

A. I. N° - 210432.0065/03-0
AUTUADO - CORESFIL COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL LTDA.
AUTUANTE - LUCIANO SILVA MORAES
ORIGEM - INFAZ/IGUATEMI
INTERNET - 08.11.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0431-01/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Restou comprovado que o contribuinte deixou de entregar arquivos magnéticos. Refeitos os cálculo em conformidade com a alteração introduzida pela Lei nº 9.159, de 09 de julho de 2004. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. 3. 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 terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Diligência fiscal saneadora possibilitou a redução do valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2003, no valor total de R\$116.810,22, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 1.000,00, decorrente do extravio de documentos fiscais, 200 jogos de notas fiscais identificadas na declaração acostada PAF à folha 09.
2. Multa no valor de R\$ 46.131,39, por deixar de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Refere-se ao período de janeiro de 2003 a setembro 2003, conforme disposto no art. 686, IV, “a” e § 1º, combinado com o § 2º, do art. 708-A e 708-B, do RICMS/97. Impossibilitando, dessa maneira, a aplicação de roteiros de Auditoria Fiscal de estoques, por ser contribuinte usuário de ECF.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$46.759,40, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados, relativo aos anos de 2001/2002.

4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$14.721,74, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados, relativos aos anos de 2001/2002.
5. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$6.401,82, 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, apurado através de levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, relativo ao ano de 2003.
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$1.795,87, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2003.

O autuado, às fls. 150/157, impugnou o lançamento tributário alegando que os produtos comercializados foram adquiridos junto a fornecedores regulares, estando os combustíveis enquadradas 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 quando: não tomou os números corretos do LMC, não observou corretamente os encerrantes; omitiu a existência de notas fiscais, apesar de apresentadas; lançou quantidades de combustíveis de maneira equivocada; não considerou o fechamento do estoque, tudo recaindo na lavratura do Auto de Infração.

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.

Alega que o demonstrativo de cálculo das omissões não tem sentido e deve-se a erro no levantamento, não considerando notas e que, por engano da contabilidade, deixaram de ser lançadas.

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

Salienta que o demonstrativo de cálculo das supostas omissões não tem sentido quando se tomam as notas não consideradas pela fiscalização e que foram emitidas em favor do autuado por fontes diversas, que por engano da contabilidade deixou de ser lançada, tendo anexado cópias das notas fiscais. 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.

Alega que a empresa não tem condição de detectar o problema com a distribuidora, cabendo ao Estado identificar e cobrar das mesmas que não tenham recolhido os tributos.

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 e da CF, para embasar seu argumento.

Às fls. 152 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.

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.

À folha 156, diz que o fisco estadual teria condições de armazenamento dos dados magnéticos, para fazer arquivo, por isso mesmo não havia, como não há, exigência do estado para fornecimento dos mencionados arquivos.

Acrescenta que a empresa até tentou entregar o que foi requisitado, porém o ECF não gera arquivos magnéticos.

Ao finalizar, requer a juntada posterior de documentos, a anulação ou improcedência da autuação e que seja intimado dos atos processuais.

O autuante, às folhas 172 e 173, ao prestar a informação fiscal, em relação à infração 1, aduz que inexistiu um contraditório quanto ao referido item da autuação. Pois o autuado não contestou o fato de ter extraviado os documentos fiscais identificados na declaração do próprio autuado, constante a folha 09, cabendo desta forma, a multa prevista no art. 42, inciso XIX da Lei 7.014/96.

Quanto à infração 02, esclarece que o contribuinte foi autuado porque, sendo usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD para escrituração de livros fiscais (Entradas, Saídas e apuração de ICMS) desde 28/08/2000 e utilizando ECF-IF desde 10/01/2000, deixou de entregar, à fiscalização, os arquivos magnéticos, quando regularmente intimado.

Ressalta que a Secretaria da Fazenda do Estado não obriga a utilização do sistema SEPD. Sendo essa uma opção do contribuinte, que passou a ficar sujeito às condições gerais e específicas para esse uso, imposta por Lei.

Assevera que o art. 683, do RICMS/97, estabelece a possibilidade de o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, sendo que, as condições específicas quanto à manutenção e ao fornecimento do arquivo magnético estão disciplinadas no art. 686, §5º, do mesmo regulamento, artigo que transcreveu o *caput*, o inciso I, IV, as alíneas “a”, “b” e “c” e os parágrafos 1º e 5º. Estando passível de lhe ser aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei 7014/97.

Salienta que o autuado declara em sua defesa, à fl. 10, que efetivamente não forneceu os arquivos magnéticos à fiscalização nos prazos regulamentares, apesar de regularmente intimado por cinco vezes, conforme cópias das intimações às folhas 07 e 08, razão pela qual consideração que a infração deve ser mantida.

Relativamente às infrações 03 a 06, os argumentos defensivos são desprovido de fundamentação legal, não merecendo fé e demonstrando o caráter protelatório da defesa, pois os demonstrativos do levantamento quantitativo de mercadorias referente ao período de 01/01/1998 a 24/09/2003 apresentados no processo estão de acordo com os livros e documentos apresentados pelo próprio autuado, onde foram levados em consideração todas as perdas, sobras e aferições registradas pelo autuado nos seus Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC, conforme pode ser confirmado através de consulta aos referidos livros e demonstrativos constantes às folhas 56, 58, 60, 76, 78, 80, 103, 106, 109, 123, 125, 140, 143 e 146 deste PAF, resultando na identificação de irregularidades e imputação das penalidades previstas na legislação.

Destacou que o próprio autuado é quem reconhece, repetidas vezes, em sua defesa que “... *pode ter havido engano do momento da escrituração...*” e “...*não considerado notas e que, por engano da contabilidade, deixou de ser lançadas..*”, (grifo do autuante).

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 242.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0087/2004 às fls. 244/247 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, assim concluiu:

“4 - CONCLUSÃO

Efetuada as devidas verificações como descrito acima, foram elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 359 / 361, ficando o débito reduzido de R\$69.678,83 (infrações 03 a 06) para R\$5.777,58.

Foi elaborado novo demonstrativo de débito para as infrações, conforme a seguir:
Infração 03

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vencto.</i>	<i>I C M S</i>
<i>31/12/2001</i>	<i>09/01/2002</i>	<i>358,45</i>
<i>31/12/2002</i>	<i>09/01/2003</i>	<i>2.525,52</i>
<i>T O T A L</i>		<i>2.883,97</i>

Infração 04

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vencto.</i>	<i>I C M S</i>
<i>31/12/2001</i>	<i>09/01/2002</i>	<i>92,15</i>
<i>31/12/2002</i>	<i>09/01/2003</i>	<i>759,20</i>
<i>T O T A L</i>		<i>851,35</i>

Infração 05

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vencto.</i>	<i>I C M S</i>
<i>24/09/2003</i>	<i>09/10/2003</i>	<i>1.585,67</i>
<i>T O T A L</i>		<i>1.585,67</i>

Infração 06

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vencto.</i>	<i>I C M S</i>
24/09/2003	09/10/2003	456,59
T O T A L		456,59

É a informação, S. M. J."

A INFAZ-Iguatemi, através das intimações de fls. 269/270, cientificou o autuado e autuante, para se manifestarem em relação ao Parecer da ASTEC.

Em sua nova intervenção às fls 272/273 dos autos, o autuado salienta que a revisão não considerou as perdas por evaporação e manipulação. Em seu entendimento, as diferenças encontradas deve-se à volatilidade dos combustíveis. Finaliza, ratificando a defesa e requerendo pela improcedência da autuação.

O autuante às fls. 283/284, em nova informação fiscal, diz que em relação às cópias reprográficas não autenticadas das notas fiscais apresentadas pela defesa e consideradas no Parecer ASTEC nº 0087/2004, acata o respeitável trabalho do revisor com a ressalva de que não sejam consideradas: a) NF 16.939, de 04/10/2002, referente à 5.000 litros de Álcool, por constar destinatário diverso do contribuinte autuado, identificado na respectiva nota o CNPJ nº 13.018.536/0080-52 e Inscr. Estadual nº 54.053.346 e b) NF 172842, de 28/11/2002, referente à 5000 litros de Óleo diesel comum, por constar apenas 5.000 litros de Óleo Diesel Aditivado.

Informa que, para facilitar a análise, anexou os novos demonstrativos do levantamento quantitativo.

O autuado, às 309/310, em nova manifestação fiscal sobre os demonstrativos que foram acostados pelo autuante, reiterou os argumentos das manifestações anteriores.

À folha 327, o autuante ressaltou que não existe fato novo na última manifestação do autuado, razão pela qual reiterou sua informação fiscal, contidas às folhas 235 a 238 e 283 a 304.

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.

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o autuante acostou ao PAF todos os demonstrativos, levantamentos e documentos que identificam com clareza as infrações, o infrator, a base de cálculo, o imposto reclamado e o enquadramento legal, tendo entregue cópias dos mesmos ao autuado, não se observando qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Da análise das peças que compõem o presente PAF, constato que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou 05 (cinco) irregularidades, as quais passo a analisar.

INFRAÇÃO 1 - Multa decorrente do extraviou de documentos fiscais. A infração encontra-se caracterizada, uma vez que o autuante acostou aos autos uma declaração do próprio sujeito passivo, informando que foram extraviados 200 jogos de notas fiscais.

INFRAÇÃO 2 - Multa, por deixar de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram sua leitura. Refere-se ao período de janeiro de 2003 a setembro 2003, conforme disposto no art. 686, IV, “a” e § 1º, combinado com o § 2º, do art. 708-A e 708-B, do RICMS/97. Impossibilitando, dessa maneira, a aplicação de roteiros de Auditoria Fiscal de estoques, por ser contribuinte usuário de ECF.

Em relação ao mérito da autuação, o art. 708-A, do RICMS/97, determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.

Assim, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do Livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário nos meses em que este for realizado. O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.

Na mesma forma, o art. 708-B estabelece que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação.

Logo, sendo o autuado autorizado ao uso do SEPD, encontra-se obrigado a entregar o arquivo magnético via internet, estando, ainda, obrigado a entregar ao preposto fiscal quando intimado, pois conforme determina o Art. 708-B, em seu § 2º, “O atendimento ao explicitado neste artigo não exclui a obrigação de que trata o artigo anterior e vice-versa.”

Saliento que o contribuinte foi intimado pelo autuante, por cinco vezes, para regularizar a situação, conforme documentos acostados ao PAF, porém não adotou qualquer providência para sanar a irregularidade sem aplicação da multa.

Logo, entendo que não resta qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento do autuante, pois não poderia ser aplicada outra multa, conforme alegou o autuado, uma vez que a consignada no Auto de Infração é a específica para a irregularidade apurada.

Entretanto, com a edição da Lei nº 9.159, de 09 de julho de 2004, em seu art. 1º, deu nova redação a alínea “g”, do inciso XIII-A, do art. 42, devendo ser aplicada a penalidade sobre o total das saídas.

Assim, entendo que a infração restou caracterizada, devendo o valor ser reduzido para R\$26.456,81.

INFRAÇÕES 3, 4, 5 e 6, 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 (Infrações 03 e 05), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infrações 4 e 6).

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 o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC não é um livro obrigatório, pois trata-se de 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, devendo os registros realizados pelo contribuinte representarem a sua real movimentação de combustível.

Em sua primeira peça defensiva o autuado apontou alguns equívocos do autuante, os quais reconheceu parcialmente as alegações defensivas. O PAF foi submetido à revisão fiscal por parte da ASTEC, tendo o diligente elaborado novos demonstrativos com as devidas correções, os quais foram encaminhados ao autuado e autuante para pronunciamento. O autuado reiterou os argumentos defensivos. Por sua vez, o autuante ressaltou que deveriam ser consideradas as seguintes notas fiscais: a) NF 16.939, de 04/10/2002, referente à 5.000 litros de Álcool, por constar destinatário diversos do contribuinte autuado, identificado na respectiva nota o CNPJ nº 13.018.536/0080-52 e Incr. Estadual nº 54.053.346 e b) NF 172842, de 28/11/2002, referente à 5000 litros de Óleo diesel comum, por constar apenas 5.000 litros de Óleo Diesel Aditivado.

Efetivamente, razão assiste ao autuante, pois conforme cópia da Nota Fiscal nº 16939, acostada ao PAF à folha 228, as mercadorias são destinadas a outro contribuinte. Já a Nota Fiscal nº 172842, folha 207, acoberta a mercadoria “Diesel Aditivado”, não podendo ser considerado no levantamento de “Diesel comum”

Assim, acato os demonstrativos elaborados pelo autuante após a revisão fiscal.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercício de 2001 a 2003 (infrações 3, 4, 5 e 6) 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”).

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento do auditor autuante, estando parcialmente caracterizadas as infrações 3, 4, 5 e 6, conforme abaixo:

Infração 03

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vento.</i>	<i>I C M S</i>
31/12/2001	09/01/2002	358,45
31/12/2002	09/01/2003	12.346,02
<i>T O T A L</i>		12.704,47

Infração 04

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vento.</i>	<i>I C M S</i>
31/12/2001	09/01/2002	92,15
31/12/2002	09/01/2003	3.838,19
<i>T O T A L</i>		3.930,34

Infração 05

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vento.</i>	<i>I C M S</i>
24/09/2003	09/10/2003	1.464,38
<i>T O T A L</i>		1.464,38

Infração 06

<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Vento.</i>	<i>I C M S</i>
24/09/2003	09/10/2003	421,87
<i>T O T A L</i>		421,87

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **210432.0065/03-0**, lavrado contra **CORESFI COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.521,06**, acrescido das multas de 70% sobre R\$14.168,85 e de 60% sobre R\$4.352,21, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$27.456,81**, prevista no art. 42, XIII-A, “g” e XIX, da mesma lei.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2004.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA– PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR