

PROCESSO - A. I. Nº 019358.0602/11-3
RECORRENTE - MACHADO & FILHOS LTDA. (POSTO SÃO CRISTOVÃO)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0168-02/12
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 25/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0035-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Levantamento com base em encerrantes constantes nos livros LMC de outro contribuinte. Empresas distintas, falta de certeza e liquidez do crédito tributário. Nulidade das Infrações correspondentes. Quanto às demais infrações o sujeito passivo conseguiu elidir parte delas por erro na apuração do débito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face da Decisão da 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 01/07/2011, no qual foram constadas quatro infrações, no valor total de R\$ 196.067,58, com multas de 60% e 100%, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto, 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 documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (exercício fechado).

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (exercício aberto).

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (exercício aberto).

A 2ª JJF julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração sob o argumento de que:

Os estabelecimentos que operam no ramo de combustíveis estão obrigados a escriturar o livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) instituído pela Portaria nº 26/92 do Departamento Nacional de Combustíveis. Trata-se de um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao

registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do RICMS/97, e deve ser efetuada com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de na utilização do encerrante não foi observado que o estabelecimento iniciou as suas atividades no dia 23/07/2010, e que não poderia jamais ter encerrante dia 26/02/2010 e que o referido encerrante utilizado pela fiscalização foi o da empresa JOSE TANAJURA MACHADO, além de erros nos estoques iniciais e no levantamento das entradas.

O autuante, por seu turno, em sua informação fiscal, quanto ao levantamento do ano de 2010, declara que após avaliações de toda documentação e considerando os encerrantes da antecessora, fls. 13, 19, 25 e 31, concluiu que a omissão de entrada apurada às fls. 10, 16, 22 e 28, corresponde quase totalmente com as compras relativas ao período de 26/02 a 22/07/2010, da firma Machado & filhos Ltda.

Pelo que consta dos autos, o estabelecimento autuado não é sucessor da empresa JOSE TANAJURA MACHADO, tratam-se de empresas distintas, e por isso, entendo que não foi correto o procedimento da fiscalização em considerar como abertura os valores dos encerrantes do dia 26/02/2010 e os estoques, da citada empresa, visto que, conforme comprovado pelo autuado, o mesmo aguardava a regularização junto a AGENCIA NACIONAL DE PETRÓLEO – ANP, cuja autorização nº PR/BA0084706, somente foi publicada no DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO em 13/07/2010, tendo início a atividade como revendedor em 23/07/2010, data da realização da primeira compra, conforme documentos acostados às fls.139 a 144.

Além do mais, o contribuinte JOSE TANAJURA MACHADO, manteve-se ativo até 22/07/2010, e a partir de 23/07/2010, é que o autuado deu início de direito às suas atividades comerciais, conforme documentos acostados às fls.145 a 148.

Nestas circunstâncias, pelas considerações acima alinhadas, concluo que não há como se considerar o movimento do contribuinte JOSE TANAJURA MACHADO nos relatórios constantes do Auto de Infração.

Em sendo assim, como a base de cálculo restou definida no presente lançamento de ofício com base em documentos de outro contribuinte, restou caracterizado falta de certeza e liquidez do crédito tributário, pelo que concluo que nos autos não constam elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, sendo portanto nula a acusação fiscal deste item da autuação, com base no disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

...

Quanto ao levantamento do período de 01/01 a 28/03/2011 (infrações 03 e 04), diante dos equívocos apontados na defesa, o autuante ao prestar sua informação fiscal procedeu as correções que entendeu devidas, resultando nos levantamentos e documentos constantes às fls. 152 a 174.

Considerando que o autuado não concordou com as alterações do autuante a Junta passou a analisar as alegações a respeito de cada item e assim conclui:

GASOLINA ADITIVADA - “*Não deve ser acolhida esta alegação, visto que o autuado não apresentou qualquer documento de prova, o que me leva a convicção de que realmente elas já foram consideradas na auditoria de estoque, tomando por base os números que foram escriturados no LMC pelo contribuinte*”.

GASOLINA COMUM – “*Também não acato a justificativa apresenta na defesa para a diferença de 20,66 litros, a pretexto de que deve ser considerado como diferença normal, pois é menos procurada pelos pequenos consumidores de combustíveis em caso especial os proprietários de motos, incluindo essa diferença como saldo de evaporação, pois nada foi apresentado para comprovar esta alegação defensiva*”.

ÁLCOOL – “*Neste caso, foi apurada uma diferença de 5.427,92 litros, a qual foi impugnada com base no argumento de que não deve ser considerada a quantidade de 5.000 litros constante na nota fiscal nº 22917 da GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA, por caracterizar bitributação, em razão de que tal documento fiscal foi objeto de exigência fiscal no AI Nº 232895.0003/12-3, lavrado em 28/02/2012, conforme documentos às fls.197 a 200. De fato o referido*

AI exigiu ICMS em relação à referido nota fiscal, a referida nota fiscal, porém, não é devido excluir do levantamento fiscal tal documento fiscal, pois caberia ao autuado comprovar a origem da diferença apurada apresentando a comprovação de origem da mesma através do documento fiscal respectivo”.

ÓLEO DIESEL – “Foi apurada uma diferença de 13.050 litros a título de entradas sem documento fiscal. Analisando os documentos apresentados na defesa, fls. 190 e 191, verifico que realmente tem razão o autuado no sentido de que não considerado o estoque inicial de 14.309,14 remanescente do exercício anterior e escriturado no livro LMC. Desta forma, deve ser excluído da exigência dos itens em apreciação, os valores de R\$ 3.313,85 e R\$ 1.053,47, resultando no montante de R\$2.228,66 e R\$695,95, a ser mantidos na autuação”.

Desta forma, restando caracterizadas diferenças de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art.39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$2.924,61, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr. do Débito	INF.
28/3/2011	9/4/2011	13.109,76	17	100	2.228,66	3
28/3/2011	9/4/2011	4.093,82	17	60	695,95	4
TOTAL						2.924,61

VOTO

Da análise dos autos observa-se que as infrações do exercício fechado de 2010 foram apuradas com base em encerrantes nos livros LMC apresentados pela empresa JOSÉ TANAJURA MACHADO, a qual fora considerada, pelo autuante, como empresa antecessora do autuado.

No entanto, após as impugnações e documentos anexados pelo autuado, a JJF verificou que este não é sucessor da empresa JOSÉ TANAJURA MACHADO, sendo empresas distintas, pois aquela iniciou suas atividades em 23/07/2010, e os encerrantes utilizados foram do dia 26/02/2010.

Desse modo, concluiu a JJF, acertadamente, pela nulidade da acusação fiscal das infrações 1 e 2, nos termos do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, vez que a base de cálculo restou definida com fulcro em documentos de outro contribuinte, sendo incerto e ilíquido o crédito tributário.

No que tange às infrações 3 e 4, o próprio autuante reconheceu alguns equívocos apontados pelo autuado e reduziu os valores das infrações, conforme tabela abaixo:

COMBUSTÍVEL	OE (lts.)	ICMS-NORMAL	ICMS- ANTC.
Gasolina aditivada	801,41	507,41	150,49
Álcool comum	5.472,92	1.721,25	545,46
Diesel	13.050,00	3.313,85	1053,47
		-----	-----
		5.542,51	1.749,42

A Junta, diante da irresignação do autuado mesmo após o recálculo do autuante, analisou cada item impugnado e concluiu, no que se refere ao óleo diesel que “foi apurada uma diferença de 13.050 litros a título de entradas sem documento fiscal. Analisando os documentos apresentados na defesa, fls. 190 e 191, verifico que realmente tem razão o autuado no sentido de que não considerado o estoque inicial de 14.309,14 remanescente do exercício anterior e escriturado no livro LMC. Desta forma, deve ser excluído da exigência dos itens em apreciação, os valores de R\$ 3.313,85 e R\$ 1.053,47, resultando no montante de R\$2.228,66 e R\$695,95, a ser mantidos na autuação”.

Assim, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício mantendo a Decisão da 2ª JJF, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 019358.0602/11-3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 019358.0602/11-3, lavrado contra MACHADO & FILHOS LTDA. (POSTO SÃO CRISTOVÃO), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$2.924,61, acrescido da multa de 60% sobre R\$695,95 e 100% sobre R\$2.228,66, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA - RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS