

PROCESSO - A. I. Nº 269133.0601/10-8
RECORRENTE - POSTO CIDADE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0383-04/10
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 29/11/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0330-11/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Provada através de levantamento a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. O contribuinte, adquirente, torna-se responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e sem prova de que o tributo foi pago. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações não elididas. Exigências subsistentes. Argumentos recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o Recurso Voluntário sobre a irrisignação do autuado em relação à Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 0383-04/10, a qual julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 16/06/2010, para exigir ICMS, no valor total de R\$20.205,55, com aplicação de multas de 60% e 100%, em razão de oito infrações, assim discriminadas:

- 1- Falta de recolhimento do imposto, acrescido da multa de 100%, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no período de 01/01/10 a 08/04/10, referente ao ICMS normal de R\$408,33, relativo a 1.751,50 litros de álcool (infração 1); R\$7.065,46, relativo a 11.042,45 litros de gasolina comum (infração 3); R\$7.530,15, relativo a 11.768,70 litros de gasolina aditivada (infração 5); R\$466,89, relativo a 1.744,05 litros de óleo diesel (infração 7).
- 2- Falta de recolhimento do imposto, acrescido da multa de 60%, 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 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 estoque por espécie de mercadorias no período de 01/01/10 a 08/04/10, referente ao ICMS

antecipado de R\$257,24, relativo a 1.751,50 litros de álcool (infração 2); R\$2.095,62, relativo a 11.042,45 litros de gasolina comum (infração 4); R\$2.233,44, relativo a 11.768,70 litros de gasolina aditivada (infração 6); R\$148,42, relativo a 1.744,05 litros de óleo diesel (infração 8).

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação tempestiva (fls. 43/60), sustentando, basicamente, que, no levantamento fiscal, os auditores deveriam observar os valores relativos às aferições diárias de 20 litros de combustíveis por cada bico de bomba existente nos postos de combustíveis, os quais deveriam ser deduzidos das quantidades registradas nos encerrantes, a fim de não gerar dupla contagem de saída de combustível.

Pediu a nulidade do Auto de Infração, invocando os princípios da legalidade, segurança das relações jurídicas e isonomia, postulando, alternativamente, a sua improcedência, à luz dos elementos informativos anexados (fls. 74 a 601).

O autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 605/607), mantendo integralmente a ação fiscal e rebatendo a tese da defesa, salientando que a alegação é descabida, visto que foram consideradas todas as aferições constantes nos LMC(s) apresentados à fiscalização, conforme cópia das suas páginas anexadas pelo próprio contribuinte a este PAF, não podendo constar no levantamento aferições não escrituradas no referido livro.

Em Primeira Instância, a JJF rejeitou as nulidades arguídas, sob o fundamento de que foi obedecido o devido processo legal e exercitados o contraditório e a ampla defesa, encontrando-se o PAF revestido de todas as formalidades legais, inclusive tornando-se desnecessária a realização de diligência à ASTEC.

Adentrando ao mérito, a 4ª JJF inacolheu a argumentação da peça defensiva, julgando totalmente Procedente a autuação, em contexto do seguinte teor:

“No mérito, como bem ressaltou o autuante, em sua informação fiscal, a peça de defesa limita-se tão-somente a alegar que os valores relativos às aferições diárias de 20 litros de combustíveis, por cada bico de bomba existente nos postos de combustíveis, devem ser deduzidos das quantidades registradas nos encerrantes, a fim de não gerar dupla contagem de saída de combustível.

Contudo, para que haja a dedução das quantidades saídas nos encerrantes a título de aferições diárias de combustíveis, conforme pleiteia o autuado, é óbvio que deve haver os respectivos registros das aferições nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC).

No caso presente, o autuante deduziu as quantidades de combustíveis saídas a título de aferições das registradas nos encerrantes, conforme se pode observar às fls. 25 e 31 dos autos, relativo aos produtos “Gasolina C” e “Gasolina Aditivada”, quando devidamente registradas no LMC.

Assim sendo, é impertinente o pleito do autuado de considerar supostas aferições não registradas em sua própria escrita fiscal, sendo devida apenas a compensação dos valores efetivamente aferidos e registrados no LMC, conforme foi determinado anteriormente pelo CONSEF em diligência à ASTEC, o que ensejou no Parecer ASTEC nº. 022/2010, o qual foi citado pelo próprio defendente.

Como o autuado não se insurgiu contra os demais números apurados pelo autuante em seu levantamento fiscal, acatando-os tacitamente, entendendo-os como corretos e verdadeiros.

Ante o exposto voto PROCEDENTE o Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário, renovando a tese expendida na peça defensiva, enfatizando, que:

“Fato é que o fiscal não atentou para critérios técnicos e legais que impelem a apreciação das alterações diárias decorrentes da aferição que diariamente crescem 20 litros no encerrante. Logo, se assim tivesse procedido, perceberia de imediato que, pelo menos 7.300 litros registrados no encerrante retornaram para a bomba e por isso não são passíveis de comprovação da origem, razão pela qual pede-se, de logo, que seja abatido o referido montante de cada combustível em cada exercício fiscalizado na ação fiscal.”

Aduziu, também, que o preposto fazendário, ao inovar os procedimentos de auditoria fiscal, causou insegurança ao contribuinte, afrontando o princípio da segurança das relações jurídicas e ferindo, também, o princípio da isonomia, na medida em que somente o autuado sofreu o roteiro

de fiscalização, utilizando método que desconsiderava as aferições diárias de combustíveis, em detrimento de outros contribuintes proprietários de postos de combustíveis.

Prosseguindo com as razões recursais, asseverou que as mercadorias objetos das imputações tiveram o ICMS pago por Substituição Tributária, sendo a obrigação tributária principal satisfeita desde a saída do remetente, configurando a falta de escrituração, ou escrituração irregular, mero descumprimento de obrigação acessória, dever instrumental completamente apartado da obrigação principal, infração para a qual o próprio RICMS/BA prevê penalidade aplicável de multa fixa, citando e transcrevendo decisões do CONSEF para reforçar o seu posicionamento.

Destacou, ainda, que a exigência, além da multa estipulada, configuraria enriquecimento ilícito do Estado, confisco ao patrimônio particular do contribuinte, sem amparo constitucional, especialmente quando se leva em consideração o Estatuto do Contribuinte, artigos 145 e seguintes, trazendo jurisprudência do STF em sede de ADI.

Por fim, reiterou que não houve falta de recolhimento e conseqüentemente não houve omissão de ICMS, sendo a única infração cometida pelo autuado o descumprimento da obrigação acessória descrita no art. 324 do RICMS, com penalidade prevista no art. 915, XV, “d”, do mesmo texto legal.

Requeru o provimento recursal, para ser julgado improcedente o Auto de Infração ora posto em discussão.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, a ilustre procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, em Parecer de fl. 631, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, considerando que não foram trazidos elementos novos capazes de provocar a modificação do acórdão hostilizado.

Afirmou que o trabalho fiscal de levantamento quantitativo não merece reparos, devendo ser consideradas apenas as aferições registradas no LMC, porquanto comprovadas.

Prosseguindo, asseverou que o levantamento quantitativo de estoque apurou ingresso de mercadoria sem nota fiscal, o que conduzia à conclusão de que não houve anterior pagamento do imposto.

VOTO

A exigência fiscal em comento trata dos recolhimentos do ICMS sobre aquisição de combustíveis desacompanhados de documentação fiscal, no período compreendido entre 01/01/2010 até 08/04/2010, por antecipação tributária e por responsabilidade solidária, apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto.

Como anteriormente relatado, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou totalmente Procedente a autuação, tendo o recorrente, no seu inconformismo, ratificado todas as teses postas na peça impugnatória, enfatizando, principalmente, o argumento de que, na elaboração dos demonstrativos de estoque, os auditores fiscais deveriam considerar os valores relativos às aferições diárias de 20 litros de combustível por cada bico de bomba existente nos postos, os quais seriam deduzidos das quantidades registradas nos encerrantes, a fim de não gerar dupla contagem de saída de combustível.

Salientou que, se o autuante assim tivesse procedido, perceberia que, pelo menos, 7.300 litros registrados no encerrante retornariam para a bomba, confirmando que todas as entradas de combustíveis foram acompanhadas de documentos fiscais, uma vez que, nos demonstrativos de entrada de álcool e óleo diesel, os valores apurados se apresentavam inferiores aos das aferições, circunstâncias das quais se depreenderia a impossibilidade de se cogitar de entradas de álcool e óleo diesel sem acompanhamento de nota fiscal.

De outra parte, sustentou que as mercadorias objetos das imputações tiveram o ICMS pago por Substituição Tributária, além do que a obrigação tributária principal foi satisfeita desde a saída do remetente, enquanto a falta de escrituração ou escrituração irregular configuraria mero

descumprimento de obrigação acessória, infração para a qual o próprio RICMS/BA prevê penalidade aplicável de multa fixa.

Sucedo que, na hipótese concreta dos autos, o que se infere dos elementos informativos deles constantes, é que nenhuma razão assiste ao recorrente, pois, tratando o caso de matéria eminentemente fática, o sujeito passivo não apresentou, em sede recursal, qualquer elemento probatório capaz de modificar o julgamento hostilizado.

Assim é que, desmerece guarida a tese do recorrente segundo a qual seria obrigatório à fiscalização, na auditoria de estoque, considerar, independente de registro no LMC, uma aferição diária para cada bomba existente nos postos de combustíveis, com o retorno de 20 litros por dia ao estoque, porquanto a legislação é clara quando obriga ao contribuinte o registro, no livro competente, de todas as movimentações de combustíveis realizadas no estabelecimento.

Ressalte-se, ainda, que o entendimento consolidado neste Conselho de Fazenda, em coerência com o artigo 324 do RICMS, é o de admitir apenas as aferições que se encontram devidamente registradas no livro competente, conforme se depreende do texto legal:

Art. 324. O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, destina-se ao registro diário a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis (Ajuste SINIEF 1/92).

De igual sorte, não se pode acolher a sustentação do recorrente segundo a qual as mercadorias objetos das imputações tiveram o ICMS pago por Substituição Tributária, tendo em vista que a irregularidade imputada ao sujeito passivo diz respeito ao ingresso das citadas mercadorias sem a devida cobertura de documentos fiscais, devidamente apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, o que ocorreu, diga-se de passagem, de forma bastante clara, só merecendo reparos do autuado no que tange à consideração das possíveis aferições não registradas.

Por conseguinte, inexistentes documentos (Notas Fiscais de entrada) na procedimentalidade, não se pode comprovar qualquer recolhimento do ICMS, a título de substituição tributária, pelo fornecedor.

No que tange à tese recursal de substituição da exigência do ICMS por multa em razão do descumprimento de obrigação acessória, mais uma vez, improspera a argumentação, considerando que a autuação se reporta à falta de recolhimento do imposto, obrigação principal, detectada por meio de levantamento quantitativo de estoques, relativa à antecipação tributária de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo exigido ICMS de responsabilidade solidária, por aquisição de mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, portanto, não se tratando de falta de escrituração de notas fiscais de entradas, imputação passível de multa por obrigação acessória.

Nesse contexto, alinho-me ao teor da Decisão farpeada, eis que dúvidas inexistem da total ausência de êxito nas sustentações recursais, as quais visavam elidir as acusações imputadas na ação fiscal, caracterizando-se plenamente obedecido o devido processo legal, o exercício do contraditório e da ampla defesa, conjuntura que reveste o PAF de todas as formalidades necessárias, não ocorrendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem os Direitos Administrativo e/ou Tributário, muito menos os princípios da segurança das relações jurídicas e da isonomia.

Referente à alegação do efeito confiscatório das multas aplicadas, em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF-BA/99, não se apresenta esse órgão julgador administrativo como competente para declarar a inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, encontrando-se as multas devidamente previsionadas no artigo 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Por tais fundamentos e com supedâneo nos elementos informativos residentes nos autos, incapazes de dar amparo às teses apresentadas pelo recorrente para elidir a ação fiscal, alternativa não resta senão a de considerar corretas as imputações aplicadas pela fiscalização, mantendo, na íntegra, a Decisão proferida pela 4ª JJF.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269133.0601/10-8**, lavrado contra **POSTO CIDADE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.205,55**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.734,72 e 100% sobre R\$15.470,83, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS