

PROCESSO - A. I. Nº 019358.0104/11-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUTO POSTO GIRASSOL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0125-02/12
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 12/06/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0158-11/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não acolhidos os argumentos defensivos quanto à nulidade e acolhido parcialmente quanto ao mérito. Demonstrada a pertinência dos cálculos e a aplicação da alíquota. Acolhida as notas fiscais apresentadas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Demonstrada a pertinência dos cálculos e a aplicação da alíquota. Acolhidas as notas fiscais apresentadas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente mantida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0125-02/12), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, da qual constam duas infrações, a saber:

INFRAÇÃO 1- falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Consta que se refere a 15.181,08 litros de gasolina C; 58.874,45 litros de óleo diesel e 731.849,81 litros de álcool hidratado carburante ICMS no total de R\$ 286.589,37, multa de 100%;

INFRAÇÃO 2 – falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais e 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 da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Consta que se refere à 15.181,08 litros de gasolina C; 58.874,45 litros de óleo diesel e 731.849,81 litros de álcool hidratado carburante. ICMS no valor de R\$ 90.600,69. Multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"O presente lançamento de ofício, ora impugnado, foi lavrado com base no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, apurando duas infrações, a primeira atribuindo ao autuado a responsabilidade solidária pelo imposto apurado e a segunda a responsabilidade na condição de substituto tributário.

Considero importante, antes de adentrar ao mérito da questão, reproduzir o relato que o autuante faz em sua informação fiscal, para demonstrar que o autuado se utilizava de um artifício de troca de bombas para descaracterizar as reais operações efetuadas com o álcool carburante, aplicando o adesivo de gasolina comum na bomba que efetivamente vendia álcool carburante:

"nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2010, estivemos, por determinação da coordenação de fiscalização da IFMT-SUL, imbuídos na fiscalização dos postos varejistas de combustíveis localizados na região oeste da Bahia, desenvolvendo sistema de monitoramento, com visitas sucessivas, objetivando detectarmos irregularidades. Visitamos o estabelecimento comercial do AUTO POSTO GIRASSOL LTDA em 20.11.10, quando coletamos dados planejados relativos comercialização de álcool carburante. Circulamos a área das bombas e teríamos saído sem efetuarmos devidas verificações, quando o bombeiro aproximou-se e perguntou se queríamos combustível. Consultamos se havia bomba de álcool e ele informou ser a próxima. Estranhamos o fato do equipamento conter adesivo relativo gasolina comum. Realizamos verificações em equipamento emissor de cupom fiscal, talonários de nfs autorizados, confirmação de endereço cadastral, assim como leitura dos encerrantes relativos comercialização de álcool, o qual totalizava 984.109,30 litros. Devido as dúvidas existentes intimamos a firma para apresentação de documentos fiscais. Esperamos 72 horas, porém o plantão finalizou sem obtermos os documentos. No plantão seguinte, antecipando o período, procedemos a 2ª verificação, porém optando por todos os combustíveis. Nos surpreendemos ao verificarmos que o álcool era vendido através do bico nº 01, relativo ao tanque nº 03, quando na fl.128 do LM em 31.12.09, fl.10, consta para o combustível ÁLCOOL CARBURANTE o bico nº 04, tanque 04. Constatamos as alterações de bico para apresentação de um totalizador menor, reduzindo omissões aparentes. Mantivemos a programação e fizemos uma visita ao IBAMETRO para devidas informações pertinentes. Fomos bem atendidos e obtivemos uma CERTIDÃO relativa inexistência de intervenções legais no período fiscalizado, conforme fl.15, anexa. Reunimos a documentação parcialmente apresentada e constatamos inúmeras rasuras e reconstituições nos livros de combustíveis, LMC. Tendo finalizado o plantão fiscal, lavei o presente Auto de Infração no período seguinte, após liberação da OS, na INFRAZ/EUNÁPOLIS-BA o qual foi encaminhado, via malote, para a INFRAZ/BARREIRAS-BA, aos cuidados do supervisor fiscal, auditor SANDOR CORDEIRO FAHEL, para saneamento e registro."

Verifico não caber acolhimento às arguições do autuado, quanto a nulidades, pois às fls. 102 a 105, consta termo de saneamento realizado pelo supervisor fiscal lotado na Infaz/Barreiras, auditor fiscal Sandor Cordeiro Leal, cad. 13.278905-5, devidamente assinado e em cumprimento ao roteiro de saneamento. Justifica o autuante que o presente Auto de Infração e respectivo demonstrativo de débito encontra-se claramente assinado. Destaca o autuante que no campo- "Dados da Lavratura", que o mesmo foi lavrado na Infaz/ Eunápolis pelo fato de o autuado não apresentar tempestivamente a documentação solicitada, conforme intimações, fls, 05 e 07 e consequentemente foi lavrado posteriormente e enviado via malote para a Infaz/ Barreiras, onde após devido saneamento, procedeu devida intimação e envio do processo e devidas vias à autuada. Ainda que inexistisse tal termo, não considera elemento suficiente para tornar nula a exigência fiscal, na medida em que se trata de controle administrativo.

Quanto à citação do art. 125, I pelo autuante, em nada impediu ou mitigou o direito de defesa do autuado, pois, apesar de o inciso I realmente ter sido revogado, o próprio art. 371 do RICM/BA, indicado pelo autuante, determina que o recolhimento atenderá ao previsto no art. 125, que no presente caso, se refere ao seu inciso II, alínea "b", visto que esse se enquadra na falta de antecipação indicada no aludido art. 371, concernente a infração 02. Quanto à infração 01, a caracterização se encontra definida no art. 36, V do RICMS/BA, os demais dispositivos, que o autuado alega não estarem completos, em nada restringiram o direito de defesa.

Com relação ao art. 60, II "b" o próprio autuado complementa indicando a alínea, evidenciando a inexistência de desconhecimento do dispositivo aplicado. Quanto ao art. 322, foi indicado pelo autuante para destacar a obrigatoriedade de registrar as notas fiscais de entradas em livro próprio.

Assim, com exceção da aludido inciso I do art. 125 que foi revogado, e dispositivos complementares já reconhecidos pelo autuado, em nada fica modificado o enquadramento legal e regulamentar apontado pelo autuante.

No que alude ao art. 50, indicou para destacar a aplicação das alíquotas internas, conforme relata de forma detalhada em sua informação fiscal, com ciência do autuado, indicando a alíquota interna correspondente a cada produto. Foram corretamente consideradas as alíquotas determinadas para a tributação dos produtos fiscalizados, ou sejam, álcool carburante, gasolina comum e óleo diesel são respectivamente 19% art. 51-A, I, alíquota de 27%, art. 51-A, II e 25% art. 51, II, "e", todos do RICMS/BA. A base de cálculo foi verificada, conforme demonstrativos, à partir do volume de combustíveis cujas entradas foram omitidas, do valor médio unitário relativo últimas aquisições mensais do período e adição dos percentuais (MVA) específicas, conforme

constantes no campo próprio dos demonstrativos, na forma prevista pela Portaria 445/98. Também foram incorporados aos cálculos os valores correspondentes a perdas, ganhos e aferições havidas.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, "a" (diligência) e inciso II "a" e "b" do RPAF/99 (perícia), indefiro a solicitação de diligência e perícia, ficando evidente a falta de necessidade de destacar uma diligência para análise da contabilidade do autuado visando formar a convicção para o presente voto, tendo em vista, inclusive, os demonstrativos ajustados pelo autuante, bem como os demais esclarecimentos prestados na informação fiscal.

Em relação às notas fiscais apresentadas pelo autuado em sua defesa (DANFES) foram consideradas e relacionadas nas planilhas relativas entradas. Foram incorporadas aos respectivos demonstrativos na coluna ENTRADAS e informadas nas planilhas anexadas pelo autuante. Em consequência das incorporações de notas fiscais e valores às planilhas houve alterações dos dados anteriormente apresentados relativos omissão de entradas (Omissão de Entradas), valor médio unitário e consequentemente dos valores relativos débitos do ICMS normal e ICMS antecipado, conforme segue:

COMBUSTÍVEIS	OE(vol)	VLR-M	ICMS(N)	ICMS(ANT)
Gasolina c	5.181,08	2,3697	3.314,95	983,22
Óleo diesel	38.874,45	1,7687	10.313,59	3.278,69
Álcool	711.849,81	1,6270	220.054,12	69.735,15
			233.682,66	73.997,06
TOTAL AJUSTANO DO AUTO DE INFRAÇÃO			R\$307.679,72	

Assim, foi alterada a exigência relativa à infração 01 para R\$233.682,66 e a infração 02, foi modificada para R\$73.997,06, observando o ajuste ora efetuado no total do Auto de Infração resultante da soma das duas infrações que na tabela do autuante foi totalizado com pequena diferença.

Relativo aos encerrantes, verifico que nas bombas de combustíveis, conformem afirma o autuante todos foram analisados com bastante clareza, conforme planilhas 06 e 08 e evidenciados na planilha- RELAÇÃO DE POSTOS VISITADOS, fls. 208 realizada antes da ação fiscal e da 2ª visita. Observa que, relativo aos outros combustíveis, os valores foram considerados certos, na medida em que não foram contestados.

Quanto aos argumentos relativos aos encerrantes, verifica-se que em 31/12/2009 o encerrante de fechamento foi 229.437,30, porém relativo ao bico nº 04 e tanque 04. Na primeira visita, quando o autuante detectou uma bomba vendendo álcool, porém com adesivo de gasolina comum para camuflar o comércio de álcool, o encerrante verificado foi 984.109,30, relativo ao tanque 04 e bico 04 em 20/11/2010. O autuante no 27º dia após, realizada a 2ª visita, para vistoria geral, constatou o encerrante do álcool relativo bico 01 do tanque 03, sem nenhuma intervenção comprobatória, segundo certidão do IBAMETRO, fl. 15, evidenciando a alteração do mecanismo do equipamento para possibilitar redução de omissões existentes, que o autuante atribui a compras irregulares, na oportunidade denunciadas por postos varejistas situados na região.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração."

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de Primeira Instância recorreu de Ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A Decisão de piso não merece reforma.

Com efeito, a desoneração efetivada pela Junta de Julgamento Fiscal decorreu da consideração de notas fiscais de entrada apresentadas pelo sujeito passivo, alterando, assim, o resultado do levantamento quantitativo de estoques feito pela fiscalização. Cumpre salientar que o próprio fiscal autuante anuiu com a inclusão dos documentos fiscais apresentados pelo sujeito passivo, refazendo os demonstrativos inicialmente apresentados, o que resultou na redução do imposto lançado, na infração 1, para R\$233.682,66 e, na infração 2, para R\$73.997,06.

Assim, em se tratando de matéria eminentemente fática e considerando que as provas apresentadas pelo sujeito passivo foram hábeis a elidir em parte a exigência veiculada nesta autuação, deve ser mantida a Decisão primária.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019358.0104/11-3**, lavrado contra **AUTO POSTO GIRASSOL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$307.679,72**, acrescido das multas de 100% sobre R\$233.682,66 e 60% sobre R\$73.997,06, previstas no art. 42 incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS