

A. I. N° - 298951.0902/09-0
AUTUADO - MED COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 15.07.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0192-04/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provada a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Infrações 01 e 03 caracterizadas. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO (COMBUSTÍVEIS). LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO.** O sujeito passivo adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações 02 e 04 caracterizadas. **2. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LMC). FALTA DE ENCADERNAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009 e exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 65.804,44, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008). Demonstrativo à fl. 31. Valor exigido de R\$ 3.525,44 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão dos registros de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2008). Demonstrativo à fl. 31. Valor exigido de R\$ 3.525,44 e multa de 70%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

- 3- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (2009). Demonstrativo à fl. 12. Valor exigido de R\$ 46.424,89 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, decorrente da omissão dos registros de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto (2009). Demonstrativo à fl. 12. Valor exigido de R\$ 14.758,47 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.
- 5- Utilização e / ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão, numeração, costura ou encadernação estabelecidas no RICMS/BA. Refere-se aos Livros de Movimentação de Combustíveis, que foram apresentados em folhas soltas, sem a devida encadernação. Multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 145 a 162.

Após sintetizar as infrações que lhe foram imputadas, pondera que a atividade de fiscalização não pode ser reduzida à mera verificação de documentos e sistemas, mas deve buscar a verdade material dos fatos, em face, inclusive, dos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

A errônea adoção da técnica de fiscalização, no seu ver, inquinou de nulidade e prejudicou a eficácia do “lançamento compulsório”, juntamente com os seus efeitos, restando à Fazenda Pública apenas a alternativa de renovar a ação fiscal. O agente do Erário, sem observar os demais livros e documentos, extraiu as informações que serviram de base para a acusação tão somente do LMC e das notas de entrada.

Tomando por fundamento dispositivos da Constituição Federal, pontua que, por ter sido o Auto de Infração lavrado fora do seu estabelecimento, restou prejudicado o seu direito à ampla defesa, à segurança jurídica e à seriedade nas relações entre Fisco e contribuinte.

Embora tenha sido autuado por irregularidades no LMC, informações resultantes da exclusiva conclusão do representante da Administração Fiscal, tal autoridade utilizou o citado Livro para determinar as demais infrações. Assevera que o auditor, antes de autuar, deve, necessariamente, intimar o sujeito passivo para que preste esclarecimentos em prazo razoável. No presente caso, nenhuma intimação foi feita, o que macula de vício de nulidade o lançamento, inclusive porque os dados foram extraídos de equipamentos que se achavam em manutenção, conforme “laudo” de fl. 164.

É cediço que os contribuintes, ao adquirir mercadorias, devem tomar as pertinentes cautelas, fato que ocorreu, já que possui cadastro de fornecedores. O Fisco, segundo afirma, não pode, a pretexto de suposta irregularidade, imputar-lhe responsabilidade tributária, que não deve ser presumida, ao menos na situação sob exame. Citando doutrina e jurisprudência, diz que “indício em si mesmo não é prova”, e quem alega um fato deve prová-lo.

Em seguida, transcrevendo trechos doutrinários e normas constitucionais, bem como decisões do STF, destaca o caráter confiscatório da multa e dos juros aplicados, este último com base na taxa SELIC, que reputa ilegal.

Pede prazo para juntada de novos documentos e requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, com a declaração da natureza confiscatória das multas

O autuante colaciona informação fiscal às fls. 228 a 243.

Salienta que adotou, nos trabalhos de auditoria, os procedimentos fiscais estabelecidos no RICMS/BA, na Portaria 445/1998 e no Convênio ICMS 03/1999, sendo que não houve cerceamento de direito de defesa, pois todos os demonstrativos foram entregues.

Quanto ao local da lavratura do Auto de Infração, transcreve o parágrafo 1º do art. 39 do RPAF/99 em rebate às argumentações da impugnação.

A falta de encadernação, que é aspecto extrínseco, não invalida a escrituração do LMC, por ter sido realizada conforme as normas legais (fls. 63 a 79), razão pela qual foi plenamente considerado nos levantamentos fiscais. Ou seja, os aspectos intrínsecos do Livro, que configuram a sua escrituração regular, não guardam relação com os aspectos extrínsecos (a encadernação, que deve ser feita nos termos do art. 316 do RICMS/BA).

No tocante ao denominado laudo, de fl. 164, alega surpresa com a sua apresentação na peça de impugnação. Nas suas palavras, não pode *“deixar de observar, por saltar aos olhos, as inúmeras deficiências do suposto LAUDO apresentado que culminam por desmerecê-lo como prova e mesmo que, por absurdo, lhe for dada validade não tem o condão de elidir o que foi apurado pelo fisco, diante das seguintes observações: a) não indica a data da lavratura; b) não identifica o técnico emitente; c) não foi aposta a assinatura do responsável pelo LAUDO; d) não apresenta os dados elementares de CNPJ e Inscrição Municipal identificadores da empresa emitente; e) não informa o número do chamado que originou a suposta intervenção técnica, procedimento normal adotado por qualquer assistência técnica organizada; f) foi emitido com terríveis erros de português, notadamente a palavra “enserrante”, com s, que deveria ser de domínio corrente de qualquer pessoa minimamente esclarecida, fato imperdoável em um “expert”, que, se capacitado a realizar intervenção em equipamentos de qualquer natureza para fins fiscais, mecânico ou eletrônico, deve, no mínimo, conhecer seus componentes, procedimentos, rotinas, termos técnicos e saber emitir mais ou menos corretamente um laudo; g) não informa qualquer defeito do equipamento ou mesmo qual o conserto que foi realizado, limitando-se a fazer um confuso relato que nada esclarece; h) não aponta as leituras iniciais do equipamento e as novas leituras realizadas após a intervenção, para que o contribuinte, em obediência o que determina a alínea “c” do item 13 do inciso VII da Instrução Normativa anexa a Portaria DNC nº 26 de 13 de novembro de 1992, fizesse as devidas anotações no LMC da data da suposta intervenção”*.

À fl. 234, transcreve os artigos 1º e 2º da Portaria DNC 26/1992, para aduzir que o fato de não constar o registro da suposta intervenção é mais uma evidência de que não ocorreu o evento alegado.

Esclarece que, conforme documento de fl. 10, as leituras de bico foram efetivadas no estabelecimento do sujeito passivo, com a presença de um preposto do mesmo, Senhor Genilson Araújo dos Santos, que assinou a declaração. Nesse levantamento, não foi incluída a leitura do encerrante da bomba 06 (visor 01), pois estava inativo, sendo que a quantia de 2.636.337,84 diz respeito ao visor 02 da bomba 06. Quando tomou conhecimento dos demonstrativos apensados ao Auto de Infração, o representante do autuado alegou que teria havido leitura do encerrante inativo da bomba 06. Diante de tal assertiva, para que não pairassem dúvidas, realizou, em 01/10/2009, nova leitura do encerrante ativo (fl. 163). O confronto da leitura inicial, realizada em 30/07/2009, que apontou o total de 2.636.337,84, com o valor designado nesta nova leitura, de 01/10/2009, demonstra não ter ocorrido equívoco de sua parte, posto que não existe coincidência nos números. Essa, na sua concepção, é uma decorrência lógica e técnica inatacável, de vez que a leitura do encerrante inativo sempre designará o mesmo número, enquanto a do ativo apontará quantia maior do que a lida anteriormente.

Posteriormente, em contestação à alegação de que o débito foi encontrado indevidamente, nas fls. 239 a 241, passa a expor em minúcias os procedimentos de fiscalização adotados, sublinhando inclusive que considerou as perdas, no percentual de 0,6% do estoque físico, em conformidade com a Portaria DNC 26/1992, que transcreveu às fls. 239/240.

Com relação à taxa SELIC e à multa, pondera que não lhe compete analisar o quanto alegado na defesa, limitando-se a informar que estão previstas na legislação em vigor.

Finaliza pleiteando a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 246 a 250, a Coordenação de Administração do CONSEF juntou comprovantes de pagamento parcial do quanto exigido.

VOTO

De tudo quanto acima narrado, percebe-se que o defendente não adentrou de forma mais incisiva no mérito da lide, limitando-se a afirmar que os erros relativos aos aspectos extrínsecos do LMC são da exclusiva conclusão do autuante, e que houve leitura em equipamento que se encontrava em manutenção, conforme documento de fl. 164. Tais aspectos, de mérito, serão analisados após o enfrentamento das questões preliminares.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o embasamento jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos argumentos abordados na impugnação, na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Diz-se que o princípio da verdade material é decorrência direta da legalidade, porque o efetivo conhecimento dos fatos é indispensável para que haja a correta observância da legislação aplicável. Não assiste razão ao contribuinte ao afirmar, com base no mencionado princípio, que a técnica de fiscalização adotada foi baseada em meras presunções, tendo inquinado o procedimento de vício insanável. Conforme demonstram os documentos apensados ao processo, o autuante deu início regularmente aos trabalhos fiscais, tendo lavrado o competente Termo de Início de Fiscalização e intimado o contribuinte (fls. 06 e 07). Nessa senda, efetuou leitura no equipamento emissor de cupom fiscal (fl. 08), “trancou” o talonário de notas fiscais modelo 01 (fl. 09) e contou os estoques de combustíveis, na presença e com a assinatura de preposto do sujeito passivo, no dia 30/07/2009 (fl. 10).

Na auditoria de estoques, foram computadas as aquisições realizadas através das notas fiscais de entrada (fls. 13 a 18, 32 a 34 e 49 e 50). As saídas de combustíveis foram obtidas através das diferenças entre os valores de fechamento e de abertura dos totalizadores dos bicos (encerrantes) e as perdas foram consideradas, de acordo com a Portaria DNC 26/1992. Os valores de estoques iniciais e finais são os consignados no LMC. Como o levantamento de 2009 foi em exercício aberto, os respectivos estoques finais são os registrados no documento de fl. 10. As entradas sem notas fiscais foram obtidas através da seguinte operação algébrica: (entradas + estoque inicial + ganhos + aferições) – (saídas + estoque final + perdas). Vide fls. 12, 31 e 240.

Com relação ao local da lavratura, o parágrafo 1º do art. 39 do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar o ilícito. Não cabe argumentar, por conseguinte, que restou prejudicado o direito à ampla defesa, a segurança jurídica e a seriedade nas relações entre o Fisco e os contribuintes.

Não há previsão legal que determine a necessária intimação do sujeito passivo para prestar esclarecimentos no transcorrer dos trabalhos de fiscalização tributária, de vez que o citado procedimento é regido pelo princípio inquisitivo e o contencioso somente se estabelece quando da lide propriamente dita (seja ela judicial ou administrativa).

Mais uma vez, não custa repisar, não houve imputação de responsabilidade tributária a título gratuito, tampouco baseada em indícios ou meras presunções não previstas na legislação, mas, isto sim, foram constatados ilícitos fiscais por meio de técnicas de ... o que foi acima aduzido.

No que se refere ao alegado caráter confiscatório das multas aplicadas e dos acréscimos, verifico que os mesmos estão devidamente previstos nos dispositivos dos artigos 42 e 51 da Lei nº 7.014/96. Impende registrar que tais acréscimos incidem também na restituição de indébito, conforme o art. 33 da mencionada Lei Estadual. Portanto, a exigência é legítima e não há motivos para sua exclusão. Eventual inconstitucionalidade de norma legal não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto, consoante determina o art. 167, I do RPAF/99.

Nos termos do art. 138-B, II, parágrafo único do RICMS/BA, sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento for efetuado. A partir de 1º de janeiro de 2006, também passaram a incidir acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte.

No mérito, entendo que o documento de fl. 164, que o autuado denominou “laudo”, não merece ser levado em consideração no presente caso, pois está eivado de inúmeros vícios, que não cabe repetir, posto que minuciosamente detalhados pelo autuante e explicitados no relatório.

O defendente não trouxe aos autos elementos comprovantes de que observou as necessárias formalidades referentes ao LMC, pelo que devem ser aplicadas as normas dos arts. 142 e 143 do RPAF/99. A multa aplicada na infração 05, relativa à formalidade extrínseca do LMC, deve ser mantida e em nada influencia os dados constantes do mesmo, pois estes últimos dizem respeito às formalidades intrínsecas, que foram obedecidas, conforme as cópias reprográficas de fls. 63 a 79. Infração 05 caracterizada.

Provada a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Infrações 01 e 03 caracterizadas.

O sujeito passivo adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações 02 e 04 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298951.0902/09-0**, lavrado contra **MED COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.754,44**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 49.950,33, e de 60% sobre R\$ 15.804,11, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO D

FRANCISCO ATANA