

A. I. N° - 206948.0012/03-0
AUTUADO - COMERCIAL DE PETRÓLEO VERDES MARES LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 31. 03. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **b) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** A realização de operações mercantis, sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes, implica em penalidade, de acordo com a legislação tributária em vigor. **2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS DO PERÍODO FISCALIZADO.** Infrações caracterizadas. Rejeitadas a alegação de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/11/03, exige ICMS no valor de R\$ 103.692,13 e impõe multas no valor de R\$ 19.702,11, em decorrência das seguintes irregularidades, sendo as cinco primeiras apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 77.932,38, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se ao exercício fechado de 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 24.320,17, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal,

decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se ao exercício fechado de 2002.

3. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração. Refere-se ao exercício aberto de 2003 e foi indicada a multa no valor de R\$ 50,00.

4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 1.055,59, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se ao exercício aberto de 2003.

5. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 383,99, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro em sua escrita de entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária. Refere-se ao exercício aberto de 2003.

6. Forneceu arquivo magnético, na forma do Convênio ICMS 57/95, fora do prazo previsto na legislação do ICMS. Foi indicada multa no valor de R\$ 19.652,11.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 72 a 84, argumentando que os produtos constantes nos levantamentos quantitativos foram adquiridos de fornecedores regulares, conforme comprovam a escrituração contábil e o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, em anexos. Frisa que o autuante apurou números irreais, bem como desconsiderou que as mercadorias foram tributadas pelo regime de substituição tributária. Aduz que pode ter havido simples engano no momento da contabilização dos documentos fiscais, cabendo apenas multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido na fonte. Salienta que não foram consideradas as perdas de 0,6% decorrentes de evaporação, as aferições realizadas e as saídas acobertadas por cupons fiscais e por pequenas notas de retiradas.

Após afirmar que o fato gerador do imposto ocorreu quando o produto saiu da distribuidora, o defendente assevera que os levantamentos quantitativos contêm os seguintes equívocos: a) relativamente ao álcool, no período de 27/05 a 31/12/02, não foi considerada a nota fiscal de aquisição de 5.100 litros, conforme levantamento e discriminação em anexo; b) no que se refere a gasolina, no período de 27/05 a 31/12/02, o autuante apurou a entrada de 139.850 litros, quando foram adquiridos 263.200 litros, consoante se pode verificar da documentação anexa; c) no que tange ao diesel, do período de 27/05 a 31/12/02, o autuante desconsiderou entradas de 73.500 litros, como comprovam os documentos e demonstrativos acostados aos autos; d) quanto ao álcool, no período de 01/01 a 30/09/03, o autuante apurou o estoque existente errado, uma vez que o correto seriam 2.602 litros, como se pode verificar do demonstrativo e documentos anexos; e) no que se refere a gasolina, no período de 01/01 a 30/09/2003, não foram consideradas as perdas de 1.777 litros, consoante comprovação em anexo; e, f) quanto ao diesel, no período de 01/01 a 30/09/03, o autuante considerou quantidades não existentes no LMC e não computou as perdas de 1.058 litros.

Assegura que a manipulação, pela Fazenda do Estado da Bahia, de documentação regida pela legislação da Agência Nacional de Petróleo é nula, quando anterior ao Convênio firmado em 02/10/03. Aduz que existem arredondamentos no LMC que não foram considerados na ação fiscal. Afirma que não há fato que sustente a autuação, que os demonstrativos elaborados pelo autuante são fantasiosos e que não foi observado o que estabelece a legislação da revenda de combustíveis. Tece comentários sobre perdas decorrentes de evaporação e sobre aferições.

De acordo com o autuado, a presente exigência fiscal é injustificável e ilegal, pois o pagamento de imposto e da multa seria de responsabilidade da distribuidora. Diz que a exigência do tributo do autuado é uma bitributação. Assevera que cumpriu sua obrigação e não pode ser penalizado sob fundamento de existência de solidariedade, que somente poderia ser argüida se o ICMS não tivesse sido antecipado. Alega que o Estado não poderia ir além do conteúdo expresso nas leis tributárias, desconsiderando os princípios da segurança jurídica e da capacidade contributiva, para exigir um novo pagamento do ICMS, quando a própria norma determinou que o imposto fosse pago por antecipação tributária. Cita os artigos 128, do Código Tributário Nacional, e 5º, II, da Constituição Federal, bem como transcreve farta doutrina para embasar suas alegações.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado diz que, caso seja descartada a possibilidade de afastamento da sua responsabilidade por solidariedade, ter-se-ia que considerar que a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto, bem como a antecipação, seria da Distribuidora e, assim, deve ser afastada a multa, mantendo-se o principal e os juros moratórios.

Reconhece que foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos, todavia, o incêndio ocorrido no escritório de contabilidade, o qual foi informado às repartições, o incapacitou de apresentar os citados arquivos. Diz que solicitou do um prazo maior para que toda a escrita fiscal fosse refeita e os arquivos magnéticos entregues, porém tal solicitação foi negada pelo autuante. Diz que não há o que se falar em falta de entregue de arquivos magnéticos, pois, com muita dificuldade, toda a escrita foi refeita e os arquivos magnéticos entregues.

Ao finalizar, requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito e que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Solicita que, caso o lançamento venha a ser mantido, que a multa indicada seja descaracterizada. Requer a nulidade dos demonstrativos elaborados pelo autuante e pede que seja intimado para se pronunciar sobre todos os atos especialmente sobre a impugnação a ser apresentada pelo autuante.

Na informação fiscal, fls. 88 e 89, o autuante diz que o defendente não mencionou e nem acostou aos autos as notas fiscais e os demonstrativos alegados na defesa.

Referindo-se aos estoques de álcool referente ao período 01/01 a 30/09/03, o autuante explica que o estoque inicial de 1.417 litros foi obtido do livro Registro de Inventário, em 31/12/02, conforme fotocópias anexadas às fls. 18 e 19. Quanto ao estoque final de 5.602 litros, esclarece que o mesmo foi declarado pelo gerente ao posto, conforme o comprova Termo de Visita anexado à fl. 7 dos autos.

No que tange às perdas, o autuante explica que mesmo considerando a perda de 1.777 litros alegada pelo autuado, ainda restaria omissão de saída, sendo indiferente a quantidade da omissão de saída, uma vez que a multa é a mesma (R\$ 50,00) para qualquer que seja a omissão de saída detectada.

Quanto aos arquivos magnéticos referentes ao período de agosto de 2000 a setembro de 2003, o autuante esclarece que, somente após ter sido intimado a apresentá-los (19/11/2003), é que o contribuinte enviou os mesmos, via Internet, em 21/11/2003, porém com irregularidades, que cita às fls 88.

VOTO

Inicialmente, ressalto que o presente lançamento e seus demonstrativos não contêm nenhum vício capaz de inquiná-los de nulidade. Quanto à solicitação de diligência, indefiro a mesma com

fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, uma vez que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, observo que as infrações 1 a 5 foram apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias e, em consequência, passo a analisá-las em conjunto.

As perdas de 0,6% decorrentes da evaporação de combustíveis, apesar de reconhecida por Portaria da ANP, não devem ser consideradas nas infrações 1, 2, 4 e 5, porque apenas serviriam para agravar as omissões de entradas apuradas pelo autuante nessas infrações. Ademais, o autuado, na sua condição de contribuinte do ICMS, deveria ter emitido nota fiscal para comprovar as alegadas perdas, o que não foi feito. Já na infração 3, a perda com gasolina e com diesel (período de 01/01/03 a 30/09/03) devem ser consideradas, porém, como as omissões apuradas nessa infração foram de saída, mesmo considerando os 1.777 litros (gasolina) e 1.058 litros (diesel) citados na defesa a infração permanecerá inalterada, pois ainda restará omissões de saídas de 106 litros de gasolina (1.883 – 1.777) e de 2.863 litros de diesel (3.921 – 1.058), o que justifica a aplicação da multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Quanto às aferições alegadas pelo autuado, ressalto que as mesmas são admitidas e reconhecidas pela legislação do ICMS, porém é fundamental que elas estejam lançadas no LMC e amparadas em nota fiscal comprobatória, uma vez que toda a operação de circulação de mercadoria deve ser respaldada na documentação fiscal exigida pela legislação do ICMS. No caso em lide, observo que as fotocópias do LMC do autuado, acostadas às fls. 11 a 17 dos autos, não registram nenhuma aferição e, além disso, o sujeito passivo não trouxe ao processo prova que as realizou, bem como não apresentou as notas fiscais de entradas que deveriam, obrigatoriamente, acobertar o retorno do combustível aos tanques.

Os alegados “arredondamentos” existentes no LMC, não restaram provados nos autos e não possuem base legal. Nesse ponto, é importante salientar que o LMC é um livro fiscal previsto no art. 314, V, do RICMS-BA/97, e que, portanto, obedece, além das normas da ANP, as determinações da legislação tributária estadual.

Quanto às saídas acobertadas por cupons fiscais e por pequenas notas, as mesmas não ficam comprovadas no processo, sendo relevante salientar que as saídas consignadas nos levantamentos foram obtidas do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) do autuado. Se havia algum cupom ou pequena nota que não tinham sido escrituradas no LMC, cabia ao autuado provar esse seu alegado procedimento irregular.

Não acato o argumento defensivo de que os combustíveis já tiveram o imposto pago na fonte pelo regime de substituição tributária, pois essa alegação só é verdadeira quando a entrada do combustível está respaldada em documentação fiscal. No caso em lide, está comprovada a ocorrência de entradas de combustíveis desacompanhadas da devida documentação fiscal, portanto, não se pode afirmar que o imposto já foi pago por substituição tributária. Do mesmo modo, não se pode atribuir às distribuidoras a responsabilidade pelo pagamento do imposto como sugere o autuado, uma vez que as entradas de combustíveis ocorreram desacompanhadas de documentação fiscal.

Relativamente às alegações pertinentes às entradas de álcool (5.100 litros), de gasolina (263.200 litros) e de diesel (73.500 litros), as mesmas não podem ser acatadas, pois o autuado não indicou as notas fiscais não foram consideradas e não anexou aos autos nenhuma prova que amparasse o seu argumento defensivo.

No que tange aos estoques de álcool, referentes ao exercício aberto de 01/01/03 a 30/09/03, não assiste razão ao autuado, pois as quantidades consignadas no levantamento quantitativo estão corretas, tendo sido o estoque inicial de 1.417 litros obtido do seu livro Registro de Inventário (fl. 18 e 19), ao passo que o estoque final de 5.602 litros foi declarado pelo gerente do posto no Termo de Visita Fiscal (fl. 7).

Em face do comentado acima, estão corretos os levantamentos quantitativos efetuados pelo autuante e anexados às fls. 20 a 43, não carecendo os mesmos de reparos.

Considero, portanto, que as infrações 1 e 2 estão devidamente caracterizadas, uma vez que, no levantamento quantitativo referente ao exercício fechado de 2002, ficou caracterizada a ocorrência de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal. Nessa situação, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

As infrações 3, 4 e 5 estão devidamente caracterizadas, pois, no levantamento quantitativo referente ao exercício aberto de 01/01/03 a 30/09/03, ficou comprovada a ocorrência de entrada e de saída de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Sobre a omissão de entrada, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Já quanto à omissão de saída, é cabível a multa no valor de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Quanto à infração 6, ressalto que o artigo 708-A, do RICMS-BA/97, prevê que os contribuintes que utilizam Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) deverão entregar os arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, dentro dos prazos previstos no citado artigo. Aquele contribuinte que obrigado a apresentar os arquivos magnéticos não o fizer, estará sujeito à multa prevista no art. 42, XIII-A, "g", da Lei nº 7014/96, equivalente a 1% do valor das operações ou prestações realizadas no período.

No caso em tela, constato que o autuado não nega que tenha deixado de apresentar os arquivos magnéticos citados na autuação no prazo regulamentar. Em sua defesa, o autuado chega a alegar que tal falta decorreu de um incêndio no escritório do seu contador, o que não elide a acusação.

A apresentação dos arquivos magnéticos, efetuada em 21/11/03, também não elide a autuação, pois ela não foi espontânea e só ocorreu em razão da intimação efetuada pelo autuante. Os autos provam que, até o início da presente ação fiscal, o autuado não tinha cumprido a sua obrigação tributária acessória prevista no art. 708-A do RICMS-BA.

Em face do acima, comentado, entendo que a infração está caracterizada e que é devida a multa exigida no lançamento.

Ressalto que as multas indicadas na autuação são as previstas na lei para as irregularidades imputadas ao atuado e não possuem o alegado caráter de confisco. Do mesmo modo, não é cabível a redução ou dispensa das multas, pois não estão presentes as condições necessárias para tanto. Por falta de amparo legal, não se pode exigir das distribuidoras as multas que foram aplicadas ao autuado, como sugere a defesa.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206948.0012/03-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE PETRÓLEO VERDES MARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 103.692,13**, acrescido da multa de 70% sobre R\$ 78.987,97 e de 60% sobre R\$ 24.704,16, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, bem como das multas nos valores de **R\$ 19.652,11**, prevista no inciso XIII-A, “g” com acréscimos legais, e **R\$ 50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo artigo e lei citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR