

A.I. Nº - 146468.0082/07-4
AUTUADO - EUROPOSTO COM. DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANJEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19.08.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0231-04/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. 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. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações não elididas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. **b)** NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Reduzido o percentual da multa da infração 4 em decorrência de retroatividade benigna da lei e reduzido o valor da multa da infração 5, face a apresentação de parte dos documentos extraviados. Infrações elididas em parte. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/07, exige ICMS no valor de R\$6.100,73 acrescido de multas de 50%, 60% e 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 40.168,85 relativo às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$4.630,37 (Gasolina e Álcool: 2005).

02. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de

registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado - R\$1.467,36 (Gasolina e Álcool: 2005).

03. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, com aplicação de multa de caráter acessório - R\$100,00 (Gasolina e Diesel: 2004 e 2005).

04. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória - R\$36.568,85.

05. Extraviou documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que deixou de apresentar os talões de nota fiscal de venda a consumidor de nº 1701 a 2350 e 2401 a 2450, mediante intimação fiscal, sendo aplicada multa fixa por descumprimento de obrigação acessória - R\$3.500,00.

06. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$3,00.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 515 a 520, inicialmente discorre sobre as infrações e preliminarmente reconhece o cometimento da infração 6, passando a contestar as demais.

Quanto às infrações 1 e 2, apresenta quadros demonstrativos (fl. 516) das movimentações de estoques procedidas pelo autuante e diz que a omissão de entrada apurada de 11.138 litros de gasolina C e 171 litros de álcool, corresponde a 0,73% e 0,097% das mercadorias.

Salienta que combustível é um produto que possui volatilidade, a depender da temperatura que estiver exposto e condição de armazenagem e que a omissão de entrada apontada configura um exercício matemático. Ressalta que a perda do produto é estimada como satisfatória em 0,6% de acordo com o art. 5º da Port. DNC e que as diferenças para mais ou para menos decorrem das medidas efetuadas nos tanques e escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), e que não foram consideradas pelo autuante.

Questiona de que forma teria adquirido a pequena diferença apurada de 171 litros de álcool sem nota fiscal e de 11.138 litros de gasolina que corresponde a menos de 1% de suas compras por meio de notas fiscais. Pede que seja considerado que a perda se situa dentro de uma normalidade de até 0,6% admitida pelo DNC e pela improcedência das infrações 1 e 2.

Relativamente à infração 3, afirma que pela insignificância do valor não deveria nem questionar, entretanto contesta a aplicação de uma multa por exercício relativa à mesma infração. Observa que as omissões apuradas foram insignificantes, fruto do exercício matemático procedido pelo autuante que denominou levantamento quantitativo o que justifica a inaplicabilidade da multa. Requer que seja aplicada apenas uma multa no valor de R\$50,00 pelo cometimento da infração.

No tocante à infração 4, reconhece que ocorreu falha na escolha do tipo de documento que deveria ter sido emitido para as operações. Alega que tendo sido aplicada multa com percentual de 5%, vigente até 27/11/07, a Lei nº 10.847/07 estabeleceu um percentual de 2% para a mesma infração, motivo pelo qual apela para aplicação da retroação benigna da Lei, que prevê pena menor. Pede que seja reduzido o valor da multa para R\$14.627,54 com aplicação do percentual de 2% e não o valor exigido de R\$36.568,85 com percentual de 5%.

Argumenta ainda que as operações foram documentadas e registradas, estando as operações com fase de tributação encerrada, logo, não causou qualquer prejuízo ao Estado. Requer que o órgão julgador converta a multa aplicada em valor de R\$50,00 por ser a menor multa aplicável de acordo com o disposto no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/97.

Com relação à infração 5, alega que não tendo sido apresentado os documentos fiscais exigidos mediante intimação fiscal, o autuante aplicou multa por ter emitido documento fiscal em lugar de cupom fiscal e também pela falta de apresentação dos documentos.

Afirma que localizou os talonários de números 1801 a 2250 entre os que foram entregues ao autuante e que foram devolvidos, mas que por falha dos protocolos não foram relacionados para comprovar sua entrega à fiscalização. Diz que junta cópia da primeira e última folha de cada talão e mantém a disposição do CONSEF, caso seja necessário comprovar a veracidade da informação por meio de diligência.

Com a apresentação de parte dos talonários, resta não comprovado os de números 1701 a 1800; 2251 a 2350 e 2401 a 2450, totalizando 250 documentos, que se atribuída multa de R\$5,00 por documento resulta em valor de R\$1.250,00. Ressalta que no seu entendimento a presente multa não deve ser mantida por representar aplicação de duas penalidades atribuídas aos mesmos documentos.

O autuante presta informação fiscal (fls. 541 a 544), inicialmente discorre sobre as infrações e esclarece que a fiscalização foi desencadeada por solicitação da Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustível em atendimento a CPI dos Combustíveis instalada na Assembléia Legislativa do Estado da Bahia (doc. às fls. 402 a 405).

Tece comentário sobre os argumentos apresentados na defesa e em relação à infração 1, afirma que o demonstrativo de estoque foi juntado às fls. 40 a 168 e que na defesa apresentada o impugnante não apresentou qualquer demonstrativo para contestar as omissões apuradas pela fiscalização. Diz que não compete ao auditor fiscal avaliar se as diferenças apuradas são insignificantes, visto que tem atividade vinculada e deve efetuar o lançamento de ofício, independente do seu valor.

Quanto à alegação de que o levantamento configura um exercício matemático, requer que se proceda uma análise criteriosa das decisões prolatadas pelo CONSEF ao longo dos exercícios de 2006 e 2007 (fls. 436 a 472), para confirmar que o argumento é protelatório. Mantém a infração.

Com relação à infração 2, esclarece que decorre do levantamento fiscal da primeira infração, por se tratar de apuração de omissão de entrada de mercadorias, foi exigido também o ICMS por antecipação, visto que se trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Da mesma forma, que ocorreu na infração 1, não tendo apresentado qualquer demonstrativo, entende que também deve ser mantido o débito fiscal exigido.

No que se refere à infração 3, informa que a multa aplicada é de R\$50,00 por cada exercício, discorda do posicionamento do autuado, por entender que a irregularidade ficou evidenciada para cada exercício (2004 e 2005) que corresponde a duas infrações individualizadas e não uma infração nos dois exercícios. Remete para o CONSEF a apreciação do pedido do autuado.

Relativamente à infração 4, tendo o contribuinte reconhecido o cometimento da infração, admite que pode ser aplicada a retroatividade benigna, com a redução do percentual aplicado e procedência parcial da infração.

Quanto à infração 5, acata a documentação juntada com a defesa, restando apresentar 250 documentos e que a multa deve ser reduzida para R\$1.250,00. Pede a procedência parcial desta infração e da mesma forma do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 545), o autuado manifestou-se à fl. 548, argumentando que em relação às infrações 1 e 2, não apresentou nenhum demonstrativo em virtude de ter utilizado os dados constantes do levantamento fiscal. Atenta que o resultado do trabalho envolve controle de qualidade e responsabilidade para se tornar inquestionável.

Pondera que as falhas demonstradas não pode se respaldar em decisões do CONSEF e que o julgador tem o dever de buscar esclarecer a verdade dos fatos.

Referente à infração 3, afirma que o entendimento do autuante é equivocado.

Relativo à infração 4, ressalta que o autuante concordou com a retroação benigna, mas não se manifestou acerca da redução da multa e da mesma forma, reconheceu a redução da multa aplicada na infração 5, porém não se manifestou sobre a inaplicabilidade da multa.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a diversas infrações: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária; recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre o valor do recolhido e o escriturado, além da aplicação de multas por falta de emissão, extravio de documentos fiscais e emissão de documento fiscal em lugar de outro que estava obrigado.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento da infração 6, que não será objeto de apreciação, devendo ser mantida.

Quanto às infrações 1 e 2, decorrente da omissão de entrada de mercadorias (gasolina e álcool), o impugnante alegou que as diferenças apuradas pela fiscalização são pouco relevante e que corresponde a perda que considera satisfatória em percentual aproximado de 0,6% do volume comercializado, de acordo com o art. 5º da Port. DNC.

Com relação ao argumento de que as quantidades apontadas como omitidas são pouco significantes, observo que o levantamento quantitativo de estoques foi elaborado com base nas informações de documentos escriturados nos livros fiscais do próprio contribuinte, adotando os procedimentos previstos na Port. 445/98, cujos demonstrativos foram entregues ao autuado (fls. 41 a 125). Portanto, caberia ao contribuinte demonstrar a ocorrência de inconsistências no levantamento fiscal, o que não ocorreu na sua defesa, motivo pelo qual não acato esta alegação.

Com relação à alegação de que a quantidade omitida encontra-se próxima do percentual de 0,6% admitido pelo DNC, embora o autuante não tenha contestado na informação fiscal, constato que no levantamento fiscal, conforme demonstrativo sintético juntado às fls. 42 e 43, foram computados ganhos (entradas) e perdas (saídas) dentro do limite legal (0,6%), a exemplo dos demonstrativos analíticos acostados às fls. 49 a 65, cujas cópias também foram fornecidas ao impugnante. Logo, tendo sido considerado as perdas no levantamento fiscal, não acato tal alegação.

Concluo que o débito exigido é decorrente da aplicação do roteiro de auditoria de estoques com base nos livros e documentos fiscais do estabelecimento autuado. Comprovadas entradas de mercadorias não registradas, não há prova de que o imposto normal e o antecipado das mercadorias objeto da autuação tenham sido recolhidos por parte do vendedor, o que caracteriza a responsabilidade do autuado pelo valor do imposto.

Por sua vez, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documento fiscal e não tendo o autuado comprovado que o imposto foi pago antecipadamente, está correta a exigência do imposto das infrações 01 e 02.

Com relação à infração 3, o recorrente contestou que deveria ser aplicada uma multa pelo cometimento da infração e não uma multa por exercício, bem como ponderou que as omissões apuradas são insignificantes o que no seu entendimento justifica a inaplicabilidade da multa. Requer que seja aplicada apenas uma multa no valor de R\$50,00 pelo cometimento da infração.

Conforme demonstrativos juntados ao processo (Anexos I a IV), o levantamento fiscal apurou omissão de saída de gasolina, álcool e diesel no exercício de 2004 e gasolina e diesel no exercício de 2005. Como estes produtos estão enquadrados no regime de substituição tributária, presume-se que o imposto foi pago com a sua aquisição (distribuidora) e é cabível a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta da emissão do documento fiscal correspondente. Neste caso, tendo o levantamento quantitativo sido apurado por exercício, foi constatado uma irregularidade em cada um deles e caso a empresa comprovasse erro no levantamento fiscal relativo a um exercício e não comprovasse erro no outro, elidiria a multa correspondente à falta de emissão de documento de um exercício, mas persistiria a multa aplicada no outro. Dessa forma é correta a aplicação de uma penalidade por exercício.

Com relação ao argumento de que a omissão apurada é insignificante, conforme apreciado anteriormente, o levantamento fiscal foi feito com base nos documentos fiscais do próprio contribuinte e caberia a ele comprovar possíveis erros do procedimento fiscal, o que não ocorreu.

Ressalto que os documentos fiscais devem ser emitidos sempre que forem realizadas operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS (art. 201, I do RICMS/BA) e é obrigação do contribuinte fazer a entrega do documento fiscal ao realizar vendas de mercadorias, mesmo que o adquirente não solicite o documento fiscal (art. 142, VII do RICMS/97). Ficam mantidas as multas aplicadas na sua integralidade.

No tocante à infração 4, o impugnante reconheceu o cometimento da infração e solicitou que o percentual da multa fosse reduzida de 5% para 2% em decorrência da alteração ocorrida na Lei, o que foi acatado pelo autuante.

Constatado que a Lei nº 10.847, de 27.11.07, com efeitos a partir de 28.11.2007, deu nova redação ao preceito contido no art. 42, XIII-A, “h” da Lei nº 7.014/96, estabelecendo que a multa aplicada ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento, passaria para 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço.

Dessa forma, conforme disposto no art. 106, II, “c”, Código Tributário Nacional, acato a alegação defensiva para aplicar por retroatividade benigna, o percentual da multa ora vigente com o propósito de beneficiar o sujeito passivo e ainda por se tratar de ato não definitivamente julgado, conforme determina Lei Complementar Tributária, reduzindo o valor da multa para R\$ 14.627,58 com aplicação do percentual de 2% e não o valor exigido de R\$36.568,85 com percentual de 5%, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito
31/01/04	09/02/04	101.434,35	0,00	2,00	2.028,69
28/02/04	09/03/04	31.657,94	0,00	2,00	633,16
31/03/04	09/04/04	43.412,95	0,00	2,00	868,26
30/04/04	09/05/04	82.464,25	0,00	2,00	1.649,29
31/05/04	09/06/04	69.901,09	0,00	2,00	1.398,02
30/06/04	09/07/04	10.699,85	0,00	2,00	214,00
31/07/04	09/08/04	14.754,19	0,00	2,00	295,08
31/08/04	09/09/04	69.779,24	0,00	2,00	1.395,58
30/09/04	09/10/04	12.212,12	0,00	2,00	244,24
31/10/04	09/11/04	17.033,46	0,00	2,00	340,67
30/11/04	09/12/04	36.095,07	0,00	2,00	721,90
31/01/05	09/02/05	12.784,52	0,00	2,00	255,69
28/02/05	09/03/05	32.453,79	0,00	2,00	649,08
31/03/05	09/04/05	67.509,95	0,00	2,00	1.350,20
30/04/05	09/05/05	13.322,73	0,00	2,00	266,45
31/05/05	09/06/05	5.638,03	0,00	2,00	112,76
30/06/05	09/07/05	85.667,94	0,00	2,00	1.713,36
31/07/05	09/08/05	4.322,59	0,00	2,00	86,45
31/08/05	09/09/05	11.834,64	0,00	2,00	236,69
30/09/05	09/10/05	1.943,08	0,00	2,00	38,86
31/10/05	09/11/05	2.051,46	0,00	2,00	41,03
30/11/05	09/12/05	1.930,10	0,00	2,00	38,60
31/12/05	09/01/06	2.476,14	0,00	2,00	49,52
Total					14.627,58

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, ou aplicação de uma multa de valor menor, não acato, tendo em vista que a legislação tributária estabelece que as operações de vendas efetuadas diretamente ao consumidor final devem ser registradas em equipamento de controle fiscal. Não tendo procedido como determina a legislação, mesmo que as operações tenham sido

documentadas e registradas, dificulta a verificação por parte do Fisco e não se sabe se o procedimento adotado pelo contribuinte não implicou na falta de recolhimento do imposto nos termos do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96. Infração mantida com a redução do valor da multa.

Relativamente à infração 5, tendo sido aplicada multa por falta de apresentação de documentos fiscais, sob alegação de extravio, na defesa apresentada o autuado apresentou parte dos documentos que afirmou ter sido localizado, conforme cópias juntadas às fls. 521 a 538, o que foi acatado pelo autuante na informação fiscal prestada.

Com a apresentação na defesa de parte dos talonários, restou não comprovado os de números 1701 a 1800; 2251 a 2350 e 2401 a 2450, totalizando 250 documentos, devendo ser mantida a multa de R\$5,00 por documento extraviado, o que totaliza débito de R\$1.250,00, nos termos do art. 42, XIX da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao argumento de que deve ser cancelada a multa, por ter sido aplicada outra na infração 4, relativa a documentos emitidos em lugar de outro que estava obrigado, não pode ser acatado tendo em vista que se tratam de penalidades de caráter acessório de natureza diferente. Seria cabível, conforme prevista na legislação tributária, a sua absorção, se a multa fosse concomitante com outra decorrente da obrigação principal. Além do mais, constato que conforme demonstrativos elaborados pelo autuante relativos à multa aplicada na infração 4, não foram relacionadas as notas fiscais de nºs 1701 a 1794 (fl. 180) e 2251 a 2350 (fl. 304). Infração elidida em parte.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468.0082/07-4** lavrado contra **EUROPOSTO COM. DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.100,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.470,36 e 70% sobre R\$4.630,37, previstas no art. 42, II, “b” e “d” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, totalizando **R\$ 15.977,58**, previstas no art. 42, XXI, XIII-A, “h” e XIX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR