

PROCESSO - A.I. Nº 269140.2013/03-7
RECORRENTE - POSTO JOEIRANA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0106-02/04
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 22.06.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0182-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADO E ABERTO. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** MULTA FIXA POR FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Indeferido o pedido de diligência por constarem nos autos todos os elementos necessários para a instrução do processo. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. Multa por falta de escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis. Fato não contestado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 03/12/2003, e reclama o valor de R\$ 350.288,95, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 143, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Deixou de escriturar o Livro de Movimentação de Combustíveis referente ao ano de 2001, impedindo a realização da auditoria de estoque de combustíveis relativo ao citado exercício, sujeitando-se à multa no valor de R\$460,00.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, relativa ao exercício de 2002, e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, sujeitando-se à multa no valor de R\$50,00.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 272.088,53, no período de 01/01 a 06/10/2003, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, relativo ao período de 01/01/ a 06/10/2003, no valor de R\$ 77.690,42, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O sujeito passivo através de advogados legalmente constituídos, tempestivamente, apresenta defesa, conforme documentos às fls. 146 a 153 dos autos, onde, reconhece a procedência da penalidade aplicada na infração 01, referente a falta de escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis do exercício 2001.

Com relação à infração 2, o sujeito passivo discordou do levantamento das saídas efetuado apenas com base nos dados do LMC, sob o argumento de que para a obtenção das quantidades das saídas efetivas com nota fiscal pautou-se apenas nos dados do LMC, quando entende que deveriam ser utilizados os dados existentes no livro Registro de Saídas, por refletir a escrituração das respectivas notas fiscais. Assevera que o LMC por ser preenchido diariamente com base em leituras diárias do encerrante, podem ocorrer no preenchimento, sucessivos equívocos.

Quanto à infração 3, os defendentes reiteram suas considerações feitas no item precedente, no sentido de que as quantidades de saídas com notas fiscais consignadas na Auditoria de Estoques não correspondem com a realidade, pois foram também apuradas apenas com base no LMC.

Advoga que não pode ser imputado ao estabelecimento ter omitido entradas de mercadorias, pelo simples fato de ter escriturado de forma equivocada o LMC, pois esta ocorrência não é fato gerador de ICMS. Citou a jurisprudência no âmbito judicial e administrativo de contribuições previdenciárias e do imposto de renda, sobre decisões no sentido de revisão fiscal do lançamento motivada pela constatação de erro de fato.

Sobre a infração 4, aduz que não procede a acusação fiscal por ser uma consequência direta da infração 3. Argumenta que, ainda que as omissões de entrada fossem verídicas, a exigência fiscal é incompatível com a sistemática da substituição tributária, pois a apuração do valor das omissões tomou por base o preço médio da mercadoria, no qual já se encontra incluso o valor do ICMS por substituição tributária.

Requer a Procedência Parcial do Auto de Infração, pugnando pela posterior apresentação de todas as provas em direito admitidas, e pela realização de diligência fiscal, a fim de serem elaborados novos demonstrativos de cálculo das infrações, tomando-se por base as quantidades de saídas existentes no livro Registro de Saídas, com o fito de demonstrar a inexatidão das quantidades das saídas com notas fiscais consignadas na Auditoria de Estoques através do LMC.

A autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 159 a 163), manteve integralmente o seu procedimento fiscal, contestou as observações feitas pelo autuado, esclarecendo que para a realização do levantamento das saídas do exercício fechado de 2002 foram consideradas as saídas de combustível através da leitura dos encerrantes escriturados no LMC, bem como, os estoques inicial e final, e para o exercício aberto tomou por base as leituras realizadas nas bombas do posto revendedor, na presença do representante da empresa. Ressalta que a leitura dos encerrantes e do LMC é a única forma existente para a fiscalização controlar as saídas de combustível dos postos de revenda, e que o LMC como livro obrigatório, não há como aceitar a alegação de erro de escrituração sem que seja apresentada a prova de tal ocorrência.

Falou que o LMC foi instituído pela Portaria nº 26, de 13/11/92, do Departamento Nacional de Combustível – DNC para registro diário pelo posto revendedor dos estoques e da movimentação de compra e venda de combustíveis. Disse, ainda, que a Lei Federal nº 9847 de 26/10/99 que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis prevê no artigo 3º a aplicação de pena de multa no caso de falta de registro ou escrituração de livros em desacordo com a legislação aplicável.

Sobre a alegação de que no preço médio está incluído o ICMS substituído, a autuante esclareceu que o cálculo adotado obedeceu ao disposto no Convênio ICMS 03/99, no artigo 512 do RICMS/97, e no que determina a Portaria nº 445 de 10/08/98, que dispõe dos alcances dos procedimentos na realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias (art. 6º e 10º). Salientou que no cálculo do ICMS substituído foi deduzido o ICMS normal cobrado, a título de crédito, evitando-se assim a bi-tributação.

Conclui ratificando totalmente o Auto de Infração, para que sejam julgadas procedentes todas as infrações.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Na análise das peças processuais, constata-se que o sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração 01, relacionada com a falta de cumprimento da obrigação acessória relativa a não escrituração e não apresentação do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), referente ao exercício de 2001, o que torna subsistente a multa que foi aplicada no valor de R\$ 460,00.

As infrações 02, 03 e 04, foram apuradas por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativamente aos produtos GASOLINA COMUM; ÁLCOOL e ÓLEO DIESEL, conforme demonstrativos, levantamentos e documentos constantes às fls. 15 a 132, cuja acusação fiscal de que cuida o item 02 concerne a omissão de saídas, enquanto que os itens 3 e 4 reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, e da antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA.

A quantidade do estoque inicial e final, relativa ao ano de 2002, foi obtido com base no que consta registrado no LMC, e o estoque final do período de 01/01 a 06/10/03 foi extraído da declaração de estoque da contagem física (doc. fl. 15), devidamente assinada pelo preposto da empresa. As quantidades das entradas e das saídas nos períodos examinados também foram extraídas do LMC.

Na defesa fiscal o contribuinte não se insurgiu quanto aos estoques e as entradas, discordando das saídas, por entender que o levantamento dessas deveria ser através das notas fiscais, e que o preço unitário médio utilizado para a determinação da base de cálculo da antecipação tributária de que cuida a infração 04 foi calculado incorretamente por já estar incluído nele o ICMS. Portanto, é sobre estas que restrinjo as minhas considerações.

O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) é 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 citado Regulamento, 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.

Desta forma, não vejo como acatar o argumento defensivo de que para a obtenção das quantidades das saídas efetivas deveria ter sido utilizado os dados constantes nas notas fiscais de saídas escrituradas no livro Registro de Saídas, pois o LMC, como livro fiscal obrigatório, ao registrar diariamente todo o combustível que sai pelos bicos, reflete a real movimentação dos produtos. Se acaso ocorreu erro na escrituração do LMC, conforme alegado, o autuado poderia muito bem ter trazido aos autos a sua comprovação, de modo, inclusive, a que fosse feita uma revisão fiscal, se fosse o caso. Como não foi apresentada nenhuma prova dos alegados erros na escrituração do LMC, concluo que as quantidades de saídas consignadas nos dois levantamentos não merecem qualquer retificação.

Quanto ao preço médio unitário adotado para a determinação da base de cálculo da antecipação tributária, considerando que a infração 04 é uma consequência direta da infração 03, observo que partindo do valor das omissões das mercadorias desacompanhadas, foram agregadas as MVA de cada produto, calculado o imposto nas respectivas alíquotas, sendo deduzido o ICMS normal de responsabilidade do próprio sujeito passivo, resultando nos valores a título de antecipação tributária. Logo, o referido cálculo não merece nenhum reparo, porquanto está em perfeita conformidade com o artigo 512-b do RICMS/97 e artigo 6º e 10º da Portaria nº 445/98.

Com relação ao pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo, pelo que foi exposto e pelo que consta dos autos, julgo desnecessária e o indefiro, com fulcro no artigo 147, inciso I, do RPAF/99, por constatar que estão presentes nos autos os elementos necessários para a instrução do processo, salientando-se que caberia ao autuado carrear aos autos provas de que a escrituração do LMC foi feita incorretamente, conforme alegado.

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

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou o Auto de Infração em epígrafe Procedente, o contribuinte, inconformado com a Decisão exarada, impetrou o presente Recurso Voluntário, arguindo os mesmos argumentos já oferecidos quando da sua defesa inicial, afirmando que o autuante não considerou a efetiva e real documentação fiscal do recorrente, e que a autuação foi baseada unicamente nos dados constantes do LMC e que não foram consideradas as notas fiscais apresentadas, também não foram levadas em conta as anotações em seu Livro de Registro de Inventário, tampouco os registros efetuados em seu Livro de Saídas de Mercadorias. Diz, ainda, que as provas apresentadas pela empresa não tiveram a devida consideração no julgamento atacado.

Requer, diante do exposto, que seja reformada a Decisão recorrida, para que seja julgado Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração, permanecendo tão somente a Infração 1, pelas razões elencadas desde a inicial.

Pugna, por oportuno, pela apresentação de todas as provas em direito admitidas, mormente documentais e periciais, ficando, desde logo, requerida a oportunidade de juntada posterior de novos documentos, caso se mostre pertinente a defesa do Autuado, bem como a realização de diligência fiscal para que sejam elaborados novos demonstrativos de cálculo tomando-se como base as informações existentes nos livros contábeis do autuado, em especial o Livro de Registro de Saídas, a fim de serem identificadas as efetivas saídas com Nota Fiscal, além da revisão dos demais valores apontados pelo autuante.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fl. 194 dos autos, nos seguintes termos:

[...]

“Analisando os argumentos recursais, entendemos tratarem-se dos mesmos já analisados em 1ª Instância, os quais não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal, efetivamente o contribuinte não registrou entradas de mercadorias, por essa razão foi detectada saídas sem tributação, onde foi corretamente exigido o imposto devido por substituição. Como também é devida a multa fixa imputada por falta de emissão de notas fiscais em vendas de mercadorias isentas e não tributáveis, a qual faz parte a autuação. No segundo item, onde foi cobrada multa por descumprimento de obrigação acessória, os argumentos apresentados não são capazes de elidir a acusação.

Resta efetivamente comprovado nos autos o valor contábil da documentação que fundamentou a autuação e que são verídicos os dados utilizados pelo autuante, também é extreme de dúvidas que os estoques utilizados no cálculo do levantamento fiscal foram detectados no livro de movimentação de combustíveis do contribuinte e que os argumentos apresentados pelo recorrente não são sustentados por provas cabais e suficientes para alterar o levantamento do autuante. Ante o exposto o opinativo da procuradoria é pelo não provimento do Recurso voluntário e manutenção da Decisão recorrida.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que os argumentos trazidos à lide na peça recursal, são os mesmos já apresentados quando da defesa inicial, tendo naquela oportunidade, sido devidamente analisados pelos julgadores da Decisão recorrida. Não vejo como prosperarem os anseios do contribuinte, pois na realidade a exigência fiscal está lastreada na legislação tributária baiana que está devidamente aplicada, restou comprovado como muito bem dispôs a PGE/PROFIS em seu Parecer constante do processo, que neste voto transcrevo em parte e endosso:

“Efetivamente o contribuinte não registrou entradas de mercadorias, por essa razão foi detectada saídas sem tributação, onde foi corretamente exigido o imposto devido por substituição. Como também é devida a multa fixa imputada por falta de emissão de notas fiscais em vendas de mercadorias isentas e não tributáveis, a qual faz parte a autuação. No segundo item, onde foi cobrada multa por descumprimento de obrigação acessória, os argumentos apresentados não são capazes de elidir a acusação.

Resta efetivamente comprovado nos autos o valor contábil da documentação que fundamentou a autuação e que são verídicos os dados utilizados pelo autuante, também é extreme de dúvidas que os estoques utilizados no cálculo do levantamento fiscal foram detectados no livro de movimentação de combustíveis do contribuinte e que os argumentos apresentados pelo recorrente não são sustentados por provas cabais e suficientes para alterar o levantamento do autuante”.

Assim, diante da narrativa acima, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para manter integralmente a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração guerreado PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269140.2013/03-7**, lavrado contra **POSTO JOEIRANA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$349.778,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$77.690,42 e 70% sobre R\$272.088,53, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$510,00**, prevista nos incisos XV, “d” e XXII, do citado dispositivo legal, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de junho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS