

A. I. Nº - 210365.0007/07-9

AUTUADO - AUTO POSTO CURVELO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.

AUTUANTE - ANTÔNIO CEZAR ANDRADE BARBOSA

ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ

INTERNET - 03/03/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-03/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de 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, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 3. LIVROS FISCAIS. LMC. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, refere-se à exigência de R\$182.721,46 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$787,63 tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração da entrada de mercadoria sujeita a substituição tributária (óleo diesel), apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2002. Valor do débito: R\$128.990,70.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (óleo diesel), apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2002. Valor do débito: R\$53.608,53.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração da entrada de mercadoria sujeita a substituição tributária (gasolina

comum), apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2003. Valor do débito: R\$76,38.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (gasolina comum), apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2003. Valor do débito: R\$45,85.

Infração 05: Entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido multa no valor total de R\$282,63.

Infração 06: Entradas no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigido multa no valor total de R\$45,00.

Infração 07: Deixou de escrutar o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, relativo ao exercício de 2002, sendo exigido multa no valor de R\$460,00.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 101 a 110), alegando, preliminarmente, que todas as questões levantadas na defesa devem ser apreciadas e decididas com fundamentação. Esclarece que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento, e por isso, o defensor entende que não fora dado oportunidade de oferecer justificativas, antes de sua lavratura. Fala sobre as características do Auto de Infração e assegura que o mesmo deve ser lavrado no próprio local e no mesmo instante em que é verificada a infração, salvo em determinadas circunstâncias. Afirma que, se a fiscalização encontra diferenças ou falta de recolhimento do imposto, deve intimar o contribuinte, antes de autuar, para prestar os esclarecimentos no prazo razoável, em relação às causas da falta de recolhimento do imposto ou das diferenças apuradas. Entende que isso é obrigatório em face da existência do princípio do contraditório previsto na Constituição Federal. Diz que nenhuma intimação foi feita neste sentido, e não foram indicados os meses em que foi detectada a falta de recolhimento do ICMS ou omissões. O defensor argumenta que lhe faltam subsídios, cuja informação elucidaria a questão e evitaria a bitributação ou duplicidade de pagamentos, vedada pela lei. No mérito, o defensor alega em relação ao levantamento quantitativo de estoques dos exercícios de 2002 e 2003, que foi lavrado outro Auto de Infração de nº 210365.0034/03-3, em 05/01/2004, pelo mesmo Auditor Fiscal, Antônio Cezar Andrade Barbosa, e as infrações são as mesmas, dentro do mesmo período fiscalizado. Por isso, pede a nulidade da presente autuação, alegando duplicidade na imputação fiscal. Alega também, que se deve observar a prescrição em relação ao período fiscalizado, requerendo a sua aplicação. Diz que, se ultrapassadas as questões de nulidade deve-se considerar que para a lavratura do presente Auto de Infração foi apurado pela fiscalização que houve mais saídas de produtos do que entradas, o que pode ocorrer somente nas seguintes hipóteses: a) adulteração com acréscimos de produtos nos combustíveis; b) erros nos encerrantes; c) problemas de defeitos nas bombas; d) erros nos procedimentos de entradas e de saídas de produtos lançados no LMC. Salienta que nos exercícios de 1998 a 2003 não havia exigência pela fiscalização do LMC, sendo de conhecimento de todos que é muito difícil comprar combustível sem pagar imposto; o fornecimento é direto da distribuidora e os produtos não saem sem Nota Fiscal. Salienta que, para haver saída maior do que entrada de combustíveis, não é por sonegação, ocorrendo somente em outros casos e não cabe à fiscalização imputar uma multa. Diz que os equipamentos são muito antigos, sujeitos a alteração nas leituras, para mais ou para menos, o que pode justificar a diferença apurada no levantamento fiscal. Esclarece que em Postos de Combustíveis é necessário que seja efetuada uma aferição mínima diária nas bombas, cuja medida tem capacidade de armazenamento de 20 litros de combustíveis. Assim, foram efetuadas aferições, diariamente, no intuito de conferir as quantidades adquiridas pelo consumidor e dar certeza de que o mesmo não está sendo lesado por qualquer alteração que venha ser detectada na Bomba Medidora. Informa que, para comprovar as suas alegações, acosta

ao presente processo cópias de comprovantes de pagamentos, certificado de verificação do INMETRO e Laudo de Exame de Bombas medidoras; relatório de manutenção preventiva e Boletim de Fiscalização – ANP, que comprovam que as aferições eram feitas diariamente, e que os equipamentos não trabalhavam com margem de erro. Assegura que em relação às aferições realizadas pela empresa e também pelo IBAMETRO, o funcionário da empresa deixou de registrar no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, e o próprio autuante deixou de registrar e deduzir em seu demonstrativo as aferições das omissões de entradas. O autuado entende que não pode ser exigido imposto por não ter sido configurada culpa ou dolo, porque o funcionário deixou de registrar no LMC, tendo em vista que os equipamentos sempre estiveram em perfeito estado de funcionamento, conforme comprovam os documentos acostados aos autos, existindo um rígido controle na manutenção dos equipamentos e aferições. Diz que o autuante detectou a existência de falhas pelo não registro das aferições no LMC, embora os documentos e as alegações apresentadas demonstrem que as aferições foram efetuadas. Por isso, entende que impõe-se a reforma do presente Auto de Infração, relativamente aos exercícios de 2002 e 2003. Observa ainda, que no LMC encontra-se registrado que houve defeito no registro medidor, travando-o, e na manutenção realizada, foi alterada a seqüência numérica que não foi observado pelo autuante no momento da fiscalização. Assevera que o autuante não observou as informações contidas e registradas no LMC, estando comprovado e registrado o erro não observado pelo autuante, resultando na omissão de saídas de um produto inexistente. Em face dos equívocos alegados, o defensor alega que deve ser decretada a nulidade das infrações. Diz que na realidade, tanto óleo diesel como a gasolina, são produtos enquadrados no regime de substituição tributária cujo imposto fora pago por antecipação, e o autuante não observou tal fato, sendo necessário uma melhor análise, para que sejam cautelosamente verificados os equívocos existentes por ocasião da lavratura do Auto de Infração. Argumenta que, se não for julgado improcedente o presente lançamento, com certeza levará o autuado a encerrar suas atividades, causando transtornos a várias famílias que dependem diretamente da empresa. Por fim, o defensor requer a insubsistência do Auto de Infração por entender que inexistem causas legais e legítimas que lhes dê embasamento.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 140-A a 145 dos autos, discorre inicialmente sobre as infrações e faz uma síntese das alegações defensivas. Em relação aos argumentos apresentados pelo defensor, o autuante apresenta os seguintes esclarecimentos:

1 – O Auto de Infração foi lavrado nas dependências da Infaz Jequié, conforme lhe faculta o art. 39 do RPAF/BA, que transcreveu à fl. 142. Por isso, entende que não tem cabimento a alegação do impugnante de que a lavratura do Auto de Infração deveria ocorrer no estabelecimento autuado.

2 - Apesar de não ser obrigatório, diante da documentação apresentada pelo contribuinte, manteve contato telefônico e apresentou ao contador da empresa, Sr. Klaudiney Ferreira de Oliveira, todos os demonstrativos, antes da data de lavratura do Auto de Infração, sendo concedido prazo para que apontasse irregularidades nos números levantados. Como não houve manifestação, foi lavrado o Auto de Infração, salientando que o direito ao contraditório está plenamente garantido.

3 – Informa que teve o cuidado de segregar e considerar os valores e informações constantes do Auto de Infração de nº 210365.0034/03-3, lavrado em 30/12/03, para evitar duplicidade de lançamentos. Elabora planilha à fl. 142 confrontando os dados do mencionado AI 210365.0034/03-3 e o presente Auto de Infração. Esclarece que em relação ao produto gasolina não houve exigência de imposto no AI 210365.0034/03-3, ficando evidenciado o acerto da fiscalização, tendo em vista que foram observados os encerrantes de cada bico, evitando a dupla contagem.

4 – A exigência fiscal dos exercícios de 2002 e 2003 estão fora do prazo prescricional, matéria que está pacificada no CONSEF, por isso, o autuante diz que não apresenta maiores comentários.

5 – A exigência de escrituração do LMC e utilização de seus dados nos trabalhos de fiscalização encontra amparo na legislação, conforme art. 314, V e art. 324 do RICMS/BA.

6 – Os dados constantes do LMC são suficientes para a formação da convicção do Fisco, exceto em caso fortuito, a exemplo de extravio, se justifica o levantamento fiscal a partir das Notas Fiscais.

7 – Há inúmeros casos de fraude no setor de combustíveis, conforme amplamente divulgado na mídia, e pelo simples fato de os produtos estarem na substituição tributária ou mesmo sejam adquiridos junto à Petrobrás não constituem garantia de que os combustíveis tenham sido adquiridos com o ICMS pago. Portanto, argumenta que os números apurados no presente lançamento não deixam margem de dúvida de que ocorreu entrada de mercadorias sem respaldo em documentação fiscal da origem.

8 – No levantamento fiscal, foi apurado excesso de saídas em relação às entradas, e diante de tal fato, a fiscalização deve exigir o ICMS que deixou de ser pago.

9 – Assegura que não foram computadas as aferições, pelo simples fato de não estarem lançadas no LMC, devendo ser considerado que, mesmo que tenha ocorrido uma aferição diária por cada bico de combustível, como afirma o defendant, teríamos 20 litros x 5 bicos x 365 dias = 36.500 litros de óleo, quantidade que não explica a omissão de entradas do exercício de 2002, de 621.183 litros de óleo diesel.

10 – Informa que não consta no LMC qualquer alteração nos registros dos medidores, e quanto ao Auto de Infração de nº 210365.0034/03-3, as alterações dos medidores foram consideradas. Assim, afirma que não encontram respaldo documental as alegações apresentadas pelo autuado, nem no LMC, nem nos documentos acostados aos autos.

11 – Quanto aos demais itens do presente Auto de Infração, diz que apesar de o defendant não apresentar qualquer comentário, anexa à informação fiscal as cópias das Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, para corroborar os valores apurados nas infrações 05 e 06.

O autuante conclui, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendant apresentou nova manifestação às fls. 154/155, aduzindo que o autuante não poderia proceder de outra forma, tendo em vista que suas informações são exatamente as mesmas constantes no Auto de Infração, e não servem para serem apreciadas pela Junta de Julgamento Fiscal. Quanto aos documentos fiscais acostados aos autos, diz que podem ter sido originados por duas hipóteses, sendo a primeira por compra dos produtos sem que houvesse o lançamento na contabilidade, e a segunda hipótese, que alguém poderia ter utilizado a inscrição estadual do autuado com o intuito de se beneficiar de forma ilícita. Argumenta que as alegações apresentadas pelo autuante não devem prosperar, não houve qualquer sonegação do imposto, considerando que se trata de produtos sujeitos à substituição tributária. Portanto, o defendant diz que ficam impugnadas as informações prestadas pelo autuante.

Considerando que o autuante acostou ao PAF as notas fiscais objeto das infrações 05 e 06 quando prestou a informação fiscal e que à fl. 152, consta que foi concedido o prazo de apenas dez dias para o contribuinte se manifestar, quando seria necessário reabrir o prazo para impugnação, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 157), para a repartição fiscal intimar o autuado e lhe comunicar quanto à reabertura do prazo de defesa, de TRINTA DIAS.

Foi cumprida a diligência, conforme ciente do autuado à fl. 157 verso, datado de 29/10/2007. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, analisando a preliminar de “prescrição” suscitada pelo defendant, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente aos exercícios de 2002 e 2003, observo que a legislação estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito

tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2002 tinham prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2007, na mencionada data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Quanto à alegação de que o presente Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento, observo que de acordo com o § 1º, do art. 39, do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração”. Por isso, inexiste qualquer irregularidade em decorrência da lavratura do presente Auto de Infração na repartição fiscal.

Outra preliminar apresentada é quanto ao entendimento do defensor de que antes de autuar, deveria o autuante intimar o sujeito passivo, por escrito, a prestar todos os esclarecimentos necessários, da origem e da causa da falta de recolhimento do ICMS. Entretanto, não há previsão regulamentar para tal procedimento.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

As infrações 1, 2, 3 e 4 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques sendo exigido imposto nas infrações 1 e 3 por falta de recolhimento pelo autuado, 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 a substituição tributária. Nas infrações 02 e 04, exige-se imposto por antecipação tributária em função do valor acrescido, de acordo com a MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado alegou que se deve considerar as seguintes hipóteses: a) adulteração com acréscimos de produtos nos combustíveis; b) erros nos encerrantes; c) problemas de defeitos nas bombas; d) erros nos procedimentos de entradas e de saídas de produtos lançados no LMC. Entretanto, não foi apresentada pelo defensor qualquer comprovação capaz de modificar o levantamento realizado pelo autuante, e de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Quanto às aferições, o defensor reconhece que o funcionário da empresa deixou de registrar no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, e que o autuante deixou de registrar e deduzir em seu demonstrativo as aferições das omissões de entradas. Neste caso, as aferições não foram computadas por não estarem lançadas no LMC, conforme se constata nas fotocópias do mencionado livro, acostadas ao PAF, inexistindo também, qualquer registro quanto às alegadas alterações na seqüência numérica das bombas.

Embora não tenha sido requerida pelo defensor, saliento que não foi determinada a realização de diligência fiscal, tendo em vista que se trata de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal e a documentos que estão de posse do autuado, e não foram juntados aos autos quaisquer demonstrativos para contrapor a autuação fiscal.

O defendante também alegou que nos exercícios de 1998 a 2003 não havia exigência pela fiscalização do LMC. Entretanto, a exigência do mencionado livro prevista no art. 324 do RICMS-BA está de acordo com o Ajuste SINIEF 1/92.

Quanto ao argumento defensivo de que foi lavrado outro Auto de Infração de nº 210365.0034/03-3, em 05/01/2004, pelo mesmo Auditor Fiscal, e as infrações são as mesmas, dentro do mesmo período fiscalizado, não assiste razão ao defendante, tendo em vista que o autuante esclareceu e está comprovado nos autos que foram segregados e considerados os valores e informações constantes do Auto de Infração anteriormente lavrado, tendo sido elaborada planilha à fl. 142, fazendo o confronto da autuação anterior com o presente lançamento, ou seja, foram observados os encerrantes de cada bico, evitando a dupla contagem.

Vale ressaltar, que as infrações e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 1 e 3), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- 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 e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infrações 2 e 4), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Concluo pela subsistência destas infrações, de acordo com os valores apurados pelo autuante nos demonstrativos de fls. 08 a 16 do PAF.

Infração 05: Entradas no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$282,63, conforme planilha à fl. 94.

Infração 06: Entradas no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor total de R\$45,00, conforme demonstrativo de fl. 94.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

Constatou que as notas fiscais objeto da autuação foram obtidas através do CFAMT, e por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, as suas cópias foram fornecidas ao defendant, sendo reaberto o prazo de defesa, mas o autuado não apresentou qualquer impugnação. Infrações subsistentes.

Infração 07: Deixou de escriturar o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, em relação às operações com álcool carburante, sendo exigido multa no valor de R\$460,00.

Observo que a falta ou atraso na escrituração de livro fiscal constitui infração à legislação punível com multa de R\$460,00, conforme art. 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei 7.014/96). Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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 210365.0007/07-9, lavrado contra AUTO POSTO CURVELO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., devendo ser intimado o autuado para

efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$182.721,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$53.654,38, e 70% sobre R\$129.067,08, previstas no art. 42 incisos II, alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$787,63**, previstas no art. 42, incisos IX, XI, e XV, alínea “d”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR