

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0012/03-0
RECORRENTE - COMERCIAL DE PETRÓLEO VERDES MARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0068-04/04
ORIGEM - INFRAZ CAMAÇARI
INTERNET - 29/07/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0246-12/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão recorrida. Corrigidos os valores do lançamento. Infração parcialmente subsistente. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A realização de operações mercantis, sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes, implica em penalidade, de acordo com a legislação tributária em vigor. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. Multa de R\$1.380,00, a teor do art. 42, XIII-A, "i", da Lei nº 7.014/96. Infrações parcialmente caracterizadas. Rejeitadas a alegação de nulidade e a solicitação de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$103.692,13, e multas no valor de R\$19.702,11, em razão das seguintes irregularidades, sendo as cinco primeiras apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. *Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$77.932,38, 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. Refere-se ao exercício fechado de 2002.*
2. *Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$24.320,17, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada*

de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se ao exercício fechado de 2002.

3. *Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração. Refere-se ao exercício aberto de 2003 e foi indicada a multa no valor de R\$50,00.*
4. *Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.055,59, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se ao exercício aberto de 2003.*
5. *Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$383,99, 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 de registro em sua escrita de entrada de mercadoria sujeita à substituição tributária. Refere-se ao exercício aberto de 2003.*
6. *Forneceu arquivo magnético, na forma do Convênio ICMS nº 57/95, fora do prazo previsto na legislação do ICMS. Foi indicada multa no valor de R\$19.652,11.*

O autuado apresentou Defesa, fls. 72 a 84, contestando todos os itens do Auto de Infração e o autuante prestou informação fiscal, fls. 88 e 89, mantendo integralmente a autuação.

O ilustre relator da Decisão recorrida, Dr. Álvaro Barreto Vieira, assim fundamentou o seu voto pela Procedência do Auto de Infração:

"Inicialmente, ressalto que o presente lançamento e seus demonstrativos não contêm nenhum vício capaz de inquiná-los de nulidade. Quanto à solicitação de diligência, indefiro a mesma com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, uma vez que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores.

Adentrando no mérito da lide, observo que as infrações 1 a 5 foram apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias e, em consequência, passo a analisá-las em conjunto.

As perdas de 0,6% decorrentes da evaporação de combustíveis, apesar de reconhecida por Portaria da ANP, não devem ser consideradas nas infrações 1, 2, 4 e 5, porque apenas serviriam para agravar as omissões de entradas apuradas pelo autuante nessas infrações. Ademais, o autuado, na sua condição de contribuinte do ICMS, deveria ter emitido nota fiscal para comprovar as alegadas perdas, o que não foi feito. Já na infração 3, a perda com gasolina e com diesel (período de 01/01/03 a 30/09/03) devem ser consideradas, porém, como as omissões apuradas nessa infração foram de saída, mesmo considerando os 1.777 litros (gasolina) e 1.058 litros (diesel) citados na defesa a infração permanecerá inalterada, pois ainda restará omissões de saídas de 106 litros de gasolina (1.883 – 1.777) e de 2.863 litros de diesel (3.921 – 1.058), o que justifica a aplicação da multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Quanto às aferições alegadas pelo autuado, ressalto que as mesmas são admitidas e reconhecidas pela legislação do ICMS, porém é fundamental que elas estejam lançadas no LMC e amparadas em nota fiscal comprobatória, uma vez que toda a operação de circulação de mercadoria deve ser respaldada na documentação fiscal exigida pela legislação do ICMS. No caso em lide, observo que as fotocópias do LMC do autuado, acostadas às fls. 11 a 17 dos autos, não registram nenhuma aferição e, além disso, o sujeito passivo não trouxe ao processo prova que as realizou, bem como não apresentou as notas fiscais de entradas que deveriam, obrigatoriamente, acobertar o retorno do combustível aos tanques.

Os alegados "arredondamentos" existentes no LMC, não restaram provados nos autos e não possuem base legal. Nesse ponto, é importante salientar que o LMC é um livro fiscal previsto

no art. 314, V, do RICMS-BA/97, e que, portanto, obedece, além das normas da ANP, as determinações da legislação tributária estadual.

Quanto às saídas acobertadas por cupons fiscais e por pequenas notas, as mesmas não ficam comprovadas no processo, sendo relevante salientar que as saídas consignadas nos levantamentos foram obtidas do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) do autuado. Se havia algum cupom ou pequena nota que não tinham sido escrituradas no LMC, cabia ao autuado provar esse seu alegado procedimento irregular.

Não acato o argumento defensivo de que os combustíveis já tiveram o imposto pago na fonte pelo regime de substituição tributária, pois essa alegação só é verdadeira quando a entrada do combustível está respaldada em documentação fiscal. No caso em lide, está comprovada a ocorrência de entradas de combustíveis desacompanhadas da devida documentação fiscal, portanto, não se pode afirmar que o imposto já foi pago por substituição tributária. Do mesmo modo, não se pode atribuir às distribuidoras a responsabilidade pelo pagamento do imposto como sugere o autuado, uma vez que as entradas de combustíveis ocorreram desacompanhadas de documentação fiscal.

Relativamente às alegações pertinentes às entradas de álcool (5.100 litros), de gasolina (263.200 litros) e de diesel (73.500 litros), as mesmas não podem ser acatadas, pois o autuado não indicou as notas fiscais não foram consideradas e não anexou aos autos nenhuma prova que amparasse o seu argumento defensivo.

No que tange aos estoques de álcool, referentes ao exercício aberto de 01/01/03 a 30/09/03, não assiste razão ao autuado, pois as quantidades consignadas no levantamento quantitativo estão corretas, tendo sido o estoque inicial de 1.417 litros obtido do seu livro Registro de Inventário (fl. 18 e 19), ao passo que o estoque final de 5.602 litros foi declarado pelo gerente do posto no Termo de Visita Fiscal (fl. 7).

Em face do comentado acima, estão corretos os levantamentos quantitativos efetuados pelo autuante e anexados às fls. 20 a 43, não carecendo os mesmos de reparos.

Considero, portanto, que as infrações 1 e 2 estão devidamente caracterizadas, uma vez que, no levantamento quantitativo referente ao exercício fechado de 2002, ficou caracterizada a ocorrência de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal. Nessa situação, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

As infrações 3, 4 e 5 estão devidamente caracterizadas, pois, no levantamento quantitativo referente ao exercício aberto de 01/01/03 a 30/09/03, ficou comprovada a ocorrência de entrada e de saída de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Sobre a omissão de entrada, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Já quanto à omissão de saída, é cabível a multa no valor de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Quanto à infração 6, ressalto que o artigo 708-A, do RICMS-BA/97, prevê que os contribuintes que utilizam Sistema Eletrônico de Processamento de Dados (SEPD) deverão entregar os arquivos magnéticos referentes ao movimento econômico de cada mês, dentro dos prazos previstos no citado artigo. Aquele contribuinte que obrigado a apresentar os arquivos magnéticos não o fizer, estará sujeito à multa prevista no art. 42, XIII-A, "g", da Lei nº 7014/96, equivalente a 1% do valor das operações ou prestações realizadas no período.

No caso em tela, constato que o autuado não nega que tenha deixado de apresentar os arquivos magnéticos citados na autuação no prazo regulamentar. Em sua defesa, o autuado chega a alegar que tal falta decorreu de um incêndio no escritório do seu contador, o que não elide a acusação.

A apresentação dos arquivos magnéticos, efetuada em 21/11/03, também não elide a autuação, pois ela não foi espontânea e só ocorreu em razão da intimação efetuada pelo autuante. Os autos provam que, até o início da presente ação fiscal, o autuado não tinha cumprido a sua obrigação tributária acessória prevista no art. 708-A do RICMS-BA.

Em face do acima, comentado, entendo que a infração está caracterizada e que é devida a multa exigida no lançamento.

Ressalto que as multas indicadas na autuação são as previstas na lei para as irregularidades imputadas ao atuado e não possuem o alegado caráter de confisco. Do mesmo modo, não é cabível a redução ou dispensa das multas, pois não estão presentes as condições necessárias para tanto. Por falta de amparo legal, não se pode exigir das distribuidoras as multas que foram aplicadas ao autuado, como sugere a defesa".

O recorrente interpõe Recurso Voluntário e, preliminarmente, protesta pela reabertura do prazo recursal, apontando vício insanável na notificação acerca do Acórdão recorrido, tendo em vista que fora remetida para o endereço de seu contador, que apesar de deter a condição propositorial sobre a empresa, não possui autorização para receber intimações em nome da empresa em seu endereço.

Suscita, também, a nulidade da Decisão por não constar nos autos a ciência do contribuinte em todos os demonstrativos elaborados pelo autuante, o que contraria o art. 46 do RPAF e transcreve o Acórdão JJF nº 0955/00 que julgou Nulo Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal, em face da falta de indicação dos critérios adotados na determinação da base de cálculo.

No mérito, relativamente às cinco primeiras infrações, resultante do levantamento quantitativo de estoques, sustenta que inúmeras notas fiscais, bem como, perdas devidamente registradas no LMC, não foram consideradas pelo autuante no seu levantamento. Aponta essas diferenças nos dois exercícios e sua repercussão nos demonstrativos de cálculo das omissões, ressaltando que essas alegações só não foram acatadas no julgamento de Primeira Instância porque os respectivos documentos fiscais não foram anexados à defesa, o que ora estava sendo feito.

Em relação à infração 6, impugna a multa aplicada, alegando que o autuante trata textualmente do cumprimento da obrigação fora do prazo, mas aplica a multa devida pela não entrega dos arquivos, transcrevendo a alínea "g" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Afirma que se alguma infração cometeu seria pelo descumprimento dos prazos para apresentação dos arquivos magnéticos em alguns meses, mesmo assim veio a apresentá-los antes de qualquer medida da Fazenda Estadual.

Salienta que junta cópia de todos os recibos de entrega dos arquivos Sintegra requeridos, provando que os mesmos foram entregues antes da conclusão da ação fiscal e das intimações do autuante provando que em nenhum momento o requerente foi solicitado a apresentar ao proposto fazendário dos referidos arquivos.

Aponta os quesitos a serem formulados, caso este Conselho de Fazenda entenda pela necessidade de realização de diligência.

Ao final, requer que o Auto de Infração guerreado seja considerado Improcedente e pede, ainda, a interferência da Douta Procuradoria do Estado se pronuncie sobre a legalidade do procedimento que estaria embasado em motivos falsos, inexistentes ou mesmo ilegítimos e, portanto, nulo.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria Fiscal que opinou pelo deferimento da diligência solicitada pelo recorrente.

Às fls. 292 a 295, o contribuinte apresenta aditamento ao Recurso Voluntário, no tocante à infração 6, encaminhado tabela elaborada com base nos documentos já anexados ao PAF, mencionando de forma analítica os períodos, números de protocolos de entrega, datas e horários de recepção e protocolo TED.

Reconhece que, ao contrário do que alegara anteriormente, havia sido intimado para apresentação de informações em meio magnético, posto que não tinha conhecimento da intimação por ter sido recebida pelo seu contador.

Salienta, no entanto, que no prazo para cumprimento da intimação, dia 21/11/2003, foram apresentados todos os arquivos remanescentes, descaracterizando o motivo que justificou a aplicação da medida fiscal.

Alerta que todos os arquivos magnéticos foram envidados, validados e criptografados em data anterior a apresentação da intimação fiscal, salvo quando apresentou declarações retificadoras e que inexiste uma segunda intimação efetuada pelo autuante.

Reitera que a multa aplicada diz respeito à não entrega dos arquivos, tornando-a inaplicável ao caso.

Esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em Pauta Suplementar, deliberou pela realização de diligência a ASTEC para esclarecer os pontos controversos, formulando as questões indicadas pelo próprio recorrente, em seu Recurso voluntário, a saber:

1. *O autuante durante o período de 2002/2003 deixou de considerar notas fiscais de entrada de combustíveis?*
2. *A inclusão de tais notas possui a capacidade de modificar os resultados apresentados?*
3. *A não consideração das perdas por evaporação pode modificar os resultados apurados?*
4. *Os demonstrativos apresentados pelo autuante estão corretos, sem a inclusão das inúmeras notas de fornecedores realizadas?*

Em resposta, a ASTEC apresenta o Parecer nº 0218/2004, assim respondendo as questões acima formuladas:

1. *Durante o período de 2002, o autuante deixou de considerar notas fiscais de entradas de combustíveis, as quais serão relacionadas abaixo. Já em relação ao exercício de 2003, não houve divergências em relação às entradas de mercadorias.*
2. *Sim, a inclusão das notas fiscais de entradas de mercadorias não consideradas pelo autuante teria a capacidade de modificar os resultados apurados, tendo em vista tratar a autuação de “**omissão de entradas de mercadorias**”.*
3. *Sim, a não consideração das perdas por evaporação poderia modificar os resultados apurados, em se tratando de omissão de entradas de mercadorias, as quais seriam consideradas como saídas de mercadorias aumentando, consequentemente, a referida omissão.*
4. *Os demonstrativos apresentados pelo autuante, sem a inclusão das notas fiscais de entradas de mercadorias acima relacionadas, não estariam corretos, pois estariam distorcendo os resultados apurados.*

O diligente informa que verificou a autenticidade das notas fiscais relacionadas e os seus lançamentos no livro de Registro de Entrada de Mercadorias.

Em conclusão, elaborou novo demonstrativo de estoque e novo demonstrativo de débito, reduzindo o valor das infrações 1 a 5 para R\$68,11.

O recorrente e o autuado foram devidamente intimados do resultado da diligência, porém não se manifestaram.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra.Sylvia Amoêdo, analisa o Parecer da ASTEC, ressalta a qualidade do trabalho, apontando a conclusão de que, efetivamente, as notas fiscais não foram

consideradas no levantamento do autuante e o novo levantamento efetuado pelo diligente corrigindo as distorções do primeiro realizado pelo autuante, ante a apresentação da documentação e argumentos.

Assim, opina pelo acatamento das conclusões da ASTEC e pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto para julgar Parcialmente Procedente a autuação.

VOTO

Verifico que em relação às infrações 1 a 5, a questão está esclarecida após a diligência realizada pela ASTEC, cumprindo determinação deste Conselho, tendo em vista o opinativo da Douta procuradora que analisando os argumentos e os documentos apensados pelo requerente, julgou prudente a revisão fiscal.

Eis que, o diligente verificando a autenticidade das notas fiscais de entradas de mercadorias relacionadas pelo recorrente e os respectivos lançamentos no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, considerou as entradas dos produtos e elaborou novo demonstrativo de estoque e novo demonstrativo de débito.

Assim, acolho integralmente o trabalho do revisor e o valor do débito para as infrações 1 a 5 fica reduzido para R\$68,11, conforme demonstrativo de débito de fl. 348.

Quanto à infração 6, o requerente contesta a multa aplicada, alegando que o autuante trata textualmente do cumprimento da obrigação fora do prazo, mas aplica a multa devida pela não entrega dos arquivos, transcrevendo a alínea “g” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

De fato, verifico nos autos que o contribuinte foi intimado em 19/11/2003, nos termos dos artigos 686 e 708-B do RICMS/97, para apresentar todos os arquivos magnéticos, no prazo de cinco dias e consta, também, no PAF os recibos dos envios dos referidos arquivos, em 21/11/2003.

Portanto o que se evidencia é que os arquivos foram entregues, embora fora dos prazos previstos na legislação, mas foi atendida a intimação do autuante, cabendo ao caso a aplicação da multa prevista no inciso XIII-A, “i”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 9.159/04, para a falta verificada, no valor de R\$1.380,00.

Dessa forma, entendo que a Decisão recorrida deve ser revista, acompanho o Parecer do Douto Procurador e, assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0012/03-0, lavrado contra **COMERCIAL DE PETRÓLEO VERDES MARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$68,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16,35 e 70% sobre R\$51,76, previstas no art. 42, II, “d” e II, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais as multas nos valores de **R\$1.380,00** e **R\$50,00**, previstas no art. 42, XIII-A, “i” e XXII, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS