

A. I. Nº - 110427.0070/09-0
AUTUADO - F. DOS SANTOS RIBEIRO
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23. 09. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0255-01/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provada 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). Infrações 01 e 03 caracterizadas. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O sujeito passivo 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 02 e 04 caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/12/09 para exigir ICMS, no valor total de R\$ 262.437,80, em decorrência das seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 espécies de mercadorias no exercício fechado de 2008. Lançado ICMS no valor de R\$ 162.997,28, acrescido de multa de 70%.
02. Falta de recolhimento de imposto, devido 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 a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 45.466,77, acrescido de multa de 60%.
03. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regi apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies

aberto referente ao período de 01/01/09 a 11/08/09. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 41.155,60, acrescido de multa de 70%.

04. Falta de recolhimento de imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício aberto referente ao período de 01/01/09 a 11/08/09. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 12.591,99, acrescido de multa de 60%.

05. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 226,16, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 94/99) e, após descrever as infrações, afirma que conferiu o levantamento feito pelo autuante e constatou os equívocos relatados a seguir.

Quanto à Infração 01, o autuado afirma que não houve omissão de entrada de 340.166 litros de diesel e nem de 10.000 litros de álcool comum. Diz que, no mês de outubro de 2008, vendeu diretamente à empresa Comercial de Derivados de Petróleo Ribeiro Ltda. – sociedade da qual diz fazer parte como sócio majoritário – as mesmas quantidades de combustíveis consideradas como omitidas e, portanto, esses combustíveis não transitaram pelos seus tanques. Explica que essas operações foram efetuadas por motivo de força maior, uma vez que a Texaco tinha suspendido o fornecimento de combustíveis à Comercial Derivados de Petróleo Ribeiro Ltda. em razão de pendência financeira. Para embasar sua argumentação, acostou aos autos um documento referente a um processo de recuperação judicial (fl. 103), fotocópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs – e de notas fiscais de saídas (fls. 104/161).

Assevera que a Infração 02 não subsiste, pois é um lançamento subsidiário da infração anterior. Frisa que não houve fato gerador do imposto cobrado.

No que tange à Infração 03, o autuado nega que tenha ocorrido as omissões apuradas nos levantamentos quantitativos e diz que não ocorreu o fato gerador do imposto que foi lançado.

Em relação à omissão de entrada de 41.949 litros de óleo diesel apurada na ação fiscal, o autuado afirma que:

- 36.052 litros são referentes a notas fiscais de simples faturamento. Explica que, diariamente, é fornecido combustível a clientes conveniados com a emissão de nota fiscal série D-1 e, ao final do mês, esses fornecimentos são faturados. Sustenta que, em relação a essas operações, o autuante considerou as saídas em duplicidade. Acostou ao processo uma relação de notas fiscais de saídas (fl. 162) com fotocópia dos correspondentes documentos fiscais (fls. 163/165).

- 5.897 litros são atinentes a aferições e notas fiscais não computadas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Assevera que a omissão de 463 litros de álcool encontrada na auditoria decorreu de aferições que não foram consideradas pelo autuante.

Sustenta que a omissão de 38.913 litros de gasolina decorreu de notas fiscais não computadas no LMC. Diz que essas notas serão juntadas ao processo oportunamente.

Quanto à Infração 04, o autuado afirma é um lançamento subsidiário da infração anterior e que, portanto, também não procede.

O autuado reconhece o débito referente à Infração 05. Às fls. 166 e 176 DAE e extrato do SIGAT, referentes ao pagamento do valor cobrado nes

Prosseguindo em sua defesa, o autuado passa a discorrer sobre lançamento tributário e presunção. Sustenta que, em relação aos levantamentos quantitativos, não houve fato gerador do ICMS e que os erros cometidos na auditoria não legitimam o crédito tributário. Frisa que o autuante só poderia se valer de outros métodos para efetuar o lançamento se provasse que as informações prestadas pelo contribuinte não eram suficientes para a devida análise. Aduz que a existência de escrita regular impede a aplicação do arbitramento e da presunção na fase inicial da investigação, obstando a substituição da base de cálculo primária por uma subsidiária. Para embasar seus argumentos, cita doutrina, dispositivos legais e jurisprudência.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja anulado.

Na informação fiscal, fls. 170 a 173, o autuante, referindo-se à Infração 01, afirma que o levantamento quantitativo foi realizado a partir das notas fiscais eletrônicas emitidas pelos fornecedores e informadas em arquivos magnéticos, bem como nos DANFEs (documentos auxiliares da nota fiscal eletrônica) e nas demais notas fiscais apresentadas pelo autuado, sendo improvável que tenha havido erro na inserção desses elementos. Frisa que as notas fiscais acostadas às fls. 104/160 integram a relação das entradas de gasolina comum, álcool e óleo diesel, conforme fls. 20/21, 25 e 29/30. Diz que o procedimento fiscal está correto, pois os levantamentos quantitativos contemplam a totalidade do movimento do estabelecimento, inclusive as notas fiscais emitidas no atacado e que não passaram pelos tanques de armazenamento.

Quanto à Infração 02, o autuante mantém a ação fiscal pelos mesmos motivos explanados na infração anterior.

No que tange à Infração 03, o autuante repele o argumento defensivo atinente às notas emitidas como simples faturamento, alegando que as notas fiscais acostadas às fls. 163/165 comprovam que a natureza das operações era “Venda”, e não “Simples Remessa”. Destaca que os destinatários dos produtos estão estabelecidos em Itabuna e, portanto, não se justifica que os veículos percorram mais de cem quilômetros para serem abastecidos em Itaju do Colônia, onde se localiza o autuado. Salienta que nos levantamentos quantitativos não computou saídas por meio de notas fiscais série D-1, considerando apenas os encerrantes das bombas de abastecimento e as notas fiscais modelo 1, com o indicativo de venda em atacado, como consta nas planilhas.

Com relação à diferença de 463 litros de álcool, o autuante afirma que todas as aferições lançadas no LMC foram consideradas nos levantamentos, conforme se pode verificar à fl. 24 dos autos, coluna “aferições”, onde estão computados, para o exercício de 2009, 380 litros de álcool, quantidade compatível com a registrada em todo o exercício de 2008 (640 litros). Aduz que, além disso, o autuado não trouxe ao processo qualquer comprovação de que a omissão apurada se referia a “aferições”.

Sobre a diferença de 38.913 litros de gasolina, o autuante diz que não existe nota fiscal de entrada de combustível não incluída no levantamento, pois se houvesse ela teria sido apresentada na defesa, uma vez que só os documentos comprovam os fatos.

Afirma que a Infração 04 é procedente pelos mesmos motivos sustentados na infração anterior, da qual é decorrente.

Em relação à Infração 05, o auditor fiscal diz que a acusação foi reconhecida pelo autuado, com o recolhimento do valor cobrado.

O autuante destaca que não subsiste o argumento defensivo atinente à inocorrência de fato gerador, haja vista que os levantamentos quantitativos estão corretos. Também afirma que não prosperam os argumentos atinentes a presunção, uma vez que os levantamentos foram lastreados nos livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte.

Ao finalizar a informação fiscal, o autuante requer que o Auto de Infra

VOTO

No Auto de Infração em lide, o autuado foi acusado da falta de recolhimento de ICMS, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamentos quantitativos de estoques (Infrações 01 a 04), bem como da falta de recolhimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado (Infração 05).

As Infrações 01 e 02 tratam de omissões de entradas de 10.000 litros de álcool carburante e de 340.166 litros de óleo diesel, ocorridas no exercício fechado de 2008, conforme os demonstrativos de fls. 24 e 28. Considerando que essas duas infrações versam sobre o mesmo levantamento quantitativo, as apreciarei em conjunto.

Visando elidir as infrações, o autuado afirma que efetuou vendas diretamente à empresa Comercial de Derivados de Petróleo Ribeiro Ltda. e, assim, as mercadorias correspondentes não passaram pelos tanques do seu estabelecimento comercial, tudo conforme fotocópias da documentação fiscal referente às aquisições e às vendas realizadas.

Essa assertiva não merece acolhimento, uma vez que todas as operações consignadas nos DANFEs de entradas e nas notas fiscais de saídas acostadas ao processo pelo autuado (fls. 104/161) já tinham sido incluídas no levantamento quantitativo referente ao exercício de 2008 pelo autuante. Esse fato está comprovado pelos demonstrativos analíticos das entradas (fls. 20, 25, 29/30) e das saídas (fl. 23, 27, 32) elaborados pelo auditor fiscal. Considerando que essas operações de saídas evidenciavam vendas por atacado e que os combustíveis não transitaram pelos tanques do estabelecimento fiscalizado, o autuante, de forma acertada, incluiu no levantamento quantitativo tanto as operações de entradas como as de saídas.

Uma vez que a alegação defensiva quanto ao levantamento quantitativo de estoque referente ao exercício de 2008 não merece acolhimento, as omissões de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – 10.000 litros de álcool e 340.166 litros de óleo diesel – subsistem integralmente. Nessa situação, em conformidade com o disposto no art. 10, I, “a” e “b”, da Portaria 445/98, devem ser cobrados: a) o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria desacompanhada de documentação fiscal – Infração 01; b) o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido – Infração 02.

Pelo acima exposto, as Infrações 01 e 02 estão devidamente caracterizadas.

As Infrações 03 e 04 versam sobre omissões de entradas de 38.913 litros de gasolina comum, de 463 litros de álcool carburante e de 41.949 litros de óleo diesel, ocorridas no período de 01/01/09 a 10/08/09, conforme os demonstrativos de fls. 19, 24 e 28. Também apreciarei essas duas infrações em conjunto, tendo em vista que elas tratam do mesmo levantamento quantitativo.

O autuado diz que as omissões de operações de entradas de 463 litros de álcool, de 38.913 litros de gasolina e de 5.897 litros de óleo diesel decorreram de aferições não consideradas pelo autuante ou não lançadas no LMC, bem como a notas fiscais de entradas não registradas no LMC e que serão apresentadas oportunamente.

Essas alegações defensivas tratam de matéria fática, que deve ser comprovada por quem alega. O disposto no art. 123 do RPAF/99, garante aos contribuintes o direito de impugnar o lançamento, por escrito e acompanhado das provas que possuir. Por sua vez, o art. 143 do mesmo Regulamento prevê que a simples negativa do cometimento de infração não desonera o contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Os argumentos defensivos atinentes às aferições não merecem acolhimento, pois ao analisar os demonstrativos de fls. 24 e 28, constato que o autuante teve o cu aferições nos levantamentos quantitativos que ele realizou. Se alé

alguma outra a ser incluída na auditoria fiscal, cabia ao autuado trazer ao processo prova da existência dessas aferições não computadas, o que não foi feito.

Também por falta de qualquer prova que lhe dê sustentação, deixo de acolher a alegação defensiva atinente às supostas entradas de gasolina acobertadas por notas fiscais não registradas no LMC e a serem apresentadas.

Quanto às operações de saídas de 36.052 litros de óleo diesel que, segundo a defesa, foram computadas em duplidade, o contribuinte apresentou o demonstrativo e as fotocópias de notas fiscais de fls. 163 a 165.

Examinando as cópias das notas fiscais apresentadas pelo autuado, observo que nelas consta o termo “Venda” como a natureza das operações. Caso as notas fiscais tratassesem efetivamente de abastecimentos realizados durante o mês, deveriam ser trazidos ao processo os documentos que comprovassem esses supostos abastecimentos, o que não foi feito. Ademais, conforme foi bem salientado pelo autuante, não é razoável admitir que veículos de oficina mecânica localizada em Itabuna percorram mais de duzentos quilômetros de (ida e volta) para serem abastecidos em Itaju do Colônia, onde está localizado o autuado. Dessa forma, considero que os documentos de fls. 163 a 165 se referem a vendas efetuadas pelo autuado em atacado, sendo que os combustíveis não passaram pelas bombas do autuado e, em consequência, não influenciaram nos números dos encerrante e, assim, não houve a duplidade alegada na defesa.

As alegações defensivas atinentes a presunção e a arbitramento não se sustentam, pois, no Auto de Infração em epígrafe, não houve utilização de presunção e nem arbitramento, como tenta fazer crer o autuado.

Em face do acima exposto, os levantamentos quantitativos estão corretos e, assim, as Infrações 03 e 04 estão caracterizadas.

Em relação à Infração 05, o autuado expressamente reconheceu a procedência da exigência fiscal e efetuou o pagamento do valor cobrado, conforme comprovantes acostadas ao processo. Dessa forma, a infração subsiste, devendo ser homologado o valor recolhido.

Por fim, ressalto que o valor consignado na infração 04, no mês de ocorrência de 11/08/2009, no valor de R\$54,33 está equivocado, uma vez que aplicando-se à alíquota de 19% sobre a base de cálculo de R\$285,00 resulta no valor de R\$54,15.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110427.0070/09-0, lavrado contra **F. DOS SANTOS RIBEIRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$262.437,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 204.152,88, de 60% sobre R\$58.284,74, previstas, respectivamente, no art. 42, III, II “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALMIR NOGUE