

A. I. N ° - 279696.0017/09-7
AUTUADO - ELETRO ITAMARATY COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 27.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0249-04/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 1. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido os produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações 01 e 02 parcialmente elididas após revisão fiscal. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS ISENTAS E / OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Ilícito tributário não impugnado pelo sujeito passivo. Mantidas as infrações 03 e 04. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2009, traz a exigência de ICMS, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico de R\$ 6.896,26, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

01 – 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 através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado. Está consignado, no corpo da peça inicial, que a nota fiscal 083.806 (fl. 18), embora lançada no Livro Registro de Entradas em janeiro de 2008 (fl. 19), foi objeto de operação de aquisição no dia 31/12/2007, conforme Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Demonstrativos às fls. 12, 14 e 20 a 54. Valor exigido de R\$ 5.236,23 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

02 – 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 parcela a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Demonstrativos às fls. 12/14. Valor exigido de R\$ 1.510,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

03 – Omissão de saídas de mercadorias isentas e / ou não tributáveis em seus respectivos documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração.

levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado. Demonstrativos às fls. 13/15. Multa de R\$ 100,00 (R\$ 50,00 por exercício), prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

04 - Omissão de saídas de mercadorias isentas e / ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício aberto. Demonstrativos à fl. 17. Multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 77 a 83, o sujeito passivo ingressa com impugnação, reconhecendo as infrações 03 e 04.

Com relação aos outros dois ilícitos imputados, aduz que adquiriu, em 31/12/2007, junto à Chevron Brasil Ltda., através da nota fiscal 83.806, 10.000 litros de gasolina comum e 5.000 litros de diesel comum. No dia 31/12/2007 foi efetuado o registro no LMC da referida aquisição, e no dia 02/01/2008 no livro Registro de Entradas.

No levantamento de estoques (fl. 25), a operação designada na nota fiscal foi considerada como ocorrida em 2007. Idêntica situação ocorreu com a nota fiscal eletrônica 23.799, de 30/12/2008 (fl. 27), que foi lançada no LMC em 2008 e no Registro de Entradas em 2009.

De acordo com o seu entender, a metodologia aplicada distorce a realidade das aquisições efetivadas. Assim, registrando que jamais comercializou combustíveis sem notas fiscais, alega que as diferenças encontradas são resultantes do critério utilizado na auditoria, que reputa equivocado.

Anexou novos demonstrativos, onde diz que o débito tributário deixa de existir, uma vez observado o método correto. A “pequena parte” apresentada à fl. 79 diz respeito ao processo natural de evaporação de combustíveis. O montante estaria “dentro” do limite esperado de evaporação, que é de 0,6% do total adquirido.

Em seguida, passa a tecer considerações sobre a atividade de revenda de combustíveis, que não teria sido levada em conta na fiscalização, a exemplo de variações ocorridas na compra, transporte, comercialização e armazenamento; imprecisão na medição de quantias estocadas e alterações nos encerrantes das bombas medidoras, por conta de queda de energia ou problemas mecânicos.

Conclui pleiteando a improcedência das infrações 01 e 02.

Na informação fiscal de fls. 97 e 98, o autuante acata as alegações defensivas referentes à nota fiscal 23.799, que foi registrada no LMC no dia 30/12/2008, conforme cópia de fls. 91 e 92. Dessa maneira, pontua que transferiu as entradas de combustíveis descritas na mencionada nota (5.000 litros de diesel e 5.000 litros de gasolina) de 2009 (fl. 27) para 2008 (fl. 85), o que resultou na revisão fiscal consubstanciada à fl. 98.

Não concorda com as alegações defensivas concernentes à evaporação, imprecisão nas medidas e aferições, pois diz ter levado em conta as perdas, sobras e aferições, conforme informações constantes do LMC.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração, nos termos da tabela de fl. 98, o que, nas suas palavras, seria o julgamento “pela procedência após as revisões nos exercícios de 2008 e 2009”.

Devidamente intimado (fl. 104), na manifestação sobre a informação fiscal de fls. 106 e 107 o autuado reitera o seu inconformismo com a metodologia aplicada às perdas por volatilidade dos combustíveis, aos pequenos erros de medição, bem como aos problemas com os encerrantes das bombas.

Diz que – nos termos da Portaria 23/1985 do INMETRO -, há uma possibilidade de tolerância de 0,5% de erro no aparelho medidor, além do percentual de perdas de 0,6%, previsto na Portaria 283/1980 “da CNP”.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Às fls. 110 e 111, a Coordenação de Administração do CONSEF acostou comprovantes de pagamento parcial do quanto exigido.

VOTO

Inicialmente, importa deixar registrado que as infrações 03 e 04 não foram impugnadas, tendo sido inclusive pagas, o que demonstra inexistir lide quanto às mesmas. Assim, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, os respectivos ilícitos tributários não terão o mérito apreciado neste julgamento.

A revisão fiscal levada a efeito à fl. 98, apenas no que se refere às sobreditas infrações, não pode ser acolhida, seja pelas razões acima expostas, seja porque caracteriza reforma para pior (*“reformatio in pejus”*), o que afronta os princípios encartados no art. 2º do RPAF/99.

Com relação à infração 04, vejo que no demonstrativo de fl. 17 foi apurada omissão de saídas de álcool, diesel e gasolina (exercício aberto de 2009). No refazimento do levantamento de fl. 100 restou apurada omissão de saídas de álcool e omissão de entradas de diesel e gasolina (R\$234,47 de ICMS normal e R\$69,81 de ICMS substituto).

Fica, assim, mantida a multa, relativa à omissão de saídas de álcool.

No tocante aos valores referentes a diesel e gasolina, sugiro que o contribuinte seja intimado para efetuar o recolhimento.

Mantidas as infrações 03 e 04.

Quanto às infrações 01 e 02, no que se refere à nota fiscal 83.806, concluo que o autuado defendente não tem razão, pois, como se constata à fl. 25, a operação designada neste documento foi contabilizada em 2007, como deveria ser, de acordo com a própria narração fática da impugnação.

No que tange à nota fiscal 23.799, que foi registrada no LMC no dia 30/12/2008, conforme cópia de fls. 91 e 92, constata-se que a autoridade fiscal transferiu as entradas de combustíveis (5.000 litros de diesel e 5.000 litros de gasolina) de 2009 (fl. 27) para 2008 (fl. 85), o que resultou na revisão do ICMS exigido nas duas primeiras infrações (fl. 98).

Os demonstrativos de fls. 11 a 16 comprovam que nos levantamentos de estoques foram consideradas as perdas, sobras e aferições. Tais quantias foram extraídas do próprio LMC do sujeito passivo (fls. 55 a 73), fato informado pelo autuante e não contestado, também demonstrado nas planilhas de fls. 33 a 56.

Entendo que a auditoria foi realizada de acordo com os procedimentos recomendados para o segmento de comércio a varejo de combustíveis, disciplinados pela ANP – Agência Nacional de Petróleo (Portarias DNC 26/1992 e ANP 116/2000) e pela SEFAZ/BA, que tratou da matéria nos Pareceres 3820/2002, 327/2005 e 7754/2005.

Conforme dito linhas acima, foram corretamente calculadas as quantias gastas com aferições, além dos ganhos e perdas dia a dia, com observância do limite legal de 0,6% sobre o estoque físico do dia indicado no LMC previsto pela ANP. Não custa ressaltar que o percentual de 0,6% é um limite, e não um valor a ser necessariamente alcançado no tocante às perdas.

Está provada, documentalmente, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, de modo que o adquirente assume, por isso, a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), nos termos do art. 39, V, do RICMS/97.

Além disso, como o autuado adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), de responsabilidade do próprio sujeito passivo, haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de acordo com a previsão do art. 512-A do RICMS/97.

Com referência às infrações 01 e 02, acolho o demonstrativo de fl. 98, elaborado pelo autuante, de maneira que os valores exigidos restem diminuídos de R\$ 5.236,23 para R\$ 148,63 (infração 01) e de R\$ 1.510,03 para R\$ 41,38 (infração 02).

Infrações 01e 02 parcialmente elididas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos valores já pagos.

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 **279696.0017/09-7**, lavrado contra **ELETRO ITAMARATY COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 190,01**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 148,63 e 60% sobre R\$ 41,38, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória na quantia de **R\$ 150,00**, prevista no art. 42, XXII da nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05. Os valores já pagos deverão ser homologados.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - JULGADOR