

A. I. Nº - 269610.0028/09-1
AUTUADO - PAULO VIENA E CIA. LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 29. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-01/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Imputações 01 a 04 não impugnadas. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Revisão fiscal procedida pelo autuante na fase de informação fiscal, com a inclusão de notas fiscais de entrada, resulta na desconstituição das infrações 05, 06, 07 e 08, enquanto que as infrações 09 e 10 restam comprovadas de forma parcial. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2009, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência do ICMS no valor de R\$395.921,27 e à multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$5.060,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de escriturar livros fiscais, sendo aplicada a multa no valor de R\$1.380,00. Consta que se refere ao livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) relativo a álcool, dos exercícios de 2004 a 2006;

02 – deixou de escriturar livros fiscais, sendo sugerida a multa no valor de R\$1.380,00. Consta que se refere ao livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) relativo a gasolina comum, dos exercícios de 2004 a 2006;

03 – deixou de escriturar livros fiscais, sendo sugerida a multa no valor de R\$1.380,00. Consta que se refere ao livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) relativo a gasolina aditivada, dos exercícios de 2004 a 2006;

04 – deixou de escriturar livros fiscais, sendo sugerida a multa no valor de R\$920,00. Consta que se refere ao livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) relativo a óleo diesel, dos exercícios de 2005 e 2006;

05 – deixou de recolher o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de 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 nos exercícios de 2007 e 2008, exigindo imposto no valor de R\$21.917,10, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a álcool;

06 – deixou de recolher o 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2007 e 2008, exigindo imposto no valor de R\$6.945,53, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a álcool;

07 – deixou de recolher o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de 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 no exercício de 2008, exigindo imposto no valor de R\$148.763,64, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a óleo diesel;

08 – deixou de recolher o 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2008, exigindo imposto no valor de R\$41.415,80, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a óleo diesel;

09 – deixou de recolher o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de 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 nos exercícios de 2007 e 2008, exigindo imposto no valor de R\$136.679,42, acrescido da multa de 70%. Consta que se refere a gasolina;

10 – deixou de recolher o 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2007 e 2008, exigindo imposto no valor de R\$40.199,78, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a gasolina.

O autuado apresentou impugnação às fls. 3.329 a 3.336 (Vol. XII), quando alegou que a autuação padece de vício insanável, uma vez que a Fiscalização descumpriu a norma estabelecida pelos artigos 39, inciso X, 108 e 109 do RPAF/BA, que versam a respeito dos procedimentos e formas quanto à intimação do sujeito passivo acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal. Realça que, talvez em decorrência da pressa, o Auditor Fiscal adotou a prática que lhe pareceu ser a mais conveniente.

Ressalta que o Sr. Paulo Murilo Silva da Paixão não é representante, não tem poderes para tomar ciência de Auto de Infração e nem responde pela gerência ou administração da empresa. Quem tem tais poderes de preposição e representação legal/formal perante o Estado da Bahia é o sócio-gerente, o Sr. Paulo Roberto Goes Viena.

Conclui que tendo em vista que os mencionados dispositivos do RPAF/BA foram descumpridos pela Fiscalização, o Auto de Infração é nulo.

Diz que, estranhamente, o Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2009, quando os documentos elencados na intimação foram entregues no dia 10/07/2009, o que significa que o autuante teria 90

dias para concluir a fiscalização e lhe dar ciência. Indaga: “*Porque só depois de 180 dias ele deu ciência a outra pessoa e não ao representante legal da empresa?*”

Salienta que diante desse fato grave, buscou informações junto à INFAZ Itaberaba, e, para sua surpresa, foi informado que a intimação para ciência do Auto de Infração já constava em edital publicado em 16/12/2009 através do Diário Oficial, e que tinha até o dia 14/01/2009 [14/01/2010] para apresentar petição solicitando uma prorrogação do prazo para apresentar a defesa.

Manifesta sua indignação quanto ao procedimento adotado pelo autuante, que, de forma abrupta, cerceou o seu direito de defesa, como se desconhecesse o RPAF/BA. Requer e espera que seja acolhida a preliminar para julgar nulo o Auto de Infração.

Ainda que se admita a mais leve possibilidade de a autuação prosperar, face à sua clara e notória nulidade, todas as razões apresentadas pelo Fisco são inconsistentes, conforme demonstrará. Afirma que o procedimento fiscal é improcedente pelas razões de fato e direito que passa a expor. Aduz que na hipótese de as preliminares não serem acolhidas, o que admite com base nos princípios da eventualidade e do contraditório, no mérito melhor sorte não terá a Fiscalização.

Tratando sobre a infração 05, afiança ter verificado que não foi considerada no levantamento as Notas Fiscais de nº.s 25.879 a 6.916, que totalizam 62.600 litros de álcool no período de 01/01/2004 a 31/12/2008, ou seja, não foram lançadas no levantamento as notas de entradas do período de 01/01/2007 a 31/12/2008, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo.

Aduz que a infração 06 é decorrente do erro verificado na infração anterior.

Quanto à infração 07, salienta que não foram consideradas no levantamento as Notas Fiscais de nº.s 26.023 a 5.646, que representam a quantidade de 320.000 litros de óleo diesel, no período de 01/01/2004 a 31/12/2008, o que significa que não foram lançadas no levantamento as notas de entradas do período de 01/01/2008 a 31/12/2008, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo.

Realça que a infração 08 decorreu do erro verificado na infração 07.

Ao atacar a infração 09, assevera ter constatado que não foram consideradas no levantamento fiscal relativo ao produto gasolina as seguintes Notas Fiscais:

- a) 25.868 e 25.879, que totalizam 10.000 litros no período de 01/01/2004 a 31/12/2008, ou seja, não foram lançadas as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2007 a 31/12/2007, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo;
- b) 26.023 a 8.170, que totalizam 190.000 litros no período de 01/01/2008 a 31/12/2008, significando que não foram consignadas as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2008 a 31/12/2008, conforme demonstrativo e notas fiscais em anexo.
- c) 4.042 a 8.599, que totalizam 25.000 litros no período de 01/01/2008 a 31/12/2008, isto é, foram lançadas a menos no levantamento as notas fiscais de entradas do período de 01/01/2008 a 31/12/2008, conforme demonstrativo em anexo. Assim, perfaz um total de 215.000 litros omitidos no levantamento de estoque no período de 01/01/2008 a 31/12/2008.

Ressalta que a infração 10 é decorrente do erro verificado na infração 09.

Conclui que as infrações 05, 06, 07, 08, 09 e 10 não procedem, tendo em vista os erros verificados no levantamento quantitativo de estoques.

Ante os argumentos sustentados e as provas apresentadas, entende que o Auto de Infração deve ser declarado nulo de pleno direito, ou, eventualmente, no mérito, ser julgado improcedente e, em consequência, determinado o seu cancelamento.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 3.517 a 3.519, aduzindo que diferente do alegado, o contribuinte não foi notificado acerca do Auto de Infração através do Sr. Paulo Murilo Silva da Paixão, pois a notificação se deu por edital, através do Diário Oficial do Estado, em 16/12/2009.

Ressalta que o RPAF/BA autoriza três modalidades de intimação para ciência (art. 108), sem estabelecer preferência ou gradação entre elas: pessoal, postal e edital. Afirma que foram entregues documentos constantes no processo ao Sr. Paulo Murilo da Paixão, um dos responsáveis pelo escritório de contabilidade que faz a escrituração do contribuinte, não a título de ciência da autuação, que ocorreu em momento anterior, mas como protocolo de entrega de documentos. Afiança que isso decorreu do fato de o Sr. Paulo Viena e o Sr. Gerson, contador indicado no cadastro estadual e irmão do Sr. Paulo Murilo, estarem viajando no período.

Esclarece que o interstício temporal entre a lavratura do Auto de Infração e o seu processamento deveu-se a uma deficiência material e de pessoal do sistema de reprografia da unidade, frente à expressiva quantidade de documentos xerocopiados a serem colacionados neste e em outros processos do autuante e de outros fiscais.

Salienta que o comparecimento do contribuinte aos autos, com a apresentação tempestiva de defesa, tratando de todos os fatos discutidos no Auto de Infração e sem pedido de prorrogação de prazo, e ainda assinada por quem o contribuinte entende devido, demonstra que a ciência e a defesa foram materializadas sem qualquer prejuízo, não sendo o caso de nulidade do ato.

No mérito, diz que o contribuinte relaciona um conjunto de notas fiscais de entradas não entregues no momento da fiscalização, que sumariza em tabelas anexas, e junta cópias. Realça que aceita tais notas fiscais, com a ressalva quanto à fl. 112 da defesa [fl. 3.440], onde menciona que as Notas Fiscais de nº.s 8.393, 8.497 e 8.599, se referem a 15.000 litros de gasolina, em vez de 10.000 litros como consta nos demonstrativos juntados com a autuação. Ressalta que, de fato, correspondem a 10.000 litros de gasolina e 5.000 litros de óleo diesel, conforme cópias das notas fiscais juntadas pelo contribuinte, e não 15.000 litros de gasolina, como alega o autuado.

Realça que após refazer os demonstrativos, deixa de haver omissões de entrada para álcool e diesel e continua a haver omissão de entrada para gasolina no exercício de 2008, no montante de R\$26.497,07 de ICMS normal e de R\$7.859,04 de ICMS relativo à substituição tributária.

Conclui que as infrações 01 a 04 se mantêm, não tendo sequer sido impugnadas; as infrações 05 a 08 deixam de existir; e as infrações 09 e 10 são revisadas para omissão de entrada relativa a gasolina no exercício de 2008, no montante de R\$26.497,07 de ICMS normal e de R\$7.859,04 de ICMS da substituição tributária.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, conforme indicado acima.

Cientificado a respeito da informação fiscal, o autuado se manifestou às fls. 3.529 a 3.533, alegando que para minimizar seus erros na elaboração dos demonstrativos fiscais, o autuante argumentou na defesa que tinham sido relacionadas notas fiscais de entrada não entregues durante a ação fiscal, o que realmente não ocorreu. Afirma que relacionou notas fiscais entregues na intimação, conforme termo de recebimento de livros e documentos fiscais (fls. 3.534 e 3.535), assinado pelo Auditor Fiscal, não tendo havido entrega de notas fiscais na defesa.

Frisa que o autuante tenta justificar os erros cometidos em relação aos ditames contidos no RPAF/BA, negando que não notificou o Sr. Paulo Murilo e que apenas protocolou entrega de documentos e demonstrativos, afirmando que o contador, Sr. Gerson e o Sr. Paulo Viena não se encontravam presentes, contudo sem provar tais alegações. Salienta que o preposto fiscal se esqueceu de justificar porque intimou o contribuinte somente através do Diário Oficial, quando tinha outras modalidades mais econômicas para o Erário. Pergunta: *“será que o Autuante já tinha conhecimento dos seus erros praticados no levantamento fiscal (omissão de notas fiscais de entrada) e por isso utilizou de meio para levar o contribuinte à Revelia?”*

Acrescenta que até a ciência da informação fiscal foi dada ao sócio que reside em Salvador e não na empresa, cujo sócio gerente permanece à disposição das 06:30 às 22:00 horas, não se justificando os argumentos para a modalidade de intimação utilizada, que cerceou sua defesa.

Mantém o pedido de nulidade, uma vez que a autuação padece de vício insanável, posto que a Fiscalização descumpriu a norma estabelecida pelo art. 39, inciso X e o art. 108, § 1º do RPAF/BA.

Na sequência, reprisa suas alegações atinentes às infrações 05 a 10, concluindo que tais imputações não têm procedência, por terem decorrido de erros ocorridos no levantamento fiscal. Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, no mérito, seja declarado improcedente.

VOTO

Saliento, inicialmente, que os métodos seguidos no procedimento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, bem como os atos concernentes à ciência do sujeito passivo a respeito do lançamento de ofício se encontram revestidos de legalidade. Assim é que, no início da ação fiscal foi emitido o competente Termo de Início de Fiscalização, o qual foi seguido dos Termos de Intimação Fiscal, resultando na emissão do Auto de Infração, estando tudo em conformidade com disposições contidas no art. 26, incisos II, III e IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto à insurgência do contribuinte a respeito da forma como se deu a ciência do Auto de Infração, ressalto que apesar de efetivamente não se encontrar esclarecido por que motivo a Repartição Fazendária o intimou por meio de edital, sem antes fazê-lo pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, conforme previsto no art. 108 do RPAF/BA, esse fato não implicou em qualquer tipo de prejuízo ao autuado, nem resultou na nulidade do lançamento, haja vista que foi concedido o prazo regulamentar de defesa, tendo o sujeito passivo apresentado impugnação a respeito da autuação. Isto quer dizer que tendo em vista que o ato praticado atingiu a sua finalidade, não há porque declarar a sua nulidade.

Quanto ao fato de constar a assinatura do Sr. Paulo Murilo Silva da Paixão no Auto de Infração, constato que esse fato ocorreu em 07/01/2010, portanto após a efetiva ciência do contribuinte, corroborando a afirmação do autuante de que essa ocorrência se prestou tão somente como protocolo de entrega de documentos relacionados com o lançamento. É esclarecedora, também, a alegação que o período decorrido entre a lavratura do Auto de Infração e o seu processamento deveu-se a problemas ocorridos no sistema de reprografia da unidade fiscal.

Acrescento que restando esclarecidos os fatos acima narrados e tendo em vista que as circunstâncias em questão não acarretaram em nenhuma dificuldade ou limitação ao exercício do contraditório e da defesa de forma plena, não faz nenhum sentido o pleito pela nulidade do lançamento. Saliento, ademais, que o processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais, estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Ademais, o Auto de Infração segue estritamente as determinações previstas nos dispositivos constantes do RPAF/BA, não ensejando em qualquer violação aos princípios que regem o processo administrativo fiscal, tendo o sujeito passivo demonstrado perfeito conhecimento das infrações.

Verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS e sugerir a aplicação de multa fixa, em razão da apuração de dez irregularidades, dentre as quais o autuado não impugnou em nenhum momento as infrações 01 a 04, que corresponderam à falta de escrituração dos LMCs – livros de Movimentação de Combustíveis. Como constatei que as irregularidades encontram-se devidamente apontadas e não há lide a respeito das imputações, mantenho integralmente as citadas infrações.

Observe que as demais infrações decorreram da constatação de que o contribuinte houvera adquirido de terceiros, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (combustíveis) desacompanhadas de documentação fiscal, fato apurado por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, sendo exigido o pagamento do ICMS, nas infrações 05, 07 e 09, em decorrência de sua condição de responsável solidário, enquanto que nas infrações 06, 08 e 10 se

exigiu o imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Ao impugnar o lançamento fiscal correspondente a essas seis infrações, o contribuinte argumentou que várias notas fiscais de aquisição das mercadorias relacionadas no levantamento fiscal não tinham sido devidamente consideradas pelo autuante, juntando demonstrativos, nos quais relacionou os referidos documentos fiscais, além de carrear as suas cópias reprográficas.

Observo que o autuante, ao apresentar a sua informação fiscal, esclareceu que assistia razão ao impugnante, de forma parcial, haja vista que comprovava que, efetivamente, a maioria das notas fiscais mencionadas pela defesa não tinham sido contempladas no levantamento quantitativo. Constatado que o autuante agiu com acerto ao acatar a maioria das notas fiscais em questão, tendo em vista que ao deixar de consigná-las na apuração dos estoques e da movimentação das mercadorias objeto da ação fiscal, esse fato implicou na distorção dos resultados inicialmente apurados.

E com base nessa comprovação, o autuante indicou que restaram desconstituídas as infrações 05 a 08, haja vista que não restou nenhuma omissão na apuração fiscal. Assim, considerando que em relação às referidas infrações inexistia qualquer diferença no estoque das mercadorias objeto do levantamento, as exigências relativas às infrações 05, 06, 07 e 08 restam totalmente descaracterizadas.

Já em relação às infrações 09 e 10, que corresponderam à apuração de omissão de entradas de gasolina nos exercícios de 2007 e 2008, apesar de a maioria das notas fiscais ter sido acatada e incluída no levantamento, ainda restou a ocorrência da omissão de entradas originalmente apontada, porém em quantidades inferiores, o que implicou na redução dos montantes do imposto a ser exigido. Isto porque, de acordo com a planilha e demonstrativos anexados às fls. 3.520 a 3.523, a quantidade total de 10.000 litros da mercadoria (no exercício de 2007) e de 175.000 litros (em 2008), foram incluídas na revisão procedida pelo autuante.

Assim, após a correta inclusão dos dados na forma acima, desaparece a diferença originalmente apontada para o exercício de 2007, remanescendo, no caso do exercício de 2008, uma omissão em quantidade inferior que aquela inicialmente apurada, implicando na redução dos valores a serem exigidos do contribuinte.

Diante do exposto, coadunado com os novos resultados trazidos ao processo pelo autuante, para manter de forma parcial as infrações 09 e 10, nos valores respectivos de R\$26.497,09 e R\$7.859,04, que correspondem ao exercício de 2008, excluindo-se os montantes referentes ao exercício de 2007, em conformidade com o demonstrativo de fl. 3.521.

No que concerne às Notas Fiscais de nºs 8.393, 8.497 e 8.599, vejo que o autuante esclareceu que, na verdade, se referem a 10.000 litros de gasolina e 5.000 litros de óleo diesel, conforme cópias das notas fiscais juntadas pelo próprio contribuinte, e não a 15.000 litros de gasolina, como alegou o autuado em sua impugnação. No mais, vejo que ao se manifestar a respeito da informação fiscal e das alterações apresentadas pelo autuante, o sujeito passivo reprisou as alegações oferecidas em sua peça defensiva, sem trazer nenhum fato novo.

Assim, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, para manter integralmente as infrações 01, 02, 03 e 04, parcialmente as infrações 09 e 10, e considerar desconstituídas as infrações 05, 06, 07 e 08.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0028/09-1**, lavrado contra **PAULO VIENA E CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.356,13**, acrescido das multas de 70% sobre R\$26.497,09 e de 60% sobre R\$7.859,04, previstas no art. 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das

multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$5.060,00**, prevista no inciso XV, alínea “d” do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR