

ROCESSO - A. I. Nº 110427.0007/10-0
RECORRENTE - LOPES LEMOS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO CINQUENTENÁRIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0220-04/11
ORIGEM - INFAC ITABUNA
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0073-13/12

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 1 e 3 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 2 e 4. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o 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 1 – 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 2 – 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 3 – 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 4 – 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.

Em Primeira Instância, foi rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo então impugnante, em razão do seguinte:

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 legitimada 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.

Ao analisar o mérito da questão, após indeferir o pedido de diligência fiscal, em razão de entenderem que os autos se encontram devidamente instruídos e não existem dúvidas que ensejam a necessidade de esclarecimento técnico, verificaram os julgadores de primeira instância o seguinte:

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.

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 deficiente confessou não ter escrivado 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.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Alega a nulidade do Auto de Infração suscitando 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, pois teria ocorrido defeito nas referidas bombas.

Em seguida, discrimina 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 foi 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 que eventual erro na contabilidade não faz nascer o fato gerador do tributo e que não se pode acumular o imposto comum com aquele antecipado, pois a sua atividade sofre tributação antecipada e a exigência do ICMS normal representa *bis in idem*.

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.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade, entendo que não assiste razão ao Recorrente, uma vez que consta nos Auto de Infração, com clareza, a fundamentação de fato e de direito. Há a descrição das infrações, fundamentadas com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico. Observe-se que os defeitos nas bombas de combustíveis foram observados pelo autuante no momento de apuração do

imposto e não trouxe qualquer prejuízo ao Recorrente, pois, conforme bem observou a primeira instância, o demonstrativo de fl. 18, os defeitos não foram computados pelo autuante.

Voto pela rejeição da preliminar de nulidade.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, entendo que o Recorrente não trouxe aos autos qualquer prova ou fato, nem mesmo indiciários, que justificassem a conversão do feito em diligência fiscal, por conta disso, indefiro o pedido.

Quanto ao mérito, entendo que a auditoria e os levantamentos correlatos foram desenvolvidos com base nas informações contidas na escrita do sujeito passivo. Tal escrita pode ser afastada, acaso o contribuinte apresente provas de que houve erro na escrituração, no entanto, a mera alegação de ocorrência de erro, desacompanhada de provas, não elide o que consta na escrita fiscal. Assim, caberia ao Recorrente ter comprovado o erro cometido, o que não o fez.

Não há que se falar que a suposta cumulação das infrações caracteriza “*bis in idem*”. Veja-se que há a cobrança do ICMS devido pelo remetente da mercadoria, em razão da responsabilidade solidária, e também a cobrança do ICMS próprio, devido pelo próprio Recorrente. São fatos geradores diferentes que ocasionam tributos diversos, logo, não há cobrança em duplicidade.

No pertinente ao defeito das bombas, como bem observou a primeira instância: *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*”, em relação ao bico 03, a título de exemplo, o que também foi feito em relação ao bico 08. Logo, entendo que o defeito nas bombas foi levado em consideração pelo Fiscal Autuante e não trouxe qualquer prejuízo para o Recorrente.

Em face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 110427.0007/10-0, lavrado contra **LOPES LEMOS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO CINQUENTENÁRIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$47.893,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.009,73, 70% sobre R\$9.304,07 e 100% sobre R\$27.579,57, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

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