

A. I. Nº - 146468.0086/08-8
AUTUADO - M 54 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22.09.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0272-04/10

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. **b)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais, o que resultou em redução do débito das infrações 1 e 2. Infrações caracterizadas em parte. **c)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA [DIESEL]. Não comprovada correção com a infração 1. Infração caracterizada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Restou comprovada a previsão de penalidade, tendo a Lei reduzido o percentual da multa. Refeito o cálculo. Infração caracterizada em parte. **b)** LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração não elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 09/06/08, exige ICMS no valor de R\$8.843,76 acrescido de multas de 60% e 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$34.517,43 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 (Gasolina e Álcool/2004) - R\$6.701,04.
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, deduzida 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 su
mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fec]

03. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, tendo sido aplicada multa de 5% sobre o valor das operações - R\$33.547,43.
04. Extraviou livro Registro de Inventário, o qual não foi apresentado mediante intimação fiscal, sendo aplicada multa fixa de R\$920,00.
05. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização – R\$19,16.
06. 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, tendo sido aplicada multa de caráter acessório (Diesel/2004) – R\$50,00.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 234 a 244, inicialmente discorre sobre as infrações e passou a contestá-las conforme passou a expor.

No que tange à infração 1, afirma que a cobrança é impertinente, por entender que o roteiro de auditoria de estoques não é capaz de provar que houve aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal. Admite que no máximo restaria comprovada prática de omissão de saídas, o que autorizaria a exigência do imposto a título de presunção conforme previsto no art. 4º, § 4º Lei nº 7.014/96 (entrada de mercadorias não contabilizadas), ressalvado ao contribuinte à prova da improcedência da presunção.

Argumenta que não existe amparo quanto à acusação de “aquisições sem notas”, o que se provaria através de outros roteiros de auditoria e se a Lei só contempla a hipótese de “omissão de saídas”, tais vendas não mais podem ser tributadas, visto que foram tributadas em etapa anterior, devido ao instituto da substituição tributária.

Alega que as omissões constatadas pela fiscalização tiveram origem, tão-somente, não ausência de contagem dos documentos fiscais de aquisição, a exemplo da NF 209769, de 30/04/2004, os quais, inseridos na auditoria, impedem o aparecimento das diferenças apontadas.

Com relação à infração 2, diz que decorre da primeira, encontram-se evadas de vícios, tendo em vista que foi adicionada a Margem de Valor Agregado (MVA), que diverge da aplicação da base de cálculo expressa no RICMS, como apenas o “preço médio unitário”, que na prática e por presunção legal, encontramos agregados todos os valores acessórios, inclusive o lucro. Junta ao processo (fls. 246 a 256) cópias dos Acórdãos CJF 0436-12/05 e 0251-11/06, para reforçar seu posicionamento em relação a casos iguais decididos pelo CONSEF. Requer tratamento igualitário.

Com relação à infração 3, relativa à aplicação de multa por ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, requer, que antes de serem apreciados os argumentos quanto à aplicação do disposto no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96, pede que a autuação seja examinada a partir do que dispõe a Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que fixou o percentual de 2% para o caso em tela, de acordo com o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN.

Requer, também, que, após a adequação da sanção ao dispositivo legal em vigor, solicita a dispensa ou redução da multa legalmente prevista, nos termos do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Salienta que no caso em tela, as operações registradas nos documentos fiscais foram tributadas por antecipação tributária e não pode ser punida, com pesada multa, por emissão de notas fiscais em operações que não mais se encontram sujeitas à incidência do próprio ICMS e não pela falta de emissão de documento fiscal.

Ressalta que não agiu com dolo, fraude ou simulação e a emissão das notas fiscais de saída de produtos fora da cadeia de tributação (substituído), deve ser abrandada a multa, como tem feito o CONSEF, decidindo pelo cancelamento ou redução da pena para tornar mais justa a autuação.

Relativamente à infração 4, alega que decorre de obrigação acessória e não de falta de recolhimento, tendo repercussão no campo de arrecadação do ICMS. Alega existência

acusação é “extravio” do LRI, e ao mesmo tempo diz que houve “falta de apresentação”, não podendo significar que tenha sido extraviado. Diz que tal confusão do texto na qualificação do “ilícito” torna insegura a autuação, não podendo ser cobrada a multa aplicada.

Quanto à infração 5, argumenta que revela uma insignificante falha na antecipação parcial, com imposto cobrado de R\$ 19,16, o que não possui o condão de transformá-lo em “sonegador”.

No que se refere à infração 6, também resultante de descumprimento de obrigação acessória correlacionada com a infração 1, entende que deve ser incorporado por igual sanção que substitui a exigência de imposto no item antecessor.

Por fim, transcreve ementa dos Acórdãos CJF 0436-11/06, CJF 0298-11/06, JJF nº 0066-01/07 e CJF 0260-12/07, nos quais foram decididos pela redução ou cancelamento das multas aplicadas. Pede que a multa do item 3 seja cancelada ou reduzida para 10% do percentual previsto na Lei nº 10.847/07. Ressalta que a administração tributária contribuiu para a ocorrência da infração, na medida em que autorizava a confecção de dezenas ou centenas de talonários fiscais. Requer que a multa aplicada na infração 6, seja incorporada na modificação da infração 1 da “omissão de receita”, não incidindo duas penalidades pela mesma ocorrência.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de novos documentos, revisão por fiscal estranho ao feito para conferência das quantidades e valores de cada produto, pede pela improcedência dos itens contestados e dispensa ou redução da multa.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 262 a 264, inicialmente discorre sobre as infrações e esclarece que a fiscalização teve como origem uma solicitação feita pela Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustível (COPEC), para atendimento de solicitação feita pela CPI dos Combustíveis, instalada junto à Assembléia Legislativa em 2006.

Informa que utilizou os procedimentos recomendados pela COPEC, disciplinados pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), além da própria SEFAZ, seguindo orientação contida em pareceres e decisões prolatadas pelo CONSEF.

Com relação à infração 1, argumenta que o impugnante insurge-se contra a exigência fiscal, alegando a materialização de “omissão de saídas” e não de entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, mas contrapõe aos demonstrativos que respaldam a exigência fiscal. Entende que a infração deve ser mantida na sua forma original.

No tocante à infração 2, afirma que não pode prosperar o argumento defensivo quanto à aplicação da MVA na apuração da base de cálculo, visto que o roteiro de auditoria utilizado possui base de cálculo expressa no RICMS/BA. Destaca que a metodologia utilizada para apurar a base de cálculo é a prevista na Portaria 445/98, que disciplina os procedimentos a serem observados na realização de levantamento quantitativo de estoques. Mantém a exigência fiscal.

Relativamente à infração 3, ressalta que o autuado reconhece a sua prática, não questionando os dados constantes dos demonstrativos que a fundamentam. Quanto ao pedido de redução da multa, diz que cabe ao CONSEF decidir quanto à sua manutenção integral, cancelamento ou redução.

Quanto à infração 4, contesta o argumento defensivo de que “ não tem qualquer repercussão no campo da arrecadação do ICMS”, visto que ocorreu descumprimento de obrigação acessória e que a mesma deve ter a sua procedência decretada pelo órgão julgador.

No que se refere às infrações 5 e 6, afirma que o recorrente não trás nada de novo que possa elidir as acusações ali apontadas e também, devem ser mantidas.

Finaliza solicitando que a exigência fiscal seja confirmada de acordo com as razões expostas.

Em 30/07/08 o autuado juntou ao processo cópia da nota fiscal 209769, mediante petição (fl. 267/269), alegando que a mesma deveria ter sido juntada com a defesa, o que não ocorreu.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 272) para q sobre a documentação apresentada pelo recorrente, tendo o mesr fiscal (fls. 274/275) na qual informa que refez o demonstrativo orig

gasolina pela nota fiscal 209769 o que reduziu a exigência do ICMS normal de R\$6.347,64 para R\$901,10 e o ICMS devido por antecipação de R\$2.011,57 para R\$285,56. Reitera os argumentos apresentados quanto às demais infrações.

Intimado para tomar conhecimento da nova informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 287/290) dizendo que, com o acatamento da nota fiscal apresentada resultou em omissão de entrada de pouco mais de mil litros de gasolina, diferença que entende ser insignificante diante da movimentação de 1,7 milhão de litros adquiridos.

Alega que o autuante considerou perdas de 9.278 litros que não corresponde ao percentual de 0,6% aceito no segmento de varejo e que se considerada a perda seria de 10.259 litros, o que reduziria a diferença para 981 litros, quantidade próxima de zero e que não valeria apenas praticar sonegação pouco relevante.

Reitera o pedido de dispensa ou redução da multa na infração 3 e transcreve ementas dos Acórdãos JJF 0269-05/09; CJF 0119-12/09; CJF 0344-12/08 em que reduziram para 10% do valor da multa acessória aplicada, ou redução de 5% para 2% em virtude da alteração introduzida pela Lei 10.847/07. Por fim, pede a improcedência dos itens contestados e dispensa ou redução da multa da infração 3.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fls. 292/294), manifesta que as infrações 1 e 2 devam ser julgadas procedentes em parte e quanto à infração 3, diz que o ilícito está efetivamente comprovado, cabendo a decisão ao CONSEF quanto ao solicitado. Mantém as demais infrações.

O autuado voltou a se manifestar (fls. 288/289) reiterando o seu posicionamento e da mesma forma o autuante (fls. 302/303).

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 307) a COPEC para que ajustasse a base de cálculo das omissões apuradas nas infrações 1 e 2, de acordo com os preços praticados nas refinarias na data da ocorrência dos fatos geradores.

Em atendimento à diligência foi informado que os preços praticados no exercício de 2004 em 31/12/04 era de R\$2,3264 o litro de gasolina tipo C e o PMPF era de R\$1,70. Apresentou planilha indicando valor total devido das infrações 1 e 2 apurado de acordo com os preços informados, o que totalizou R\$1.436,41.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 310/312 detalhe do pagamento efetuado com benefícios da Lei, totalizando R\$5.112,96 do principal reconhecido.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de diversas irregularidades: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário; por antecipação tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque e do ICMS antecipação parcial, além de aplicação de multas por ter emitido documento fiscal em lugar de outro (ECF); pelo extravio de livro e falta a emissão de documentos fiscais.

No tocante às infrações 1 e 2, o autuado alegou que o roteiro de auditoria de estoques não prova que houve aquisição de mercadorias sem nota fiscal e que não foram computadas as mercadorias constantes da nota fiscal 209769. Argumentou, ainda, que na apuração da base de cálculo da infração 2, foi adicionada a MVA que já estava contida no preço de aquisição.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fl. 272) o autuante refez o demonstrativo original (fls. 26 e 41) fazendo a inclusão de 10.000 litros de gasolina da nota fiscal 209769 (fl. 269) não contida no original, o que reduziu a exigência do ICMS normal de R\$6.347,64 para R\$901,10 e o ICMS devido por antecipação de R\$2.011,57 para R\$285,56.

O autuado contestou dizendo que não foram computadas as perdas com percentual de 0,6% previsto em Port. ANP e que no valor da aquisição das mercadorias já estava contida a MVA que foi aplicada na constituição da base de cálculo.

No tocante às perdas verifíco que o autuante computou no demonstrativo à fl. 33, as quantidades apuradas (conforme planilhas às fls. 34/39) na qual foi aplicado o limite legal de 0,6% sobre o estoque físico, assim como, os ganhos. A empresa não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor ao do autuante e nem indicou possíveis erros na sua apuração. Por isso, considero correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Com relação ao argumento de que na apuração da base de cálculo estava contida a MVA, a 4ª JF decidiu converter o processo em diligência (fl. 307) à COPEC para que ajustasse a base de cálculo das omissões apuradas na infração 1 com os preços praticados nas refinarias na data da ocorrência dos fatos geradores.

Em atendimento à diligência o fiscal estranho ao feito apresentou demonstrativo à fl. 309, no qual ajustou os demonstrativos às fls. 276 (gasolina refeito pelo autuante) e 41 (álcool) e indicou valor devido de R\$1.038,92 na infração 1 e R\$397,49 na infração 2. Constatado que houve um equívoco na soma feita pelo diligente com relação à infração 1 e 2, tendo em vista que somou valores apurados na infração 1 com valores da infração 2.

Observo que a infração 1 trata de exigência do ICMS normal (responsabilidade solidária) e a infração 2 do ICMS-ST, logo o valor da infração 1 é de R\$1.254,24 e a infração 2 o valor correto é de R\$182,18, conforme síntese abaixo, com base nos preços informados de R\$2,3264 o litro de gasolina tipo C e o PMPF do litro de álcool de R\$1,70 totalizando R\$1.436,42. Infrações procedentes em parte.

Produto	Ano	D I F E R E N Ç A S		PRÊÇO	PR. REFIN.	BASE DE CÁLCULO		IMPOSTO DEVIDO		Fl.
		OM. ENT.	Fl.	PM	PMPF	ALIQ.	OM ENTRADA	ICMS N	ICMS ST	
Gasolina C	2004	1.654,00		2,0172	2,3264	27%	3.336,45	900,84	138,08	276
Álcool	2004	866,00		1,5114	1,7000	27%	1.308,87	353,40	44,10	41
Total								1.254,24	182,18	

Relativamente à infração 3, na defesa apresentada o autuado solicitou que fosse aplicado o percentual de 2% ao invés do 5% apurado na infração. Ficou caracterizada a infração por o contribuinte ter emitido nota fiscal ao invés do cupom fiscal que estava obrigado ou emitir concomitantemente, ocorrendo descumprimento de obrigação acessória.

Entretanto, verifíco que, tendo sido lavrado o Auto de Infração em 09/06/08, o autuante aplicou o percentual de 5% sobre a base de cálculo (valor das notas fiscais emitidas e não emitido cupom fiscal) apurada até 31/12/04. Observo que a redação atual do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi dada pela Lei nº 10.847 com efeitos a partir de 28/11/07, tendo reduzido o percentual da multa prevista na alínea “h” de 5% para 2% (dois por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento.

Tratando-se de situação em que a inobservância da obrigação acessória só foi constatada no momento em que foram desenvolvidos os trabalhos de fiscalização, que resultou na imposição da multa apontada no Auto de Infração, interpreto que já existia a previsão na Lei nº 7.014/96 e tendo em vista que a Lei reduziu a penalidade, entendo que deve ser aplicada a penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática (art. 106, II, “c” do CTN), haja vista que se trata de ato não definitivamente julgado. Portanto, retifico o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, tomando como base o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 74/79), o que resulta em valor devido de R\$13.418,99 conforme demonstrativo de débito abaixo. Infração subsistente em parte.

Data Ocorr	Data Vencido	Base Cálculo	Multa	Valor Real
31/01/04	09/02/04	79.436,80	2,00	1.588,74
29/02/04	09/03/04	88.000,66	2,00	1.760,01
31/03/04	09/04/04	132.492,60	2,00	2.649,85
30/04/04	09/05/04	1.764,82	2,00	35,30

31/05/04	09/06/04	28.342,57	2,00	566,85
30/06/04	09/07/04	3.367,22	2,00	67,34
31/07/04	09/08/04	6.169,25	2,00	123,39
31/08/04	09/09/04	6.894,10	2,00	137,88
30/09/04	09/10/04	31.283,83	2,00	625,68
31/10/04	09/11/04	121.860,30	2,00	2.437,21
30/11/04	09/12/04	57.151,42	2,00	1.143,03
31/12/04	09/01/05	114.185,63	2,00	2.283,71
Total				13.418,99

No tocante à infração 4, o autuado alegou não ter causado repercussão no campo de arrecadação do ICMS e incongruência na acusação de “extravio” do LRI, e ao mesmo tempo “falta de apresentação”, o que foi contestado pelo autuante, dizendo que ocorreu descumprimento de obrigação acessória e devia ser mantida a multa aplicada.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que foi descrito na infração que “essa irregularidade deveu-se à falta de apresentação do livro Registro de Inventário”. Conforme documento às fls. 12 e 14, o contribuinte foi intimado para apresentar o mencionado livro e não comprovou ter sido entregue à fiscalização. Portanto, deve ser mantida a multa aplicada. Infração procedente.

No que se refere à infração 5, a mesma não foi contestada, tendo dito apenas que se trata de valor insignificante de falha na antecipação parcial. Não tendo comprovado o pagamento do valor exigido, a infração deve ser mantida. Infração procedente.

Quanto à infração 6, o autuado alegou que se tratando de descumprimento de obrigação acessória correlacionada com a infração 1, devia ser incorporado por igual sanção. Verifico que a infração 1 apura omissão de entrada de mercadoria, cujo ICMS foi exigido na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal.

A infração 6, aplica multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que foi apurada omissão de saída de mercadorias (diesel) que foi adquirido com ICMS pago por antecipação. Logo, a multa aplicada se deve à não emissão de documento fiscal, não guardando relação com a infração 1, como alegado. Por isso, não tendo comprovado a regularidade na emissão de documento fiscal, relativo à mercadoria comercializada com imposto pago por antecipação, deve ser mantida a multa aplicada. Infração procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 **146468.0086/08-8** lavrado contra **M 54 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.455,58**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.254,24 e 60% sobre R\$201,34, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando **R\$14.388,99**, previstas no art. 42, XIII-A, XIV e XII da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DA