

PROCESSO - A. I. N° 110427.0070/09-0
RECORRENTE - F. DOS SANTOS RIBEIRO (POSTO ATALAIA III)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0255-01/10
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0047-11/12

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 tratarem-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações 2 e 4 caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JJF nº 0255-01/10 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputá-lo o cometimento de 5 infrações, sendo objeto do presente Recurso Voluntário as constantes dos itens 1, 2, 3 e 4, abaixo transcritas:

1. 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%.
2. 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%.

3. 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 em exercício 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%.
4. 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%.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto assim se manifestou pela Procedência das referidas infrações, *in verbis*:

"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 cuidado de incluir as referidas aferições nos levantamentos quantitativos que ele realizou. Se além das já consideradas havia 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 duplicidade, 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 duplicidade 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. ”

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 194 a 197 - onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJF, aos seguintes argumentos, em síntese:

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 204, da lavra da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que o levantamento quantitativo não foi objetivamente contestado, limitando-se o recorrente a alegar equívocos, sem, contudo, demonstrá-los, tendo o autuante utilizado no referido levantamento elementos fornecidos pelo próprio autuado.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer guarida as razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal, repetições dos trazidos na peça impugnatória, foram devidamente rechaçados pelo Relator da JJF, não tendo o condão de elidir as infrações que lhe foram imputadas, perfeitamente caracterizadas nos autos.

As alegações de equívocos no levantamento quantitativo, inclusive as reiteradas em sede recursal, não se fizeram acompanhar das provas documentais hábeis a comprovar suas ocorrências, o que nos leva, assim como entendeu a JJF, a aplicar a regra do RPAF/BA que determina que a simples negativa do cometimento da infração sem se fazer acompanhar das provas necessárias a infirmá-la, não merece acolhida.

Por outro lado, tanto as infrações constantes dos itens 1 e 2, quanto as infrações dos itens 3 e 4, exigem do sujeito passivo o ICMS devido por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, respectivamente, por constatação de omissão de registro de entrada de mercadorias (combustíveis), apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de

mercadorias, estão em estrita obediência às regras da Portaria nº 445/98, em seus art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b”, abaixo transrito, procedimento embasado nos arts. 39, inciso V (responsabilidade por solidariedade), art. 60, inciso II, “a” e “b”, e no art. 125, inciso I (responsabilidade por antecipação tributária), todos do RICMS/BA e repetidos na Lei nº 7.014/96, respectivamente. Não há, portanto, exigência de imposto por presunção, como entende equivocadamente o recorrente. Aliás, os dados e números que constam do levantamento quantitativo elaborado pelo auente baseiam-se na escrituração do próprio sujeito passivo.

Art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, é:

.....
II - tratando-se de diferença apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque, para efeitos de definição do valorunitário da mercadoria:

a) apurando-se omissão de saídas:

1 - o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado;

2 - inexistindo comercialização da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese de ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

3 - inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado, atualizado monetariamente na forma prevista no artigo 137 e acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

4 - inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio das entradas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido adquirida no período fiscalizado, acrescido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

5 - quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento;

b) apurando-se omissão de entradas e ficando caracterizada a existência de receita oculta empregada no pagamento de tais entradas:

1 - o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;

2 - inexistindo aquisição da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado;

3 - inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado, atualizado monetariamente na forma prevista no artigo 137;

4 - inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante do Anexo 88, na hipótese da mercadoria ser enquadrada no regime de substituição tributária ou do Anexo 89 nos demais casos;

5 - quando o custo unitário não for conhecido ou não merecer fé, o custo médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.

.....
Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

I - revogado

Tratando-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e as omissões de entradas detectadas conduzirem à constatação de aquisição de mercadoria sem nota fiscal, portanto sem comprovação de recolhimento, deve ser cobrado o ICMS devido por substituição tributária, este com a aplicação de margem de valor agregado, e o imposto por solidariedade, utilizando-se o preço médio das últimas aquisições, como exigido no presente lançamento de ofício, conforme estatui a portaria citada e o RICMS.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado, com homologação do valor recolhido quanto à infração descrita no item 05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 110427.0070/09-0, lavrado contra **F. DOS SANTOS RIBEIRO (POSTO ATALAIA III)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$262.437,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$204.152,88 e 60% sobre R\$58.284,74, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS