

A. I. Nº - 060624.0101/10-0
AUTUADO - AUTO POSTO GAROUPE LTDA
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 06.07.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-02/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS.

1.1 – a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. Provada documentalmente a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa 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 elididas em parte. **1.2** - SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatando-se omissão de saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal e sendo a mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária, a fase de tributação já se encontra encerrada, sendo correta a exigência de multa pelo descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2010, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$142.243,46, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 2006 e 2009, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

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 mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 110.563,55 e aplicada a multa de 70%. (docs.fl.12 a 117).

2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo exigido o imposto no valor de R\$31.629,91 e aplicada a multa de 60%. (docs.fl.12 a 117).
3. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006), sendo aplicada a multa fixa de R\$ 50,00. (docs.fl.118 a 131).

O autuado, através de seu representante legal, apresentou impugnação ao lançamento (docs.fl.710 a 719), com base nas seguintes razões defensivas.

Alega que a autuante não considerou notas fiscais, o LMC, nem as legislações pertinentes à substituição tributária e a ANP, quanto as aferições, tendo apontado os seguintes equívocos no levantamento quantitativo:

“a) de referência a gasolina aditivada do ano de 2006, onde se indica que entrada de 4.120 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou de computar a NF nº 416090: de 20 de julho de 2006, onde existiria 5.000 de gasolina aditivada e 20.000 de gasolina comum;

b) de referência ao diesel do ano de 2006, onde se indica que entrada de 208.491 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou não observou que o encerrante foi alterado do dia 12 para 13 de dezembro de 2006, tendo a fiscalização colocado que seria vendido 216419 litros quando seria somente 2.164 litros. O encerrante no fechamento do dia 11 de dezembro era de 137.880 e (passou a ser no dia seguinte 345.775/até o término no dia 352.135, com vende de 6.360 litros no período de 12 a 31 de dezembro de 2006, havendo grave erro quando se indica a venda de 208.491 ‘sem nota’ fiscal e a diferença residiria na questão do encerrante. Se consideradas as assertivas supra se tem tão somente 598 litros de diferença;

c) de referência a gasolina comum do ano de 2009, onde se indica que entrada de 6.169 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou de computar a nota fiscal nº 45900, de 30 de abril de 2009, de 5.000 litros, e houve problema com o encerrante. A abertura do dia 1º de janeiro de 2009 foi colocado pela fiscalização que seria de 722.155, no bico 05, quando o correto seria 721.368; no bico 06 apontou que seria 241.537, quando deveria ser de 241.456; existindo diferença de 1.677 litros. Apontou erro de 6.169, quando isto não estaria correto;

d) de referência a gasolina aditivada do ano de 2009, onde se indica que entrada de 4.259 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou de computar a nota fiscal nº 51.461 de 10.000 litros, colocando somente 5.000 litros, isto em 17 de junho de 2009;

e) de referência a diesel comum do ano de 2009, onde se indica que entrada de 9.486 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou de computar duas notas fiscais de números 38065, de 18 de fevereiro de 2009, e 68939, de 10 de novembro de 2009. Somente existiria diferença de 514 litros na saída e não na entrada; e,

f) de referência a álcool do ano de 2009, onde se indica que entrada de 31.633 sem nota fiscal, não tem razão porque deixou de computar as notas fiscais 68.939, de 10 de novembro de 2009, de 15.000 litros, 56.512, de 31 de julho de 2009, de 10.000 litros e a 33.131, de 07 de janeiro de 2009, de 5.000, porque computou somente 5.000 quando seria 10.000 litros.”

Foram acostadas cópias de notas fiscais e de folhas do livro LMC (docs.fl.725 a 746).

Salienta que a fiscalização não levou em conta a atividade de revenda de combustíveis, e passa a descrever etapas de movimentação de combustíveis e as diferenças passíveis de existir

em razão de: variações ocorridas na compra, transporte e armazenamento; evaporação no armazenamento de gasolina; instrumento de medição dos tanques; variações ocorridas na comercialização do produto; venda do combustível; sujeição de problemas com os encerrantes das bombas, que diz não terem sido observadas no trabalho fiscal, equívocos esses, que diz poderão ser atestados pela ASTEC do CONSEF.

Ao final, requer:

- A nulidade dos demonstrativos fiscais por não ter aplicado a legislação aplicável à espécie.
- A juntada posterior de todos os meios de provas admitidas em Direito.
- A improcedência da autuação e que seja descaracterizada a multa aplicada, substituindo-a pela multa pela emissão de nota fiscal em lugar do cupom fiscal.

Na informação fiscal às fls. 746-A a 747, a autuante rebate as alegações defensivas dizendo que o fato dos produtos estarem enquadrados no regime de Substituição Tributária, não desobriga o contribuinte de comprovar a origem das mercadorias, através de notas fiscais e do devido recolhimento do imposto.

Diz que as notas fiscais desconsideradas na auditoria de estoques deixaram de ser apresentadas durante o levantamento procedido, tendo informado procedeu às correções sugeridas. Esclarece que o livro LMC foi considerado no levantamento, não só das aferições, como também, nas perdas e ganhos e levantamentos das notas fiscais nele lançados, como faz prova as fls. 16 a 23, 28 a 36, 54 a 63 de 66 a 67, de 71 a 80, de 89 a 100 de 107 a 117, 120 a 121 de 124 a 131, de 103 a 510 e das fls. 611 a 642 do livro registro de entradas de mercadorias.

Quanto aos documentos apresentados na defesa, informou que:

“Em relação a nota fiscal nº. 416090/06 foi devidamente registrada nas planilhas referentes a gasolina comum 25.000 lt., diesel 5000 lt. e Álcool hidratado 5000 lt. Não há em campo algum, elemento, nesta nota fiscal representando a gasolina aditivada, por isso, não contemplada durante levantamento das entradas, permanecendo assim os valores da autuação original, relativamente as notas fiscais 38065/09 e 51461 conforme se verifica na planilha de origem ambas encontram-se devidamente digitadas porém com o acréscimo de 5000 lt na nf 51461 o que torna zerado levantamento anterior.

Em relação às saídas apuradas através dos encerrantes de n.º BDC1 e BDC2 referentes a diesel comum/2006, que sofreram intervenções no período de 12/2006 e, deixaram de ser por nós observados e que reduziu a zero o valor anterior.

Diesel Comum/06 - foram aceitas as reclamações feitas durante o levantamento e procedemos às devidas alterações. No exercício de 2009 foram acrescentadas as notas fiscais n.º 38065/09 que foi equivocadamente lançada com 5000 lt, onde seria 10000 lt. 68.939/09 5000 lt, e que deixou de ser apresentada durante os procedimentos fiscais, zerando assim o valor original da autuação.

Gasolina comum/09 - após a introdução das notas fiscais 45900 e 56512 que não foram apresentadas durante a execução da fiscalização, zerando assim os valores anteriormente apresentados.

Álcool hidratado - As variações ocorridas e alegadas já se encontram contempladas nas aferições, perdas e ganhos calculados ao índice 0,6% previsto no Art. 5º da portaria nº. 26 de 13/11/1992 e lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis pelo próprio contribuinte.

Foram juntados os demonstrativos refeitos, fls.748 a 772, e um CD contendo todo o levantamento fiscal, fl.776, inclusive um Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 777, da entrega do mesmo ao autuado.

Conclui mantendo seu procedimento fiscal.

Em 11/10/10, o autuado recebeu uma intimação para se manifestar sobre a informação fiscal, tendo recebido cópia das fls.746 a 777, vindo a se manifestar às fls.780 a 781, dizendo que em sua defesa comprovou os equívocos no trabalho fiscal, e traz a colação cópia da Nota Fiscal nº 416090 que diz não ter sido considerada pela autuante.

A autuante toma conhecimento dessa manifestação, fl.784, nada comentando a respeito.

A Secretaria do CONSEF retorna o processo à Infaz Varejo que fosse intimado o autuado a apresentar sua defesa em meio magnético. O autuado foi intimado pela repartição fiscal, fl.786, tendo atendido o pedido conforme documentos às fls.788 e 791.

VOTO

Depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição e processamento e formalização encontram-se em total consonância com o RPAF-BA/99.

Antes de adentrar ao mérito, deixo de acatar a diligência fiscal solicitada pelo autuado, com fulcro na alínea “b” do inciso I do art. 147 do RPAF-BA/99, tendo em vista que os equívocos apontados na defesa foram apreciados pela autuante, que procedeu as devidas correções, cuja informação fiscal foi dada vistas ao autuado, e este, ao tomar conhecimento, não apresentou argumento tendente a modificar o resultado apurado.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir imposto, referente aos exercícios de 2006 e 2009, sobre combustível, por responsabilidade solidária (infração 01) e por antecipação tributária (infração 02), por ter adquirido mercadorias sujeitas a substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, conforme apurado mediante auditoria de estoque.

Quanto às infrações 01 e 02, verifico que o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado na condição de contribuinte solidário, por ter adquirido mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária (ÓLEO DÍESEL COMUM, GASOLINA ADITIVADA e ALCÓOL), desacompanhada da documentação fiscal competente, e na antecipação tributária sobre o mesmo produto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e cópias de livros fiscais e do LMC constantes às fls.12 a 117.

Com relação ao item 03, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, em face a constatação de omissão de saídas de mercadorias isenta e/ou não tributáveis apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque do produto ALCÓOL (fls.118 a 131).

Todo o trabalho fiscal foi feito com base nos registros constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) escriturado pelo contribuinte, e com base nas notas fiscais de entradas, sendo apuradas diferenças de entradas e de saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, em exercícios fechados (2006 e 2009), conforme levantamentos e demonstrativos às fls.12 a 131.

O autuado impugnou o trabalho fiscal alegando que não haviam sido consideradas várias notas fiscais de entradas, bem como não foram observadas alterações nos encerrantes.

No tocante às notas fiscais de entradas não consideradas, o sujeito passivo comprovou sua alegação, tendo a autuante em sua informação fiscal, fls.746A a 748, confirmado tal assertiva, e procedido as devidas alterações no trabalho fiscal resultando nos demonstrativos às fls.748 a 772, com a diminuição do débito das infrações 01 e 02, para o montante de R\$4.071,73. Com relação aos equívocos apontados nos encerrantes, verifico que a autuante prestou os devidos

esclarecimentos no sentido de que as aferições, perdas e ganhos, foram consideradas de acordo com o que consta escriturado no LMC, tendo também procedido a alteração nos itens apontados na defesa.

Tomo para proferir meu voto, os novos demonstrativos refeitos na informação fiscal, pois o sujeito passivo foi cientificado dos novos elementos anexados ao processo, conforme documentos às fls.777 e 778, e não mais apontou qualquer equívoco no novo levantamento fiscal, tendo apenas juntado na oportunidade outra nota fiscal de entrada que alegou não ter sido considerada no trabalho fiscal.

Examinando dito documento fiscal, qual seja, a Nota Fiscal nº 416090, emitida em 20/09/2006, fl. 782, referente a aquisição de 25.000 litros de Gasolina Comum; 5.000 litros de Diesel Comum e 5.000 litros de Álcool Hidratado, verifico que a mesma encontra-se inserida nos levantamentos do ano de 2006, às fls.40, 69, 122 e 765, não havendo porque incluí-la novamente.

Nestas circunstâncias, concluo pela procedência parcial da infração 01, tendo em vista que restou caracterizada diferença de entradas, em levantamento quantitativo, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, devendo ser exigido o imposto do detentor da mercadoria em estoque desacompanhada de documento fiscal, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. Por via de consequência, ao adquirir combustível sem documento fiscal, é devido, também, o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme lançado na infração 02. A infração 03, fica mantida em razão da constatação de omissão de saídas de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$4.121,73, conforme demonstrativo de débito à fl.772.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0101/10-0**, lavrado contra **AUTO POSTO GAROURA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 4.071,73**, acrescido das multas de 60% sobre R\$905,17 e 70% sobre R\$3.166,56, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR