

PROCESSO - A. I. N° 206958.0045/09-7
RECORRENTE - RIBEIRO & NOGUEIRA LTDA. (POSTO ATALAIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0212-05/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0285-12/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. (COMBUSTÍVEL) DIESEL COMUM. EXERCÍCIO ABERTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Restou demonstrada a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume 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. 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. Documentos trazidos aos autos não reduziram a exigência do imposto. Infrações caracterizadas. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em relação à Decisão concernente ao Acórdão nº 0212-05/10 da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2009, o qual lança crédito tributário de ICMS, no total de R\$ 64.532,40, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

- 1 falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria (DIESEL COMUM) de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 16/10/2009), sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 48.966,08, e aplicada a multa de 70%;
- 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 mercadoria (DIESEL COMUM) de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 16/10/2009), sendo lançado o crédito tributário no valor de R\$ 15.566,32, e aplicada a multa de 60%.

Após a defesa interposta pelo sujeito passivo contra a autuação mantida pelo autuante, os autos foram encaminhados para apreciação da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou a seguinte Decisão:

“Inicialmente, não acolho a arguição de nulidade do crédito tributário a pretexto de que o lançamento ficou eivado de vícios por ausência de fato gerador, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

No mérito, trata-se de Auto de Infração, lavrado para lançar crédito tributário, decorrente de levantamento quantitativo de estoque, referente a exercício aberto-01/01 a 16/10/2009, relativo a combustíveis, por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, por ter adquirido mercadorias sujeitas a substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (Art.1º da Portaria 445/98).

Quanto às citadas infrações, verifico que o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado na condição de contribuinte solidário, por ter adquirido mercadoria (diesel comum) enquadrada no regime de substituição tributária, desacompanhada da documentação fiscal competente, e na antecipação tributária sobre o mesmo produto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e declaração de estoque, finalizado no resumo à fl.10, demonstrando que os procedimentos conduzidos pela fiscalização estão corretos, posto que apresentam sintonia com as regras estabelecidas na citada Portaria 445/98, e no Regulamento do ICMS/Ba.

O contribuinte negou o cometimento das infrações, disse que o autuante incluiu em seu levantamento notas fiscais de simples faturamento e canceladas, juntando aos autos cópias reprográficas de notas fiscais.

Examinando as notas fiscais trazidos aos autos pelo contribuinte verifica-se que as mesmas não provam os fatos das alegações defensivas, a juntada de tais documentos por si só, não é suficiente para elidir a autuação. No caso do cancelamento não constam dos autos todas as suas vias originais canceladas, do mesmo modo, não ficou caracterizado, cabalmente o “simples faturamento” alegado.

Portanto está correto o procedimento fiscal, posto que ficou demonstrado que o sujeito passivo adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, e nestes casos o contribuinte adquirente assume 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. Do mesmo modo, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações não elididas.

Saliento que não houve impugnação específica sobre os demonstrativos do levantamento em aberto, nem em relação aos cálculos na determinação da base de cálculo e apuração do imposto.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O autuado ingressou com Recurso Voluntário (fls. 66 a 68), alegando, primeiramente, que a discussão sobre o fato gerador tem como núcleo a apresentação das primeiras vias das notas fiscais alegadas como canceladas. Salientou que tais vias de notas fiscais foram extraviadas. Anexou as cópias do extrato de sua conta corrente e das notas fiscais, tanto as canceladas como as emitidas em substituição daquelas.

Afirmou que não ficou caracterizado que a diferença remanescente foi em virtude das notas fiscais emitidas como simples faturamento.

Observou ainda que a existência da escrita regular impede a aplicação dos Recursos do arbitramento e da presunção na fase inicial da investigação, impossibilitando assim a substituição da base de cálculo primária por uma base de cálculo subsidiária.

Ressaltou em sua peça recursal que a admissibilidade da presunção seria possível desde que comprovada a ocorrência de um fato gerador, para substituição da base de cálculo, quando da:

- a) Inexistência da escrituração;
- b) Recusa da apresentação da escrituração ou;
- c) Imprestabilidade da escrituração.

Quanto à alegação de que o recorrente não comprovou o simples faturamento, afirmou que é usual as empresas/clientes abastecer durante o mês e no início e/ou no momento do faturamento,

geralmente mês subsequente. É emitida uma nota fiscal série única resumindo as operações. Logo, essas notas fiscais não podem ser caracterizadas como venda, mas, sim, simples faturamento.

Concluiu requerendo a anulação do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, por meio da procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emitiu Parecer opinativo, alegando que as razões recursais são insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Com efeito, em sede recursal, o autuado não trouxe qualquer argumento jurídico ou prova capaz de afastar as imputações apuradas, bem como volta a repetir os mesmos argumentos que foram analisados em primeira instância administrativa.

Não há igualmente nos autos, nem mesmo fora juntado em grau de Recurso Voluntário, comprovação de que alguns documentos fiscais que foram considerados no levantamento quantitativo de estoques decorrem de notas de simples faturamento.

Concluiu opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Compulsando os autos, verifico tratar-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em lide que trata de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária (ST), na condição de responsável solidário, ao ter adquirido DIESEL COMUM de terceiro, desacompanhado de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, bem como pela também falta de recolhimento do ICMS 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 a mesma mercadoria, ou seja, DIESEL COMUM, de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Da análise dos argumentos trazidos em sede de Recurso Voluntário, não entendo que os mesmos sejam capazes de elidir as infrações fiscais apuradas, uma vez que as notas fiscais anexadas não provam o alegado pela defesa. No que concerne ao cancelamento, observo que não constam todas as suas vias originais canceladas, da mesma forma que não ficou caracterizado o simples faturamento.

Logo, alinho o meu entendimento com o da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, ao conceber como correto o procedimento fiscal adotado, já que o recorrente não comprovou o pagamento do ICMS devido às operações mercantis de aquisição sem a documentação fiscal necessária e as respectivas escriturações de entrada de tais mercadorias sujeita ao regime ST, consubstanciando as infrações em tela.

Todo o procedimento fiscal está baseado em detalhados levantamentos com demonstrativos acostados aos autos, considerando toda movimentação física do DIESEL COMUM adquirido e vendido, inclusive valendo-se do LMC. Para tanto, detectou, para os anos de 2008 e 2009, todas as notas fiscais de entradas deste combustível no estabelecimento do recorrente, bem como as saídas pelo LMC, estoque inicial, estoque final, aferições; estabelecendo assim o valor de entrada DIESEL COMUM sem nota fiscal, que no caso em foco, foi de 56.317 litros para o ano de 2008 e 110.111 litros para o ano de 2009. A partir daí calculou o valor devido de ICMS normal e por antecipação para este combustível que entrou sem nota fiscal, com base no Convênio ICMS 110/07, considerando o percentual estabelecido no convênio e aplicado sobre o valor do DIESEL COMUM que entrou sem nota fiscal. Este valor do DIESEL COMUM foi calculado multiplicando a sua quantidade pelo valor médio unitário por litro naquele ano

Assim sendo, não assiste razão ao recorrente quando argui “a aplicação dos recursos do arbitramento e da presunção, na fase inicial da investigação, impedindo a substituição da base de cálculo primária por uma base de cálculo subsidiária” Vale lembrar que o procedimento fiscal não incorreu nas hipóteses previstas no parágrafo 4º do art. 4º e do art. 937 do RICMS/BA, que tratam respectivamente da presunção legal e do arbitramento. Lembrando que o arbitramento é um procedimento extremo para formação da base de cálculo do ICMS, sempre que não for possível apurar o montante real da referida base, fato este que não ocorreu no procedimento fiscal do lançamento de ofício em questão. O que se constatou foi exatamente o contrário, ou seja, perpassando qualquer presunção legal, foi realizada uma amíúde determinação técnica do ICMS NORMAL e ICMS ANTECIPAÇÃO devido, com fulcro nos dados quantitativos levantados e apurados no procedimento fiscal adotado, inclusive com um demonstrativo resumo acostado à fl.10 dos autos.

De igual modo, carece de sustentação a arguição do recorrente de nulidade do Auto de Infração, já que não existe no RPAF/99 qualquer artigo que ampare tal argumento, vez que a autuação e seus desdobramentos administrativos e fiscais constantes no presente PAF, obedeceram às formalidades legais, com clareza de informações relativas ao lançamento de ofício, bem como sem ferir o direito da ampla defesa e do contraditório.

Nesta esteira de entendimento também trilhou a douta PGE/PROFIS, conforme reza no teor do seu Parecer opinativo exarado às fls. 88/90 dos autos. Por conseguinte, à luz de tudo quanto acima exposto e da legislação aplicável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0045/09-7**, lavrado contra **RIBEIRO & NOGUEIRA LTDA. (POSTO ATALAIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$64.532,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$15.566,32 e 70% sobre R\$48.966,08, 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 setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS