

A.I. N.º - 232185.0044/07-6  
AUTUADO - POSTO ROSÁRIO LTDA.  
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES  
ORIGEM - INFAC BOM JESUS DA LAPA  
INTERNET - 25.07.2008

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0178-02/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS (ALCÓOL, GASOLINA E ÓLEO DÍESEL). **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. O adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Quando a empresa adquire combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Exigências insubstinentes, após análises, mediante revisão fiscal, das provas documentais anexadas às razões de defesa. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LMC). FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração descaracterizada em razão de restar comprovado que o não atendimento decorreu do fato do livro fiscal se encontrar em poder de outra ação fiscal. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação prevê que o contribuinte só deve proceder dessa forma quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivo técnico. Revisão fiscal confirma que houve motivo justificado para o procedimento adotado pelo contribuinte. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/03/2007, para exigência de ICMS e de MULTA no valor total de R\$4.823.168,58, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, 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 (ALCÓOL), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$140.302,84 e aplicada a multa de 70%.
2. 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

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 (ALCÓOL), decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$44.461,96 e aplicada a multa de 60%.

3. Falta de recolhimento do imposto, 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 (GASOLINA), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$979.538,68 e aplicada a multa de 70%.
4. 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 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 (GASOLINA), decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$638.953,05 e aplicada a multa de 60%.
5. Falta de recolhimento do imposto, 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 (ÓLEO DÍESEL), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$2.200.052,36 e aplicada a multa de 70%.
6. 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 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 (ÓLEO DÍESEL), decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 612.494,57 e aplicada a multa de 60%.
7. Falta de recolhimento do imposto, 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 (ÓLEO DÍESEL FÓRMULA), apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$ 101.259,90 e aplicada a multa de 70%.
8. 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 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 (ÓLEO DÍESEL FÓRMULA), decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2004/2005). Sendo exigido o imposto no valor de R\$28.190,76 e aplicada a multa de 60%.

9. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Exercícios 2003 a 2005. Multa: R\$460,00. “Não apresentou os Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), obrigatórios nos termos do art. 314, inc.V do RICMS-BA aprovado pelo Dec. 6.284/97, atinente aos períodos de 01/01/2002 a 01/05/2004.”
10. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, conforme demonstrativo às fls. 90 a 161, sujeitando à multa no valor de R\$77.454,46, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais série D emitidas.

O autuado apresenta, tempestivamente, peça defensiva, fls. 3.380 a 3.387, na qual, inicialmente demonstrando surpreso com a autuação, destaca sua condição de contribuinte que sempre pagou nos prazos estabelecidos os impostos determinados em leis, e após descrever sucintamente todas as infrações apuradas no presente Auto de Infração, justifica e refuta o seu cometimento de cada uma delas, na forma a seguir enunciada.

Infrações 01, 03, 05 e 07 – Alega que as notas fiscais registradas no Registro de Entrada do período fiscalizado, todas elas referentes às mesmas notas escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), foram consideradas pelo autuante novas entradas, como se diversas daquelas registradas no LMC. O defensor deduz que o autuante considerou duplamente o registro de entradas de toda nota fiscal. Esclarece que os registros de cada nota fiscal são efetuados em diversas datas nos LMC e no REM, e alega que o autuante ao deixar de discriminar em seu levantamento os dados de cada documento fiscal, atende-se apenas à data em que foi registrada a nota em cada livro fiscal.

Alega que existem dois momentos diferentes para registro de entrada de uma nota fiscal no estabelecimento:

1. a data em que essa entrada é registrada no livro Registro de Entradas;
2. a data em que o combustível é efetivamente adicionado ao tanque, sensibilizando o estoque final. Diz que a Portaria DNC nº 26, de 12/11/1992, que instituiu o Livro de Movimentação de Combustíveis determina que todas as informações referentes a esse livro devem ser feitas considerando-se o estoque físico do tanque de combustível a que se refere.

Por conta disso, argumenta que é esta a data que deve ser considerada para o registro da entrada da mercadoria no LMC, e que o lançamento das notas fiscais no Registro de Entradas corresponde à data provável da chegada do produto no estabelecimento. Já a data de registro no LMC, ressalta que não é a data da entrada física do produto no estabelecimento, mas a data em que o produto é vertido no tanque.

Informa que todo o transporte dos combustíveis é feito por veículos próprios, tipo bi-trem, com capacidade para transportar três ou quatro tipos de combustível numa só viagem. Esclarece que a distância entre a Vila Rosário e a cidade Madre de Deus, onde se encontra o seu distribuidor SHELL é de 2.200 km em estradas mal conservadas. Diz que diante da distância e dos altos custos, ao adquirir um determinado produto, o mesmo é conservado no próprio veículo, até completar a carga, levando este procedimento 05 ou mais dias. No caso das aquisições na cidade de Brasília, cuja distância percorrida é de apenas 12 horas, o produto ao chegar no estabelecimento é vertido imediatamente no tanque de combustíveis.

Com esses argumentos, sustenta que uma mesma nota fiscal pode ser lançada em datas diferentes, sendo divididos os litros pelos dias em que são incorporados aos tanques. Portanto, entende que a entrada do estoque físico registrada no LCM, não pode ser considerada irregular à luz das instruções legais pertinentes.

Para comprovar essas alegações juntou como elementos de provas os seguintes documentos:

- Anexos 01, 02, 03 e 04 - planilhas comparativas das entradas de notas fiscais (fls. 3.390 a 3.417).

- Anexos 05, 06, 07 e 08 – Planilhas comparativas de dados das notas fiscais, omissões apontadas na autuação, e registros efetuados no LMC e no LRE (fls. 3.418 a 3.427).
- Anexos 09, 10, 11, e 12 – planilhas demonstrativas do movimento diário de cada produto; cópias do Registro de Entradas e do Livro de Movimentação de Combustível; cópias de notas fiscais de entrada (fls. 3.439 a 3.495).

3. Alega que as irregularidades apontadas são decorrentes de falhas humanas, inclusive algumas cometidas pelo autuante. Falou que apurou as irregularidades nos registros do LMC, conforme discriminados nos Anexos 13, 14, 15 e 16 (fls. 3.496 a 3.530), referentes a planilhas que demonstram as entradas consideradas como “omissas” no relatório do autuante.

Infrações 02, 04, 06 e 08 - salienta que estas infrações estão intrinsecamente ligadas ao fato que foram indevidamente consideradas omissas as entradas registradas nos livros Registro de Entradas.

Infração 09 - falta de apresentação dos livros LMC do período de 01/01/2002 a 01/04/2004, o defensor disse que em 2005 foi vistoriado pela Infaz, sendo encaminhado todos os livros exigidos, inclusive o LMC, do período de 2001 a 2005, sem que fosse lavrado qualquer auto por essa ocorrência. Alega que dos livros fiscais e contábeis remetidos na citada ação fiscal, não foram devolvidos diversos livros contábeis, inclusive os LMC's referente ao período de 01 de janeiro de 2001 a 01 de maio de 2004, e que os registros daquele período não puderam ser refeitos devido à exclusão de parte das informações. Juntou cópias de correspondências endereçadas à INFAZ reclamando a falta de devolução dos livros em questão, conforme documentos constantes do Anexo 17, fl. 3.521 a 3.524.

Infração 10 – transcreveu o artigo 238, I, II, e § 2º, e citou o art. 824-B, todos do RICMS/97 para mostrar a obrigatoriedade de emissão de Cupom Fiscal nas vendas a consumidor não contribuinte do ICMS. Juntou um relatório de notas fiscais para comprovar que a maioria das notas fiscais consideradas irregulares não se tratava de operações de venda a consumidor final, mas de operações de transferências para uso/consumo, devoluções ou remessas de mercadorias para conserto, conforme CFOP lançados no Registro de Saídas – Anexo 18, fls. 3.525 a 3.531.

Além disso, demonstra seu conhecimento de que a legislação permite a emissão de nota fiscal quando não for possível utilizar o ECF em decorrência de sinistro ou razões técnicas. Ressalta que está sujeito a qualquer tempo a queda de energia, queima de módulo (APE) que faz a leitura da bomba e transmite os dados para CPU, travando os softwares utilizados.

Salienta que, ainda que não fosse permitida, a emissão de notas fiscais em lugar do ECF não causou nenhum prejuízo ao Fisco. Informou que registrou no Livro de Ocorrência várias situações impeditivas – falta de energia e falha do equipamento - de emitir os cupom fiscais, porém dada à enorme frequência com que elas ocorreram deixou de informar à Infaz todas as ocorrências.

Conclui solicitando que seja considerada a documentação fiscal por ele apresentada, pugnando pela improcedência de todas as infrações.

O autuante ao prestar a informação fiscal (fls. 6.333 a 6.336), rebateu as razões da defesa dizendo que: Infrações 01, 03, 05 e 07 – 1) não houve duplicidade de lançamentos de notas fiscais de entradas, pois as datas de entrada foram consideradas unicamente pela data de entrada registrada no Registro de Entradas, conforme cópias acostadas ao auto de infração.

2) não procede a alegação de que há duas datas para registro de entrada, sendo a primeira a data de entrada no estabelecimento e a segunda a data em que é adicionado o produto no tanque, pois conforme demonstrativo apresentado pelo autuado, fl. 3.304, a Nota fiscal nº 433391, emitida em 03/05/2004, teve entrada no LMC em 05/05/04, porém foi lançada no RE no dia 11/05/04, sendo inadmissível, segundo o autuante, que nota fiscal tenha entrado no tanque antes de entrar no estabelecimento. Diz que de forma semelhante aconteceu com as notas fiscais nº 32096, 32130,

32180, etc., e que as entradas no LMC foram antecipadas para ajustar o LMC e acobertar entradas desacompanhadas de documentação fiscal.

3) Transcreveu o art.322, I, § 3º, 4§, I, do RICMS/97, que trata de escrituração do Registro de Entradas.

4) Conclui que não existem falhas humanas e que as planilhas estão corretas, sendo que o autuado elaborou suas planilhas com base nas entradas registradas no LMC, enquanto que no seu trabalho fiscal foram consideradas as entradas pela data de lançamento no RE.

Infrações 02, 04, 06 e 08 – salientou que a falta de antecipação tributária é uma consequência das omissões de entrada abordadas nos itens precedentes.

Infração 09 – Discorda da alegação de que o livro LMC não havia sido devolvido por prepostos da Infaz Barreiras, ponderando que: à fl. 3.521 há apenas mero requerimento à Infaz Barreiras; à fl. 3.522, trata-se de solicitação de devolução dos livros; à fl. 3.523, ocorreu apenas um simples encaminhamento dos documentos fiscais, com apenas rubrica de ciência, sem identificação da Unidade da SEFAZ ou qualquer preposto fiscal; à fl.3.524 há um termo de arrecadação dos fiscais Ananias José Cardoso Filho e Edijalma Ferreira Santos, mas não consta especificada a arrecadação do LMC, mas tão somente do Registro de Entradas, Saídas, Inventário e RUDFTO. Dizendo que o autuado não comprovou que os livros ficaram retidos por prepostos fiscais da SEFAZ, manteve a autuação.

Infração 10 – O autuante transcreveu o art. 238 do RICMS/97 que trata da obrigatoriedade de emissão de documentos fiscais pelos estabelecimentos possuidores de ECF, e informou que foram excluídas do levantamento inicial as notas fiscais referentes a operações para contribuintes do ICMS, resultando nos demonstrativos às fls. 6.337 a 6.407.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

O sujeito passivo foi intimado a conhecer a informação fiscal e os novos elementos a elas anexados (fl. 6.408), com a entrega de cópias dos citados documentos (fls. 6.333 a 6.407).

Em sua manifestação acerca da informação fiscal, às fls. 6.411 a 6.414, o autuado se manifestou dizendo o seguinte:

Infrações 01, 03, 05 e 07 – O defendente aduz que em momento algum disse que houve duplicidade de lançamento de notas fiscais, mas que ocorreu lançamento duplo de notas fiscais de entrada. Diz comprovou que o autuante considerou como se fossem diversas as mesmas notas fiscais, com número, data de emissão e fornecedor, registradas nos livros fiscais de entrada e nos LMCs, como se as datas de registro fossem diversas entre si, considerando duplamente cada registro. Aduz que o autuante desconhece as normas da ANP que regem a escrituração do LMC, onde é determinado que as entradas a serem consideradas nestes livros devem ser feitas quando os produtos são vertidos nos tanques, alterando o estoque registrado nas bombas. Reiterou sua alegação em relação à NF nº 433391. Repudiou a informação do autuante de que tenha ajustado o LMC. Disse que o autuante arbitrou a data de entrada do produto em seus levantamentos.

Infrações 02, 04, 06 e 08 – Reiterou seu entendimento que estas infrações são uma consequência das anteriores.

Infração 09 – Destaca que o autuante não levou em conta que os ofícios e correspondências foram emitidos em datas muito anteriores ao do inicio da fiscalização, bem assim, que apesar de ter protocolados todos os ofícios, nenhum deles obteve do órgão fazendário qualquer resposta.

Infração 10 – O autuado frisa que o autuante em seu argumento deixou de considerar a norma expressa no § 2º do art. 238 do RICMS/97, que prevê as hipóteses em que podem ser emitidos outros documentos fiscais em lugar do ECF. Reiterou sua informação de que as notas fiscais foram emitidas em razão de sinistro, queda de energia e outras ocorrências.

Ao final, pede o cancelamento do Auto de Infração.

Diane da controvérsia entre a defesa e a autuação, na Pauta Suplementar do dia 25/09/2007, foi decidido pela conversão do processo em diligência, desta feita, à ASTEC/CONSEF, para que fosse designado auditor fiscal estranho ao feito, para que, in loco, à vista dos livros fiscais e respectivos documentos, e tomando por base os documentos apresentados pelo autuante e pelo autuado constantes no processo, fosse efetuada uma revisão fiscal do Auto de Infração, nos seguintes termos.

Infrações 01 a 08 – Entradas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.

1. Seguindo a mesma metodologia adotada pelo autuante, refizesse o levantamento às fls.30 a 89, considerando as notas fiscais consignadas na coluna das ENTRADAS nas datas em que foram escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Recomendou-se que fosse verificado se ocorreram registros de entradas no LMC em datas iguais ou anteriores às das notas fiscais, hipótese em que, se confirmada, deveria ser considerada a data do lançamento da nota fiscal no Registro de Entradas ou da efetiva comprovação da data em que foi adicionado o combustível no tanque.
2. Apresentasse demonstrativo consolidando as diferenças acaso constatadas diariamente na auditoria de estoques objeto da presente diligência, informando os valores do imposto devidos para cada item.

Infração 09 - Falta de apresentação do LMC do período de 01/01/2002 a 01/04/2004.

Após examinar a documentação juntada na defesa (fls. 3.521 a 3.524) e pesquisas junto à Infaz Bom Jesus da Lapa, informasse se procede a alegação defensiva de que o citado livro foi encaminhado para outra fiscalização e não havia sido devolvido até o final da ação fiscal que resultou neste Auto de Infração.

Infração 10 - Emissão de documentos fiscais em lugar daquele decorrente do uso de ECF.

Tomando por base os documentos da escrita fiscal, informasse se existem elementos de provas que a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor foi decorrente de razões técnicas, devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica ou qualquer outras situações impeditivas, tais como, falta de energia e falha do equipamento.

Concluso o trabalho revisional, deveria o revisor fiscal emitir parecer sobre as questões acima, e, se fosse cabível elaborasse novos demonstrativos indicando o real valor do débito a ser exigido neste processo, se fosse o caso.

A diligência foi devidamente cumprida conforme PARECER ASTEC CONSEF Nº 043/2008 (fls.6.422/6.427), cujas conclusões foram as seguintes.

**“Infrações 01 a 08 – Entradas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.”**

1. *Em atenção ao solicitado pelo Senhor Relator, quanto ao pedido da diligência, no sentido de que, seguindo a mesma metodologia adotada pelo autuante, refazer o levantamento às fls. 30 a 89, considerando as notas fiscais consignadas na coluna das ENTRADAS nas datas em que foram escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), venho informar que se encontra no processo às fls. 3.439 / 3.493, anexada pelo autuado, planilhas da movimentação diária, seguindo o mesmo critério do autuante, porém considerando as notas fiscais conforme Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), sendo conferidas pelo diligente, através documentação anexa.*
2. *Os demonstrativos consolidados são os constantes às fls. 3.439 / 3.493, não se verificando diferença nos itens levantados pelo autuante.*

**Infração 09 – Falta de apresentação do LMC do período de 01/01/2002 a 01/04/2004.**

Em visita “in loco”, foram solicitados os Livros de Movimentação de Combustível – LMC, do período objeto da autuação, tendo os prepostos da empresa, através declaração de fl. 6.428 informado que os citados livros até a presente data (14/03/2008), não foram devolvidos à empresa.

Após examinar a documentação juntada na defesa (fls. 3.521 a 3.524), referente à falta de apresentação do LMC do período de 01/01/2002 a 01/04/2004, venho informar:

- 1> Analisando a fl. 3.521, constata-se que se trata de um requerimento do autuado à Infaz de Barreiras solicitando a devolução dos Livros de Movimentação de Combustíveis, referentes ao período em apreço;
- 2> Analisando a fl. 3.522, constata-se que se trata de uma solicitação do autuado à Infaz de Barreiras, sobre o resultado da análise dos documentos apresentados e a devolução de parte da documentação, por não ter sido devolvida;
- 3> Analisando a fl. 3.523, constata-se que se trata de encaminhamento pelo autuado de documentos fiscais à Infaz de Barreiras, apenas rubricado, sem identificar o recebedor, fazendo menção de que os outros livros estão em poder da Sefaz de Bom Jesus da Lapa com o Auditor Fiscal Rogério Almeida Santos;
- 4> Analisando a fl. 3.524-1, constata-se que se trata de uma intimação do Auditor Fiscal Rogério Almeida Santos, da Infaz de Bom Jesus da Lapa, para apresentação dos Livros de Movimentação de Combustíveis, do período de 2002 e 2003;
- 5> Analisando a fl. 3.524-2, constata-se que se trata de termo de arrecadação da Infaz de Barreiras, pelos prepostos fiscais Edijalma Ferreira Santos e Ananias José Cardoso Filho, todavia neste termo de arrecadação não constam os citados Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC, apenas os Livros de Registro de Entradas e Saídas de Mercadorias e notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias.

**Infração 10 – Emissão de documentos fiscais em lugar daquele decorrente do uso de ECF.**

Tomando por base os documentos constantes às fls. 4.864 / 4.882, constata-se que existem elementos de provas que a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor foi decorrente de razões técnicas, consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica ou quaisquer outras situações impeditivas, tais como, falta de energia e falha do equipamento.

Em visita “in loco”, constatamos que se trata de um posto de combustível na divisa de Goiás / Bahia, com grande movimento, e que, segundo informações colhidas, ocorre a falta e queda de energia constantemente, não podendo o diligente afirmar, pois no momento da visita, não ocorreu queda ou falta de energia.”

O autuante e o autuado foram cientificados do resultado da revisão fiscal contido no Parecer ASTEC/CONSEF nº 0043/2008, conforme intimações às fls. 6.430 a 6.431, respectivamente. O autuante silenciou, enquanto que o autuado, às fls. 6.434 a 6.436 apresentou manifestação ressaltando o resultado da diligência fiscal, qual seja, que no tocante às infrações 01 a 08, após os devidos ajustes no levantamento fiscal não verificou qualquer diferença.

Quanto ao item 09, que o diligente fiscal confirmou que os documentos examinados se tratavam de requerimentos, solicitações, encaminhamentos de documentos, intimações e arrecadação, e que conforme declaração anexa à fl. 6.428, concluiu que os citados livros fiscais não foram devolvidos à empresa até 14/03/2008.

Por fim, com relação ao item 10, destacou que a conclusão fiscal foi no sentido de que tomado por base os documentos constantes das folhas 4.864/4.882, e após apurado em sua visita “in loco”, entendeu que existem elementos de prova de que a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor decorreram de razões técnicas, e que foram consignadas no RUDFTO as devidas anotações das intervenções ou quaisquer outras situações impeditivas.

Com base nessa manifestação, o autuado requereu a anulação integral do auto de infração.

## VOTO

O fulcro da acusação fiscal de que cuidam os itens 01, 03, 05 e 07 reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto que os itens 02, 04, 06 e 08, tratam de antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA.

As ocorrências citadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos ALCÓOL, GASOLINA; ÓLEO DÍESEL; e ÓLEO DÍESEL FÓRMULA, com base nos registros constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) escriturado pelo contribuinte, e com base nas notas fiscais de entradas, sendo apurado quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, em exercícios fechados (2004 e 2005).

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário, metodologia essa que não é considerada como arbitramento.

O Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) é um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuado com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Feitas estas considerações, passo a analisar o que alegou o sujeito passivo em sua peça defensiva. Foi aduzido que as notas fiscais registradas no Registro de Entrada do período fiscalizado, todas elas referentes às mesmas notas escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), foram consideradas pelo autuante no levantamento fiscal novas entradas, resultando em duplicidade de lançamento de notas fiscais, ou seja, que foram consideradas como se fossem diversas as mesmas notas fiscais, com número, data de emissão e fornecedor, registradas nos livros fiscais de entrada e nos LMCs, como se as datas de registro fossem diversas entre si.

Disso decorrente, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou o processo em diligência para que auditor fiscal estranho ao feito procedesse à revisão fiscal do lançamento nos termos do despacho às fls. 6.419/6.421.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 0043/2008 (fls. 6.422 a 6.427), seguindo a mesma metodologia adotada pelo autuante, foi refeito o levantamento às fls. 30 a 89, considerando as notas fiscais consignadas na coluna das ENTRADAS nas datas em que foram escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), sendo elaboradas as planilhas da movimentação diária de

combustíveis às fls. 3.439 a 3.493, não se verificando diferença nos itens objeto da auditoria de estoques.

Nesta circunstância, restando comprovado que após o refazimento da auditoria de estoques não resultou diferença que ensejasse a cobrança do imposto nos itens 01, 03, 05 e 07, não subsiste a acusação fiscal de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, e por via de consequência, o lançamento do imposto sobre o valor acrescido de que cuidam itens 02, 04, 06 e 08, também não subsistem pois eles são decorrentes dos itens anteriores.

Quanto ao item 09, referente a falta de apresentação do LMC – Livro de Movimentação de Combustíveis do período de 01/01/2002 a 01/05/2004, diante da alegação defensiva de que o referido livro foi encaminhado para outra fiscalização e não havia sido devolvido até o final da ação fiscal que resultou neste Auto de Infração, a questão foi esclarecida na revisão fiscal que resultou no Parecer ASTEC/CONSEF nº 0043/2008, sendo confirmado que os livros do citado período realmente não foram devolvidos à empresa até 14/03/2008.

Desta forma considerando que o contribuinte foi cientificado do Auto de Infração em 23/04/2007, e o citado livro fiscal somente foi devolvido em 14/03/2008, conclui pela insubsistência da multa que foi aplicada.

Por derradeiro, a multa que foi aplicada no item 10 é decorrente da constatação pela fiscalização de emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, conforme demonstrativo à fl. 100 a 161, sujeitando à multa no valor de R\$77.454,46, equivalente a 5% sobre o valor das notas fiscais séries D-1 e D-3 emitidas (fls. 90 a 161).

O artigo 238, § 2º, do RICMS/97 prevê que o contribuinte usuário de ECF só pode emitir Nota Fiscal de Venda a Consumidor, em substituição ao Cupom Fiscal, quando o equipamento estiver paralisado em decorrência de sinistro ou por motivos técnicos, e nesses casos, deve o estabelecimento proceder conforme determina o artigo 293, § 2º, do RICMS/97, a fim de documentar o fato.

Noutras palavras, as condições de emissão de Cupom Fiscal por usuário de ECF, ou seja, a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor só é permitida nos seguintes casos:

1. Em decorrência de sinistro ou razões técnicas, esta última devidamente comprovada e consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica;
2. Quanto houver solicitação do adquirente dos bens, hipótese em que a empresa deverá anexar a primeira via do documento fiscal emitido no ECF à via fixa do documento fiscal emitido, no qual, serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

O estabelecimento opera no ramo de posto de combustíveis, estando obrigado a manter em funcionamento nas bombas o equipamento emissor de cupom fiscal por força.

Na defesa fiscal o autuado para elidir a acusação fiscal alegou que registrou no Livro de Ocorrência várias situações impeditivas – falta de energia e falha do equipamento - de emitir os cupom fiscais, porém dada à enorme frequência com que elas ocorreram deixou de informar à Infaz todas as ocorrências.

Considerando que na diligência solicitada por esta Junta, o revisor fiscal, tomando por base os documentos constantes às fls. 4.864 / 4.882, constatou que existem elementos de provas que a utilização simultânea de ECF e talão de nota fiscal de venda a consumidor foi decorrente de razões técnicas, consignada no RUDFTO a devida anotação da intervenção técnica ou outras

situações impeditivas, tais como, falta de energia e falha do equipamento, não subsiste a infração.

Ante o exposto, voto pela IMROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.0044/07-6, lavrado contra **POSTO ROSÁRIO LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR