todavia, embora tendo aplicado uma espécie de “arbitramento” sem observância dos métodos fixados no art. 938 do RICMS, o único prejudicado neste caso é o Estado, haja vista que, como foram apuradas omissões de entradas, se o fisco se baseasse em estoques e na totalidade das Notas Fiscais de compras, em cotejo com as saídas acusadas nos “encerrantes” das bombas, sem dúvida os valores das omissões de entradas seriam maiores que os encontrados.

Desse modo, só quem pode reclamar do “arbitramento” é o Estado. Seria o caso de proceder-se à anulação do lançamento por esse aspecto, pois tanto quanto o contribuinte tem o direito de não pagar mais que o devido, também o Estado tem o direito de não admitir que lhe seja pago menos que o devido. No entanto, por não ser certo que um arbitramento regular chegue a valores mais próximos da realidade do que os que foram obtidos neste caso, deixo de propor a nulidade do procedimento.

Quanto ao fato de a autuante apontar dispositivos legais já revogados e omitir outros que seriam pertinentes, tais vícios não implicam nulidade do procedimento, se os fatos estão descritos claramente e se foram entregues cópias dos demonstrativos fiscais e dos elementos obtidos junto a terceiros ao sujeito passivo, conforme prevê o art. 46 do RPAF.

Rejeito as preliminares de nulidade.

Quanto à alegação da defesa de que todas as compras foram feitas no Estado da Bahia, já tendo sido feita a 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, em sua totalidade, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente.

Está provada, documentalmente, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, de modo que o adquirente assume, por isso, 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), nos termos do art. 39, V, do RICMS – item 1º do Auto de Infração.

Além disso, como a empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, haja vista a previsão do art. 512-A do RICMS – item 2º do Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 146547.0011/06-3, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEL RICASA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 406.445,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 144.985,82 e de 70% sobre R\$ 261.459,88, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR