

A. I. N° - 114135.0008/03-4
AUTUADO - ROCHA ROCHA DERIVADOS DE PETRÓLEO E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - EBERT BARBOSA DE PEREIRA CARDOSO
ORIGEM - INFAZ/S. FILHO
INTERNET - 19.08.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0302/01-04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS, AS QUAIS FORAM EMPREGADAS NO PAGAMENTO DAS ENTRADAS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.. O lançamento de ofício não aponta infração a legislação tributária vigente. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2003, exige ICMS no valor de R\$41.261,58, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$30.870,41, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectivas escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizadas a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 8.134,83, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexos 69 e 88.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$2.256,34, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizadas a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas.

O autuado, às fls. 268 a 282, impugnou o lançamento tributário alegando que os produtos comercializados pelo autuado foram adquiridos junto aos fornecedores, que atuam de forma regular, conforme cópia da escrituração contábil e do livro 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.

Diz que errou o autuante omitindo a existência de notas fiscais, apesar de apresentadas, lançou quantidade de combustíveis de maneira equivocada, indicou aquisições incorretas de outros estados, que não existem, não atentou para a obrigatoriedade de aferições, tudo recaindo no malfadado Auto de Infração impugnado.

Às folhas 271 a 275, indicou os erros constantes dos levantamentos.

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

Alega que a autuação é ilegal, pois o imposto e multa seria de responsabilidade das distribuidoras, ademais 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 e doutrinadores para embasar seu argumento.

Ao finalizar, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, à folha 292/294, ao prestar a informação fiscal diz que o autuado não escriturava regularmente o LMC. Após a intimação feita pela Inspeção, em meados de setembro de 2003, a empresa correu a “montar” os livros com base nas notas fiscais de entrada e “provavelmente” utilizando controles internos aos quais não teve acesso, visando atender à fiscalização. Diz que essas informações foram passadas por prepostos da empresa.

Assevera que, para compor o LMC, foi utilizado programa de computador não totalmente ajustado, que deu origem a situações absurdas, como a paralisação da contagem dos bicos em 900.000 litros, como se pode verificar às folhas 257, 259, 261, 263, 264, 266, 252 e 250. Pode-se ainda ver que o total de vendas nos dias 07 e 08 é exatamente igual em todos os bicos, idem nos dias 25 e 26/03/03, fls. 246, 247, 266 e 267. Esses exemplos mostram o nível de credibilidade dos LMC's apresentados pelo autuado.

Aduz que não foram considerados as justificativas, referente à aferições dos bicos e outros ajustes, que segundo a empresa, levariam a duplicidade de saídas, pelos motivos já citados e por entender que todas essas aferições e ajustes são compensados diariamente pela empresa.

Em relação à Infração 02, reconhece que houve um equívoco na descrição da mesma (07.01.01- referente a aquisição de combustíveis em outros Estados) , passando a ser 07.10.03 – Substituição/Antecipação Interna – Operações realizadas com combustíveis e lubrificante.

Às folhas 293 e 294, discriminou as alegações defensivas que foram acolhida, fazendo um resumo nos novos valores da autuação, tendo acostado novos demonstrativos às 295/297.

A INFAZ- Simões Filho, através da intimação de fls. 302 e 303, entregou cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos ou autuado, estabelecendo o prazo de lei para se pronunciar.

Às folhas 305 a 307, o autuado, em nova manifestação, não acatou os dados apresentados pelo autuante na sua informação fiscal e reiterou os argumentos da defesa anterior, principalmente em relação às aferições periódicas. Diz que não é verdade a afirmação de que “a empresa não escriturava regularmente o LMC”. Essa suposição é facilmente derrubada com uma simples análise dos Boletins de fiscalização emitidos pela ANP, que anexou.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 352.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0088/2004 às fls. 354 a 355 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que, com a inclusão das aferições, o imposto exigido é reduzido para R\$ 13.720,30.

A INFAZ- Simões Filho, através da intimação de fls. 361 e 362, entregou cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos ao autuado, estabelecendo o prazo de lei para se pronunciar.

Às folhas 364/367, o autuado, em nova manifestação, não acatou os dados apresentados pela diligência da ASTEC e apresentou novos números, alegando que as diferenças são insignificantes se comparadas com o volume comercializado no período.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou: falta de recolhimento do imposto pelo autuado pela presunção de omissão de saídas, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias (Infrações 01 e 03), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infrações 02).

Entendo que o lançamento não prospera, pois constatei existência de vício insanável que macula o lançamento tributário realizado pelo auditor, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto por presunção de omissões de saídas (infrações 1 e 3) e, em consequência, pela falta de recolhimento da antecipação tributária (infração 2), pelo fato do autuado haver adquirido produto enquadrado no regime de substituição tributária desacompanhado de documentação fiscal comprobatória de sua origem. Sendo este o mais recente entendimento do CONSEF, através das Câmaras de Julgamento Fiscal, ao julgar as lides sobre combustíveis.

Conforme disposto no art. 10, da Portaria nº 445/98, ao ser detectada omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie, deve ser exigido o imposto do adquirente, na condição de responsável solidário, consoante o disposto no art. 39, V, do RICMS/97, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Ante ao exposto, entendo que são nulas às referidas infrações, com fundamento no art. 18, II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, pois a autuação foi efetuada de forma equivocada e, por implicar em mudança do fulcro da exigência, torna-se impossível dar prosseguimento a presente lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, razão pela qual julgo nulas as infrações imputadas ao sujeito passivo.

Entretanto, na forma do art. 21 e 156, do RPAF/99, recomendo a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **114135.0008/03-4**, lavrado contra **ROCHA ROCHA DERIVADOS DE PETRÓLEO E TRANSPORTES LTDA.**, recomendando-se a renovação do procedimento fiscal na forma prevista nos arts. 21 e 156 do RPAF/BA.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

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

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR