

A. I. N° - 207160.0009/03-3
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS BEIRA MAR LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 16/06/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0197-01/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A infração está caracterizada, porém a multa deve ser aplicada pela irregularidade apurada, e não por cada um dos exercícios onde a irregularidade tenha sido contatada. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração não caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/03, exige ICMS no valor de R\$ 18.615,68 e impõe multas no valor de R\$ 100,00, em decorrência das seguintes irregularidades apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração. Refere-se ao exercício fechado de 2002 e foi indicada a multa no valor de R\$ 50,00.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração. Refere-se ao exercício aberto de 2003 e foi indicada a multa no valor de R\$ 50,00.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 4.334,25, 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 aberto de 2003.
4. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 14.281,43, 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 aberto de 2003.

O autuado apresentou defesa, fls. 71 a 81, argumentando que os produtos constantes nos levantamentos quantitativos foram adquiridos de fornecedores regulares, conforme comprovam a escrituração contábil e o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC. Frisa que o autuante apurou números irreais, bem como desconsiderou que as mercadorias foram tributadas pelo regime de substituição tributária. Aduz que pode ter havido simples engano no momento da contabilização dos documentos

fiscais, cabendo apenas multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido na fonte. Salienta que não foram consideradas as perdas de 0,6% decorrentes de evaporação, as aferições realizadas e as saídas acobertadas por cupons fiscais e por “pequenas notas”.

Após afirmar que o fato gerador do imposto ocorreu quando o produto saiu da distribuidora, o defendente assevera que os levantamentos quantitativos contêm os seguintes equívocos, conforme documentação e planilhas acostados às fls. 82 a 125: a) relativamente ao álcool, diz que houve erro na contabilização; b) no que se refere a óleo diesel, afirma que o autuante considerou números inexistentes, não observou as perdas e não computou notas fiscais; c) no que tange a gasolina, diz que houve erro na contabilização.

Assegura que a manipulação, pela Fazenda do Estado da Bahia, de documentação regida pela legislação da Agência Nacional de Petróleo é nula, quando anterior ao Convênio firmado em 02/10/03. Aduz que existem arredondamentos no LMC que não foram considerados na ação fiscal. Afirma que não há fato que sustente a autuação, que os demonstrativos elaborados pelo autuante são fantasiosos e que não foi observado o que estabelece a legislação da revenda de combustíveis. Tece comentários sobre perdas decorrentes de evaporação e sobre aferições.

De acordo com o autuado, a presente exigência fiscal é injustificável e ilegal, pois o pagamento de imposto e da multa seria de responsabilidade da distribuidora. Diz que a exigência do tributo do autuado é uma bi-tributação. Assevera que cumpriu sua obrigação e não pode ser penalizado sob fundamento de existência de solidariedade, que somente poderia ser argüida se o ICMS não tivesse sido antecipado. Alega que o Estado não poderia ir além do conteúdo expresso nas leis tributárias, desconsiderando os princípios da segurança jurídica e da capacidade contributiva, para exigir um novo pagamento do ICMS, quando a própria norma determinou que o imposto fosse pago por antecipação tributária. Cita os artigos 128, do Código Tributário Nacional, e 5º, II, da Constituição Federal, bem como transcreve doutrina para embasar suas alegações.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado diz que, caso seja descartada a possibilidade de afastamento da sua responsabilidade por solidariedade, ter-se-ia que considerar que a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto, bem como a antecipação, seria da Distribuidora e, assim, deve ser afastada a multa, mantendo-se o principal e os juros moratórios.

Ao finalizar, requer que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito e que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Solicita que, caso o lançamento venha a ser mantido, que a multa indicada seja descaracterizada. Requer que seja intimado para se pronunciar sobre todos os atos especialmente sobre a impugnação a ser apresentada pelo autuante.

Na informação fiscal, fls. 141 a 145, o autuante, após historiar o processo, transcreve o § 1º do artigo 1º da Portaria nº 283/80, do antigo CNP, e o § 5º do artigo 356 do RICMS-BA/97.

Referindo-se ao levantamento quantitativo de 2002, explica que, em razão do incêndio comunicado à INFAZ Bonocô (fls. 34 a 40), considerou as notas fiscais de entradas referentes aos exercícios de 2000 e 2001, no exercício de 2002, uma vez que não era possível determinar as quantidades vendidas até 31 de dezembro de 2000 e de 2001. Diz que não houve prejuízo para o contribuinte, pois foi considerada toda a quantidade acumulada nas bombas até 31/12/02, computando as vendas ocorridas em 2000 e em 2001. Aduz que, como a empresa começou a funcionar em 2000, o estoque inicial era zero.

Quanto ao exercício aberto de 2003, diz que a Portaria nº 283, do antigo CNP, autoriza a inclusão das perdas de 0,6% decorrente de evaporação, porém não obriga a utilização do referido índice, ficando a critério da empresa o uso dessa prerrogativa. Explica que o RICMS/97, no seu art. 356, § 5º, reconhece a ocorrência de perdas, contudo exige que seja emitida a nota fiscal correspondente. Assevera que foram consideradas todas as notas fiscais referentes a perdas por evaporação, conforme demonstrativos às fls. 24/25 e 26/27. Acata as alegações defensivas pertinentes às notas fiscais mencionadas nos

demonstrativos anexados às fls. 94 e 121 e acostadas às fls. 95 e 122 a 125. Às fls. 146 a 161, elaborou novos demonstrativos, onde apurou um débito tributário total de R\$ 10.921,05, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR DO AUTO DE INFRAÇÃO	AJUSTE	VALOR AJUSTADO
1	31/12/2002	50,00	-	50,00
2	19/09/2003	50,00	-	50,00
3	19/09/2003	4.334,25	-	4.334,25
4	19/09/2003	14.281,43	7.794,63	6.486,80
TOTAL				10.921,05

A INFAZ Bonocô entregou cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos ao autuado, concedendo-lhe o prazo de dez dias para manifestação, todavia o contribuinte não se manifestou.

o PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 167/168.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0190/2004 às fls. 170/172 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

Após os ajustes realizados por este revisor atendendo todas as solicitações do revisor, concluímos por um imposto devido maior do que o apurado pelo autuante em relação aos exercícios de 2002 e 2003, já que em relação ao exercício de 2002 o autuante reclama apenas multa formal por falta de emissão de nota fiscal, tendo apurado apenas omissões de saídas e a revisão apura omissões de entradas.

Em relação ao exercício de 2003, foram apuradas omissões de entradas de gasolina com o imposto devido maior do que o encontrado pelo autuante.

Restando, desta forma, se acatados os ajustes efetuados por este diligente, a manutenção do imposto reclamado pelo autuado, já que é inferior ao apurado por este diligente, após atender as solicitações do relator.”

Em nova manifestação, fls.192/196, o autuado diz que o parecer elaborado pelo revisor da ASTEC é insubsistente, pois não considerou a documentação fiscal existente na autuada.

Assevera que tem em seu poder toda documentação fiscal e escrituração que poderá comprovar de uma só vez que o parecer foi efetuado de forma equivocada, os quais apontou as folhas 193/195.

Ao finalizar, diz que, diante do exposto, espera ter apresentado toda a documentação necessária para comprovar que os lançamentos consignados pelo douto auditor diligente não obedeceram a legislação vigente e conseqüentemente não há de ser aplicado qualquer multa ao autuado.

O PAF foi novamente convertido em diligência ao revisor da ASTEC, para que o mesmo verifique os elementos apresentados na nova manifestação do autuado, fls. 193/195, assim como, os documentos acostados às folhas 198/241.

Cumprida a nova diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0045/2005 às

fls. 252/254 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

Após análise das argüições do autuado em relação a diligencia por nós realizada, conclui que lhe cabe razão em relação às quantidades de saídas com notas de Álcool e Diesel, que foram invertidas e devidamente corrigidas nas planilhas às fls. 258 e 255.

Cabendo razão também ao autuado em relação às saída com notas de Gasolina Aditivada, que corrigimos para 305 litros em 2002, conforme apurado pelo autuante.

Quanto às saídas com notas de Gasolina Comum e Aditivada em 2003, não concordamos com as quantidades alegadas pelo autuado, tendo em vista que não há indicações nos LMCs das saídas de Gasolina Aditivada, e o autuante apura às fls. 26 e 27 dos autos as saídas com notas deste item, de forma que optei em manter a apuração do autuante.

Em relação a Gasolina Comum efetuamos a retificação da MVA para 60,03%, conforme indicada pelo autuante, tendo em vista que constava em nossa planilha às fls. 137 dos autos o percentual de 27,96%.

Seguem anexas as planilhas e o demonstrativo de debito final, que indicam as modificações dos valores originais apurados pelo autuante, apenas em relação à Infração 04, já que o autuante reclama o ICMS de R\$ 14.281,43 em levantamento original, R\$ 6.486,80 após seu ajuste às fls. 146 e o resultado desta diligencia apura R\$ 22.374,55, para a mencionada infração, sendo, portanto, maior do que os valores apurados pelo autuante.

Observando que em reação a Infração 03 deste auto, o imposto devido por solidariedade apurado é igual ao apurado pelo autuante.

Quanto à infração 01 e 02, ficam mantidas as multas originalmente reclamadas, pois são relativas ao descumprimento de obrigações acessórias, que se mantiveram com o resultado desta diligencia.”

Às folhas 266/270, o autuado em nova manifestação fiscal, contesta o Parecer da ASTEC argumentado que tem em seu poder toda documenta fiscal e escrituração que poderia comprovar o erro do revisor.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou omissões de saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada pela substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (Infrações 01 e 02); 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 (Infração 03), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 04).

Em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que se trata 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 regularmente escriturado, pois se trata 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.

Quanto à Infração 01 e 02, a Portaria 445/98 determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. A infração está caracterizada, porém a multa deve ser aplicada pela irregularidade apurada, e não por cada um dos exercícios onde a irregularidade tenha sido constatada.

O levantamento quantitativo referente ao exercício fechado de 2002 (infração 1), em razão do incêndio ocorrido no escritório de contabilidade encarregado da escrituração dos livros do autuado, abrangeu as operações ocorridas no período de 2000 até 2002, conforme esclareceu o autuante.

Analisando os demonstrativos elaborados pelo autuante constato que foram apuradas omissões de saídas de álcool, de gasolina e de óleo diesel. Dessa forma, mesmo considerando integralmente as perdas de 0,6% sobre as mercadorias disponíveis para venda, as omissões de saídas apuradas na autuação seriam diminuídas, porém continuariam existindo e, em consequência, justificando a aplicação da mesma multa de R\$ 50,00, a qual é cabível para qualquer que seja a quantidade da omissão de saída apurada, conforme demonstrado na tabela abaixo:

MERCADORIAS a	OMISSÕES SAÍDAS APURADAS b	MERCADORIAS DISPONÍVEIS P/VENDA c	PERDAS DE 0,6% d = c*0,6%	OMISSÕES SAÍDAS RETIFICADAS e = b-d
ÁLCOOL	9.718	71.400	428,40	9.289,60
DIESEL	557.995	980.500	5.883,00	552.112
GASOLINA COM	995.467	1.701.170	10.207,02	985.259,98
GASOLINA ADT	96.595	96.900	581,40	96.013,60

Assim, a infração 01 restou caracterizada em R\$ 50,00, não subsistindo a infração 2.

Em relação às infrações 03 e 04, foram acostados aos autos 04 (quatro) resultados diferentes para a mesma Auditoria de Estoque, 02 (duas) pelo autuante e mais duas resultantes das diligências realizadas pela ASTEC, tendo o diligente revisado os levantamentos realizados pelo autuante e, posteriormente, revisando seu próprio levantamento, tendo apurado resultados diferentes. Tal situação decorre do fato do autuado escriturar o LCM referente à Gasolina Comum e Gasolina Aditivada na mesma folha do livro. Assim, considerando as quantidades apuradas pelo revisor e reconhecida pelo autuado, resulta na omissão de saída de 4.216 litros de gasolina, conforme abaixo:

Produtos	Estoque Inicial	Entradas	Estoque Final	Saídas reais	Saídas Registradas	Omissão Saída
Gasolina comum	11.555	536.500	9.333			
Gasolina Aditivada	5.697	81.500	5.308			
Total	17.252	618.000	14.641	620.611	616.395	4.216

Logo, as infrações 03 e 04 devem ser excluídas da autuação. Saliento que já foi aplicada a multa por omissão de saídas, ou seja, falta de emissão de notas fiscais nas vendas de mercadorias cujo imposto foi pago por antecipação, na infração 1,

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para aplicar multa no valor de R\$50,00 referente à infração 01, excluindo as infrações 02, 03 e 04.

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 **207160.0009/03-3**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS BEIRA MAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 50, 00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR