

PROCESSO - A. I. N° 060624.0100/08-2  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - CREUZA MAGALHÃES COSTA & CIA LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF n° 0249-02/09  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 28/10/2009

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0275-11/09

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. Provada, documentalmente, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Infrações caracterizadas. Exigências parcialmente subsistentes, após análises das provas documentais anexadas às razões de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2<sup>a</sup> JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2004), sendo exigido imposto no valor de R\$71.477,85, e aplicada a multa de 70% e,

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária , apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2004), sendo exigido imposto no valor de R\$19.967,39, e aplicada a multa de 60%

Em Primeira Instância, inicialmente o Relator da JJF rejeitou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo aos seguintes argumentos, em síntese, ao tempo que afirmou que o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/997, e as disposições contidas no RICMS/Ba, cujos fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pelo autuante com base nos demonstrativos anexados ao processo:

- I. que a preliminar de cerceamento de defesa, por falta de recebimento dos demonstrativos que fundamentam a infração, não merece ser acatada, pois a autuante na informação fiscal comprovou através do recibo constante às fls. 370 e 371, que em 17/07/08, mesma data da ciência do Auto de Infração, todos os anexos haviam sido entregues ao preposto do autuado;
- II. que as preliminares da ocorrência de erro de direito e de fato, a pretexto de inaplicabilidade da Portaria 445/98 para fins de determinação da base de cálculo do imposto devido, e erro no índice de evaporação, serão analisadas por ocasião do exame do mérito;
- III. que a preliminar de arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo autuado, também merece ser rechaçada, já que o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, determina expressamente que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual;
- IV. que em relação à arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas por considerar que elas são confiscatórias e a aplicabilidade da PORTARIA Nº 44598, além da regra já citada do art. 167, I do RPAF/99, impedir sua apreciação, as multas aplicadas estão previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e a utilização dos critérios estabelecidos na citada Portaria estão de acordo com o RICMS/Ba.

Ainda com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, o Relator da JJF indeferiu o pedido do autuado para realização de diligência, ao argumento de que os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da diligência, além do que todos os equívocos apontados no levantamento fiscal foram considerados pela autuante por ocasião da informação fiscal, da qual o autuado teve vista e acolheu os novos demonstrativos, à exceção do índice de evaporação, que será objeto de apreciação quando da análise do mérito.

No mérito, assim se pronunciou a JJF pela Procedência em Parte das exigências fiscais acima transcritas:

- I. que o Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto, referente ao exercício de 2004, inerente a exigência do imposto, sobre combustíveis, por responsabilidade solidária (infração 1) e por antecipação tributária (infração 02), por ter adquirido mercadorias sujeitas à substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, conforme apurado mediante auditoria de estoque;
- II. que o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado na condição de contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ÁLCOOL; ÓLEO DIESEL; e GASOLINA COMUM E ADITIVADA), desacompanhadas da documentação fiscal competente, e na antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e cópias de livros fiscais e do LMC constantes às fls.10 a 270;
- III. que a defesa alegou que foi utilizado indevidamente um índice de 0,006 ao invés de 0,6% legalmente fixado pelos órgãos controladores do setor de combustíveis, mas que não assiste razão ao autuado, uma vez que, matematicamente, o índice de 0,006 é igual a 0,6%, ou seja, dividindo-se o percentual de 0,6/100 = 0,006;

- IV. que, assim, conforme demonstrativos às fls. 11 a 13, 23 a 26, 41 a 44, e 52 a 55, o levantamento fiscal levou em conta corretamente o percentual estabelecido na Portaria DNC 26/92, tomando por base as quantidades escrituradas no LMC;
- V. que em relação à alegação de aplicação indevida da alíquota para o produto óleo diesel, de acordo com o art. 87, XIX do RICMS/97, considerando que ao ser refeito o demonstrativo do referido produto, vide fls. 355, não restou diferença de entrada que ensejasse cobrança do imposto, desnecessário se torna examinar se houve ou não aplicação correta da alíquota;
- VI. que em relação ao argumento de que houve impropriedade do critério empregado para determinação da base de cálculo, observa-se que, a partir do momento que o trabalho fiscal apurou a existência de mercadorias adquiridas de terceiros, desacompanhadas da documentação fiscal respectiva, não tendo sido comprovada a origem documental da diferença apurada, não há, por conseguinte, como se saber se o ICMS foi retido, e para elidir a acusação fiscal caberia ao autuado comprovar que a refinaria ou o distribuidor procedeu a substituição tributária recolhendo o imposto.;
- VII. que, assim, foi correto o critério empregado pela fiscalização tomando por base a Portaria nº 445/98, não se aplicando, ainda, a jurisprudência citada na peça defensiva, por se tratar de situações específicas, não relacionadas ao caso discutido neste processo.
- VIII. que em relação aos equívocos numéricos arguidos pelo autuado, os documentos apresentados na defesa constantes às fls. 293 a 331, 344 a 347, mais precisamente cópias de notas fiscais de aquisições de combustíveis, os esclarecimentos e as comprovações do patrono do autuado foram bastantes convincentes, eis que, restou evidenciado que alguns documentos fiscais de entradas realmente não haviam sido incluídos no levantamento das entradas;
- IX. que, assim, tendo em vista que a autuante acolheu as provas processuais apresentadas na defesa, referente a diversas notas fiscais de entradas não consideradas no trabalho fiscal, e refez os demonstrativos iniciais, conforme planilhas às fls. 353 a 367 anexadas à informação fiscal, e considerando que sujeito passivo tomou conhecimento de tais demonstrativos sem fazer qualquer oposição a eles, subsiste em parte os valores lançados no Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito constante do voto, uma vez que os demais argumentos defensivos, não foram capazes de modificar os valores iniciais, com exceção das notas fiscais de entradas não computadas no levantamento das entradas.

## VOTO

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer reparos o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pelo afastamento das preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, bem como, no mérito, concluiu pela Procedência em Parte das infrações descritas nos itens 1 e 2 da autuação.

E, de fato, nos itens em apreço imputam-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque e falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, também apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, respectivamente. Os produtos objeto de referido levantamento são álcool hidratado, diesel comum, gasolina aditivada e gasolina comum.

A desoneração de parte dos valores inicialmente exigidos, ora objeto de apreciação por parte des- ta 2<sup>a</sup> Instância teve como base a consideração de notas fiscais de entradas que não haviam sido

incluídas no levantamento quantitativo, relativamente aos produtos gasolina comum, gasolina aditivada, álcool hidratado e óleo diesel, acostadas pelo sujeito passivo na Impugnação, conforme fls. 293 a 331 e 344 a 347, inclusive tendo sido objeto de apreciação pela fiscal autuante que confirmou a não inclusão das mesmas no levantamento quantitativo inicialmente elaborado, redundando em diminuição do valor inicialmente lançado, conforme novos demonstrativos de fls. 353 a 367 dos autos.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 060624.0100/08-2, lavrado contra CREUZA MAGALHÃES COSTA & CIA. LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$10.272,82, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.259,20 e 70% sobre R\$8.013,62, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS