

A.I. Nº - 269114.0020/03-1
AUTUADO - CORESFIL COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA FERREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 25.10.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0402-03/04

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada, com redução do imposto. **a.1)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada com redução do débito. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXERCÍCIO ABERTO. Diligência fiscal refez o levantamento quantitativo e resultou em omissão de saída. Convertido em multa fixa. **d)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXERCÍCIO ABERTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal refez o levantamento quantitativo e apurou omissão de saída. Convertido em multa fixa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/12/03, para exigir imposto de R\$26.119,26 e multa referente a:

INFRAÇÃO 01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$19.910,06 e multa de 70% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo do valor acrescido, com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$2.905,54 e multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$3.205,32 e multa de 70% prevista no art. 42, III, “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo do valor acrescido, com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$898,34 e multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado na defesa apresentada às fls. 238 a 244, afirma que os produtos comercializados foram adquiridos junto a fornecedores e escriturados no livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), são enquadrados no regime de substituição tributária com pagamento antecipado do imposto, fato que diz ter o autuante desconhecer.

Alega que o valor exigido de R\$26.119,26 a título de responsabilidade solidária pode ter havido engano no momento da escrituração, o que caberia uma multa formal, porque o imposto já tinha sido retido pelo fornecedor, e ainda de origem da Petrobrás. Que o autuante cometeu erros quanto a números dos encerrantes indicados no LMC; não ter computado aferições e as perdas por evaporação nos percentuais de 0,6% previsto na Portaria nº 283/1980 da ANP.

Afirma que o autuante considerou as saídas somente pelas notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e notas pequenas, assim como a evaporação, e ainda, não analisou a contabilidade da empresa, que por engano deixou de lançar algumas notas fiscais, mas que, o imposto já fora pago por antecipação de responsabilidade da distribuidora, com o imposto embutido no preço pago pelo revendedor, o que caracteriza bitributação.

Diz que a manipulação por parte do fisco estadual, da documentação e legislação da ANP é nula, visto que só existe convênio firmado a partir de outubro de 2003, o que compromete o tratamento desigual e macula o Auto de Infração sujeitando a nulidade. Alega que os demonstrativos elaborados pelo autuante são fantasiosos, sem levar em conta a legislação, e ter aplicado multa confiscatória.

Assevera que se as distribuidoras não pagaram o que seria devido, cabe ao Estado exigir o imposto das mesmas e não do revendedor que já pagou o imposto, presumido com percentuais acima dos valores praticados, violando a segurança jurídica, uma vez que, procura-se inverter a substituição por cobrar imposto de quem já pagou o tributo, sem considerar a capacidade contributiva, o que constitui um confisco.

Assegura que o RICMS/BA, não estabelece regra para que o comerciante tenha que consultar antes de comprar, para saber se o vendedor é legal, e portanto não se pode imputar responsabilidade solidária ao comprador, prevista no RICMS, visto que o fisco Estadual não pode desconhecer o disposto nos artigos 121 e 128 do CTN, exigindo imposto do revendedor que é de responsabilidade da distribuidora.

Atesta que, indo além do conteúdo expresso das leis, fere o princípio da igualdade e legalidade isonômica com a imposição de pagar duas vezes, uma por obrigação e outra por suposta

solidariedade. Faz citações dos tributaristas Alfredo Becker e Jonhson Barbosa, sobre o substituto tributário, retratando que a exigência do crédito tributário deve ser permeada por princípios de segurança e certeza, sob pena de ferir o patrimônio do particular que tenha a devida capacidade contributiva, não podendo imputar uma responsabilidade solidária não aplicável de produto adquirido com imposto já pago.

Alega que não houve violação dos dispositivos do RICMS, fato que, será neutralizado quando acatado pela justiça, sem considerar a legislação que regulamenta a revenda, como evaporação e aferição obrigatória por bico, desconsiderando os atos de boa fé do autuado que age dentro da legalidade, ou seja, compra mercadoria antecipada.

Ressalva que afastada a responsabilidade solidária, deve ser afastada a multa aplicada, atendo-se somente ao principal e aos juros moratórios, conforme disposto no art. 112 do CTN, com interpretação favorável e menos onerosa ao autuado, conforme disposto no art. 2º, § 2º do Decreto nº 7.629/1999.

Conclui afirmando que não pode o Estado exigir imposto que já foi pago por antecipação, e se devido seria da distribuidora que deveria responder pela sonegação e não o revendedor que agiu de boa fé. Requereu que lhe sejam deferidos todos os meios de prova de direito, com juntada de documentos, para que seja julgado improcedente à autuação, por um ato de justiça, e ainda, se procedente, por cautela seja descaracterizado a multa aplicando uma outra de caráter acessório prevista no RICMS.

Pedi também, que o Auto de Infração seja declarado nulo, por ter a autuação aplicado parte das normas da ANP que rege a matéria e que prejudica o autuado, desprezando aquelas que acobertaria omissão, falta de recolhimento e falta de antecipação, bem como, coloca a disposição do Fisco Estadual todos os livros e documentos para conferência e constatação de engano da autuação.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 278), diz que, nos demonstrativos que serviram de base para a autuação, as quantidades decorrentes de perdas por evaporação e as aferições das bombas de combustíveis não foram consideradas, gerando uma distorção nos valores encontrados. Afirma que, após alegações do autuado, foi feita nova inspeção nos livros e documentos fiscais da mesma, considerando as notas fiscais de entrada apresentadas, confirmados os valores apresentados nas diversas planilhas da defesa consolidado na fl. 250, e acata os argumentos apresentados, sugerindo aplicação das penalidades concernentes a omissão de entrada evidenciada nos demonstrativos apresentados pelo autuado.

A 2ª JJF na sala das Sessões do CONSEF, em 20 de maio de 2004, converteu o PAF em diligência a ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito, emita parecer conclusivo sobre a real omissão das mercadorias, objeto das auditorias de estoque, considerando as aferições e perdas comprovadas pelo registro no LMC e outros documentos apresentados na defesa. E ainda, que fosse fornecido ao sujeito passivo cópia dos novos elementos apresentados na diligência, e fosse concedido prazo de 10 (dez) dias para se manifestar caso quisesse, e da mesma forma o autuante.

O diligente da ASTEC/CONSEF, no Parecer nº 0167/2004, exarado nas fls. 284 e 285, atesta que “foi confirmado as correções dos estoques iniciais e finais apontados pelo autuado, assim como, as correções das entradas já acatadas pelo autuante” tendo consolidado nos demonstrativos às fls. 287 a 306, relativo a Diesel, Álcool, Gasolina, no que se refere a aferições, perdas, etc, tendo observado que o autuado somou as perdas em vez de deduzir das compras ou somar às saídas,

pelo critério da média mensal dos estoques diários e limitado a 0,6% do total, conforme disposto na Portaria DNC 283/80.

Esclarece que acostou ao processo apenas parte das fls. do LMC com estoques iniciais e finais, e as omissões de entrada e saída foram consolidadas em quantidades e valores do ICMS normal e antecipado através do regime de substituição tributária, e ainda, indicação das multas de caráter acessório pela não emissão de notas fiscais de mercadorias antecipadas, conforme demonstrativo da fl. 286.

O autuante tomou conhecimento do resultado da diligência, conforme documento da fl. 444, não tendo se manifestado.

Da mesma forma, a Inspetoria Fazendária notificou o autuado do resultado da diligência em 24/08/2004, conforme documento da fl. 445, o qual não se manifestou.

VOTO

Preliminarmente não acato o pedido de nulidade suscitado, pela alegação de que a manipulação por parte do fisco estadual, da documentação e legislação da ANP é nula, tendo em vista que, o autuante utilizou como suporte da autuação a escrituração do livro de Movimentação de Combustíveis, o qual é previsto no art. 324 do RICMS/BA, pelo ajuste SINIEF/1992 e ainda, estando portanto o lançamento de acordo com todas formalidades legais.

Quanto ao mérito verifico que se refere a uma infração decorrente de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto e fechado, realizado em estabelecimento vendedor de combustível.

Quanto à alegação defensiva de que os produtos objeto da autuação são enquadrados no regime de substituição tributária e o imposto foi pago pela distribuidora, entendo que não pode ser acatado tendo em vista que o roteiro de auditoria de estoques foi feita com base nos livros e documentos fiscais do estabelecimento do autuado e ficando comprovada a ocorrência de entradas não registradas, não há prova de que o imposto normal das mercadorias objeto da autuação tenha sido pago por parte do vendedor, o que caracteriza a responsabilidade solidária das infrações 01 e 03.

Por sua vez, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documento fiscal, não há comprovação de que o imposto foi efetivamente recolhido antecipado, o que descaracteriza o pressuposto da exigência do imposto em duplicidade e portanto devido o imposto exigido nas infrações 02 e 04.

Rejeito ao pedido de dispensa do pagamento das multas, pois as penalidades indicadas no Auto de Infração têm previsão na Lei nº 7.014/96 (art. 42), e este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

No que se refere, a erros do levantamento quantitativo, descon sideração de aferições e perdas como alegado, ressalto que a diligência fiscal procedeu às devidas correções, resultado que acato e considerando que o autuado não se manifestou após regularmente intimado, reconheceu tacitamente.

Dessa forma considero devido os seguintes valores: Infração 01 R\$2.917,46 e infração 02 R\$733,75.

Quanto às infrações 03 e 04 verifico que o diligente apurou omissão de saída das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não sendo devido o imposto exigido. Entretanto deve ser cobrado a multa de R\$50,00 nos termos do art. 157 do RPAF/BA, por descumprimento de obrigação acessória não prevista expressamente na legislação conforme disposto no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0020/03-1**, lavrado contra **CORESFIL COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.651,21**, acrescido da multa de 70% sobre R\$2.917,46 e 60% sobre R\$733,75, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei n.º 7.014/96, além de multa de **R\$50,00** prevista no art. 42, XXII da citada Lei e dos acréscimos legais.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR