

A. I. Nº - 206977.0009/04-0
AUTUADO - AUTO POSTO CENTRAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO COUTO FERREIRA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
INTERNET - 07/04/2005

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-03/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO, GASOLINA E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Foi refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/2004, refere-se à exigência de R\$29.635,55 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$90,00, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, referente aos produtos gasolina e diesel, no exercício de 2001, sendo aplicada a multa de R\$40,00.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$21.799,06, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 2002 e 2003.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$6.750,27, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 2001, 2002 e 2003.
4. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, referente ao produto gasolina, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004, sendo aplicada a multa de R\$50,00.
5. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$831,40, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias

sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004.

6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$254,82, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004.

O autuado apresentou tempestivamente impugnação às fls. 73 a 75 dos autos, informando inicialmente que reconhece parcialmente as infrações indicadas na autuação fiscal, alegando em relação à parte não acatada, que apresenta as notas fiscais de entradas de gasolina, de números 24887 e 30934, que não foram incluídas no levantamento fiscal, num total de 7000 litros. Também anexou aos autos a Nota Fiscal de Entrada nº 27106, referente a 3.000 litros de diesel, alegando que o mencionado documento fiscal não foi incluído pelo autuante. Em relação ao álcool, disse que, devido ao extravio das notas fiscais de números 5127, de 16/09/2002, (4000 litros) e 5166, de 02/10/2002, (3.200 litros), não foi possível a solicitação da segunda via, por isso, apresenta o livro Registro de Entradas do mês de setembro de outubro de 2002, onde foram escriturados os citados documentos. O defensor alegou também, que houve extravio das notas fiscais 5227, de 04/10/2002 e 5110, de 27/11/2002 emitidas pela empresa Sampaio Com. Lubrificantes e Derivados. Pede que sejam consideradas as entradas dos combustíveis, ressaltando que não foi possível emitir a segunda via dos documentos fiscais porque a empresa emitente não existe mais. O mesmo argumento foi apresentado em relação às NFs 5186, 4771, 4886 e 4825, num total de 17.000 litros de álcool referentes ao exercício de 2003. Declarou às fls. 73/74 as quantidades e valores que reconheceu como devidos, referentes aos exercícios fiscalizados.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 96 dos autos, esclarecendo que as notas fiscais de aquisição cujas fotocópias o autuado anexou ao presente processo, não foram apresentadas durante a realização dos trabalhos de fiscalização, por isso, não foram computadas no levantamento fiscal. Disse que acata o pedido de revisão fiscal relativamente às notas fiscais de números 24887 (fl. 78) 30.934 (fl. 76) e 27.106 (fl. 22); não concorda com a inclusão das NF 5127 (fl. 74) por falta de apresentação do documento fiscal; e ressaltou que a nota fiscal 5166 (fl. 74) já foi lançada no levantamento fiscal. Quanto às NFs 5227, 5110, 5138, 5186, 4771, 4886 e 4825 (fls. 74 e 75) disse que são inidôneas, considerando que foram emitidas após o cancelamento da inscrição estadual do emitente. Por fim, requereu a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Considerando a alegação defensiva de que foram identificadas notas fiscais não consideradas no levantamento fiscal, fato reconhecido em parte pelo autuante, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de Origem para o autuante refazer os cálculo; incluir as notas fiscais de entradas apresentadas pelo contribuinte, acatadas na informação fiscal, e elaborar novo demonstrativo de débito.

Em atendimento ao solicitado, o autuante anexou aos autos os demonstrativos de fls. 101 a 104, alterando o total do imposto exigido para R\$24.589,58, tendo sido também alterada a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, para R\$140,00.

Intimado a tomar conhecimento dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, o sujeito passivo apresentou nova manifestação, fls. 107 a 116, aduzindo que:

1 – Os produtos comercializados foram adquiridos junto às distribuidoras, e o Fisco entendeu que os emitentes de diversas notas fiscais estariam com a inscrição estadual cancelada, fato que tomou conhecimento a partir desta autuação fiscal.

2 – O posto revendedor não tem condições de detectar problemas com o cadastro da distribuidora (Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados Ltda.), e o agente fiscalizador tem condições de fazer consultas no terminal de computador, ou por sistema integrado de informações. Argumentou que o Estado permitiu que a mencionada distribuidora entrasse no mercado; autorizou a impressão de documentos fiscais; a Agência Nacional de Petróleo (ANP) também autorizou o seu funcionamento, bem como o município onde teria a sede da empresa. Por isso, o autuado entende que não pode ser responsabilizado, e a lavratura do presente Auto de Infração foi inconseqüente, haja vista que os livros de Entradas de Mercadorias atestam a omissão da fiscalização.

3 – Não houve qualquer fato que ensejasse a presunção de sonegação, considerando que as distribuidoras tinham autorização da ANP para funcionar, houve desleixo da Administração Pública, e a fiscalização sequer levou em consideração a perda de 0,6% em razão da evaporação, conforme previsto na Portaria 283, de 02/06/1980. Além disso, a fiscalização considerou somente as saídas efetuadas com notas fiscais, e não incluiu no levantamento fiscal os cupons fiscais e as pequenas notas, e a simples análise na contabilidade permite constatar o engano cometido. Assim, entende o defendant que os livros de Entradas, o Livro de Movimentação de Combustível (LMC) e as notas fiscais atestam a omissão da fiscalização.

3 – Não se pode imputar responsabilidade ao Posto Revendedor que já pagou antecipadamente o imposto, e o Estado não pode violar a segurança jurídica e a capacidade contributiva, realizando verdadeiro confisco.

4 – O RICMS-BA não diz expressamente que o autuado teria obrigação de consultar as informações cadastrais antes de realizar a compra, não podendo imputar responsabilidade solidária ao autuado, haja vista que no caso em comento a responsabilidade é da distribuidora que já embute no valor da venda ao posto revendedor o valor do ICMS, por expressa determinação legal, e o disposto no art. 128, do CTN não poderia ser desprezado pelo Fisco Estadual. O Estado está exigindo novamente o tributo sob a alegação de que não houve o recolhimento, constituindo verdadeira bi-tributação.

5 – Quanto à substituição tributária, cita ensinamentos do tributarista Alfredo Augusto Becker, e do Prof. Johnson Barbosa Nogueira. Ressalta que o presente Auto de Infração macula princípios constitucionais e intraconstitucionais, e se por absurdo, for descartada a possibilidade de afastamento da responsabilidade por solidariedade do autuado, deve-se considerar que a antecipação seria da distribuidora, e se afastar a multa aplicada, exigindo o principal e os juros moratórios. Quanto a esse argumento, cita o art. 112, do CTN. Por fim, ratifica a impugnação inicialmente apresentada, requer a improcedência do Auto de Infração em lide, e se não for considerado improcedente, que se descharacterize a multa aplicada; que seja oficiada a ANP para comprovação da autorização do funcionamento da empresa que vendeu os produtos ao Posto Revendedor.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 128/129), dizendo que é uma inverdade a alegação do autuado de que a SEFAZ não disponibiliza a consulta da situação cadastral dos contribuintes através da internet. Quanto à evaporação, alegada pelo autuado, disse que se fosse considerar tal situação acarretaria maior omissão de entradas. Informou que a apuração do imposto foi baseada nas informações constantes nos LMCs, nos quais foram registradas as leituras diárias dos contadores das bombas de combustíveis, sendo o mencionado livro uma exigência da ANP. Por isso, entende que não foi aplicada nenhuma legislação estranha à SEFAZ-BA. Disse, ainda, que não se pode falar em bi-tributação pelo fato de estar exigindo imposto sobre entradas de combustíveis desacompanhados de documentação fiscal, ou com documento inidôneo,

conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto por parte do fornecedor. Pede a manutenção integral do presente Auto de Infração.

Considerando a alegação defensiva de que foram identificadas notas fiscais não consideradas no levantamento fiscal, fato reconhecido parcialmente pelo autuante, o presente processo foi convertido em diligência à Infaz de Origem para o autuante refazer os cálculos, devendo incluir as notas fiscais de entradas apresentadas pelo contribuinte e acatadas na informação fiscal, e elaborar o demonstrativo de débito.

O autuante refez os cálculos acatando parcialmente as provas acostadas aos autos, conforme novos demonstrativos às fls. 101 a 104 do PAF.

Intimado a tomar conhecimento quanto aos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, o autuado apresentou nova manifestação, contestando os cálculos do autuante, alegando:

- a) que não se pode imputar responsabilidade ao Posto Revendedor que já pagou o imposto antecipadamente, e neste caso a responsabilidade é da distribuidora;
- b) que não foi levada em consideração a perda de 0,6%, em razão da evaporação;
- c) que foram consideradas somente as notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e as pequenas notas, “tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo falta de recolhimento, sem conta a evaporação”.

VOTO

O presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 2001 a 2003 e 2004 (exercício aberto), sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, além da multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, relativamente às diferenças encontradas.

Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que constatou inconsistências, por isso, o deficiente juntou aos autos, photocópias de notas fiscais e declarou as quantidades e valores que considerou como devidos.

Em decorrência das alegações apresentadas pelo autuado, o autuante refez os cálculos acatando parcialmente as provas acostadas aos autos, conforme novos demonstrativos às fls. 101 a 104 do PAF, e o autuado foi intimado a tomar conhecimento quanto aos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, tendo apresentado nova manifestação, na qual impugnou os cálculos do autuante, alegando: a) que não se pode imputar responsabilidade ao Posto Revendedor que já pagou o imposto antecipadamente, e neste caso a responsabilidade é da distribuidora que já embute no valor da venda ao posto revendedor o valor do ICMS, por expressa determinação legal; b) que não foi levada em consideração a perda de 0,6%, em razão da evaporação; c) que foram consideradas somente as notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e as pequenas notas, “tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo falta de recolhimento, sem conta a evaporação”.

Quanto à alegações defensivas, faço os seguintes comentários:

- não merece prosperar a alegação defensiva de que, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não é devido o imposto, haja vista que foi apurada omissão de entradas, e não ficou comprovada a origem das mercadorias,

inexistindo conseqüentemente, comprovação do recolhimento do imposto normal e antecipado, e na apuração de omissão de saídas foi aplicada apenas a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória.

- quanto à evaporação, de acordo com as Portarias 283/80 e 26/92, expedidas pelo CNP, as variações relativas às perdas por evaporação são calculadas sobre o estoque físico médio registrado nos LMCs. Concordo com o posicionamento do autuante de que, se fosse considerar tais perdas acarretaria maior omissão de entradas..
- o autuante considerou os totais de abertura e fechamento dos encerrantes de cada bico, na apuração das quantidades de saídas dos combustíveis, conforme demonstrativo às fls. 39 e 40, e não ficou comprovado pelo autuado erro em relação às quantidades consignadas no mencionado demonstrativo. Portanto, não procede a alegação defensiva de que não foram considerados cupons ou computadas as notas fiscais de saídas, de forma equivocada.
- relativamente às notas fiscais de aquisição emitidas pela empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., as quantidades de combustíveis a elas correspondentes não foram consideradas no levantamento fiscal por dois motivos: a) NFs de nºs 5127 e 5138 não foram apresentadas pelo autuado, sendo alegado extravio dos documentos fiscais, inexistindo assim, comprovação das aquisições; b) as NFs de nºs 5186, 4771, 4886 e 4825, foram emitidas durante o exercício de 2003, quando a inscrição estadual do remetente já estava cancelada, de acordo com Informações do Contribuinte (INC), nesta SEFAZ, constando que o cancelamento ocorreu em 23/10/2002. Portanto, entendo que não devem ser computadas as quantidades de combustíveis consignadas nos documentos fiscais em análise, por não ficar comprovada a entrada física dos produtos no estabelecimento autuado e as notas fiscais serem consideradas inidôneas, consoante o art. 209, VII, “b”, do RICMS/97.
- Quanto às demais notas fiscais (24887, 30934 e 27106), reclamadas pelo defensor, as respectivas quantidades foram incluídas no levantamento fiscal pelo autuante, que acatou as razões defensivas e refez os cálculos, conforme demonstrativos às fls. 101 a 104 do PAF.

Acatando o resultado da revisão efetuada pelo autuante, concluo que infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Infrações 01 e 04: Considerando que foram apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei 7.014/96, art. 42, inciso XXII. AUTUANTE TAMBÉM LANÇOU MULTA EM 2004 no demonstrativo da revisão efetuada.
- Infrações 02 e 05: Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- Infrações 03 e 06: É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Assim, considerando que a exigência fiscal foi elidida parcialmente pelo autuado, fica alterado o imposto exigido para R\$24.589,58, e a multa de R\$140,00, conforme demonstrativo à fl. 101.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206977.0009/04-0, lavrado contra **AUTO POSTO CENTRAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$24.589,58**, acrescido da multa de 70% sobre R\$18.746,34, e 60% sobre R\$5.843,24, previstas no art. 42, incisos II, III e alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2005

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR