

A. I. Nº - 113793.0016/05-0
AUTUADO - CENTRAL POSTO LTDA.
AUTUANTE - CORIOLANO ALMEIDA CERQUEIRA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 31.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0242-02/07

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ALCÓOL E ÓLEO DÍESEL. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque ou que tenha saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Comprovada a ocorrência. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/11/2005, cobra ICMS no valor de R\$90.240,75 acrescido das multas de 70% e 60%, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados e aberto, conforme demonstrativos e documentos às fls.07 a 10, em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$68.551,25, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, (exercícios de 1999, 2001 e 2002).
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$18.354,32, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais da margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributaria, (exercícios de 1999, 2001 e 2002).
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$2.532,60, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, (período 01/01/2003 a 22/10/2003).
4. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$802,58, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais da margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de

mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, (período 01/01/2003 a 22/10/2003).

Consta na descrição dos fatos uma observação de que o presente auto de infração foi lavrado para renovação do procedimento do AI nº 113793.0005/04-0, que foi julgado nulo pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

O autuado em sua defesa às fls. 28 a 49, preliminarmente, invocou o artigo 18, IV, “a” e “b”, do RPAF/99, para argüir a nulidade do lançamento consubstanciado no Auto de Infração, com base nas seguintes preliminares.

Como primeira preliminar, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, combinado com o artigo 122, I, do RPAF/99 e o artigo 965, I, do RICMS/97, suscitou a decadência dos fatos geradores do tributo ocorridos no ano de 1999, no valor de R\$4.387,02, por entender que ele se exauriu no ano de 2003, uma vez que o primeiro dia àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado seria o dia 01/01/2000 e encerrar-se-ia no dia 31/12/2004, pois o lançamento de ofício ocorreu no dia 21/12/2005.

Em seguida, como segunda preliminar, argüiu a nulidade da autuação, a pretexto de ilegitimidade passiva, com base na alegação de que a responsabilidade solidária que lhe foi atribuída na acusação fiscal não encontra amparo no art. 6º da Lei nº 7.014/96, e que não existe nos autos a demonstração de que adquiriu mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e ausência de escrituração das entradas de mercadorias.

A terceira preliminar argüida pelo sujeito passivo diz respeito a alegação de ilegalidade da base de cálculo utilizada pelo autuante. Diz que está sendo responsabilizado pelo ICMS que deveria ser recolhido pela Refinaria/Distribuidora, e assim sendo, salienta que a base de cálculo só pode ser aquela decorrente da tributação calculada pelo preço refinaria mais MVA, com todas as alterações ocorridas nas datas dos fatos geradores. Citou a jurisprudência do STF e do STJ sobre esta questão. Fez também menção ao Acórdão CJF nº 0346-12/05, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em que foi decidido pela nulidade de uma autuação, por falta de certeza e liquidez, em razão de exigência fiscal ter sido apurado com base nos preços médios da distribuidora acrescido da MVA.

Como última preliminar, foi alegado cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que foram mencionados na peça acusatória diversos dispositivos legais que não correspondem com infrações imputadas. Diz que recebe os produtos das distribuidoras de combustíveis com o imposto retido. Especificou todos os dispositivos constantes no enquadramento legal de cada infração, questionando: “Como pode a defendant apurar as supostas infrações imputadas, se não há no auto de infração a legislação que alberga as operações com combustíveis?; Onde está descrita a MVA de álcool, gasolina e diesel?; Onde está descrita a base de cálculo apurada para álcool, gasolina e diesel?; Onde está descrita a sujeição passiva por substituição para álcool, gasolina e diesel?”.

No mérito, passou a atacar o levantamento fiscal por exercício e por mercadoria, por entender que em nenhum momento deixou de cumprir com suas obrigações tributárias.

Esclareceu que é proprietário de dois postos de comercialização de combustíveis, localizados nas cidades de Alagoinhas (IE nº 49.395.974 - matriz) e em Ipirá (IE nº 31.593.739 - filial), e que tem como estratégia de comercialização a redução do preço dos produtos, ou seja, em diversos períodos os preços praticados em Alagoinhas são inferiores aos praticados em Ipirá.

Diz que visando obter maiores descontos na aquisição dos produtos, adquiriu através da matriz combustíveis cuja destinação seria tanto a unidade adquirente como para a sua filial, ou seja, que dos 90.587,31 litros de óleo diesel e 37.987,71 litros de gasolina foram adquiridas desta maneira, sendo emitidas as notas fiscais para a matriz, sendo os produtos de uma mesma compra entregues parte na matriz e parte na filial. Reconhece que ocorreu erro de procedimento com a mesma nota fiscal emitida em nome do estabelecimento matriz.

Informa que ao ser constatado o fato, foi orientado pela auditoria interna da empresa para que fosse emitida nota fiscal de transferência do produto da filial para a matriz, admitindo que incorreu em outro equívoco ao emitir apenas uma nota fiscal contendo a quantidade transferida para a filial, quando o frisa que o correto seria emitir várias notas fiscais com a indicação do nome do transportador em cada uma delas.

Frisa que este seu procedimento não causou qualquer prejuízo ao Fiscal, por entender que os combustíveis estão submetidos ao regime de substituição tributária, tendo transcrita o artigo 512-B do RICMS/97, para argumentar que por ocasião da aquisição dos produtos o pagamento do imposto foi efetuado através da retenção pela Refinaria dos valores correspondentes.

Por conta disso, argumenta que:

1. “A omissão de entradas objeto do processo administrativo constatado no estabelecimento FILIAL (Ipirá), foi compensada com a omissão de saídas do estabelecimento MATRIZ (Alagoinhas), nas mesmas quantidades.
2. O imposto devido das referidas operações foi lançado e recolhido pela Distribuidora por ocasião da venda do combustível na modalidade da substituição tributária, isentando-se as operações subsequentes.”

Tece considerações sobre a verdade material ou real no campo do direito tributário, citando lições de renomado professor e jurisprudência do Estado da Paraíba, para aduzir que sua alegação pode ser comprovada através das cópias dos livros de entradas e de saídas, da filial e da matriz, respectivamente, correspondente ao lançamento da Nota Fiscal nº 4052 série única.

Prosseguindo, alega que houve equívoco na apuração da base de cálculo, incidindo em bis-in-idem, em desobediência ao princípio da não-cumulatividade, por que os preços das distribuidoras já contemplam o imposto de todo o ciclo de comercialização dos produtos. Diz que todos os combustíveis estão elencados no artigo 353, do RICMS/97 como produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, na modalidade de retenção do imposto pela Refinaria e Distribuidor.

Diz que a autuação calculou o preço médio das aquisições com base nas notas fiscais de entradas contendo o imposto de toda a cadeia comercial. Ressalta que se fossem reais as omissões de entradas, o ICMS deveria corresponder ao valor que seria recolhido ao Estado se houvesse ocorrido a retenção do imposto nas operações anteriores, o que torna indevida a inclusão da MVA aplicada pela fiscalização, inclusive aduziu que não há certeza se estão corretas, pois não foi especificado o Convênio utilizado.

Considerou indevida a exigência do imposto do álcool hidratado, com base na alegação de que suas instalações possuem equipamentos digitais para o abastecimento de veículos, fabricados em 1993, marca Wayne, que apresentam falhas de funcionamento do seu mecanismo decorrentes da rede elétrica e deterioração da CPU, impossibilitando o seu uso temporário, cuja manutenção prolonga-se por mais de 48 horas, sendo emitido um boletim de manutenção registrando a nova numeração a ser considerado, conforme documentos às fls. 49. Pede uma perícia técnica para comprovar sua alegação.

Argui que houve falta de inclusão das perdas e aferições, caracterizando erro de direito, pois não foi considerado o percentual de 0,6% previsto na Portaria 26 de 13/11/1992 do DNC. Requer a realização de diligência fiscal para a inclusão das perdas relativas à evaporação e as aferições obrigatórias nas bombas de gasolina à razão de 20 litros/dia por equipamento.

Além disso, alega que não foram consideradas as reduções da base de cálculo do item Óleo Diesel ocorridas em 11/02/2003 em 16% e em 20/09/2003 em 40%, de forma que a alíquota incidente sobre o produto fosse alterada para 21% e 15%, respectivamente.

Por fim, requer sejam acatadas preliminares de decadência e de nulidade, ou caso contrário, a

improcedência do Auto de infração.

Na informação fiscal às fls. 52 a 55, o autuante fez uma distinção entre a responsabilidade tributária direta e indireta dizendo que a responsabilidade tributária pode ser por substituição e por transferência, e que esta última subdivide-se em responsabilidade por solidariedade e responsabilidade. Diz que por substituição ocorre quando em virtude de uma disposição expressa em lei a obrigação tributária surge desde logo contra uma pessoa diferente daquela que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio tributado, e que é a própria lei que substitui o sujeito passivo direto por outro indireto. Por transferência, ocorre quando a obrigação tributária depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), em virtude de fato posterior, transfere-se para outra pessoa.

Na informação fiscal às fls. 52 a 55 o autuante fez uma distinção entre a responsabilidade tributária da antecipação e da substituição tributária, e teceu comentários lançamento tributário como um ato administrativo à luz do art. 142 do CTN.

Sobre o levantamento quantitativo, esclareceu que o lançamento foi procedido mediante a entrega dos demonstrativos e dos levantamentos, onde encontram-se demonstrados a metodologia, os critérios adotados e as provas necessárias à demonstrativo do fato argüido, sendo constata diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Salienta que se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável tributário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e ainda o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Sobre a alegação de decadência, o preposto fiscal expressou o seu entendimento sobre a questão, citando o art. 173, I, II, do CTN e o art. 965, I, do RICMS/97.

Quanto à base de cálculo, o autuante explicou que a mesma foi determinada de acordo com a legislação tributária prevista para a substituição tributária ou antecipação tributária das operações com lubrificantes, combustíveis e produtos químicos derivados ou não de petróleo, e os levantamentos fornecidos ao autuado comprovam a forma consistente o que argüiu.

Conclui mantendo integralmente seu procedimento fiscal.

Foram juntadas aos autos cópias de diversos documentos relativos ao Auto de Infração nº 113793.0005/04-0, tais como, AI/Termo de Encerramento; intimações para apresentação de documentos; auditoria de estoques dos anos de 1999 a 2002 (levantamento de entradas, saídas, aferições, demonstrativos de estoque e demonstrativos de cálculo do ICMS normal e substituído), defesa administrativa, boletins de manutenção, informação fiscal, Parecer ASTEC nº 251/2004 e respectivos documentos (fls. 273 a 366), manifestação do sujeito passivo, intimações sobre o julgamento do PAF, e recurso voluntário, tudo conforme documentos às fls. 56 a 448.

Em 03/05/2007 (fl. 453), o então Relator do processo, diante das alegações defensivas e observando que os demonstrativos às fls. 07 a 10 não continham prova que foram entregues ao autuado, baixou o processo em diligência para a adoção dos seguintes procedimentos:

I – “Que o autuante acoste aos autos prova que entregou os citados demonstrativos ao autuado dentro do prazo legal. Em não havendo, proceder a entrega dos mesmos, mediante, recibo, reabrindo o prazo de defesa (30 dias) .

II – Demonstrar ao contribuinte como apurou o preço médio dos produtos autuados, intimando o contribuinte a tomar ciências desses.”

O autuante cumprindo a diligência solicitada pelo CONSEF (fls. 456 a 457), esclareceu que os demonstrativos que originaram o lançamento haviam sido entregues ao contribuinte consoante

documentos às fls. 23, 24 e 25. Porém, atendendo a diligência informa que foram entregues os documentos constantes às fls. 91, 95, 99, 100 e 100, 191 a 253, relativos a levantamentos das entradas e das saídas, estoques coletados através do LMC, demonstrativo do preço médio de compras, inclusive documentos relativos ao processo que foi julgado anterior pelo CONSEF, conforme recibo fl. 465.

Esclareceu que a metodologia utilizada para determinar o preço médio dos produtos autuados foi, referente a base de cálculo do ICMS de responsabilidade própria: o preço médio do último mês de aquisição, consoante documentos acostados ao PAF às fls. 91, 95, 99, 100 e 110. Para efeito de determinar a base de cálculo do imposto devido por substituição, ao preço médio de aquisição foi acrescido o MVA correspondente a cada produto omitido.

Através do Processo nº 03303/2007-1 (fls. 473 a 494), o autuado reiterou suas razões defensivas anteriores quanto as preliminares de decadência do lançamento, ilegitimidade passiva, cobrança indevida de MVA sobre preço de distribuidora e de cerceamento do direito de defesa.

Igualmente, no mérito, reafirmou a inexistência de omissão de entradas de mercadorias no período fiscalizado com os mesmos argumentos anteriores, ou seja, de que ocorreram aquisições dos produtos pela matriz e entregues no estabelecimento filial, salientando que este procedimento não causou prejuízo ao Estado da Bahia. Repetiu suas alegações quanto a determinação da base de cálculo; que houve no período fiscalizado distorções registradas nas bombas decorrentes de falhas na rede elétrica e intervenções técnicas; e que não foram consideradas as perdas e aferições.

O autuante se manifestou às fls. 495 a 496, onde rebateu as alegações defensivas com os argumentos anteriores, quais sejam, fez um breve relato sobre a origem do auto ora impugnado; distinguiu a responsabilidade a título de antecipação tributária e substituição tributária, comentou sobre a atividade vinculada, falou sobre a responsabilidade solidária ante a ocorrência de omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, rebateu a preliminar de decadência argüida pelo sujeito passivo, e reafirmou que a base de cálculo está em conformidade com a legislação aplicável aos produtos objeto da autuação.

Na fase de instrução submeti o processo a Pauta Suplementar, visando a realização de diligência para examinar a alegação defensiva de que no período fiscalizado ocorreram defeitos nas bombas, sendo decidido pela desnecessidade de tal verificação, pois no processo anterior esta questão foi examinada pelo Parecer ASTEC/CONSEF nº 251/20005, conforme consta na cópia do referido parecer às fls. 273 a 274.

Diante do argumento de defesa em relação a defeitos em suas bombas e considerando que este fato é uma situação eminentemente técnica, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou os autos à ASTEC/CONSEF (fl. 215) para que fiscal estranho ao feito e *in loco* verificasse se este argumento era pertinente. Deveria, ainda, ser verificado se estes consertos foram anotados no LMC. Caso necessário, que o levantamento fiscal fosse refeito.

Diligente fiscal solicitou que a empresa autuada apresentasse demonstrativo com as saídas de mercadorias indicadas pela fiscalização e aquelas por ele entendidas. Neste demonstrativo, fosse anexada toda a documentação comprobatória, incluindo cópia do LMC e os Atestados de Intervenção das bombas. O contribuinte entregou cópia de folhas do citado livro e das intervenções realizadas por empresa técnica (algumas cópias do LMC não estão acompanhadas desta intervenção) e para cada uma apresentou um relatório, feito por ele próprio, informando, em sua total maioria, que o problema decorreu de “oscilações de energia, sem causa de danos no funcionamento normal das mesmas”. (fls. 223/311). Diante da documentação apresentada e de sua detalhada análise, fiscal estranho ao feito emitiu Parecer Técnico (Parecer ASTEC nº 251/2004 - fls. 218/219) ressaltando que não havia sido possível identificar informações que provasse ter havido os disparos dos contadores das bombas apontados pelo autuado. Disse que os atestados, quando

anotavam as razões das intervenções, o faziam em relação à mudança de fusíveis das bombas, pinturas e outros serviços, ai incluídas mudanças de CPU. Porém, as intervenções que modificam ou interferem nos contadores são seguidas de um controle dos encerrantes, inicial e final, antes e após as intervenções, de tal maneira que se possa identificar qual a repercussão do trabalho realizados nos contadores. Trouxe aos autos o atestado de intervenção nº 384230 (fl. 223), quando foi informada a troca de um encerrante mecânico e três engrenagens, como exemplificação já que se tratou do ano de 2001, exercício que não se encontra em discussão.

O atestado de nº 478122 (fl. 247), apresentado como intervenção no Bico 5 (álcool) não indicava encerrantes compatíveis com os números lançados no LMC, ou seja, os totalizadores do atestado indicavam, com inicial, a quantidade de 1.213.295 litros e final, 1.2133.55 litros, ao passo que no mesmo dia, e para ele, no LMC foram lançadas as quantidades de 3.238.615,53 (inicial) 3.238.505,00 (final), portanto não havia convergência nos números, apesar de haver indicações no LMC no campo "observações" da alteração ocorrida nos encerrantes.

Em seguida, observou que tendo em vista o foco de investigação, não foram verificadas, com base nos atestados de intervenções, as alegações do autuado em relação às diferenças de saídas argüidas na defesa, apesar das anotações constantes no LMC, indicar modificações nos encerrantes.

Concluiu que as alegações do autuado não foram confirmadas, ou seja, não foi identificado nos boletins de manutenção, apresentados pelo autuado, elementos que indicassem ou explicitassem os alegados disparos dos contadores das bombas, com distorções nas saídas levantadas e suas quantidades. E, quanto às alterações dos encerrantes, embora o autuado tenha indicado no campo "observações" do LMC, estas não foram acompanhadas dos respectivos atestados que esclarecessem e oferecessem certeza dos disparos dos encerrantes com as alegadas distorções nas saídas.

VOTO

Trata o presente processo de auto de infração lavrado em decorrência de renovação do lançamento do Auto de Infração nº 113793.0005/04-4, que foi julgado procedente pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal através de Acórdão JJF nº 0028-04/05, porém, posteriormente, por conta do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, foi decretada a nulidade do auto de infração, por inobservância do devido processo legal, em razão de erro no cálculo do imposto.

Desta forma, a exigência fiscal de que cuidam as infrações 01 e 03, reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ÁLCOOL, GASOLINA E ÓLEO DÍESEL), desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto que as infrações 02 e 04, tratam da antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, referente aos exercícios de 1999 a 2003, conforme demonstrativos às fls. 07 a 10.

Os valores lançados no auto de infração estão baseados nos mesmos papéis de trabalho que serviram de base à autuação anterior, quais sejam, na auditoria de estoques dos anos de 1999 a 2002 (levantamento de entradas, saídas, aferições, demonstrativos de estoque e demonstrativos de cálculo do ICMS normal e substituído), cujas quantidades apuradas são idênticas, conforme documentos às fls. 68 a 137.

Em suas impugnações o autuado suscitou a nulidade da autuação com base nas seguintes preliminares: decadência do lançamento do ano de 1999, ilegitimidade passiva, cobrança indevida de MVA sobre preço de distribuidora e de cerceamento do direito de defesa.

Analizando a argüição do sujeito passivo de que os fatos geradores relativos ao período de 1999,

haverá de ser cancelado, por encontrar-se alcançado pelos efeitos da decadência, observo que não lhe assiste razão, senão vejamos.

Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Com base no citado diploma legal, o entendimento é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o Estado têm 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

Logo, caso a autoridade lançadora notifique o sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável à formalização do crédito tributário antes do termo indicado no parágrafo anterior, o termo inicial para as operações abrangidas pela referida medida preparatória notificada ao sujeito passivo fica antecipado para a data em que ocorrer a mencionada notificação.

No presente caso, para o crédito tributário vencido no exercício de 1.999, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2000, findando-se em 31/12/2005. Nesse sentido, o crédito tributário referente ao exercício de 1.999, não encontra-se sob os efeitos da decadência, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em 21/11/2005.

Com relação a alegação de cerceamento do direito de defesa, porque foram mencionados na peça acusatória diversos dispositivos legais que não correspondem com infrações imputadas, observo que não assiste razão ao autuado. Os dispositivos citados têm relação com a acusação fiscal, eis que, dizem respeito a regras e prazos de recolhimentos do ICMS por antecipação; registro de entradas de mercadorias; alíquotas aplicáveis; base de cálculo e data de ocorrência. Além do mais, de acordo com art. 19 do RPAF/99, não implica a nulidade do feito fiscal o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, cujo autuado, neste processo exerceu na plenitude seu direito de defesa ao adentrar no mérito da autuação como veremos adiante.

Portanto, o lançamento tributário objeto da lide em momento algum feriu o princípio da segurança jurídica, nem impediu o sujeito passivo de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois a lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, estando todas as infrações descritas com bastante clareza, e apoiadas nos documentos fornecidos pelo autuado, e providas nos demonstrativos e levantamentos quantitativos com base nos valores reais escriturados pelo estabelecimento, cujo referido roteiro de fiscalização (levantamento quantitativo por espécie de mercadorias), ou mais precisamente auditoria de estoques, por está em consonância com os princípios contábeis serve de elemento de prova da apuração do crédito tributário. O débito encontra-se demonstrado às fls. 07 a 10, permitindo ao contribuinte identificar a origem dos números e indicação das respectivas MVA's para os produtos auditados.

Desta forma, não acato as preliminares, de decadência de cerceamento de defesa, argüidas na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

Quantos às preliminares de ilegitimidade passiva e cobrança indevida de MVA sobre preço de distribuidora, analisarei tais questionamentos juntamente com o mérito da autuação.

Pelo que constam dos autos, as infrações imputadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos ALCÓOL; DÍESEL e GASOLINA, com base nos registros constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) escriturado pelo contribuinte, e com base nas notas fiscais de entradas, e registro de inventário, sendo apurado quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, em exercícios fechados (1999 a 2002) e aberto (01/01 a 22/10/2003).

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário.

O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) é um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuado com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Quanto a alegação de que houve ilegalidade na autuação por equívoco na apuração da base de cálculo, e por ilegitimidade passiva pelo fato de ter adquirido mercadorias com imposto de responsabilidade da distribuidora, não assiste razão ao autuado, uma vez que a partir do momento que restou comprovada, na auditoria de estoques, a ocorrência de mercadorias desacompanhadas da documentação respectiva, o autuado, na condição de detentor das mercadorias, é o responsável solidário pelo pagamento do imposto normal e do substituído.

Sobre a pretensão de ser considerada a transferência de mercadorias entre a matriz e a filial, também não acato, pois não consta no documento fiscal apresentado prova da circulação das mercadorias, conforme foi enfatizado no julgamento anterior que foi anulado por erro no cálculo do imposto, merecendo ressaltar que existe vedação pela ANP para que sejam transferidos combustíveis entre estabelecimentos.

No tocante a alegação de que houve falhas de funcionamento das bombas, decorrentes da rede elétrica e deterioração da CPU, não acatei o pedido de perícia formulado pelo autuado, visto que, esta questão foi examinada na diligência que resultou no Parecer ASTEC/CONSEF nº 251/2004 (fls. 273/274), no qual, consta que não foi identificado nos boletins de manutenção tal alegação.

Relativamente a alegação de que houve falta de inclusão das perdas e aferições, no percentual equivalente a 0,6% previsto na Portaria 26 de 13/11/1992 do DNC, por tudo que foi dito e analisado na revisão fiscal do processo anterior, estou convicto de que realmente elas já foram consideradas na auditoria de estoque, tomando por base os números que foram escriturados no LMC pelo contribuinte.

Deixo de atender ao pedido do autuado para realização de diligência, por verificar que no presente processo estão presentes todos os elementos necessários para a minha convicção acerca da lide, além do fato de que, conforme comentado acima, no processo o qual ora está sendo renovado, as questões suscitadas foram devidamente apreciadas pela Junta de Julgamento Fiscal

e confirmadas pelo Câmara de Julgamento Fiscal.

Considerando que este processo trata-se de renovação do lançamento consubstanciado no AI nº 113.793.0005/04-0, todos os questionamentos do autuado acima descritos já foram apreciados por ocasião dos julgamentos anteriores, inclusive com base na diligência citada no parágrafo anterior, para proferir meu voto em relação ao presente lançamento tomo por base a conclusão do Acórdão JJF nº 0028-04/05, uma vez que dito julgamento apreciou todas as questões suscitadas na defesa, sendo confirmadas no julgamento pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0155-11/05), sendo considerado que houve apenas erro na determinação da base de cálculo.

Nestas circunstâncias, com base nos demonstrativos às fls. 07 a 10, subsistem as infrações, cujos débitos foram calculados corretamente com base na Portaria nº 445/98, em virtude de diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, resultando no imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, conforme demonstrativo abaixo:

EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(Ax B)	MVA (%) D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	INF. 01	INF.02
								ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)
1999	ÁLCOOL	13.325,26	1,0000	13.325,26	31,69	4.222,77	25	3.331,32	1.055,69
2001	ÁLCOOL	9.778,08	0,9103	8.900,99	23,28	2.072,15	25	2.225,25	518,04
2001	GASOLINA	59.961,59	1,5069	90.356,12	20,00	18.071,22	25	22.589,03	4.517,81
2001	DÍESEL	68.809,95	0,7745	53.293,31	25,71	13.701,71	17	9.059,86	2.329,29
2002	ÁLCOOL	96.964,45	1,1973	116.095,54	31,69	36.790,68	27	31.345,79	9.933,48
TOTAIS								68.551,25	18.354,31

EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(Ax B)	MVA (%) D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	INF. 01	INF.02
								ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)
2003	ÁLCOOL	8.829,90	1,0623	9.380,00	31,69	2.972,52	27	2.532,60	802,58
TOTAIS								2.532,60	802,58

Ante o exposto, 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 113793.0016/05-0, lavrado contra **CENTRAL POSTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$90.240,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$19.156,90 e de 70% sobre R\$71.083,85, 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 agosto de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR