

PROCESSO - A. I. Nº 140764.0005/10-0
RECORRENTE - POSTO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO ITA GUANABARA LTDA. (POSTO ITA GUANABARA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0343-05/10
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 15/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-12/12

EMENTA: ICMS. 1. 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. Itens mantidos. Impossibilidade de dedução de alegadas aferições de combustíveis não levadas a registro no livro LMC. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Itens não impugnados. Não acolhida à alegação genérica de necessidade de realização de diligência pela ASTEC/CONSEF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 140764.0005/10-0, lavrado em 30/06/2010 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$11.941,49, acrescido das multas de 60% e de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$640,68, em razão de quatro imputações. O contribuinte, em sede de Recurso Voluntário, sem citar especificamente contra qual das imputações se insurgia, pediu o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, pelo que ora transcritas todas as quatro acusações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento de 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 da Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2005 e 2007. Apuração dos estoques dos produtos gasolina e óleo diesel, totalizando o débito de ICMS no valor de R\$9.293,89, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do imposto, devido 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 parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2005 e 2007. ICMS no valor de R\$2.593,60, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, com datas de ocorrência em 31/12/05, 31/12/06 e 31/12/07. Valor total da multa: R\$ 490,68.

INFRAÇÃO 4. 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. Esta infração ocorreu nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2008. Foi aplicada a penalidade fixa de R\$50,00 por exercício fiscal, prevista no art. 42, inc. XXII, da Lei nº 7.014/96.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 628 (volumes I e II), documentos que consistem em demonstrativos do levantamento fiscal realizado, cópias de livros e de notas fiscais, Termo de Intimação.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 633 e 634 contestando apenas parte das imputações 1 e 2, em síntese alegando que o autuante não teria considerado, no levantamento fiscal, as aferições de gasolina comum referentes ao exercício de 2005, correspondentes a 20 litros diários para cada uma das duas bombas (bicos), totalizando 40 litros a cada dia, 720 litros/mês e 8.640 litros por ano. Argumentou que os 8.900 litros de diferenças apurados, considerando as aferições encontradas, no total de 8.640 litros, gerariam uma diferença de apenas 260 litros. Informou ter havido erro na escrituração que realizou em seu Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, por lapso de uma sua funcionária nova que não teria registrado as aferições do ano calendário de 2005. Alegou que tal situação seria mero descumprimento de obrigação acessória, e pediu a retificação do Auto de Infração, considerando as aferições conforme citara em sua impugnação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 663-B a 668 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações. Dentre outros aspectos destacou que a ação fiscal originou-se dentro de operação deflagrada pela SEFAZ/BA para apurar diversas denúncias relativas à comercialização de combustíveis, afirmando que na ação fiscal ora em foco só levou em consideração as aferições que se encontravam registradas no livro LMC, vez que não poderia adotar outro procedimento que não fosse o de acatar os registros fiscais apresentados pelo sujeito passivo. Argumentou que o contribuinte incorreu também em outras infrações e que não haveria qualquer motivo que respaldasse a revisão do lançamento fiscal. Transcreveu o artigo 1º da Portaria nº 26, de 13/11/1992, expedida pela Diretoria do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, que instituiu o LMC e a obrigatoriedade de sua escrituração diária, conforme Instrução Normativa anexa àquela Portaria e com a mesma publicada. Aduziu que o contribuinte também descumpriu esta norma, e concluiu ratificando a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0343-05/10, às fls. 671 e 672. Em seu voto assim se expressa o Relator:

VOTO

A impugnação empresarial se circunscreve à parte das infrações nºs 1 e 2, no tocante às aferições do produto gasolina, que segundo a defesa, não foram levadas ao registro no LMC, no exercício de 2005, por lapso de uma funcionária do contribuinte. Postula o sujeito passivo, que seja considerado para os bicos de venda de gasolina, no total de 2 (dois), o montante de 20 litros de saídas do combustível, a título de aferição das bombas, totalizando 40 litros diários, 720 litros/mês ou 8.640 litros/ano, para abatimento das diferenças apuradas no Auto de Infração.

O autuante manifestou discordância frente ao pleito do contribuinte, com o argumento de que as aferições mencionadas na peça defensiva não se encontram registradas na escrita da empresa, não havendo como acatá-las por falta de base documental. Ressaltou também, que o sujeito passivo incorreu em outras infrações, lançadas na peça acusatória, inexistindo no PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

De fato, não há nos autos qualquer prova, direta ou indireta, que documento ter o contribuinte realizado as aferições com as retiradas do volume de combustíveis indicado na peça de defesa, em relação às bombas destinadas a registrar as vendas de gasolina comum no exercício de 2005. Nem mesmo registros de seu controle interno foram apensados ao processo, visando atestar as quantidades supostamente retiradas a título de aferições.

Prescreve o RPAF/99, no seu art. 143, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 681 a 686.

Neste Recurso, embora sem apontar especificamente a que infrações se refere, o contribuinte primeiramente se insurge contra a aplicação de multas por descumprimento de obrigação acessória, argüição não constante da impugnação inicial nestes termos. Aduz que deveria ter sido cobrada apenas uma multa por descumprimento de obrigação acessória, sem especificar qual seria esta, e nem por qual motivo. Afirma que o Acórdão deveria ser reformado, e que o Auto de Infração deveria ser julgado improcedente.

Em seguida o recorrente alega preliminar de inconstitucionalidade, cita o artigo 167 do RPAF/99 e o STF; fala que teria havido juntada de prova sem especificar qual; diz que não teriam sido consideradas notas fiscais, sem indicar quais; alega ter havido antecipação por substituição tributária; diz que não seria correto afirmar que o autuante considerou as aferições do LMC; aduziu que a JJF não “mandou” a ASTEC fazer o levantamento dos erros que diz que existiriam nos demonstrativos fiscais, sem indicar quais seriam tais erros; aduz que suas alegações “demonstram” que teria havido erro no levantamento fiscal; tece considerações no sentido de a autuação ser “absurda”; diz que pequenos enganos na escrituração não poderiam ser tomados como sonegação de imposto; alega que os demonstrativos de entradas de combustíveis não teriam sentido; fala sobre fato gerador do imposto; diz que a JJF deveria ter levado em consideração a “legislação do petróleo”; afirma que houve evaporações; assevera que o erro de escrituração seria escusável; alonga-se acerca de existência de convênio celebrado por este Estado, sem identificar qual; afirma que o agente fiscal teria a obrigação de “notificar” para que houvesse a “reparação”.

O contribuinte passa a falar em locupletação do Estado, presunção de sonegação, boa-fé do revendedor de combustível; cita o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República; reafirma que a falha escritural teria sido, posteriormente, corrigida.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou que seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória citando o artigo 158 do RPAF/99, porque não teria existido falta de recolhimento do imposto, porque ele, Recorrente, já teria adquirido produto com o imposto pago por antecipação.

A PGE/PROFIS emite Parecer à fl. 693 aduzindo que o autuado interpõe Recurso Voluntário sustentando, em síntese, que existem equívocos no levantamento quantitativo, não tendo sido consideradas antecipações de ICMS e aferições realizadas; e que as multas aplicadas são ilegais. Que da análise dos autos, verifica-se que o trabalho fiscal de levantamento quantitativo não foi objetivamente contestado, limitando-se o oro recorrente a alegar equívocos sem, contudo, demonstrá-los. Que as aferições não registradas no LMC não podem consideradas por falta de provas e as multas aplicadas são as previstas em lei para as infrações tipificadas.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância. Observo que na impugnação originária o contribuinte insurgiu-se contra parte do débito lançado para as imputações 1 e 2, e em sede de Recurso o sujeito passivo não é específico em relação às infrações contra as quais estaria se manifestando, mas pede o julgamento pela improcedência da autuação, e em seguida pede a conversão da cobrança do débito tributário objeto da autuação em uma penalidade por descumprimento de obrigação tributária, sem especificar qual.

Preliminarmente verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Quanto à alegação do recorrente no sentido de que a JJF não pediu a realização de diligência à ASTEC – Assessoria Técnica, e que deveria tê-lo feito, observo que a Junta de Julgamento Fiscal não fora provocada, pelo então impugnante, neste sentido, e que diligências são solicitadas quando os dados dos autos de um processo demonstram a sua necessidade, não sendo mandatário que instância julgadora se manifeste acerca de medida não solicitada, e da qual não sinta necessidade para a formação de seu convencimento, pelo que não merece qualquer censura o procedimento adotado na instrução do processo ainda em fase de julgamento de primeiro grau. Por oportuno, diante desta alegação do recorrente, esclareço que considero desnecessária a realização de diligência neste processo, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Analisando os autos deste processo constato que, na realidade, o teor inespecífico do Recurso poderia dificultar a possibilidade de sua apreciação por este Conselho, mas ao final do texto do mencionado Recurso o contribuinte consegue fazer-se mais compreensível no sentido de que a sua insurgência, ao que indicam suas palavras, é contra a cobrança do imposto, sendo possível também deduzir-se que está pedindo a conversão da exigência do tributo em multa por descumprimento de obrigação acessória, que seria erro escritural, por não ter sido devidamente registrado, no seu LMC, aferições que em sede de impugnação originária já afirmara ter realizado no exercício de 2005, porém sem registro comprobatório no seu Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC.

Determina a legislação relativa a combustíveis, em território nacional:

Portaria DNC Nº 26, de 13/11/1992

Art. 1º. - Fica instituído o LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LMC) para registro diário, pelo Posto Revendedor (PR), dos estoques e das movimentações de compra e venda de gasolinas, óleo diesel, querosene iluminante, álcool etílico hidratado carburante e mistura metanol/etanol/gasolina, devendo sua escrituração ser efetuada consoante Instrução Normativa anexa.

Art. 2º. - O registro no LMC deverá ser efetuado diariamente pelo PR, tornando-se obrigatório a partir de 1 de fevereiro de 1993.

A justificativa apresentada pelo contribuinte para não ter, ao que argumenta, escriturado regularmente as operações de movimentação de combustível, qual seja esta o fato de uma sua funcionária nova que teria cometido o equívoco da falta de escrituração das aferições que realizou no LMC, não encontra guarida na legislação tributária.

Contudo, embora a escrituração irregular, ou falta de escrituração, de LMC, configure descumprimento de obrigação acessória - e no presente caso seria ato confessado pelo contribuinte - na ação fiscal objeto da lide em julgamento não se trata apenas de uma exigência relativa a escrituração, embora a Infração 3, não mencionada de forma específica pelo contribuinte em suas contestações, trate de falta de escrituração do livro Registro de Entradas. Esta Infração 3, assinalo, em nada se relaciona com a escrituração irregular do LMC.

Não está comprovada a realização de aferições não escrituradas. A JJF ateu-se exatamente à observância da legislação fiscal, e da legislação de combustíveis, ao pronunciar sua Decisão.

A escrituração fiscal realizada pelo contribuinte foi respeitada pelo Fisco, que em relação ao levantamento quantitativo de estoque realizado teve de ater-se aos dados do LMC do contribuinte. Assim, a escrituração realizada regularmente no LMC foi fator considerado pelo Fisco, assim como todos os dados dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte.

Tal como já exposto em sede de julgamento de primeiro grau, quanto no pronunciamento da douta Representante da PGE/PROFIS, o contribuinte nada trouxe, aos autos, que demonstrasse a existência de equívocos no levantamento fiscal realizado. Em relação ao levantamento de estoque, nada aponta de objetivo, exceto alegações quanto a não comprovadas aferições que, realizadas, não teriam sido registradas no seu LMC.

Não acolho o pedido de conversão de exigência do tributo em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória não comprovada pelo contribuinte, que alega tê-la cometido como argumento defensivo. Ademais, observo que o artigo 158 do RPAF/99, mencionado pelo sujeito passivo ao realizar tal pleito, trata de redução, ou de cancelamento, de multas por descumprimento de obrigação acessória desde que fique comprovado que as infrações tenham sido cometidas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo; e na presente lide, conforme exposto pelo próprio teor do pedido do contribuinte, não se trata de cancelamento, nem de redução, de multa por descumprimento de obrigação acessória, e sim de pedido no sentido de conversão de cobrança de imposto em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, fato diverso daquele previsto na hipótese normativa indicada. Ademais, nos autos deste processo encontra-se comprovada a falta de recolhimento de imposto, conforme levantamento fiscal realizado, e não se encontra comprovada a inexistência de dolo, fraude, ou simulação.

Ressalto, por oportuno, que o contribuinte pode avaliar a existência de pressupostos para a interposição de requerimento, à Câmara Superior deste CONSEF, no sentido de dispensa, ou de redução, de multa por descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 159 do RPAF/99.

Assinalo que as multas objeto da Infração 4, aplicadas em razão do descumprimento de obrigação acessória apurado nos levantamentos quantitativos de estoque, referem-se a práticas irregulares em três exercícios distintos, comprovadas em levantamentos quantitativos realizados por ano fiscal, pelo que a aplicação de tais penalidades deve ser mantida em sua íntegra, posto que não demonstrado, pelo sujeito passivo, qualquer irregularidade na ação fiscal empreendida.

Assim, o levantamento fiscal foi corretamente realizado, e as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140764.0005/10-0**, lavrado contra **POSTO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO ITA GUANABARA LTDA. (POSTO ITA GUANABARA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.887,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.593,60 e 70% sobre R\$9.293,89, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 em redação vigente à época dos fatos geradores das obrigações tributárias, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$640,68**, previstas no artigo 42, incisos XI e XXII, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS