

A. I. N° - 191828.0070/03-4
AUTUADO - GODEIRO E DANTAS LTDA.
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 31. 03. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0072-04/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXTRAVIO. MULTA. Infração não contestada. 3. LIVROS FISCAIS. a) LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PELO FISCO. MULTA. b) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2003, exige ICMS no valor de R\$277.082,48, além do pagamento das multas no valor total de R\$4.073,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$140.236,43, 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 (gasolina e álcool);
2. Como nos termos do item anterior no valor de R\$53.909,50, (óleo diesel);
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$76.629,14, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (gasolina e álcool);
4. Como nos termos do item anterior no valor de R\$6.307,41, (óleo diesel);

As infrações acima foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, relativo ao ano de 2003;

5. Extraviou notas fiscais de compras e de saídas, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$2.093,00;
6. Escriturou o Livro de Movimentação de Combustível sem prévia autorização da fiscalização, tendo sido aplicada à multa de R\$140,00;
7. Deixou de escriturar o Livro Registro de Entradas, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$460,00;
8. Deixou de escriturar o Livro Registro de Saídas, pelo que foi cobrada a multa no valor de R\$460,00;
9. Deixou de escriturar o Livro Registro de Inventário, o que ensejou a aplicação da multa no valor de 460,00;
10. Deixou de escriturar o Livro RUDFTO, tendo sido aplicada à multa no valor de R\$460,00.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 603 a 606 dos autos, descreveu, inicialmente, de forma resumida, os termos da acusação fiscal.

Em seguida, apresentou os seguintes argumentos para refutá-lo:

- 1 – Que o autuante, a fim de apurar as saídas reais de combustíveis, operou uma simples subtração, considerando os registros de abertura e de fechamento das bombas para o período inteiro, sem apresentar demonstrativo analítico, por dia e mês, das saídas, o que, por si só, já compromete a integridade dos resultados alcançados. Aduz que, além deste fato, é necessário levar em consideração que as bombas de combustível, ocasionalmente quebram, necessitando de conserto, o que implica numa intervenção que, em muitas vezes, acaba por modificar os registros, razão pela qual a subtração realizada pelo autuante conduz a um resultado falso, o qual só poderá corretamente ser apurado, fazendo-se o demonstrativo analítico das saídas por dia e mês;
2. Que as entradas levantadas pelo autuante não contemplam todos os documentos, já que diversas notas fiscais emitidas pela Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga, LM Petróleo Ltda., bem como pela Hora Distribuidora de Petróleo Ltda. não foram computadas no levantamento. Segundo o autuado, houve o extravio de documentos, fato atestado pelo autuante na peça de acusação, o que impossibilitou a sua apresentação no tempo requerido pela fiscalização, cujas notas extraviadas já foram solicitadas junto aos seus emitentes, estando a empresa no aguardo de sua chegada;
3. Que o autuante também desconsiderou diversas aquisições constantes em notas fiscais que o mesmo elencou para serem excluídas do levantamento, emitidas por E W Dantas Godeiro & Cia, Ltda., considerando-as inidôneas. Diz que em relação a tais notas, efetivamente, as suas datas de emissão é anterior à data de autorização da impressão dos documentos, contudo, tal fato não é o único aspecto a ser analisado. Argumenta ter havido a efetiva entrada do produto com o pagamento ao seu emitente, além do que as notas fiscais não são, efetivamente, carimbadas nos postos;
4. Que diversas notas fiscais de emissão de E W Dantas Godeiro & Cia. Ltda. constantes das fls. 2 e 3 excluídas do levantamento foram desconsideradas pelo autuante sob a simples alegação de que “não se referem a uma operação efetiva”, embora emitidas a partir da data da AIDF;
5. Que o procedimento de auditoria é inconsistente, já que não foram vistos todos os documentos, em razão do extravio de grande quantitativo de livros e documentos fiscais. Segundo o autuado, a escrituração dos livros a que teve acesso o autuante continha erros e desorganização tais que a tornava insuficiente para análise conclusiva;

6. Que em obediência aos princípios da legalidade da tributação, da efetividade do fundamento fático da relação jurídica tributária, bem como dos princípios de ampla defesa e de prevalência da verdade material, requer um novo levantamento e permissão para reconstituir a sua escrita.

Ao finalizar, pede o cancelamento do Auto de Infração, para, após levantamento consistente, que o fisco efetue nova verificação.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 608 a 614 dos autos, aduziu, inicialmente, que o autuado em sua defesa se limita a impugnar o lançamento referente às infrações 1, 2 3 e 4, relativas a falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, tendo sido cobrado o imposto normal e o devido por antecipação tributária, na forma regulamentar, aceitando, tacitamente, o crédito tributário por descumprimento de obrigações acessórias.

Em seguida, o autuante fez um resumo das alegações defensivas e disse que as mesmas não prosperam, uma vez que os métodos utilizados na ação fiscal encontram-se devidamente respaldados no RICMS/97, especialmente em seu art. 512, que trata das operações com combustíveis, bem como no art.2º, do RPAF/99 e no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7014/96.

Salienta que, apesar de na peça acusatória já haver discorrido minuciosamente sobre as razões que o levaram a constituição do crédito tributário, apresentou os seguintes argumentos para rebater os questionamentos levantados na peça defensiva:

1. Que ao dar início ao procedimento fiscal, intimou regularmente o autuado a fim de apresentar toda documentação necessária aos trabalhos de fiscalização, no sentido de executar os roteiros sugeridos na Ordem de Serviço que lhe foi confiada. Esclareceu que foi necessária a expedição de dois termos de intimação para que o autuado apresentasse a documentação solicitada (período de 01/01/98 a 03/10/2003), o que foi cumprido após 60 dias, porém, o autuado só exibiu parte dos documentos, relativo ao exercício de 2003, oportunidade em que declarou, conforme documento à fl. 11, que deixou de escriturá-los ou os extraviou;
2. Que o autuado tenta confundir os senhores julgadores, já que em nenhum momento menciona o período objeto do levantamento quantitativo do estoque de combustível, ao relatar que, como houve extravio de notas fiscais, não poderia o fisco concluí-lo. Frisa que, apenas foi objeto de exame fiscal o exercício aberto de 2003, abrangendo o período de 01/01/2003 a 03/10/2003, já que foram exibidos todos os documentos e livros fiscais solicitados, os quais foram suficientes para a conclusão dos trabalhos, bem como para apurar o crédito tributário objeto da presente lide;
3. Quanto ao extrativo dos documentos e a falta de escrituração dos livros fiscais, relativo ao período de 01/01/98 a 31/12/2002, o autuante esclarece que foi imputada a empresa as correspondentes penalidades de caráter formal, na forma regulamentar, as quais não foram questionadas pela defesa;
4. Acerca do levantamento das vendas de combustíveis (álcool, gasolina e diesel), referente ao período de 01/01/2003 a 03/10/2003, assevera que o mesmo obedeceu às regras necessárias para se chegar ao seu montante, conforme se observa nas planilhas acostadas ao processo às fls. 13, 15 e 18, cujas cópias foram entregues a empresa;
5. Que a quantidade de combustível vendida corresponde à diferença entre os valores acumulados e os encerrantes (volume vendido em litros) informados nos Livros de Movimentação de Combustíveis do autuado nos dias 01/01/2003 a 03/10/2003, data em que foi realizada a contagem física;
6. Quanto à alegação do autuado, segundo o qual na ocasião em que houve troca de bomba, não foi levado em consideração, esclarece não proceder, já que tal fato ocorreu efetivamente na

bomba de gasolina (bico nº 3), no dia 15/01/2003, conforme informado no demonstrativo de fl. 13, sob a expressão “troca de encerrante”;

7. Que para melhor ilustração do fato acima, basta compulsar as cópias dos LMC's de fls. 15 e 16 que trazem os valores dos encerrantes relativamente ao “bico 3”, quando em 15/01/2003 o valor acumulado era de 235.557 litros, enquanto em 16/01/2003, foi reiniciado com 735.557 litros, data que não houve mais interrupção de seqüência;

8. Que como o limite de acumulação dos encerrantes das bombas instaladas no estabelecimento autuado é de 999.999, ao atingir tal numeração, reinicia-se com zero, cuja situação só foi constatada na bomba de óleo diesel “bico 1” em 16/03/2003, fato que foi registrado no demonstrativo de fl. 15 e consignado no LMC da empresa (fl. 278);

9. Que o procedimento adotado não feriu nenhum dispositivo legal, pois, além de informar a origem do montante das vendas encontradas, foram considerados todos os registros declarados pela empresa, conforme comprovam as cópias do LMC apensado ao PAF;

10. Que em relação às notas fiscais emitidas em favor do autuado pelas empresas Cia. de Petróleo Ipiranga, LM Petróleo Ltda. e Hora Distribuidora de Petróleo Ltda., ao contrário do alegado pela defesa, as mesmas foram lançadas nos livros Registro de Entradas e de Movimentação de Combustíveis do autuado e consideradas nos demonstrativos das entradas (ver fls. 14, 16, 17 e 19);

11. Que sobre as notas fiscais de compras de emissão da empresa E. W. Dantas Godeiro Ltda (coligada, porque um dos sócios, Sr. Ed Wilson Dantas Godeiro também integra a empresa autuada), esclarece que não foram consideradas no levantamento das entradas, porque comprovadamente inidôneas, nos termos do art. 209, do RICMS/BA, c/c o art. 1º, IV, da Lei nº 8137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária. De acordo com o autuante, tais documentos são falsos, pois a maioria deles foram emitidos em data anterior à efetiva Autorização para Impressão de Documentos Fiscais de nº 99070099832003, datada de 04/06/2003, com o objetivo de acobertar o estoque de combustíveis que adentraram no estabelecimento autuado, desacompanhados das respectivas notas fiscais e a conseqüente falta de recolhimento do ICMS incidente (normal e antecipado), cujos documentos foram emitidos retroativamente no período de 09/01/2003 a 30/05/2003, conforme planilhas às fls. 24 e 25;

12. Quanto às demais notas fiscais, ou seja, aquelas emitidas após a data da AIDF, diz que também foram consideradas inidôneas, por não se referirem a uma operação efetiva, pelo fato de inexistirem aposição de carimbo do Posto Fiscal João Durval Carneiro, que é a única Repartição Fiscal do percurso dos produtos entre as cidades de Feira de Santana e de Vitória da Conquista. Além da ausência dos carimbos, o autuante disse que pelas características que apresentam os citados documentos, os mesmos foram emitidos a posterior, pelo fato de terem sido elas datilografadas, enquanto em outras operações realizadas pelo autuado junto ao emitente acima indicado, as notas foram emitidas por processamento de dados e constam carimbos do Posto Fiscal (ver fls. 84 a 93);

13. Que por ocasião da realização do levantamento quantitativo do estoque de combustíveis por espécie (álcool, gasolina e óleo diesel) efetivado em 03/10/2003 – data da sua visita ao estabelecimento e da entrega do primeiro termo de intimação, procedeu ao competente visamento das folhas dos LMC's nas quais constava o último registro efetuado pelo contribuinte, todos de nº 03. Salienta que, conforme relatado na peça acusatória, nestes livros não consta nenhuma rasura acerca da inserção de notas fiscais de entrada com o escopo de ajuste de estoque, pelo fato dos mesmos terem sido visados. Quanto aos livros anteriores (nºs. 01 e 02), o autuante assevera que foram reescriturados de forma dolosa pelo autuado, pois se observa na abertura do livro subsequente, que o anterior não tinha sido utilizado na sua plenitude, desde quando existiam diversas folhas em branco, além de constar lançamento de notas fiscais de entradas em folhas

subseqüentes àquelas anteriormente efetuadas – nas folhas anteriores o lançamento foi desconsiderado e apagado com tinta corretiva;

14. Que sobre a alegação defensiva de que o crédito tributário foi lançado por meio de arbitramento, diz que a mesma se constitui uma verdadeira panacéia, pois, não foi mencionado na acusação fiscal a utilização deste instituto para efetuar o lançamento fiscal, já que foram apresentados os elementos necessários para um procedimento regular de fiscalização. Argumenta que, o mesmo não ocorreu em relação aos períodos anteriores, já que a documentação não foi apresentada e nem por isso o arbitramento foi utilizado, tendo sido cobrado, tão somente, penalidade de caráter formal;

15. Sobre a solicitação do autuado no sentido de reconstituir a sua escrita fiscal, entende totalmente descabida, porque fere todos os preceitos legais, não merecendo de sua parte quaisquer comentários adicionais, o mesmo ocorrendo quanto ao pedido de realização de novo exame fiscal, pelo fato de constar no presente processo todos os elementos para o regular julgamento do mérito;

16. Quanto à alegação do autuado de encerramento da fase de tributação dos produtos regidos pela substituição tributária, esclarece que somente fica consubstanciada quando o imposto foi pago na operação de origem ou no momento da aquisição, desde que estejam acobertadas por documentação idônea, o que não ocorreu no presente caso, já que os combustíveis adentraram no estabelecimento autuado desacompanhados da documentação fiscal que comprovasse a sua origem. Salaria que nas operações interestaduais com combustíveis, tais operações usufruem do benefício da imunidade e o pagamento do tributo só é devido a partir da entrada no estabelecimento destinatário. Argumenta ser prática habitual entre contribuintes, no intuito de evadir-se do pagamento do ICMS, com a utilização do referido benefício, o seguinte procedimento: os adquirentes de combustíveis neste Estado, distribuidores e varejistas (postos de combustíveis) solicitam das distribuidoras estabelecidas em outros Estados da Federação que emitam as notas fiscais destinadas igualmente a outros Estados, cujos produtos são transportados por veículos que desviam a carga para este Estado, fato que resulta em nenhum recolhimento do tributo aos cofres públicos.

Ao finalizar, o autuante requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o PAF, constatei que o autuado em sua defesa, em relação às infrações 5 a 10, em que foram aplicadas pelo autuante multas no valor total de R\$4.073,00, pelo extravio de notas fiscais de entradas e de saídas, bem como pela falta de escrituração de diversos livros fiscais, não opôs qualquer objeção quanto aos valores cobrados. Interpreto o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito das infrações que lhes foram imputadas pelo autuante, pelo que mantenho as exigências.

Com referência as infrações 1 a 4, que foram objeto de impugnação, observei que o autuado ao se defender da acusação apresentou argumentos inconsistentes para elidir a ação fiscal, pelos seguintes motivos:

I - O fato de o autuante haver apurado as saídas de combustíveis, com base nos registros de abertura e de fechamento das bombas para o período inteiro, sem apresentar demonstrativo analítico, por dia e mês, no meu entendimento, não compromete a auditoria de estoque levada a efeito na empresa, salvo se existisse erro na escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis, cuja prova não foi trazida pelo autuado em sua defesa. Ressalto que este

procedimento, vem sendo adotado pelos auditores fiscais desta Secretaria em fiscalização de rotina em postos de combustíveis em todo o Estado;

II - Quanto à alegação do autuado de que não foram computadas diversas notas fiscais emitidas pela Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga, LM Petróleo Ltda. e da Hora Distribuidora de Petróleo Ltda., esclareço não proceder, pois o autuante em sua informação fiscal afirmou que tais documentos foram devidamente incluídos no levantamento das entradas (ver demonstrativo às fls. 14, 16, 17 e 18);

III – No tocante ao argumento de que o autuante também deixou de considerar as entradas de combustíveis acobertadas com notas fiscais da empresa E. W.Dantas Cordeiro & Cia. Ltda., pelo fato de terem sido emitidas no período 09/01/2003 a 30/05/2003, ou seja, em datas anteriores a da data de Autorização para Impressão dos Documentos Fiscais por parte da SEFAZ ocorrida em 04/06/2003, considero correto o procedimento do autuante ao excluí-las, pois a nota fiscal, de acordo com o disposto no art. 220, I, do RICMS/97, deve ser emitida antes de iniciada a saída da mercadoria do estabelecimento. Portanto, aceitar tais documentos para acobertar operações ditas como realizadas entre o autuado e o seu emitente, seria ir de encontro à legislação do ICMS, o que é vedado aos agentes da fiscalização;

IV - Sobre as demais notas em nome da firma acima citada e emitidas para o autuado após a data de sua autorização para impressão e também não computadas pelo autuante no levantamento das entradas entendo acertada a atitude do autuante, já que nelas não constam carimbos de postos fiscais existentes no percurso dos produtos nela consignados, através dos quais restaria comprovada a efetividade das operações, além do que nas mesmas não contém no campo dados adicionais, o nome do transportador, placa do veículo, endereço, etc., cujos dados em operações regulares, são obrigatórios tais indicações. Ressalto, ainda, que não foi trazido pela defesa os comprovantes de pagamentos das citadas compras, como ordens de pagamento, boletos bancários ou cópias de cheques com os respectivos extratos bancários, além do que é vedado pela ANP – Agência Nacional do Petróleo, órgão federal a quem compete à fiscalização das empresas do ramo a venda de combustíveis de um posto de revenda para outro;

V- Quanto ao pedido do autuado no sentido de reconstituir a escrita, considero desnecessário, haja vista que em relação ao período objeto da autuação, conforme salientou o autuante em sua informação fiscal foram apresentados todos os documentos, bem como os livros fiscais regularmente escriturados;

VI - Acerca da alegação do autuado segundo a qual o autuante teria aplicado o arbitramento, não merece a minha acolhida, pois ao compulsar os autos à fl. 2, verifiquei que no cálculo do preço médio sobre as entradas desacompanhadas de notas fiscais, o autuante seguiu as regras estabelecidas no item 1, “b”, II, do art. 60, do RICMS/97, c/c o inciso I, do art. 8º, da Portaria nº 445/98.

Com base na explanação acima e face à constatação de entradas de gasolina, álcool e óleo diesel desacompanhadas de documentação fiscal, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração na importância de R\$277.082,48, além do pagamento das multas no valor total de R\$4.073,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **191828.0070/03-4**, lavrado contra **GODEIRO E DANTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$277.082,48**, acrescido das multas de 70% sobre R\$194.145,93 e de 60% sobre R\$82.936,55, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além do pagamento das multas no valor total de **R\$4.073,00**, previstas nos incisos XV, “d”, XVIII, “b” e XIX, do mesmo artigo e lei acima citados.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR