

A.I. Nº - 128859.0053.03-7
AUTUADO - AUTO POSTO SALVADOR LTDA.
AUTUANTE - EZILBERTO DE BRITO MOITINHO
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 03.12.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0361-04/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Na nova Informação refez o levantamento quantitativo e resultou em omissão de entrada. Não houve exigência da multa. Infração caracterizada. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ALCOOL E ÓLEO DIESEL. b.1) 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. Refeito o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. Infração parcialmente caracterizada. **b.2) MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO.** Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeito o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apurado. Infração parcialmente caracterizada. Diferido o pedido de diligência. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/03, exige imposto no valor de R\$ 635,51 acrescido de multas de 60% e 70%, além de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$50,00 e R\$ 39,71, relativo as seguintes infrações:

01. Omissão de saída de mercadoria isenta e/ou não tributável efetuada sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, através do Livro Movimentação de Combustível (LMC) – valor R\$ 39,71;
02. Omissão de saída de mercadoria isenta e/ou não tributável efetuada sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, através do Livro Movimentação de Combustível (LMC) – Valor R\$ 50,00;

03. 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, no valor de R\$ 495,84.

04. 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, no valor de R\$ 139,67.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 40 a 48, alega que os produtos comercializados foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, que a fiscalização trouxe números irreais. Desconheceu que na substituição tributária, o pagamento do combustível o imposto já está incluído.

Diz ainda que o fisco omitiu especificidades da legislação de petróleo, tais como: aferições, nas entradas e evaporações, nas saídas. Assim, impôs auto de infração de R\$ 725,22 e aplicação da responsabilidade solidária, sem considerar a legislação ou engano na contabilidade por parte do contribuinte, cabendo apenas multa formal. O imposto já fora pago pela Petrobrás, substituta tributária e fornecedora dos produtos.

O fisco não considerou a perda de 0,6% em razão da evaporação (Portaria 283/80, ANP). Nas saídas, considerou somente as notas fiscais emitidas, esquecendo os cupons fiscais e as pequenas notas. A simples análise da contabilidade detecta-se o engano cometido. O agente fiscal entendeu que deixou de ser efetuado registro de entradas, o que não ocorreu. As aferições são obrigatórias, a fim de se verificar a regularidade dos equipamentos de medição, além dos encerrantes, porque o produto sai e retorna ao tanque. Afirmo que considerando aferição feita com balde de 20 litros, ao cabo de 365 dias, ter-se-á 7.300 litros em cada bico de bomba. Completa que o simples fato de um posto vender a outro, através do instrumento de medição, conforme Portaria 116/00 ANP, não constitui motivo para a indicação de omissão.

Insiste que o auto de infração lavrado foi arbitrário, viola a segurança jurídica, capacidade contributiva, legalidade, isonomia tributária, e realiza verdadeiro confisco. Diz que já antecipou o imposto devido quando pagou a Distribuidora o ICMS embutido no preço, dando surgimento ao sujeito passivo indireto, nos termos dos arts. 121 e 128, CTN. Cita e transcreve o tributarista Augusto Becker, professor Johnson Nogueira, sobre contribuinte substituto e a responsabilidade tributária.

Diz que o autuado agiu de boa fé, em obediência a substituição tributária imposta, antecipando o valor correspondente do ICMS, quando adquiriu produtos da distribuidora. Diz ainda que o autuante aplicou as normas da portaria da ANP indevidamente, somente naquilo que prejudicaria o autuado.

Pede seja o auto considerado improcedente e, caso contrário, protesta pela aplicação somente da multa por descumprimento de obrigação tributária.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 54), discorre sobre os termos da autuação, argumentos apresentados na defesa e diz que o autuado, apesar dos esforços empreendidos na defesa, não consegue provar a improcedência do auto. Finaliza pedindo manutenção integral do lançamento.

Considerando que a informação fiscal foi prestada de forma sintética sem observar o disposto no § 6º do artigo 127, RPAF/BA, a 5ª JF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de origem para que o autuante preste uma nova Informação Fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, considerando, inclusive, as aferições nos limites estabelecidos.

O autuante volta a se pronunciar, fls. 60 e 61, admitindo razões do autuado quanto às evaporações de 0,6%, o que altera inclusive o resultado anteriormente encontrado das saídas. Quanto às aferições, diz que não altera o resultado uma vez que os produtos saem e retornam para os tanques, como já asseverou o próprio autuado.

Com os novos cálculos, as infrações ficam da forma seguinte:

Infração 01 – deixa de existir;

Infração 02 – permanece o mesmo valor;

Infração 03 – mudança no valor reclamado – R\$ 1.584,37;

Infração 04 – mudança no valor reclamado – R\$ 31,69.

Apresenta o Auditor Fiscal os novos demonstrativos, fls. 62/70, intimado o autuado para tomar conhecimento, o mesmo não se pronuncia, fl. 73.

VOTO

Preliminarmente, questiona o sujeito passivo que o auto de infração lavrado foi arbitrário, viola a segurança jurídica, capacidade contributiva, legalidade, isonomia tributária, e realiza verdadeiro confisco, uma vez que já antecipou o imposto devido quando pagou ao fornecedor o preço do produto com o ICMS embutido, sendo deste a partir de então a responsabilidade tributária.

Não acato qualquer pedido de nulidade formulado, sob o pressuposto de violência aos princípios supra referidos, uma vez que é legítima e legal a aplicação do regime da Substituição Tributária, prevista no artigo 150, § 7º, CF/88, Lei Complementar 87/96. Através desse regime exige-se imposto antecipado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (gasolina, álcool e diesel). Tendo sido aplicado o roteiro da auditoria de estoques com base em dados registrados na escrita fiscal do autuado (estoque inicial e final lançado no livro Registro de Inventário, compras e vendas registradas nos livros REM e RSM/LMC) e constatada a omissão de registro de entradas das referidas mercadorias, cabe ao autuado comprovar que tais mercadorias tiveram o imposto pago na fase anterior da compra, o que não foi feito no caso.

No mérito, após analisar as peças que compõem o PAF verifico que:

Com relação à infração 01, tendo sido constatada omissão de saídas de mercadoria com fase de tributação encerrada, restou comprovado que ocorreram vendas dessas mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes, não cabe a exigência de imposto. Entretanto deve ser cobrada a multa equivalente a 01 UPF (Unidade Padrão Fiscal do Estado da Bahia), à época dos fatos vigente, R\$ 39,71, por descumprimento de obrigação acessória não prevista expressamente na legislação conforme o disposto no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Após revisão feita pelo Auditor Fiscal, considerando as evaporações de 0,6%, conforme demonstrativo de fl. 62, não mais se detecta omissão de saída na gasolina, igualmente deixando de existir a citada infração, devendo ser afastada, portanto, a multa aplicada.

Com relação à infração 02, exercício de 2003, constatou-se omissão de saída de mercadoria com fase de tributação encerrada no valor de R\$ 13.222,39, restando comprovado que ocorreram vendas dessas mercadorias sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes e não cabe exigência do imposto. Entretanto deve ser cobrada a multa de R\$ 50,00 por descumprimento de obrigação acessória não prevista expressamente na legislação conforme o disposto no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Quanto às infrações 3 e 4, o sujeito passivo alegou que os produtos, objeto da autuação, são enquadrados no regime de substituição tributária e o imposto foi pago pela distribuidora. Todavia, entendo que, conforme explicado anteriormente, 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 antecipado das mercadorias objeto da autuação tenha sido recolhido por

parte do vendedor, o que caracteriza a responsabilidade do autuado pelo valor do imposto, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria sem origem comprovada.

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, concluo que não se está exigindo o imposto outra vez e sim o que deixou de ser pago no ato da aquisição e, sendo assim, caracterizada a exigência do imposto das infrações 03 e 04.

Verifico, então, que na terceira infração, foi exigido imposto normal e na infração 04, o imposto antecipado referente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. Restando comprovada a entrada de mercadorias sem a respectiva escrituração, o imposto é devido por responsabilidade solidária (imposto normal) e por responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (imposto antecipado). O autuante, na oportunidade da nova Informação Fiscal de fls. 62/70, quanto aos ajustes procedidos, em atendimento à diligência requisitada pela 5ª JJF, efetuou alterações no imposto normal que passou de R\$ 495,84 (fl. 09) para R\$ 1.584,37 (fl. 62); na infração 04, exigência do imposto por antecipação, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, que passou de R\$ 139,67 (fl. 10) para R\$ 316,87 (fl. 62). No entanto, para não agravar as infrações mencionadas, mantenho os valores inicialmente consignados no auto de infração, com a sugestão da lavratura de novo auto de infração para cobrar as diferenças.

Concluo, portanto, que o presente auto de infração tem o demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Multa %	Valor em Real
31/12/98	09/01/99			
07/10/03	09/11/03			50,00
31/12/98	09/01/99	2.916,69	70,00	495,84
31/12/98	09/01/99	821,59	60,00	139,67
TOTAL				685,51

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 **128859.0053/03-7** lavrado contra **AUTO POSTO SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 635,51**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 495,84 e 60% sobre R\$ 139,67 previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII da citada Lei, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA