

A. I. Nº - 300766.0062/09-0
AUTUADO - J.B. ALVES DE PAULO AFONSO (POSTO DA ILHA)
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET 07.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0088-05/10

EMENTA: LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 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, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações 01 a 06 caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2009, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 7.734,62, acrescido de multas, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

INFRAÇÃO 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 produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de álcool nos exercícios de 2005 e 2006). Valor exigido de R\$ 232,84. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entrada de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de álcool nos exercícios de 2005 e 2006). Valor exigido de R\$ 73,79. Multa de 60%, prevista no art. 42, II da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 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 produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de álcool nos exercícios de 2005 e 2006). Valor exigido de R\$ 3.138,28. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entrada de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de gasolina aditivada em 2006). Valor exigido de R\$ 877,46. Multa de 60%, prevista no art. 42, II da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 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 produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de gasolina comum em 2005 e 2006). Valor exigido de R\$ 2.666,65. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entrada de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado (omissões de entradas de gasolina comum em 2005 e 2006). Valor exigido de R\$ 745,60. Multa de 60%, prevista no art. 42, II da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 118 a 120.

Diz ser revendedor varejista de combustíveis e lubrificantes, cujas mercadorias estão sujeitas à substituição tributária, de acordo com o Convênio ICMS 03/99, protocolos, leis federais e Anexo 88 do RICMS/BA. Afirma não omitir nem sonegar tributos e contribuições, sendo que, no seu entender, o sujeito passivo da obrigação principal em comento é a sociedade empresária encarregada da distribuição (PETROBRAS). Em virtude do encerramento da fase de tributação, a exigência seria descabida, por configurar verdadeira hipótese de “bitributação”.

Em seguida, questionando a calibração dos contadores das bombas, assinala ter havido um exagero nas aferições, por não ter sido levado em consideração o percentual de perdas decorrentes das oscilações de volumes e temperaturas. Reputa exageradas as aferições constantes da fl. 21 do PAF, pois as quantidades consignadas não condizem com a realidade (o vasilhame é de 20 litros e foram registrados 224 a título de retorno nas aferições).

Juntando decisões deste Conselho de Fazenda, requer a nulidade do Auto de Infração.

A autuante apresenta informação fiscal às fls. 137 a 139. No tocante à questão da legitimidade passiva, pontua que não se sabe de quem o autuado adquiriu as mercadorias objeto do lançamento de ofício. Acredita que se houvesse sido da PETROBRAS as mesmas se fariam acompanhar de documentos fiscais.

Com relação às aferições (retorno de combustível para o tanque), lembra que foram registradas pelo contribuinte no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Informa não ter se preocupado em juntar cópias dos retornos (aferições) porque as quantidades escrituradas favorecem o autuado: quanto mais aferições, maior a quantidade de entradas. Assim, essa argumentação de defesa vai de encontro aos interesses do próprio defendant. Quanto ao volume de 224 litros, lançado em 17/11/2006, concorda que perfaz uma quantia elevada para um vasilhame de 20 litros. Porém, assinala que não existem limites diários de aferições, solicitadas com freqüência pelos clientes. Por isso, aceita a quantidade informada p – para comprovar o valor questionado -, junta cópia do mesmo à 1

Já no que se refere às oscilações resultantes de variação de temperatura e volume, e da afirmação de defesa que levantou a hipótese de os contadores das bombas não estarem perfeitamente calibrados, entende que os ganhos e perdas devem ser indicados diariamente pelo sujeito passivo, nos termos da Portaria 26/92 da ANP (Agência Nacional de Petróleo). Todavia, o autuado não o fez, sendo que o campo 08 do LMC, que se refere a este fenômeno, encontra-se “zerado” (fls. 22 a 107). Conclui dizendo que o autuado não soube o que pleitear, pois quanto mais perdas se lançar no LMC, em virtude de as mesmas possuírem a natureza de saídas, maior será a omissão de entradas a ser encontrada no levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

Por fim, conclui que os Acórdãos colacionados na peça de impugnação são incompatíveis com a presente lide. O Acórdão JJF 0263-02/03 diz respeito a levantamento quantitativo de estoques em operações de saídas de mercadorias tributáveis sem os devidos registros. O contribuinte autuado, na situação do Acórdão citado, foi a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A, que exercia a atividade econômica de comercialização no atacado e distribuição de álcool carburante, biodiesel e derivados de petróleo. Na presente autuação, o sujeito passivo é varejista e sua responsabilidade se dá por substituição tributária (arts. 512-A e 512-B do RICMS/BA). O Acórdão JJF 0549/99, segundo aduz, afirma regra de responsabilização tributária dos remetentes quando as respectivas operações são lícitas e ocorrem acompanhadas de documentos fiscais, que não foi o verificado na auditoria da qual resultou este Auto de Infração.

Finaliza requerendo a procedência da autuação.

VOTO

Não merecem amparo os argumentos trazidos pelo autuado relativos à eventual nulidade do ato preparatório do lançamento. Ficam preliminarmente rejeitadas as nulidades argüidas, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório. O PAF está revestido de todas as formalidades necessárias, não havendo bis in idem, bitributação, violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e documentos acostados ao PAF, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico.

O Convênio ICMS 03/99 dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos. A sua cláusula primeira autoriza os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando até a última, assegurado o recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário. Já a cláusula 9ª determina que o contribuinte que tenha recebido combustível derivado de petróleo com imposto retido, diretamente do sujeito passivo por substituição, cumpra algumas obrigações acessórias, tais como: (I) indicar no campo “Informações Complementares” da nota fiscal as bases de cálculo utilizadas para a retenção do imposto por substituição tributária na operação anterior e a utilizada em favor da unidade federada de destino, o valor do ICMS devido à unidade federada de destino e a expressão “ICMS a ser repassado nos termos da cláusula décima primeira do Convênio ICMS 03/99; (II) registrar, com a utilização do programa aprovado pela COTEPE/ICMS, os dados relativos a cada operação etc. Em resumo, as operações devem ser regularmente escrituradas.

A auditoria de estoques indicou entradas de mercadorias desacreditadas fiscais, fato que demonstra o descumprimento das obrigações acima mencionadas.

comprovar quem é o remetente e atesta a legitimidade passiva do autuado no que tange à presente relação jurídica processual.

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 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, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

No mérito, entendo que não prosperam os argumentos que indicam volume de retorno exagerado, questionam a calibração dos contadores das bombas e assinalam ter havido um exagero nas aferições, inclusive por não ter sido levado em consideração o percentual de perdas decorrentes das oscilações de volumes e temperaturas.

Os valores foram todos levantados de Livro Fiscal previsto no RICMS/BA, o LMC, escriturado pelo próprio contribuinte. Não é responsabilidade da fiscal autuante comprovar a calibração dos contadores. Cabe ao autuado trazer ao processo qualquer elemento de prova que impeça, modifique ou extinga o direito do Estado de lançar o tributo, o que não ocorreu. 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 perdas, conforme frisou a autuante, não foram informadas no LMC (fls. 22 a 107). Qualquer diligência no sentido de apurá-las agravaría as infrações, o que não pode ocorrer em um mesmo processo administrativo fiscal. Pode a autoridade administrativa com competência para tanto, determinar nova ação fiscal, com o fim de lançar eventuais diferenças entre as quantias aqui exigidas e aquelas resultantes da aplicação de índices de perdas.

Idêntico raciocínio vale para a quantidade total de aferições e para o retorno nas aferições em 17/11/2006 (224 litros), supostamente exagerado para um tanque de 20 litros. O valor tomado na auditoria foi o escriturado no LMC, conforme demonstra o documento juntado à fl. 141. Por outro lado, qualquer quantidade menor do que 224 litros apenas agravaría a presente exigência.

Os Acórdãos trazidos na peça de impugnação, consoante registro da autuante, não guardam relação com o presente caso.

Ante o exposto, concluo que as infrações 1 a 6 estão caracterizadas e voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300766.0062/09-0, lavrado contra **J.B.ALVES DE PAULO AFONSO (POSTO DA ILHA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.734,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$6.037,77 e 60% sobre R\$1.696,85, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DÂNILO BEIS LOPES – DELEGADO