

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0304/09-3
RECORRENTE - AUTO POSTO CASARÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0096-02/10
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 15/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0031-12/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. a.1) Em relação ao combustível diesel comum, em sede de Recurso o contribuinte apresenta cópias de documentos de aquisição, elidindo a imputação em relação a este produto. Imputação elidida. a.2) Persiste comprovada documentalmente a existência de aquisições do combustível gasolina 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 em relação às operações com gasolina. Infração caracterizada. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. b.1) Também em relação ao combustível diesel comum, em sede de Recurso o contribuinte apresenta cópias de documentos de aquisição, elidindo a imputação em relação a este produto. b.2) Persiste comprovada documentalmente que a empresa adquiriu o combustível gasolina sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Mantida parcialmente a Decisão recorrida, no tocante às omissões relativas ao produto gasolina. Não acolhida a alegação de necessidade de realização de diligência pela ASTEC/CONSEF. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 272041.0304/09-3, lavrado em 30/09/2009 para exigir ICMS no valor de R\$197.118,11, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de quatro imputações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (DIESEL COMUM) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal

e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 13/08/2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$5.538,74 e aplicada a multa de 70%. (doc.fl.10).

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 os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria (DIESEL COMUM) de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 13/08/2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$1.642,79 e aplicada a multa de 60%. (doc.fl.10).

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria (GASOLINA COMUM) de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 13/08/2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$ 146.488,18 e aplicada a multa de 70%. (doc.fl.13).

INFRAÇÃO 4. Falta de recolhimento do imposto, devido 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 mercadoria (GASOLINA COMUM) de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em exercício aberto (01/01 a 13/08/2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$ 43.448,40 e aplicada a multa de 60%. (doc.fl.13).

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 18 a 26 e acosta documento intitulado “Laudo Técnico” datado de 22/10/2009, no qual está afirmado que houvera erro de digitação referente ao bico de gasolina nº1.

O autuante presta informação fiscal à fl. 42 contestando as alegações defensivas reafirmando as imputações.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0096-02/10, às fls. 49 a 55. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Inicialmente analisando a argüição de nulidade do lançamento a pretexto de que o Auto de Infração pretende cobrar imposto e multa em junho de 2009, quando o fato se deu em setembro de 2006, verifico que não assiste razão ao defendente, uma vez que conforme demonstrativos às fls. 07 a 14, a auditoria de estoques compreende o período de 01/01 a 13/08/2009, e o alegado erro no encerrante do dia 22/09/2006, se devido, como veremos na apreciação de mérito, não tem o condão de modificar o período fiscalizado.

Também não acolho a nulidade suscitada na defesa, de que o Auto de Infração pretende cobrar em 2009, fato que se deu em 2006. O trabalho fiscal se refere ao período de 01/01 a 13/08/2009, mais precisamente através de levantamento quantitativo de estoque aberto do ano de 2009.

Assim, ficam rejeitadas as argüições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie as disposições contidas no artigo 18, incisos II e III, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir imposto, referente ao exercício de 2009 (01/01 a 13/08/2009), inerente a exigência do imposto, sobre combustíveis, por responsabilidade solidária (infrações 01 e 03) e por antecipação tributária (infrações 02 e 04), por ter adquirido mercadorias sujeitas a substituição tributária desacompanhadas de documentação fiscal, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoque.

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado expressa o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário.

Quanto às citadas infrações, verifico que o fulcro da acusação fiscal reside na responsabilidade do autuado na condição de contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (DÍESEL COMUM; e GASOLINA COMUM), desacompanhadas da documentação fiscal competente, e na antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e Declaração de Estoque constantes às fls. 07 a 14.

Quanto às infrações 01 e 02, a exigência fiscal concerne ao levantamento de estoque do produto DÍESEL COMUM, e pelos termos da defesa de depreende que a diferença de 20.035 litros apurada como mercadoria desacompanhada de documentos fiscais e a conseqüente falta de recolhimento do imposto normal e antecipado, decorre do fato de divergência na quantidade das entradas do produto.

Comprando-se as entradas relacionadas pelo autuante à fl.11, com o levantamento às fls.29 a 30 apresentado na defesa, constato que o autuante apurou um total de 344.000 litros, enquanto que o autuado apurou um total de 364.000, divergência essa, que representa exatamente as notas fiscais abaixo relacionadas, no total de 20.000 litros, que não constam do levantamento do autuante.

N.FISCAL	DATA	FORNECEDOR	QUANT.	VALOR
1771	25/2/2009	Elio Puma Distribuidora	4.000,00	7.634,80
1771	25/2/2009	Elio Puma Distribuidora	4.000,00	7.634,80
4306	29/7/2009	Total Distribuidora	4.000,00	6.716,00
4306	20/7/2009	Total Distribuidora	4.000,00	6.716,00
4581	12/8/2009	Total Distribuidora	4.000,00	6.680,00
SOMA			20.000,00	

Deixo de acatar as notas fiscais acima, pelo fato do contribuinte não ter apresentado as cópias das mesmas.

Com relação aos itens 03 e 04, referentes à diferença de 255.919,26 litros de GASOLINA COMUM desacompanhada de documentos fiscais e a conseqüente falta de recolhimento do imposto normal e antecipado, o lançamento foi impugnado com base na alegação de que dita diferença ocorreu em virtude de ter havido erro, no dia 22/09/2006, de digitação do encerrante do bico de gasolina nº 2, fazendo a abertura com o encerrante de 229,88 quando deveria ser o encerrante inicial como sendo de 229.876,59. Para comprovar esta alegação, colaciona ao processo um Laudo Técnico subscrito pela empresa Moura & Borges Informática Ltda. (fl.27).

Embora considere razoável o alegado equívoco no encerrante, contudo, a citada declaração, por si só, emitida após a ação fiscal, não serve como elemento de prova do ocorrido. Caberia o autuado ter comunicado o fato à repartição fiscal de sua circunscrição fiscal e refeito o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Além disso, argumenta o sujeito passivo que parte da diferença apurada, em ambos os produtos levantados, diz respeito ao fato de não terem sido consideradas as aferições e as evaporações.

Os estabelecimentos que operam no ramo de combustíveis estão obrigados a escriturar o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC). Trata-se de um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Logo, o LMC por se tratar de livro obrigatório para os contribuintes que atuam na comercialização de revenda de combustíveis, destina-se ao registro diário das operações ou prestações realizadas de toda movimentação de combustíveis, relativo às quantidades dos estoques de abertura e fechamento, aquisições, vendas no bico, as aferições, inclusive as eventuais perdas por evaporação ou vazamento, constituindo-se como o instrumento mais eficaz para o controle de toda a movimentação quantitativa dos combustíveis nos postos de revenda, cuja escrituração está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuado com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se com um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Não acolho esta alegação, porque pelo que se depreende dos autos, o levantamento quantitativo foi realizado com base no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), e desta forma, as alegadas perdas e vaporações devem está escrituradas no LMC, e o autuado não apresentou prova de que isto não tivesse ocorrido.

Portanto, quanto às perdas e aferições, estou convicto de que realmente elas já foram consideradas na auditoria de estoque, tomando por base os números que foram escriturados no LMC pelo contribuinte.

Embora não argüido na impugnação, porém, em atenção ao devido processo legal, verifico que conforme demonstrativo à fl.10, foram apurados nas infrações 01 e 02, os valores de R\$5.526,70 e R\$1.639,22, respectivamente, contudo, foram lançados no demonstrativo de débito os valores de R\$5.538,74 e R\$1.642,79, conforme quadro abaixo:

EXERC.	PRODUTO	DIF ^a A	PUM B	B.C. NORM. C=(AxB)	MVA D	BC ANTEC. E=(Cx D)	ALIQ. F	INF. 01	INF.02
								ICMS NORM G=(Cx F)	ICMS ANT. H=(Ex F)-G
2009	DÍESEL	20.035,00	1,8391	36.846,37	29,66%	47.775,00	15%	5.526,96	1.639,29

Nestas circunstâncias, tendo em vista que a partir do momento que o trabalho fiscal apurou a existência de mercadorias adquiridas de terceiros desacompanhadas da documentação fiscal respectiva, não tendo sido comprovada a origem documental da diferença apurada, não há, por conseguinte, como se saber se o ICMS foi retido. Para elidir a acusação fiscal caberia ao autuado comprovar que a Refinaria ou o distribuidor procedeu a substituição tributária recolhendo o imposto. Assim, foi correto o critério empregado pela fiscalização tomando por base a Portaria nº 445/98.

Mantidos os itens 03 e 04, e reduzido o débitos dos itens 01 e 02, para os valores acima.

Recomendo que seja observado o pedido do patrono do autuado, no sentido de que também seja notificado deste julgamento em seu endereço.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$197.102,83, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
30/06/2009	09/07/2009	32.511,53	17,00	70	5.526,96	1
30/06/2009	09/07/2009	9.642,88	17,00	60	1.639,29	2
30/06/2009	09/07/2009	861.695,18	17,00	70	146.488,18	3
30/06/2009	09/07/2009	255.578,82	17,00	60	43.448,40	4
TOTAL					197.102,83	

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 64 a 71. O recorrente argüi que o julgamento teria sido incompleto, e em seguida diz que estaria “*valendo somente o decidido acerca da cobrança de várias multas acessórias, quando deveria ser somente uma, devendo, pois, ser o Acórdão reformado, para considerar improcedente o Auto de Infração em epígrafe, que simplesmente manteve o Auto de Infração e a cobrança respectiva do imposto e multas.*”

O contribuinte afirma que teria havido questão de nulidade da Decisão por cerceamento de direito, e omissão em analisar os esclarecimentos apresentados e “determinar diligência complementar”. Afirma que o esclarecimento dever-se-ia ao fato de não se acolher notas fiscais e se descaracterizá-las, bem como por não se considerar que teria havido problema com o encerrante da bomba, inclusive admitindo-se na Decisão que o posto pudesse revender em um dia, em um bico, a quantidade de 229.646,71 litros.

Aduz que o fato de não se fazer a escrituração no momento próprio não induziria a se cobrar novo imposto, com multas, porquanto no máximo se poderia imputar uma multa acessória. Que a exigência do Estado, através do Fisco, da cobrança de ICMS de operações acobertadas por notas fiscais que diz que não teriam sido analisadas pelo autuante, importaria em bitributação. Que “o pedido” teria e tem importância crucial no deslinde da matéria em julgamento e o julgamento teria resultado em cerceamento de direito de defesa, agredindo-se os artigos 2º e 18, inciso II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Assim, requer a nulidade da Decisão com o retorno dos autos à Junta de Origem a fim de que a diligência seja cumprida.

Alega a ocorrência de inconstitucionalidade, cita o artigo 167 do RPAF/99. Diz que a Junta teria que tomar como base a legislação do petróleo e que o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC indica as aferições e evaporações. Que o simples erro, ou a falta, de lançamento, não significaria que o Estado ficaria isento de fazer qualquer levantamento para caracterização, “somente admitindo que se teria que colocar no LMC.” Fala que erro escritural que denomina de escusável, no LMC, por não lançamento de aferições, ou mesmo de perdas, não ensejaria cobrança de imposto porque a hipótese de incidência do ICMS é a circulação de mercadoria. Cita que o Fisco Estadual firmou Convênio com a ANP.

Diz que o correto seria determinar que fosse “*feita a conferência do que se havia feito e que fora contestado*”. Aduz que tem que ser considerado que se trata de combustível, a situação de antecipação tributária, cuja obrigatoriedade da substituição tributária existe e que, quando o valor

do produto é pago pelo adquirente/comerciante, já se encontra embutido o valor do ICMS, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto, mantendo-se a autuação somente por mera presunção e desprezando-se os fatos argüídos na defesa, em especial as aferições realizadas de acordo com a lei e a possibilidade de evaporação.

Diz que o autuante teria agido ilegalmente porque não admitiu a existência de erro no encerrante, e que o manejo interno do combustível propiciaria a divergência entre o estoque escritural e o estoque físico, o que viera a ensejar “pequenas diferenças como a encontrada no combustível”, no particular quando da apuração das entradas, e que isso teria ficado demonstrado pela apresentação de notas fiscais. Afirma que os livros de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária atestariam a omissão da fiscalização, e as notas fiscais acostadas. Aduz que não se fez qualquer levantamento, ignorando-se que existe setor, ASTEC, que poderia levantar e demonstrar que teria havido erro na verificação feita pelo autuante.

Aduz que em seu Acórdão a Junta deixa claro o entendimento de que o erro de digitação ocorrido no ano de 2006 foi no encerrante do bico de gasolina número 02, conforme parágrafo que transcreve, mas que na defesa escrita apresentada a este Conselho, e conforme lançamentos no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC do mês de setembro de 2006, que diz anexar, poder-se-ia verificar que este equívoco ocorrera no bico de gasolina de número 01, e não de número 02. Que esta afirmação em tela pode ser observada na impugnação apresentada, em parágrafo que transcreve.

O recorrente transcreve o último parágrafo do voto objeto do Acórdão, no qual o ilustre Relator da Junta afirmou entender “*os argumentos defensivos como sendo manipulação de números para encobrir entradas sem Notas Fiscais. Aduz que como prova material disto foi alterado o LMC 2006, para o item GASOLINA COMUM, ou seja, o Bico 01 sai de 1.274,50 litros em 23/09/2006 para 312.410,29 em 31/12/2006. Desta forma, conclui que existe uma saída de combustíveis projetada de 1.200.000,00 litros do ano de 2006 (LMCs anexos), configurando a defesa uma clara tentativa de “esconder as saídas sem Notas Fiscais em 2006, “regularizando a situação” (grifos do recorrente)*

Que assim ele, recorrente, entende que a Junta teria utilizado como parâmetro duas fontes diversas, concluindo por uma manipulação de números, tendo como referencial inicial as informações contidas no “antigo LMC, ou seja antes das devidas correções, referente ao mês de setembro de 2006”, quando constava o erro de digitação ocorrido no dia 22 de setembro de 2006, e, como consequência, no dia 23/09/2006 havia no LMC a informação, quando de abertura do bico 01, de 1.274,50.

Prossegue expondo que, quanto ao mês de dezembro de 2006, a Junta teria utilizado como parâmetro as informações contidas no novo LMC, ou seja, após a identificação do lançamento equivocado, refeito e apresentado com as devidas correções, livro em anexo, utilizando-se assim o valor de encerramento do dia 31 de 312.410,29.

Que com a utilização de diferentes parâmetros foi estimada a projeção de saída de 1.200.000,00 litros no ano de 2006, o que seria irreal e equivocado.

O recorrente diz que “*corroborar com a confirmação do erro de digitação ocorrido as informações dos lançamentos do dia 21 de setembro de 2006 quando o fechamento do mesmo Bico 01 de gasolina comum foi de 229.876,59”, e, por conseguinte, a abertura desse mesmo Bico 01 no dia 22 de setembro, deveria ser o mesmo valor do encerrante do dia anterior, todavia, face ao erro de digitação ocorrido, a abertura do referido bico foi de 229,88.*”

Afirma que se não houvesse o “erro de digitação”, o fechamento do Bico 01 desse dia 22 de setembro seria de um número maior do que o encerramento do dia anterior, haja vista ocorrer a soma do volume fornecido nesse dia, e não seria de 1.274,50, como consta no lançamento “equivocado”. Afirma que não teria havido tentativa de manipulação de números ou aquisição de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

Quanto às Notas Fiscais de nºs 1771, 1771, 4306, 4306 e 4581, que conforme disposto no Acórdão não foram acatadas pela Junta pelo fato de não terem sido apresentadas as respectivas cópias, estas teriam sido encaminhadas juntamente com o conjunto de notas fiscais contabilizadas e lançadas no SINTEGRA, e que estão novamente sendo encaminhadas as respectivas cópias anexas ao Recurso Voluntário, sendo prova idônea.

Assevera que o dolo teria que ser provado, e não presumido. Que a Junta convalidou rigor injustificável e ilegal, impingindo o Estado, através de seus prepostos, o pagamento de imposto e multa que seria de responsabilidade da distribuidora, no caso de não recolhimento por parte desta. Que é esta que deve responder pelo tributo arrecadado e não recolhido, bem como pelo não recolhimento antecipado. Que não se pode impor cobrança de imposto e multa por exigir que o revendedor tenha informações das quais só o Fisco disporia. Que se o Estado considerou o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, admitindo-se, inclusive, que tem valor probante, teria que considerar a escrituração ali feita, cujos lançamentos das notas fiscais impugnadas, foram feitas, bem como o levantamento do estoque.

Afirma que se “houve apuração de algum erro escritural”, teria o agente fiscalizador que notificar para reparação, que é possível em conformidade com a Portaria DNC 26/92. Que, neste compasso, ter-se-ia que colocar que a presunção aludida no Auto e no Acórdão recorrido não teriam valor, tanto que em nenhum momento do Auto o autuante fala em descaracterização do documento fiscal, só o fazendo a JJF por ocasião do julgamento.

Aduz que foram descaracterizados os fatos que ensejassem a presunção de que se buscava não recolher o imposto, porque a Distribuidora a que está vinculado o PR, como as outras, tinha funcionamento regular, com autorização da Agência Nacional de Petróleo – ANP e do Estado para funcionar, com a responsabilidade de recolhimento do ICMS cobrado por antecipação. Que a manutenção do Auto de Infração seria ato arbitrário, podendo ser tomado como confisco. Fala em segurança jurídica, paz social, ruptura do equilíbrio, e de exercício de arbítrio ensejando ser aplicado o Direito de maneira a prejudicar o contribuinte/revendedor. Discorre sobre locupletação do Estado com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária. Diz que agiu de boa-fé.

Afirma que não foi apreciado pela JJF o pedido de que, acaso não fosse considerado o Auto improcedente, que se descaracterizasse a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto do RICMS, que diz prever “multa assessória”. Cita o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, e diz que o ICMS não poderia ser cobrado por ter havido somente falha no encerrante, nem tão pouco poderia se desprezar as comprovações que aduz que teriam sido feitas e que teriam demonstrado que as diferenças do diesel encontradas teriam advindo de erro de contabilização feito pela Fiscalização, porque indica entrada sem notas fiscais quando isso não teria existido.

O recorrente pede a reforma do Acórdão, dando-se por improcedente o Auto de Infração, “não ou mesmo que se aplique multa por descumprimento de obrigação assessória (aplicação do art. 158 do RPAF) por não ter existido falta de recolhimento do imposto por parte do recorrente, já que adquiriu o produto com o ICMS incluso por força da substituição, estar-se-á fazendo justiça.”

O contribuinte informa estar anexando, com o Recurso Voluntário: o seu “*Contrato Social; LMC setembro de 2006 (livro anterior à correção); LMC setembro de 2006 (período após efetuada a correção); LMC outubro, novembro e dezembro de 2006 (livros posterior à correção); Cópia das Notas fiscais de número 1771, 1771, 4306, 4306 e 4581.*”

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 82 a 84 aduzindo que o contribuinte baliza sua tese central de irrisignação na argumentação de que os produtos comercializados foram adquiridos junto a fornecedores regulares, pelo que não sealaria em não recolhimento de ICMS devido por substituição tributária. Que o recorrente aduz inexistir discrepância entre o lançado no LMC e o descrito nas notas fiscais objeto da fiscalização, exceto no exercício de 2006, por erro de escrituração.

O digno procurador afirma que, no que se refere ao suposto erro de digitação no ano de 2006, entende, na esteira da Decisão de base, que a declaração acostada à fl. 27 não se presta a elidir a evidente dissonância de informações descritas no LMC e nas notas fiscais, uma vez que produzido após o lançamento. Que não se pode dar guarida ao argumento do contribuinte, sob pena de validação de possível manipulação de informações no LMC sem o devido amparo documental e, mais ainda, desobedecendo-se frontalmente a legislação no que toca a retificação de erros de lançamento no LMC.

O douto procurador assinala causar estranheza que apenas após três anos após o equívoco o recorrente tenha buscado uma explicação técnica para a distorção. Aduz que não há como se acolher a tese de apelo neste ponto. Quanto à tese do pagamento do imposto pelo substituto tributário, afirma também não merecer guarida, por evidente falta de esteio documental.

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 no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, 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, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Observo que não merece guarida a arguição defensiva no sentido de que haveria nulidade porque no Auto de Infração estar-se-ia cobrando, em 2009, fato que se deu em 2006. O trabalho fiscal se refere ao período de 01/01/2004 a 13/08/2009, porque assim determinou a Ordem de Serviço – OS nº 512.097/09, citada na fl. 01 do Auto de Infração. Porém, o imposto lançado refere-se apenas ao exercício de 2009, e a sua apuração deu-se através de levantamento quantitativo iniciado e concluído no exercício aberto do ano de 2009, conforme expresso inclusive nos demonstrativos-resumo de fls. 10 e 13. Assim, a omissão objeto do Auto de Infração que gerou a presente lide foi verificada em 2009, e é neste período exigido o tributo então não recolhido.

Arguições de nulidade rejeitadas.

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 está comprovado no texto da impugnação primeira do contribuinte que a Junta de Julgamento Fiscal na realidade não fora provocada, pelo então impugnante, neste sentido, e que diligências são solicitadas de ofício apenas quando os dados dos autos de um processo demonstram a sua necessidade, não sendo mandatório 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.

Por outro lado, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência parcial do lançamento de ofício apreciando a ação fiscal como um todo, inclusive com a análise minuciosa dos demonstrativos fiscais e das alegações defensivas, e não se encontrava obrigada a atender ao pedido do contribuinte no sentido de alteração de cobrança de imposto, mudando tal exigência para a aplicação de penalidade acessória. Estava inclusive vedado, àquela instância julgadora, tal modificação, e o pedido do contribuinte foi encaminhado, assim, a instância que não poderia atendê-lo, conforme apreciarei ainda neste voto. O que ocorreu é que a Junta procedeu de acordo com o limite de atribuição consentâneo com o previsto pelo artigo 159 do RPAF/99. Assim, perfeitamente válida a Decisão de primeiro grau, e não acato a alegação do recorrente em contrário.

No mérito, em parte merece reparo a Decisão recorrida, conforme analisarei a seguir.

As Infrações 01 e 02 referem-se ao produto diesel comum, cujo demonstrativo do levantamento fiscal está acostado às fls. 09 e 10. Em seu voto, o digno Relator, de forma precisa, elenca as Notas Fiscais mencionadas pelo contribuinte, quais sejam estas as de nºs 1771, 4306 e 4581, como tendo sido emitidas para documentar as aquisições do combustível óleo diesel, embora não apresentadas em sede de impugnação, pelo que não foram, à época, acatadas como provas de aquisições amparadas por documentação fiscal. O contribuinte, embora quando de sua impugnação originária tenha incluído os dados destas notas fiscais em listagem que acosta às fls. 29 e 30 dos autos deste processo, na verdade não as anexou ao presente PAF naquela ocasião, e apenas em sede de Recurso veio a apresenta cópias de tais documentos às fls. 75 a 77. Observo que o Julgador de primeiro grau, em demonstração de honesta e profunda apreciação das provas existentes no processo, cita os dados destes documentos de forma didática, inclusive, em demonstrativo que elabora em seu voto, que foi transcrito no Relatório que antecede este voto de segunda instância. Assim, tendo em vista que as quantidades de óleo diesel destinadas ao Recorrente e descritas em tais documentos comprovam a devida emissão de documentação fiscal, foram elididas as imputações 01 e 02 do Auto de Infração, relativas ao combustível óleo diesel.

Porém, em relação ao produto gasolina, mercadorias objeto das Infrações 03 e 04, considero não merecer reparo a Decisão recorrida.

Assinalo que o fato de o digno Relator de 1º grau ter mencionado, em seu voto, o bico 02 de gasolina ao invés de ter mencionado o bico 01, reflete-se também no texto da impugnação enviada a este CONSEF por meio digital pelo contribuinte, que naquele texto também faz a mesma referência ao bico 02, e não ao bico 01, de gasolina, embora no texto escrito em papel acostado aos autos o contribuinte cite o bico de nº 01. Assim, embora o contribuinte tenha cometido este equívoco de citação em meio digital, reproduzido em papel pelo Relator de primeiro grau, assinalo que a mudança de identificação do bico de gasolina em nada macula o fato de ter havido falta de pagamento de imposto relativo ao produto gasolina, posto que a apuração do quanto escriturado no LMC levou em conta a soma dos quantitativos de ambos os bicos, quais sejam estes, bicos 01 e 02. Assim, uma vez que o contribuinte alega que houve falta de escrituração de aferição relativa a um dos bicos, e que está comprovado, nos demonstrativos de fls. 12 a 14, a omissão em relação ao total do produto gasolina, na realidade não há qualquer prejuízo quanto ao mérito da questão.

Assinalo, também, que a exposição feita no voto do digno Relator da JJF, em relação à escrituração realizada pelo contribuinte posteriormente à ação fiscal, não configura qualquer uso de dois pesos, e nem de duas medidas, no julgamento, tratando-se tão-somente de uma explicação acerca de como se constituía a alegação defensiva, e da razão pela qual não a acatava.

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 quanto a não ter escriturado regularmente as operações de movimentação do combustível gasolina, ou seja, erro de digitação que alega ter realizado no LMC, não encontra guarida na legislação tributária. Erro de escrituração, quando ocorre, não é erro escusável, como denomina o recorrente. Também não é possível acatar-se o livro LMC modificado pelo sujeito passivo apenas após detectada, em ação fiscal, a irregularidade tributária praticada pelo contribuinte.

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 de uma exigência relativa a escrituração.

Não está comprovada a ocorrência de erro de digitação, em que pese o contribuinte ter acostado um documento intitulado de “Laudo Técnico”, emitido em 22/10/2009, após a lavratura do Auto de Infração, que se deu em 30/09/2009. A JJF ateve-se exatamente à observância da legislação fiscal, e da legislação de combustíveis, ao pronunciar sua Decisão.

A escrituração fiscal realizada pelo contribuinte e apresentada no prazo de intimação no início da ação fiscal 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 tanto em sede de julgamento de primeiro grau, quanto no pronunciamento do douto 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 corretamente registradas no seu LMC. A dita “correção”, posteriormente à ação fiscal objeto desta lide, da escrituração de seus LMCs, não constitui prova de que as aferições teriam sido realizadas e não escrituradas corretamente na época própria.

Quanto a se tratar de exigência de imposto que já teria sido pago pelo substituto tributário, assinalo que tal como já exposto pelo digno representante da PGE/PROFIS em seu Parecer nos autos deste processo, a falta de documentação fiscal implica a impossibilidade de comprovação de tal pagamento antecipado.

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.

Assim, o levantamento fiscal relativamente às Infrações 3 e 4 foi corretamente realizado, e as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar parcialmente a Decisão que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

Por oportuno, diante dos dados dos demonstrativos fiscais acostados ao processo, recomendo à autoridade administrativa fazendária competente que, observado o prazo decadencial, em relação aos exercícios anteriores a 2009, cujas operações com combustíveis foram objeto do levantamento fiscal realizado, averigüe a necessidade de nova ação fiscal no sentido da verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal pelo sujeito passivo, naqueles exercícios.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0304/09-3**, lavrado contra **AUTO POSTO CASARÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$189.936,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$43.448,40 e 70% sobre R\$146.488,18, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS