

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0005/04-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AUTO POSTO PANTANAL LTDA. (BR POSTO PANTANAL)
RECORRIDOS - AUTO POSTO PANTANAL LTDA. (BR POSTO PANTANAL) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0265-02/05
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 20/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0443-12/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está provado que a empresa adquiriu mercadorias sem documentos fiscais. Assim sendo, assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem comprovação de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (GASOLINA E ÁLCOOL). A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, por erros do levantamento fiscal. Débito reduzido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. **b)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração parcialmente comprovada, sendo excluída nota fiscal em duplicidade. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Infração mantida com adequação da multa aplicada. Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Mantidas as decisões. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de infração foi lavrado para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$209.037,86, em razão das seguintes irregularidades, sendo as oito primeiras apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (combustíveis) em exercícios fechados:

1. [infrações 1, 3, 5 e 7] Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.
2. [infrações 2, 4, 6 e 8] Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
3. [infração 9] Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Foi indicada multa de 1%, no valor de R\$9.175,34.
4. [infração 10] Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi indicada multa de 10%, no valor de R\$437,82.
5. [infração 11] Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.090,70, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.
6. [infração 12] Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado. Foi indicada a multa no valor de R\$500,00.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente e, em seguida, o processo foi convertido em diligência à ASTEC para o atendimento das seguintes solicitações: que fosse verificada a autenticidade das cópias das notas fiscais acostadas às fls. 1.022/1.106; caso comprovada a autenticidade desses documentos, que fossem incluídos no levantamento de estoques; que fosse feito o demonstrativo de débito, caso necessário.

A ASTEC emitiu o Parecer de nº 0050/2005 (fls. 1.122 a 1.124), afirmando que as notas fiscais apresentadas na defesa foram emitidas pela Petrobrás Distribuidora S.A., tendo como destinatário o autuado. Disse que retificou os levantamentos quantitativos e aplicou o disposto na Portaria nº 445/98 e, em conseqüência, o valor total das infrações 1, 2, 7 e 8 passa a ser de R\$ 9.204,79, consoante demonstrativo que elaborou.

O autuado foi notificado do resultado da diligência, porém não se pronunciou.

Instada a se pronunciar, a autuante afirmou que, embora a diligência tenha constatado que as notas fiscais foram emitidas e registradas pela Petrobrás, não ficou comprovado que o combustível tenha sido descarregado no estabelecimento do autuado. Salientou que não há provas capazes de modificar o primeiro levantamento quantitativo.

Ao proferir o seu voto, a ilustre relatora ressaltou que em momento algum o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de infração foi cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, tendo o autuado recebido cópia dos papéis de trabalho que originaram o lançamento, conforme declaração do contribuinte constante à fl. 7.

No mérito, a relatora acatou o resultado da diligência efetuada pela ASTEC e julgou procedentes em parte as infrações 1, 2, 7 e 8. Por seu turno, as infrações 3, 4, 5 e 6 permaneceram inalteradas.

A exigência fiscal referente à infração 9 foi mantida, pois não foi contestada.

A infração 10 foi julgada procedente em parte, excluindo-se da autuação o valor referente à Nota Fiscal nº 648821, a qual a autuante reconheceu que foi lançada em duplicidade.

A infração 11 foi julgada procedente, ao passo que a infração 12 foi mantida com a retificação da multa aplicada, de R\$500,00 para R\$270,00.

Considerando que o montante da desoneração do autuado ultrapassava o valor previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0265-02/05 deve ser reformado, conforme relatado a seguir.

Diz que, na lavratura do Auto de infração, não foram obedecidos os requisitos legais atinentes ao processo administrativo fiscal. Para embasar sua alegação, transcreve doutrina e o art. 10 da Lei nº 70.235/72. Também afirma que o Auto de infração é nulo, pois foi lavrado por servidor público incompetente, já que o autuante não comprovou a sua condição de contador inscrito no CRC.

Ao adentrar no mérito, o recorrente afirma, em relação às infrações 1 e 2, que o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) não é livro contábil, é exigido apenas pela Agência Nacional de Petróleo (ANP) e nada tem a ver com a SEFAZ-BA. Diz que o ICMS devido já foi recolhido no momento da compra das mercadorias na distribuidora. Solicita que seja informado qual o dispositivo legal que faz referência ao LMC como sendo um livro contábil.

Quanto às infrações 3 a 6, diz que na defesa juntou cópia de notas fiscais que comprovam o recolhimento do ICMS no momento da compra das mercadorias e, no entanto, a 2ª JJF não se pronunciou sobre os documentos acostados ao processo. Salienta que, mais uma vez, junta ao processo cópia de documentos capazes de comprovar sua alegação. Solicita a realização de perícia, caso haja dúvida quanto à originalidade dos documentos, já que a ASTEC só considerou parte deles. Aduz que, se uma parte dos documentos foi acolhida, deveria ser acolhida a totalidade dos documentos, para que houvesse uniformidade nos procedimentos e não ocorresse cerceamento de defesa.

No que tange às infrações 7 e 8, o recorrente limita-se a transcrever as acusações que lhe foram feitas, sem apresentar qualquer argumentação.

Relativamente à infração 9, o recorrente admite ter ocorrido falha na sua escrituração, porém discorda da pena aplicada, a qual diz ser confiscatória. Pede que seja recalculada a multa.

Quanto à infração 11, diz que os créditos fiscais em questão foram objeto do Processo Administrativo nº 110218/2001-0, cuja cópia está anexada aos autos. Frisa que apenas antecipou o uso do crédito fiscal, pois seu entendimento era divergente do da SEFAZ-BA. Aduz que como tal fato já foi objeto de outro processo administrativo, a Decisão coloca fim ao processo e veda nova discussão a respeito do mesmo fato, pois já se tornou “coisa julgada”.

Em relação à infração 12, diz que a omissão não foi proposital, já que os LMCs foram perdidos quando da reforma de seu depósito. Sustenta que não está obrigado a fazer prova contra si.

Ao concluir, o recorrente sintetiza os argumentos já relatados acima, solicita a realização de diligência, pede a anulação do processo administrativo fiscal e impugna todos os valores exigidos na autuação. Protesta por todos os meios de prova admitidos.

Ao exarar o Parecer de fl. 1396, o ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois entende que o conjunto probatório acostado aos autos comprova as infrações imputadas no presente lançamento, não se desincumbindo o recorrente de fazer prova contrária aos fatos.

VOTO

Apreciando o Recurso Voluntário, inicialmente afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, pois o presente lançamento foi efetuado em perfeita consonância com a legislação tributária pertinente. As exigências processuais previstas no Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, foram observadas. A descrição das infrações imputadas ao autuado é satisfatória e, além disso, o Auto de infração está acompanhado de demonstrativos, cujas cópias foram entregues ao recorrente, que permite o exercício do direito de defesa. Ressalto que o Auto de infração foi lavrado por auditor fiscal pertencente ao quadro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo, nos termos do art. 107, § 2º, do Código Tributário do Estado da Bahia, autoridade administrativa competente para efetuar o lançamento de ofício. Ademais, o cargo de auditor fiscal não é privativo de contador, como equivocadamente tenta fazer crer o recorrente.

Com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para o deslinde das questões, conforme demonstrarei ao abordar o mérito das infrações que integram o lançamento tributário.

Ao adentrar no mérito, ressalto que o LMC é um livro fiscal obrigatório, previsto no art. 314, V, do RICMS-BA. De acordo com o art. 324 do RICMS-BA, o “*Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), conforme modelo por ele aprovado, destina-se ao registro diário a ser efetuado pelos postos revendedores de combustíveis (Ajuste SINIEF 1/92)*”. Dessa forma, considero ultrapassadas as alegações recursais sobre a validade do LMC, bem como sobre a possibilidade de o fisco estadual utilizar os dados escriturados nesse livro para fins de aferição do recolhimento do ICMS.

Quanto às infrações 1 a 8, as quais tratam da falta de recolhimento do imposto em razão de omissão de entradas de mercadorias (combustíveis), tendo sido as irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques em exercícios fechados, saliento que não se pode dizer que o imposto em questão já estava pago desde o momento da aquisição das mercadorias nas distribuidoras, pois os levantamentos quantitativos de estoques efetuados detectaram omissões de entradas de combustíveis, isso é, entradas de mercadorias desacompanhadas da devida documentação fiscal. Nessa situação, não há como se saber se o imposto foi efetivamente pago quando da aquisição das mercadorias.

As notas fiscais apresentadas na defesa e acostadas às fls. 1022 a 1106 foram todas incluídas nos levantamentos quantitativos de estoques pela diligenciadora da ASTEC, conforme se pode comprovar no demonstrativo de fls. 1125 a 1126. Por seu turno, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal ratificou integralmente o procedimento da ASTEC. Desse modo, vê-se que não possui qualquer fundamento a alegação recursal de que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal não se pronunciou sobre os documentos acostados ao processo ou que foram utilizados dois pesos e duas medidas no deslinde das questões.

Em face do comentado acima, entendo que as alegações recursais referentes às infrações 1 a 8 não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Quanto à infração 9, a multa indicada na autuação está correta, não possui o alegado caráter de confisco e encontra-se prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7014/96, portanto, foi acertada a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

No que tange à infração 11, os documentos acostados ao processo comprovam que as mercadorias eram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e, em consequência, era vedada a utilização do crédito fiscal correspondente. Alega o recorrente que os créditos fiscais foram objeto do Processo Administrativo nº 110218/2001-0. Examinando os documentos acostados pelo recorrente (fls. 1387 a 1389), constato que neles não há prova de que a utilização do crédito fiscal pleiteado tenha sido deferida. Além disso, considerando que a utilização dos créditos fiscais em questão ocorreu durante o exercício de 1999 e que o citado processo data de 2001, foi correto o procedimento da autuante. Não vejo como se acolhida a alegação recursal de que o processo citado pelo recorrente já tenha se tornado “coisa julgada”, pois o processo é posterior à autuação e não há prova de que ele tenha sido deferido. Dessa forma, foi correta a Decisão da Primeira Instância, pois na época o recorrente não podia utilizar os créditos fiscais.

Em relação à infração 12, também foi correta a Decisão da Primeira Instância, pois a infração está caracterizada e, nos termos do art. 911, § 1º, do RICMS-BA, “a responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 1, 2, 7, 8, 10 e 12, observo que a Decisão recorrida está correta e não merece reparo, conforme passo a me pronunciar.

A Decisão recorrida, relativamente às infrações 1, 2, 7 e 8, está respaldada em documentação acostada ao processo e em diligência efetuada pela ASTEC. As alegações da autuante não modificam a correção feita pela diligenciadora, pois as notas fiscais foram emitidas em nome do autuado e, além disso, não restou comprovado pela autuante que as mercadorias tenham sido entregues em outro posto de combustível da mesma rede.

Quanto à infração 10, a parte sucumbente decorre da retificação do equívoco referente à Nota Fiscal nº 648821, erro esse que foi reconhecido pela própria autuante na informação fiscal.

No que tange à infração 12, a retificação da multa pela Primeira Instância foi acertada, pois o que restou comprovado foi a não apresentação de documentos fiscais, apesar de ter sido o recorrente intimado por duas vezes.

Em face do acima comentado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de infração nº **206951.0005/04-5**, lavrado contra **AUTO POSTO PANTANAL LTDA. (BR POSTO PANTANAL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$152.767,16**, sendo R\$151.311,43, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$70.502,54 e 60% sobre R\$80.808,89, previstas no art. 42, III, II “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$1.455,73, acrescido das multas de 70% sobre R\$976,51 e 60% sobre R\$479,22, previstas no art. 42, III, e II “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$9.849,98**, sendo R\$8.804,98, atualizado monetariamente, previstas no art. 42, IX, e XI, da Lei nº 7.014/96, e R\$1.045,00, previstas no art. 42, IX, XI, e XX, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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