

A. I. Nº - 269114.0021/03-8
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONCENTRICA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 18. 05. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0158-04/04

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. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA.** Restou comprova que o contribuinte extraviou 6 (seis) Livros de Movimentação de Combustível – LMC. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/12/2003, exige ICMS e multa no valor total de R\$48.173,82, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$33.024,28, 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, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$9.629,54, 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, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque.
3. Multa no valor de R\$ 5.520,00, em função do extraviou de 06 livros fiscais de Movimentação de Combustíveis.

O autuado, às fls. 226 a 235, impugnou o lançamento tributário, inicialmente esclarecendo que foi constituída no ano de 2001 sem nenhum preparo empresarial no mercado de revenda de combustíveis, e sem a assessoria de seu Sindicato, ocasionando difíceis momentos de aprendizado e prejuízos. Incluindo a não orientação da própria ANP com relação a escrituração dos livros de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Aduz que combustível é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora.

Argumenta que o autuante não considerou todas as notas fiscais de entradas, apurando a menos as quantidades. Diz que pode ter ocorrido engano da contabilidade na ora de escrituração, existindo somente a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Esclarece que o autuado foi levado a erro na escrituração do LMC por conta de problema técnicos quando da instalação dos tanques, em relação a declividade, detecção de diferença volumétrica entre a leitura convencional e a feita com a régua e a calculada tecnicamente, consoante se pode comprovar pelo laudo acostado a defesa.

Aduz que a lavratura do Auto de Infração foi precipitada e desconsiderou que os combustíveis comercializados têm características de volatilização (0,6%), conforme Portaria nº 283, de 02 de junho de 1980, do antigo CNP, atual ANP.

Diz que os demonstrativos de cálculo das supostas omissões não têm sentido e deve-se a erro no levantamento, não considerando notas e que, por engano da contabilidade, deixaram de serem lançadas e, em seu entendimento, o importante é que o ICMS foi recolhido pela distribuidora.

Assegura que a fiscalização por parte da SEFAZ é nula, pois os fatos foram anterior ao convênio firmado coma Agência Nacional de Petróleo.

Em relação ao demonstrativo de saídas, diz que existem erros, quando não considerou a evaporação prevista em lei e verificação de regularidade dos equipamentos de medição, 20 (vinte) litros por dia/bico, totalizando 73.000 litros anos.

Sustenta que a lavratura do Auto de Infração contra a empresa é um ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, citando dispositivos do CTN, CF, para embasar seu argumento.

À fl. 232 dos autos, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Reconhece que efetivamente os livros LMC foram extraviados, mas assegura que nada impedia a sua recomposição em função da existência dos encerrantes de bombas, notas fiscais de compra e estoques diários. Pelo menos teria que considerar o extravio dos livros e que teria condição da fiscalização com o manejo das notas fiscais, de entrada e as de saídas, livro de registro de entrada da mercadoria e o de saída, bem como o controle de estoque e o inventário. Para realizar sua auditoria o correto seria notificar e conceder prazo razoável para o refazimento dos livros. Diz que a postura da autuante cerceia direito e torna nula a autuação.

Aduz que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação, por cautela, requer, ainda, que se descaracterize a multa aplicada.

O autuante, à folha 251, ao prestar a sua informação fiscal ressaltando que o autuado afirma que “efetivamente os Livros de LMC foram extraviados”, anexando Certidão Perda/Extravio de Documentos, data de 29/10/2003, portanto, após a intimação fiscal para apresentação dos livros e documentos (datada de 23/10/2003)

Diz que a constatação do extravio de livros é de suma importância neste tipo de atividade mercantil, causando estranheza o fato do contribuinte não ter tomado esta simples providência antes da ação fiscal, ou não tenha solicitado a reconstituição, já que desde a intimação até a lavratura do Auto de Infração existiu um período de mais de 60 dias.

Quanto às infrações concernentes ao levantamento de estoque, a empresa afirma que “notas não consideradas retiram toda a grandiosidade dos valores lançados no auto”, fl. 228. No entanto, o contribuinte não apresentou todas as notas que estavam escrituradas nos seus LMC's, o que gerou uma segunda intimação fiscal, em 12.12.20003. Da mesma forma, a Segunda intimação não surtiu efeito. Tendo resumido que, o contribuinte lançou notas de entradas de combustíveis e não as apresentou quando devidamente intimado.

Esclarece que o argumento embasado no laudo técnico, não procede de forma nenhuma, já que os valores das saídas foram levantados através da diferença entre os encerrantes das bombas de combustível. Como o encerrante registra o que efetivamente passou pela bomba, a quantidade de combustível vendida é medida pela diferença de encerrante final para o encerrante inicial, independente se o tanque está inclinado ou não.

Ao finalizar, solicita pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança do imposto, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em relação à nulidade suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, pois o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, é um livro fiscal que se encontra devidamente previsto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 6.284/97, em seu art. 314, inciso V. Ademais, não se observa no presente PAF qual das situações elencadas no art. 18, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou a falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 01), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 02) e multa pelo extraviou de livros fiscais (infração 03).

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora. Ocorre que, ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o autuado torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não foram consideradas as perdas e as aferições, uma vez que o livro de Movimentação de Combustíveis – LMC um livro obrigatório, devendo os registros realizados pelo contribuinte representarem a sua real movimentação de combustível. Os levantamentos realizados foram baseados nos registros realizados pelo próprio autuado, assim os valores consignados serviram de base para o trabalho de auditoria realizado pela autuante. Ademais o autuado simplesmente alegou, sem apresentar que elemento probante.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque (infrações 01 e 02) e por ser mercadoria enquadrada 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”).

Quanto à Infração 03, o autuado reconhece que efetivamente os livros LMC's foram extraviados.

O argumento defensivo de que nada impedia a sua recomposição dos livros, não pode ser acolhido, uma vez que o art. 42, da Lei 7.014/96, em seu inciso XIV, prever multa específica para o caso do extravio de livro fiscal, sua inutilização ou se o mesmo for mantido fora do estabelecimento, em local não autorizado. Assim, o procedimento do auditor foi correndo, estando caracterizada a infração 3.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento do auditor autuante, estando caracterizadas as infrações 1, 2, e 3.

Ante o 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 269114.0021/03-8, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS CONCENTRICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.653,82**, acrescido das multas de 70% sobre R\$33.024,28 e de 60% sobre R\$9.629,54, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além da multa no valor **R\$5.520,00**, prevista no art. 42, XIV, da mesma lei.

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

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR