

A. I. Nº. - 232895.0001/12-0
AUTUADO - NÉLIO SANTOS OLIVEIRA & IRMÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ VITURINO DA SILVA CUNHA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET 14.03.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-04/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provadas as 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). Infração 01 parcialmente elidida, em função de equívoco no levantamento fiscal inicialmente apresentado. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O estabelecimento 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. Infração 2 parcialmente elidida, em função de equívoco no levantamento fiscal inicialmente apresentado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Diligência efetuada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 18/01/2012, foi efetuado o lançamento de ofício do ICMS no valor histórico total de R\$ 9.521,54, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das irregularidades abaixo relacionadas.

Infração 1 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter efetuado aquisições de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2010). ICMS de R\$ 7.323,93 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 2 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, com o uso de margem de valor adicionado (MVA), deduzida parcela a título de crédito, por ter efetuado aquisições de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2010). ICMS de R\$ 2.197,61 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Trata-se de auditoria de estoques dos combustíveis gasolina e álcool, conforme demonstrativos sintéticos de fls. 06 e 09.

O autuado ingressa com defesa às fls. 35 a 42, onde assevera que o auditor levantou números irreais, não considerou o encerramento da fase de tributação, bem como desprezou a legislação da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) no que se refere às aferições, que estavam devidamente escrituradas no LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis).

Em seguida, afirma que quando adquiriu os produtos o ICMS já havia sido recolhido pela distribuidora. Nessa esteira, conforme alega, *“não existiria sequer multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido pela fonte que forneceu o combustível e, esta, cinge-se a Petrobrás que fornece produtos para as distribuidoras e, estas, para os postos”*.

Qualifica o levantamento de desconstruído e o lançamento de fantasioso e confiscatório, pois, a seu ver, não foram considerados alguns documentos fiscais de entrada e o *“Livro de Registro de Notas, do período fiscalizado (os demonstrativos ora juntados a isto comprovam)”*.

Solicitando que a ASTEC / CONSEF aprecie a situação, passa a discorrer sobre as nuances da sua atividade econômica, que podem ensejar distorções, como variações ocorridas na compra, transporte, armazenamento e comercialização; evaporação no armazenamento; imprecisão na medição dos tanques; problemas com os encerrantes, a exemplo de interrupção no fornecimento de energia; além de aferições diárias *“bico por bico”*.

Com fundamento no art. 112, CTN c/c art. 2º, § 2º, RPAF/1999, pede o afastamento da multa proposta. Protesta pela produção de através de todos os meios admitidos, coloca livros e documentos à disposição do fisco, pede que seja intimado de todos os atos processuais, requer a improcedência da autuação, a nulidade dos demonstrativos e *“que se descaracterize a multa aplicada, pois o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que prevê a multa acessória pela emissão de nota, quando teria que ser o cupom fiscal, por ser de direito”*.

Na informação fiscal, de fls. 53/54, o autuante, quanto ao fato de não ter sido considerada a nota fiscal 019.540, emitida por ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A, assinala que corrigiu o erro, incluindo a mesma na planilha que anexa (fl. 56).

Conforme aduz, a auditoria foi levada a efeito com fundamento na Lei nº7.014/96 e no RICMS/1997, não tendo sido feridos, portanto, os princípios da legalidade, moralidade e finalidade.

Encerra pedindo que o lançamento de ofício seja julgado procedente em parte, na forma exposta à fl. 54.

O contribuinte foi intimado da revisão fiscal (fl. 59), mas não se manifestou.

Na pauta suplementar de 21 de junho de 2012, a 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência para que o preposto do fisco intimasse a sociedade empresária a apresentar o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com o fim de registrar todas as aferições, desde que devidamente escrituradas.

Na segunda informação, de fl. 66, o auditor destaca que não se expressou de forma correta na primeira, pois levou ao entendimento de que não tinha considerado o LMC, quando na verdade o levantamento quantitativo teve como ponto de partida esse livro fiscal, motivo pelo qual não vê necessidade de novos cálculos.

Novamente intimado (fl. 74), o autuado manteve-se em silêncio.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o auditor 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.

Nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e nas diversas oportunidades (não aproveitadas) ofertadas ao contribuinte para se manifestar.

A assertiva de que há cobrança de imposto já retido ou recolhido pela distribuidora não corresponde à realidade, pois o art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96 estatui a presunção de que o posto de combustível, ao deixar de escriturar as entradas nos livros próprios, efetuou os pagamentos correlatos com recursos provenientes de saídas anteriormente realizadas, no mesmo exercício, também não contabilizadas.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Efetuada a diligência, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

As multas propostas são aquelas previstas na Lei nº 7.014/96 para as infrações sob enfoque. Esta Junta não possui competência para apreciar constitucionalidade (suposto caráter confiscatório), muito menos pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal (arts. 158/159 c/c art. 167, I, RPAF/99).

Verifico que o autuante – na infração 01 – exige o imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de saídas realizadas anteriormente também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Portanto, trata-se do ICMS lançado em face do responsável solidário, por ter o mesmo adquirido produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, conforme determina o art. 1º, I, “a” da Portaria 445/1998.

Já a infração 02 versa sobre o tributo de responsabilidade própria, relacionado com aquele lançado na anterior. Ou seja, o 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 combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro na escrita de entradas de mercadorias sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques.

O defendente teve diversas chances de comprovar a escrituração das aferições e das perdas, sem a qual as mesmas não poderiam ser computadas no levantamento quantitativo de estoques, mas não o fez. De mais a mais, com relação a estas últimas (perdas), uma vez que a situação é de exigência de imposto por omissão de entradas, o seu registro tão-somente agravaria o valor lançado, fato que não se admite no decurso do processo administrativo fiscal.

Também não foram trazidos aos autos elementos de prova das alegadas variações ocorridas na compra, transporte, armazenamento e comercialização; evaporação no armazenamento; imprecisão na medição dos tanques ou problemas com os encerrantes, a exemplo de interrupção no fornecimento de energia. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o interessado do ônus de afastar a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/99).

Foi efetuada revisão, que reputo correta, em virtude da não inclusão nos demonstrativos iniciais da nota fiscal 019.540, emitida por ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A, incluindo-se a mesma na planilha de fl. 56.

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).

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

Acolho o demonstrativo de fl. 54, elaborado pela autoridade fiscal, e voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$ 5.489,12.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232895.0001/12-0**, lavrado contra **NÉLIO SANTOS OLIVEIRA & IRMÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.489,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.275,19, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, e de 70% sobre R\$ 4.213,93, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2013

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA