

A. I. Nº - 269141.0011/03-0
AUTUADO - PEDRO BATISTA DE SOUZA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA
INTERNET -18.03.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076/01-04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS (FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA – IMPOSTO PAGO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA). Houve descumprimento de obrigação acessória. No entanto, a multa foi aplicada em duplidade. O fato de a fiscalização adotar dois critérios, apurando parte do débito por exercício fechado e parte por exercício aberto, não significa que o contribuinte cometeu dois ilícitos. A infração é uma só. Mantida apenas uma das penas imputadas. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIRO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos demonstrados, nos autos, através de levantamentos regulares. Explicações insatisfatórias do sujeito passivo, que se limita a alegar erros de escrituração. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Mantido o lançamento. Não justifica a diferença apurada a mera alegação de erros escriturais. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LMC). EXTRAVIO. MULTA. Refeitos os cálculos, para adaptar a multa ao fato concreto. Não acatada a alegação de decadência parcial. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 4/11/2003, apura os seguintes fatos:

1. omissão de registro de operações de saídas de mercadorias não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias [descumprimento de obrigação acessória], sendo aplicada a multa de R\$ 50,00;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, lançando-se o imposto no valor de R\$ 16.871,09, com multa de 70%;

3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiro sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, lançando-se o imposto no valor de R\$ 7.011,63, com multa de 60%;
4. omissão de registro de operações de saídas de mercadorias não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias [descumprimento de obrigação acessória], sendo aplicada a multa de R\$ 50,00;
5. extravio do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com os lançamentos correspondentes aos exercícios de 1998 a 2001, sendo aplicada multa de R\$ 20.240,00.

O contribuinte defendeu-se alegando que as diferenças apuradas nos itens 2º e 3º do Auto de Infração decorrem de enganos ocorridos no preenchimento do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Nega que tivesse havido omissões de entradas. Alega que o fiscal se valeu dos dados equivocados do referido livro, quando poderia ter checado os dados corretos. Apresentou anexos com demonstrativos que diz serem baseados nas “vendas no bico” no tanque nº 2, que corresponde ao de óleo diesel, compreendendo os bicos 1 e 2, de forma individualizada, abrangendo todo o exercício de 2002 (levantamento diário). Argumenta que, como a soma das vendas acusadas nos referidos bicos 1 e 2 totaliza 331.545 litros de óleo diesel, no citado exercício, e tendo em vista que as saídas apuradas pelo fiscal são de 331.550,5 litros, não há omissão de entradas, mas sim omissão de saídas de 5,5 litros. Segundo o autuado, as saídas apuradas nos demonstrativos por ele apresentados são corroboradas pelas Notas Fiscais emitidas pela empresa. Alega que as imprecisões havidas no preenchimento do LMC, no que concerne aos registros de “fechamento” e “abertura”, são frutos de falha humana, constituem erro material, não havendo prejuízo para o erário estadual, haja vista que os valores reais das vendas nos bicos estão declarados nas Notas Fiscais correspondentes. Protesta que a empresa não pode ser responsabilizada por imposto em razão de erro escritural, porque equívoco na escrituração de livro não é fato gerador de ICMS. Transcreve ementas de acórdãos do TRF e do Conselho de Contribuintes federal. Pondera que, no máximo, seria o caso de aplicar-se uma penalidade fixa pelo descumprimento de obrigação acessória, caso houvesse previsão legal nesse sentido. Pede que as imputações consubstanciadas nos itens 2º e 3º sejam declaradas improcedentes.

No tocante ao 5º item, a defesa alega, como preliminar, que teria havido a decadência do direito do fisco estadual de exigir a apresentação do livro em questão relativamente ao período anterior a 4/11/1998, haja vista a regra dos arts. 195, parágrafo único, e 173 do CTN. Transcreve lição de Luciano Amaro acerca do instituto da decadência, bem como ementas de acórdãos do STJ e do Conselho de Contribuintes federal.

No mérito – quanto ao item 5º –, o autuado alega que no dia 19/11/2001 houve um assalto no seu estabelecimento, ocasião em que foram roubados objetos, dinheiro e documentos, inclusive os LMCs da empresa. Alega que não pode responder pelos livros que foram extraviados sem que para isso tivesse contribuído. A defesa apegou-se ao sentido do vocábulo “extraviar”, argumentando que o extravio conta com a participação do sujeito, seja através de conduta comissiva, seja através de conduta omissiva. Diz que o que houve foi roubo, e não extravio dos livros em questão. Recorre ao princípio da tipicidade cerrada, inerente às normas tributárias,

sustentando que estas não admitem interpretação extensiva que venha a onerar o contribuinte. Toma por fundamento de suas razões a regra do art. 112 do CTN. Frisa que não cabe também o emprego da analogia neste caso, em face do art. 108, § 1º, do mesmo diploma legal. Aduz que não seria justo o Estado não propiciar segurança efetiva às pessoas e ainda impor-lhes penalidade por evento ocasionado pela omissão do próprio Estado, como se invocasse em seu benefício sua própria torpeza. Juntou cópia da queixa policial relativa ao roubo.

A defesa requer, dentre outras coisas, a improcedência do procedimento fiscal, destacando o pleito de decadência. Requer, ainda, que as intimações sejam dirigidas ao escritório profissional dos advogados que subscrevem a defesa, inclusive acerca da pauta de julgamento, sob pena de posterior argüição de nulidade dos atos procedimentais.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que as infrações 2ª e 3ª foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, ficando constatada omissão de entradas de óleo diesel. Quanto à alegação de decadência, relativamente aos livros anteriores a 4/11/1998, o fiscal considera que a defesa errou nas contas, pois a intimação para a apresentação do livro poderia ter sido feita até 31/12/2003. Comenta a regra do art. 146 do RICMS/97, assinalando que o roubo do documento deveria ter sido comunicado ao fisco. Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não acato a argüição de decadência suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 1998, nem do direito do fisco de exigir a exibição de livros e documentos relativos ao citado exercício. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O débito objeto desta autuação concernente ao exercício de 1998 poderia ter sido lançado no próprio exercício de 1997. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 1999. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31 de dezembro de 2003. O procedimento fiscal foi formalizado em 4/11/03, e o sujeito passivo foi intimado no dia 11/11/03. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no § 1º do art. 28, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. Passo ao exame dos fatos e do direito aplicável aos mesmos.

Este Auto de Infração é composto de 5 tópicos. Os 4 primeiros são relativos a débitos apurados através de levantamento quantitativo de estoques, sendo que os itens 1º, 2º e 3º levaram em conta exercício fechado (2002) e o item 4º diz respeito a exercício aberto (2003). O 5º tópico refere-se a extravio de livro fiscal.

Os itens 1º e 4º referem-se a descumprimento de obrigação acessória. Há uma flagrante duplicidade de apenação. O fato de que cuidam os dois itens é um só: falta de emissão de documentos fiscais nas vendas de mercadorias cuja fase de tributação está encerrada por força do regime de substituição tributária. O contribuinte somente cometeu uma infração, e não duas, como equivocadamente supôs o preposto fiscal, pois é irrelevante se parte do levantamento fiscal foi efetuada em exercício fechado e parte em exercício aberto. O fato de a fiscalização adotar dois critérios, por razões metodológicas do procedimento, não significa que o contribuinte cometeu dois ilícitos. Observe-se que em ambos os casos a infração foi tipificada no mesmo dispositivo legal: art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Em suma, a infração é uma só. Faço essas

observações de ofício, pois se trata de matéria relativa à estrita legalidade do procedimento fiscal. Mantenho a multa do 4º item, excluindo a do 1º.

Quanto aos itens 2º e 3º, não considero razoáveis as alegações da defesa, que pretende justificar as diferenças apuradas a enganos ocorridos no preenchimento do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). A escrituração desse livro é de responsabilidade da empresa. Os registros devem refletir a verdade, em consonância com os demais livros, sempre em função dos documentos fiscais correspondentes. As explicações da defesa não são convincentes. Simples alegações desse tipo não bastam, evidentemente, para descharacterizar o fato imputado pelo fisco. Os aludidos itens referem-se a combustíveis adquiridos sem documentos fiscais. Assim sendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu a mercadoria sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem comprovação de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), sendo igualmente devido o imposto sobre o valor acrescido, haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Mantenho os débitos dos tópicos em apreço.

O item 5º acusa o extravio do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Já descartei a alegação de decadência parcial. A tese da defesa de ausência de culpa é inócuia. A empresa deve zelar pela guarda dos livros e documentos. Se eles se extraviam, ou são furtados ou roubados, o sujeito passivo assume a culpa por não zelar pela sua guarda adequada – *culpa in custodiando*.

No entanto, precisa ser adaptada a multa ao fato concreto. A infração compreende 4 exercícios. Cada exercício envolve 3 livros (um para álcool, outro para gasolina, outro para óleo diesel). Logo, são 12 livros, ao todo. R\$ 920,00 x 12 = R\$ 11.040,00.

O Demonstrativo de Débito deverá ser refeito. Os débitos remanescentes são os seguintes:

1. item 1º: zero;
2. item 2º: R\$ 16.871,09, mais multa de 70%;
3. item 3º: R\$ 7.011,63, mais multa de 60%;
4. item 4º: multa de R\$ 50,00;
5. item 5º: multa de R\$ 11.040,00.

Quanto ao pedido de que as intimações sejam dirigidas ao escritório profissional dos advogados que subscrevem a defesa, tenho a dizer que não custa nada ser porventura o órgão preparador assim proceder, mas as intimações não deixarão de ser juridicamente válidas caso as intimações forem dirigidas ao próprio sujeito passivo, desde que atendam aos preceitos do art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0011/03-0, lavrado contra **PEDRO BATISTA DE SOUZA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 23.882,72**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 7.011,63 e de 70% sobre R\$ 16.871,09, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos

acréscimos legais, além das multas de **R\$ 50,00 e R\$ 11.040,00**, previstas no art. 42, XXII e XIV, da supracitada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR