

A. I. N° - 022581.0013/09-4
AUTUADO - POSTO TRAVESSÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIO BASTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET 11.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0134-05/10

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. Levantamento fiscal compreendendo os exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008 (exercícios fechados) e o ano de 2009 (exercício aberto). Infrações não elididas. As notas fiscais apresentadas na defesa já haviam sido computadas na ação fiscal. No mais, o contribuinte limitou-se a fazer uso da contestação genérica. Afastada a preliminar de decadência, indevidamente denominada pelo sujeito passivo de “prescrição”. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2009, exige ICMS no valor histórico de R\$ 258.461,58, em razão das irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 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 da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Essa irregularidade ocorreu nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, com relação aos produtos diesel, álcool e gasolina, sendo R\$ 3.697,99, no exercício de 2005; R\$ 6.935,63, para o exercício de 2006; R\$ 19.143,11, para o exercício de 2007 e R\$ 155.052,20, para o exercício de 2008, totalizando um débito de R\$ 184.828,93.

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 percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Essa irregularidade ocorreu nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008, com relação aos produtos diesel, álcool e gasolina, sendo apurado ICMS devido de R\$ 1.171,89, no exercício de 2005; R\$ 1.976,60, para o exercício de 2006; R\$ 4.745,87, para o exercício de 2007; e R\$ 45.122,26, para o exercício de 2008, totalizando o débito para esta infração de R\$ 53.016,62.

INFRAÇÃO 3 - 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 da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto. Essa irregularidade ocorreu diesel, álcool e gasolina, totalizando a cifra de R\$ 15.694,97.

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação 1 do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido,

margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício aberto. Essa irregularidade ocorreu em 20/07/09, para os produtos, diesel, álcool e gasolina, totalizando a cifra de R\$ 4.961,06.

O autuado, através de seu representante legal (sócio administrador), ingressou com defesa, aduzindo, literalmente, o que segue:

1. Houve equívoco no levantamento efetuado através dos lançamentos de abertura e encerramento dos registros dos livros de movimento de combustíveis [LMC].
2. Contabilizou indevidamente mercadorias como: gasolina, óleo diesel e álcool, dificultando o procedimento correto da escrituração fiscal.
3. Registrou quantidades nas entradas e saídas sem observar o que consta nas notas fiscais.
4. Colocou informações equivocadas do R.I e do L.M.C das respectivas mercadorias do inventário em aberto.
5. Autuou mercadorias comercializadas como: óleo diesel , gasolina e álcool ,todas no regime de substituição tributária .
6. Contabilizou em duplicidade varias notas fiscais de gasolina, óleo diesel e álcool, sendo assim, houve modificações das quantidades e valores conforme notas fiscais anexas (Notas Fiscais de nº 019.722; 1974 e 018.444).
7. Fiscalizou períodos prescritos por lei.

O autuante prestou informação fiscal às fl. 94-A dos autos. Disse que as notas fiscais apresentadas pela autuada (fls. 83 a 89), de nº 19722, 18444 ref. a 2006 e 1974 ref. a 2009, não valem como prova pois se reportam a períodos arrolados no feito, mas onde não houve autuação. Afirmou que a exigência fiscal foi processada somente quando as saídas praticadas pela autuada foram em valor superior às entradas com notas fiscais ou estoques registrados no Inventário. Assim, o autuante entende que as quantidades de gasolina, referente às notas 19722 e 18444 em 2006 e nota fiscal (DANFE 1974), não elidem a infração para os exercícios autuados.

Conclui dizendo que os levantamentos estão fundamentados na contagem do estoques operada em 20/07/2009 (fls.06), ocasião em que compareceu ao estabelecimento da autuada, às 07 hs. da manhã, para anotar os registros dos totalizadores das bombas e bicos e respectiva tancagem.

Pede que a autuação seja integralmente mantida.

VOTO

Da análise dos autos, constado que os reclamos efetuados pelo contribuinte, na inicial, não procedem. Senão vejamos. De início cabe afastar o pedido de prescrição. Em verdade, quis o contribuinte alegar a decadência.

A questão apresentada pelo contribuinte se reveste de controvérsia jurídica na doutrina e na jurisprudência brasileiras, isto porque o CTN contém dois dispositivos que tratam do instituto da decadência, no art. 150, § 4º e no art. 173.

Deduz-se, da linha argumentativa desenvolvida pela defesa, que o contribuinte entende ser aplicável ao ICMS a forma de contagem prevista no art. 150, § 4º da Lei Complementar Tributária, ou seja, a partir do fato gerador do gravame fiscal. Nos parece que a tipologia dos tributos a qual pertence o ICMS, comporta a aplicação dos dois dispositivos retro-mencionados.

Reside a diferença da incidência normativa na avaliação da conduta adotada pelo devedor. Se este antecipa o pagamento ou declarada o “*quantum*” devido, aplica-se o art. 150; todavia, se o contribuinte é omisso de pagamento ou não declara ao fisco os valores que deveriam ser recolhidos, aplica-se o art. 173.

Ressalto que em relação a esta matéria o CONSEF vem decidindo pela aplicação das disposições contidas no Código Tributário do Estado.

art. 107-A, inc. 1). Nessa linha de entendimento, foi exarado o Acórdão nº 0009-12/08, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, lavrado nos seguintes termos:

“Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

No caso em exame, percebe-se que o ICMS lançado no Auto de Infração diz respeito a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2005 e 20/07/2009, e estão relacionados falta de pagamento do imposto, por solidariedade e antecipação tributária, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal. Nesta situação contribuinte deixou de efetuar o lançamento e recolhimento do imposto a que estava obrigado e não houve da sua parte qualquer antecipação de pagamento, capaz de autorizar a incidência da norma estampada no art. 150, § 4º, do CTN.

Visto que a ação fiscal abrangeu os exercício de 2005 e o Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2009, o lançamento foi formalizado ainda dentro do período de 5 (cinco) anos, contados do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores

Opto em seguir a diretiva contida no julgado acima transcrito, que representa a jurisprudência assente neste CONSEF, e sem me alongar nas disputas doutrinárias e jurisprudenciais que cercam o do tema, afasto a preliminar de decadência suscitada pela defesa, indevidamente denominada de “prescrição”, quanto aos fatos geradores que se verificaram antes de dezembro 2005.

No tocante ao mérito, as alegações de duplicidade, de equívocos na apuração das quantidades extraídas do Inventário, do LMC e das notas fiscais, não se fizeram acompanhar das provas ou dos documentos que apontassem as falhas indicadas na peça de defesa, ficando a impugnação no campo da contestação genérica.

No tocante as Notas Fiscais nºs 19722, 1974 e 18444, percebo, sem maior esforço, após instrução do processo, que os referidos documentos compuseram os levantamentos elaborado pelo auditor fiscal, de acordo com os demonstrativos acostados às fls. 45, 18 e 38 dos autos, respectivamente, não procedendo, também, o reclamo empresarial no que se refere às quantidades de combustíveis que não teriam sido computadas na ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022581.0013/09-4**, lavrado contra **POSTO TRAVESSÃO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$258.461,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.977,68, e de 70% sobre R\$200.483,90, previstas no art. 42, incisos II alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA