

A. I. N° - 110427.0007/10-0
AUTUADO - LOPES LEMOS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 03.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0220-04/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provada a existência de aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, 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. A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Caracterizadas as infrações 02 e 04. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2010, referente ao período de 01/01/2009 a 24/05/2010, foi efetuado o lançamento de ofício do ICMS no valor de R\$ 47.893,37, atribuindo ao acusado o cometimento das infrações abaixo relacionadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos em exercício fechado (gasolina comum, óleo diesel e álcool carburante em 2009). Valor lançado de R\$ 9.304,07, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado (MVA), deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro na escrita de entradas de mercadorias sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos em exercício fechado (gasolina comum óleo diesel e álcool carburante em 2009). Valor lançado de R\$ 2.829,63, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos em exercício aberto (gasolina comum e gasolina aditivada em 2010). Valor lançado de R\$ 27.579,57, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado (MVA), por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão de registro de entradas sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos em exercício aberto (gasolina comum e gasolina aditivada em 2010). Valor lançado de R\$ 8.180,10, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

A defesa foi colacionada às fls. 78 a 85, através de advogado regularmente constituído, de acordo com o instrumento de outorga de fl. 86.

Inicia apontando a tempestividade da peça e suscitando preliminar de nulidade, pois a autoridade fiscal, conforme aduz, teria considerado “*passagens*” de encerrantes de 146.277,92 para 702.771,90 no bico 03 e de 334.339,59 para 616.194,27 no bico 08, o que constitui situação irreal.

No mérito, com fulcro em doutrina e no art. 174, CTN, referindo-se às quatro infrações que lhe foram imputadas, alega que não se pode acumular o imposto comum com aquele antecipado.

Em seguida, discrimina, à fl. 82, as quantidades de combustíveis que recebeu quando da aquisição do estabelecimento ora autuado (8.900 litros de gasolina comum, 580 de óleo diesel e 13.490 de álcool comum carburante, nota fiscal 03.740, documento 02, fl. 87), operação não contabilizada nos seus livros fiscais “*por gerar crítica*” no LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis). O cômputo destes volumes, a seu ver, regularizaria a situação.

Alega também que nos primeiros meses de 2010 as bombas de gasolina comum e aditivada apresentaram falhas, comprometendo gravemente o encerrante, ora “*zerando*” suas informações, ora as elevando a números astronômicos. Tais defeitos ocasionaram diferenças nas leituras, o que resultou na substituição dos equipamentos.

Conclui pleiteando diligência, oportunidade em que produziria outras provas, nulidade ou improcedência, ainda que parcial.

Na informação, de fls. 101 a 103, a autoridade fiscal diz que o defendant, ao alegar as supostas “*passagens*” nos totais dos bicos 03 e 08, demonstra não ter compreendido o demonstrativo de fl. 18, pois no mesmo está cristalinamente demonstrado que o bico 03 passou de 122.796,08 para 146.277,92 quando apresentou o indigitado defeito. Em seguida, depois da manutenção, variou de 702.771,90 para 722.415,10. Já o bico 08 sofreu o acréscimo de 225.713,11 para 334.339,59 quando foi informada a ocorrência de defeito. Após a manutenção, passou de 616.194,27 para 645.976,17. Cada um desses interstícios indica o quanto saiu de cada bico em determinado período. Nota que o autuado fez a leitura apenas no sentido vertical, quando os intervalos devem ser considerados no sentido horizontal. Todo o trabalho foi lastreado nos documentos e livros apresentados.

Observa que a nota fiscal 03.740 foi emitida após o encerramento da fiscalização, com o fim específico de elidir a acusação, e que procurou os responsáveis pela emitente do documento, não logrando êxito.

Com relação aos sucessivos defeitos nas bombas e encerrantes, indicados pelo sujeito passivo, afirma que os mesmos foram levados em consideração. Para tanto, além dos relatórios de manutenção, valeu-se do LMC e do Livro Registro de Inventário (fls. 49 a 51), onde constam todas as leituras iniciais e finais e os estoques.

Requer a procedência da autuação.

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Entendo que não está de acordo com a legislação de regência a alegação de que a cumulação das infrações caracteriza “*bis in idem*”. O adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem tenha eventualmente vendido as mercadorias sem documentação fiscal, sem prova de que houve pagamento (responsabilidade solidária, infrações 01 e 03). Caso seja comprovada, no mérito, a aquisição de combustíveis sem documentos fiscais, restará legítima a cobrança do gravame sobre o valor acrescido (antecipação tributária, infrações 02 e 04), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição.

A questão dos encerrantes será abordada no julgamento de mérito.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante.

Os autos encontram-se devidamente instruídos e não existem dúvidas que ensejam a necessidade de esclarecimento técnico, pelo que indefiro o pleito de diligência. Quanto à apresentação de provas, o contribuinte deve observar o disposto no art. 123, § 5º, RPAF/99.

No mérito, ao compulsar as planilhas e as cópias de livros fiscais constantes dos autos, vejo que a auditoria e os levantamentos correlatos foram desenvolvidos com base nas informações contidas na escrita do sujeito passivo.

De acordo com o art. 378 do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, os livros e documentos regularmente escriturados fazem prova plena contra a sociedade empresária, a não ser que sejam juntados pelo interessado elementos em sentido contrário.

CPC. Art. 378. Os livros comerciais provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

RPAF/99. Art. 180. Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.

Da análise do demonstrativo de fl. 18, concluo que não assiste razão ao impugnante quando se refere aos defeitos das bombas e às supostas “*passagens*”, que, consoante expôs, teriam sido equivocadamente computadas pelo auditor fiscal.

Com efeito, nota-se que o bico 03 teve como abertura o total de 122.796,08, e 146.277,92 como encerramento. Em seguida, depois da manutenção, passou de 702.771,90 para 722.415,10. As quantidades correspondentes do bico 08 são de 225.713,11 e 334.339,59, quando – segundo o autuante – foi informada a ocorrência de defeito. Após a manutenção, a variação foi entre 616.194,27 e 645.976,17. Apurou-se, assim, saídas de 23.481 e de 19.643 litros.

Com fundamento no art. 378, CPC c/c art. 143, RPAF/99, considero não ser prova suficiente das entradas a apresentação da nota fiscal 3.740, que o próprio defendant confessou não ter escriturado no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e no Livro Registro de Entradas, nos seus dizeres, por gerar crítica.

Não foram trazidos aos autos – por quem tinha interesse em desconstituir o caráter probatório dos seus livros fiscais – ou seja, pelo impugnante, cópia do Livro Registro de Entradas do emitente da nota, que inclusive possui o mesmo endereço do destinatário ali indicado.

Quanto à alegação defensiva de que as quantidades apuradas como omitidas (8.900 litros de gasolina comum, 580 litros de óleo diesel e 13.490 litros de álcool) decorrem do estoque existente na empresa QUALICOMBUSTÍVEIS ABASTECIMENTOS E SERVIÇOS LTDA., suportadas pela Nota Fiscal 3740 (fl. 87), não pode ser acatada pelos seguintes motivos:

- a) o próprio contribuinte admitiu que a citada nota fiscal não foi contabilizada;
- b) o autuante informou que examinou os documentos apresentados e a referida nota fiscal não lhe foi apresentada e nem escriturada;
- c) não encontrou o antecessor para certificar-se do registro na contabilidade (QUALICOMBUSTÍVEIS).

Pelo exposto, a simples apresentação da nota fiscal no momento da defesa não comprova a ocorrência da operação de aquisição dos combustíveis nela consignados. Só poderiam ser computadas as quantidades no levantamento quantitativo de estoques se a empresa comprovasse a ocorrência da operação, fato que não ocorreu.

Ademais, as quantidades constantes da nota fiscal são próximas das omitidas, o que traduz uma improvável coincidência.

RPAF/99. Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Provada a existência de aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária).

Infrações 01 e 03 caracterizadas.

A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

Caracterizadas as infrações 02 e 04.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110427.0007/10-0**, lavrado contra **LOPES LEMOS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 47.893,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 11.009,73, de 70% sobre R\$ 36.883,64 e de 100% sobre R\$ 27.579,57, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR