

A. I. Nº - 206935.0005/10-7
AUTUADO - POSTO DO ATERRO LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 08/08/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-03/11

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, 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, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal realizada pelo autuante, ficaram reduzidos os valores originalmente apurados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/05/2010, refere-se à exigência de R\$132.744,52 de ICMS, acrescido da multa de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2008. Gasolina comum, Álcool Hidratado e Óleo Diesel. Valor do débito: R\$100.800,76. Multa de 70%.

Infração 02: 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 MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2008. Gasolina comum, Álcool Hidratado e Óleo Diesel. Valor do débito: R\$31.943,76. Multa de 60%.

Em 09/06/2010 foi lavrado Termo de Revelia (fl. 41), constando que o sujeito passivo deixou transcorrer o prazo de trinta dias a partir da data de ciência da autuação, sem apresentar defesa nem efetuar pagamento ou fazer depósito do montante integral do débito apurado.

À fl. 46, verso, o PAF foi encaminhado à Infaz de origem pela PGE/PROFIS, para reintimar o autuado a pagar o débito ou apresentar defesa, tendo em vista que o Sr. Rildo Bispo da Silva, que assinou a fl. 02, desde 22/03/2001, não ostenta a condição de co-responsável pela empresa autuada, conforme fl. 42, verso.

O autuado apresentou impugnação (fls. 50 a 52), alegando que foram disponibilizados todos os documentos fiscais solicitados pelo autuante. Que foi surpreendido com os números apresentados, principalmente no que se refere ao diesel. Informa que conferiu os trabalhos

apresentados pelo autuante, encontrando números completamente diferentes em relação ao diesel, álcool e gasolina comum. Indicou os erros encontrados em relação ao encerrante dos bicos 06 e 07. Em relação ao diesel, alega que houve quebra de sequência do encerrante, afirmando que de acordo com as informações do técnico em manutenção, houve algum dano na memória das bombas eletrônicas causada por uma forte queda de energia, e os arquivos do programa de controle de estoque foram corrompidos. Além desta questão apresentada, o defendente alega que não foram computadas as Notas Fiscais de números 337, 360, 435 e 448 correspondentes a 5.000 litros de diesel cada, totalizando 20.000 litros. Também alega que não foram considerados 15.000 litros de gasolina, conforme Notas Fiscais 338, 436 e 220. Em relação ao álcool hidratado, alega que não foram computados 17.000 litros, referentes às Notas Fiscais de números 5986, 11945, 316 e 2319. O defendente afirma que os erros cometidos na apuração da base de cálculo pelo autuante, comprometeu a legalidade da constituição do crédito. Diz que o lançamento tributário está eivado de vícios e a ocorrência de erros não autoriza a legalidade e legitimação do crédito tributário. Assim, pede que seja anulado o presente Auto de Infração, consequentemente, extinto o crédito tributário.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 79 a 81 dos autos. Esclarece que o autuado foi indagado sobre as diferenças apuradas no levantamento fiscal e o defendente informou que não fazia idéia do que seria, e que não existia qualquer diferença. Também informa que fez questão de registrar todos os fatos, alterações e distorções no rodapé do Demonstrativo Resumo de Diesel (fl. 25 do PAF), o que demonstra “isenção de ânimos” no trabalho realizado. Quanto às alegações defensivas referentes ao diesel, diz que os bicos 06 e 07, por onde saíam o diesel comum, sofreram algumas variações que não foram devidamente registradas e comunicadas à SEFAZ. Diz que no dia 29/02/2008, constatou-se a quebra de sequência numérica dos encerrantes dos bicos 06 e 07. Os referidos encerrantes não foram zerados, como é de obrigação, após uma intervenção técnica. Não foi apresentado nenhum atestado de intervenção técnica registrado no livro fiscal próprio, que é o RUDFTO. No dia 01/03/2008, teve início o funcionamento de um novo padrão monetário eletrônico não explicado e estranho, adotado sob a justificativa não comprovada e incompatível com as normas de conduta dos estabelecimentos usuários dos equipamentos de venda de combustível. Assim, o autuante entende que os argumentos defensivos não convencem. Quanto às NFs 337, 360, 435 e 448, com a juntada das respectivas fotocópias comprova a entrada de 20.000 litros do combustível diesel comum, perfazendo o montante final de 694.000 litros no ano de 2008. O resultado final da diferença que era de 253.318 litros, com a dedução passa a ser de 233.318 litros, após o ajuste efetuado com base nos novos documentos de fls. 65 a 68. Quanto à gasolina comum, informa que em relação às NFs 338, 436 e 220, a juntada das fotocópias dos mencionados documentos fiscais comprova a entrada do total de 15.000 litros do combustível, perfazendo o total de 628.000 litros no exercício de 2008. O resultado final da diferença que era de 12.550 litros, com a redução passa a ser zero, após o ajuste efetuado, com base nos documentos de fls. 69 a 71. Portanto, não restou débito apurado para este combustível. Em relação ao álcool hidratado, diz que a juntada de cópias das NFs 5986, 11.945, 00316 e 2319 comprova a entrada do total de 17.000 litros do combustível, perfazendo o total de 290.000 litros no ano de 2008. O resultado final da diferença que era de 18.376 litros, com a redução para a ser de apenas 1.376 litros, após o ajuste efetuado com base nos documentos de fls. 72/75 dos autos. Conclui dizendo que o débito da primeira infração fica alterado para R\$84.167,17 e da infração 02 para R\$26.672,58, totalizando R\$111.251,39. Juntou novos demonstrativos.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou à fl. 99 do PAF, dizendo que o autuante reconheceu a existência de equívoco no levantamento fiscal e, corretamente procedeu às correções. Comportamento que é aceito pelo autuado. Diz que o autuante insiste em sustentar a legalidade quanto à quebra de sequência dos encerrantes. Concorde com o autuante quanto ao fato de que o autuado não observou os procedimentos previstos no RICMS/BA, mas o defendente entende que deixou de atender as obrigações acessórias. Neste caso, alega que o fato de não cumprir obrigação acessória não autoriza o autuante a atribuir fato gerador do imposto. Afirma

que seria impossível o estabelecimento autuado promover saídas de combustíveis sem existir capacidade física para recepcionar e estocar tais mercadorias. Diz que a insistência do autuante demonstra excesso de zelo como servidor público, mas despreza a razoabilidade e legalidade do lançamento. O defendente finaliza, dizendo que mantém intactas as suas alegações na impugnação inicial, pedindo a este órgão julgador que invoque o ordenamento normativo e jurídico sobre o assunto.

O apresentador nova informação fiscal à fl. 103 dos autos, dizendo que não criou ou inventou “artificialmente” nenhum fato gerador de imposto, como diz o defendente. Afirmar que o fato foi detectado com base nos dados e informações apresentados pelo contribuinte, portanto, não atribuídos ou criados, como a defesa sugere. Por outro lado, ressalta que o autuado, sabendo que as saídas não são tributadas, por ser combustível um produto inserido no regime de Substituição Tributária, não se preocupou com o controle das saídas. Reafirma que o levantamento fiscal foi realizado com base em informações reais e dados fornecidos pelo autuado, que resultaram no valor total exigido no auto de infração, comprovado por planilhas de cálculo e demonstrativos de débito, anexos ao PAF, às fls. 07 a 37. Ressalta, mais uma vez, que foi constatada a quebra de sequência no contador do encerrante dos bicos 06 e 07 do equipamento (bomba) que dava saída ao combustível óleo Diesel, sendo observado um saldo ou intervalo na numeração destes. Estes aspectos e elementos informativos estão descritos com dados e valores, nas folhas 79 a 81 do PAF. Reitera as informações fiscais apresentadas às fls. 79 a 91, com os demonstrativos e planilhas de débitos, com as alterações e ajustes necessários, já todos efetuados, sem nada mais acrescentar. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 e 02 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, sendo exigido imposto por responsabilidade solidária (infração 01) e por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (infração 02), decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado alegou que constatou equívocos no levantamento fiscal, dizendo que em relação ao diesel, houve quebra de sequência do encerrante, afirmando que de acordo com as informações do técnico em manutenção, houve algum dano na memória das bombas eletrônicas causada por uma forte queda de energia, e os arquivos do programa de controle de estoque foram corrompidos. Entretanto, o autuado não apresentou qualquer documento comprobatório da ocorrência do sinistro ou substituição da peça sinistrada no encerrante das bombas objeto da fiscalização, ou seja, não comprovou a ocorrência da alegada queda de energia. Neste caso, não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, como entendeu o defendente, haja vista que, conforme salientou o autuante na informação fiscal, no dia 29/02/2008, foi constatada a quebra de sequência numérica dos encerrantes dos bicos 06 e 07. Os referidos encerrantes não foram zerados, não foi apresentado nenhum atestado de intervenção técnica registrado no livro fiscal próprio, e no dia 01/03/2008, teve início o funcionamento de um novo padrão monetário eletrônico não explicado, adotado sob a justificativa não comprovada.

Vale salientar, que a Portaria 16, de 13/11/1992, que trata do Livro de Movimentação de Combustíveis estabelece a obrigatoriedade de ser informada no campo 13, a troca ou modificação de encerrante, com anotação do volume registrado no encerrante substituído e no novo

encerrante, bem como a modificação do método de medição dos tanques. Tal providência não foi adotada pelo contribuinte, conforme se pode constatar nas cópias do LMC que acostou às fls. 62/63 dos autos.

Quanto às demais alegações apresentadas pelo defendente, o autuante refez os cálculos, tendo sido elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 80 a 91 do PAF, tomando como ponto de partida o levantamento fiscal originalmente efetuado, incluindo as notas fiscais comprovadas e anexadas aos autos junto com a impugnação. Assim, o autuante concluiu que o débito inicialmente apurado ficou reduzido R\$132.744,52 para R\$111.251,39, conforme demonstrativo de débito que elaborou à fl. 80 dos autos.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado, acompanhada de cópia da informação fiscal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e o defendente não apresentou qualquer elemento para contrapor os dados numéricos apurados pelo autuante. Na manifestação apresentada em relação à revisão efetuada pelo autuante, o defendente disse que o autuante reconheceu a existência de equívoco no levantamento fiscal e, corretamente procedeu às correções.

Considerando que nos demonstrativos elaborados após a revisão efetuada pelo autuante, ainda foi apurada a existência de omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as infrações e os respectivos valores apurados na diligência fiscal estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 1), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infração 2), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Acatando as conclusões do autuante, após a revisão efetuada, quando prestou a primeira informação fiscal, voto pela subsistência parcial destas infrações, de acordo com os valores apurados pelo no demonstrativo de débito à fl. 80 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206935.0005/10-7**, lavrado contra **POSTO DO ATERRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$111.251,39**, acrescido da multa de 70% sobre R\$84.479,75 e 60% sobre R\$26.771,64, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA