

A. I. N^º - 233014.0173/11-2
AUTUADO - JOÃO FILHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET 25.06.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0123-04/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provadas as aquisições do combustível gasolina comum sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Infração 1 parcialmente elidida após retificação dos cálculos. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O estabelecimento adquiriu o combustível gasolina comum sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição tributária. Infrações parcialmente elididas em face de retificação de inconsistências apontadas pela defesa. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM VEZ DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Nos termos do § 2º do art. 238 do RICMS/1997, quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, o contribuinte pode emitir nota fiscal de venda a consumidor. Porém, para isso, o defeito ou sinistro do equipamento deve ser documentado na forma regulamentar. O art. 824-H prevê como se deve proceder em tal situação. A empresa encarregada da intervenção técnica no equipamento deve observar, dentre outras regras, aquelas contidas nos arts. 824-L e 824-M. Infração não elidida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Infração caracterizada e não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 26/09/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 59.559,69, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 1 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 37.854,01 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 2 - Falta de recolhimento do tributo por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 12.763,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 3 – Entradas de mercadorias tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 1.538,86, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 4 – Entradas de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 1.143,30, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

Infração 5 – Extravio de documentos fiscais. Multa de R\$ 3.500,00, prevista no art. 42, XIX da Lei 7.014/96.

Infração 6 – Falta de entrega de arquivos magnéticos nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Multa de R\$ 2.760,00, prevista no art. 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96.

Consta da peça inicial que o levantamento quantitativo de estoques de 2006 diz respeito a gasolina, diesel e álcool, enquanto o de 2007 a gasolina e diesel. Está dito, também, que o contribuinte não entregou os arquivos magnéticos de 2006 e 2007, bem como extraviou as notas fiscais série D1 de números 1.251 a 1.450, 2.301 a 2.400, 2.801 a 2.900, e série única 351 a 600.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 89 a 98, através de advogado regularmente constituído, conforme procuração de fl. 101.

Após descrever as acusações, com relação às duas primeiras afirma que o levantamento quantitativo padece de incongruências, pois o auditor autuante teria errado no cômputo dos estoques e desconsiderado entradas acompanhadas de notas fiscais, o que argumenta com a indicação de decisões administrativas e doutrina. Assim, não haveria motivo para a lavratura do Auto, o que inquinaria o mesmo de nulidade.

Requerendo o reconhecimento de vício insanável ou de improcedência, diz que os ganhos e perdas constantes do LMC (livro de Movimentação de Combustíveis) não foram levados em consideração.

Pugna pela posterior juntada de documentos e requer a improcedência das infrações 01 e 02.

As infrações 3 e 4 não possuem, a seu ver, materialidade, uma vez que o autuante – para comprovar a falta de registro – não trouxe ao processo o livro obrigatório, qual seja, o Registro de Entradas, tampouco os documentos fiscais pertinentes. Por isso, transcrevendo doutrina e jurisprudência administrativa, alega que também seriam nulas.

Conclui pleiteando a procedência parcial.

O autuado volta a se manifestar às fls. 104 a 109, insurgindo-se, quanto às duas primeiras infrações, contra o fato de o autuante ter “misturado” a gasolina comum com a gasolina aditivada no levantamento, já que, segundo alega, por exemplo, os estoques iniciais e finais, registrados pelo fisco como se fossem de gasolina comum, correspondem em verdade às somas dos dois tipos.

Em face da apontada mistura, não entende como o preço médio foi determinado, e por isso pleiteia nulidade, ressaltando que a atividade de fiscalização é um dever de ofício, imparcial e vinculado à lei, jamais discricionário.

Caso não se decida pela nulidade, argumenta que a cobrança das duas primeiras imputações carrega equívoco, o que ensejaria procedência parcial, pois as notas fiscais relacionadas à fl. 108 não fizeram parte dos demonstrativos da fiscalização.

Na informação fiscal, de fls. 125/126, o autuante assinala que, com base no LMC (livro de Movimentação de Combustíveis) de fls. 67 a 74, foram computados nos levantamentos os estoques iniciais e finais dos três itens: gasolina comum, gasolina aditivada e óleo diesel. Também foram registradas as compras devidamente acompanhadas de notas fiscais, assim como as perdas e ganhos constantes do referido livro (fls. 09 a 18, 21 a 30, 33 a 48, 41 a 46, 49 a 54 e 56 a 61).

No caso da gasolina, assevera que a Portaria 445/1998 dispõe que, quando uma mercadoria for identificada por mais de uma denominação, ou quando for designada por subgrupos e diferenciais, deve-se fazer o agrupamento de cada item em um mesmo, juntamente com os afins.

O preço médio foi encontrado de acordo com as movimentações dos últimos períodos (fls. 08, 19 e 20).

No tocante às infrações 03 e 04, aduz que o impugnante foi intimado a apresentar o Livro Registro de Entradas e, uma vez entregue, constatou que algumas notas de aquisição dos exercícios de 2006 e 2007 não foram contabilizadas, nos termos das informações de fls. 63 e 65.

No dia 31 de janeiro de 2012 (fl. 130), a 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal – converteu o feito em diligência, solicitando o refazimento da auditoria de estoques, com a exclusão da gasolina aditivada (bico 05), a inclusão da nota fiscal 9.968 (fl. 121) no levantamento de 2007 e, com respeito às infrações 03 e 04, a apresentação nos autos das notas fiscais elencadas à fl. 65, junto com o Registro de Entradas.

Foi expressamente determinada a manutenção da exigência dessas infrações tão somente em relação aos documentos colacionados.

Na segunda informação fiscal, de fl. 133, o autuante mantém a sua tese de que a Portaria 445/1998 dispõe que, quando uma mercadoria for identificada por mais de uma denominação, ou quando for designada por subgrupos e diferenciais, deve-se fazer o agrupamento de cada item em um mesmo, juntamente com os afins.

Incluiu a precitada nota, o que reduziu a infração 01 para R\$ 6.934,38 em 2007, e a 02 para R\$ 2.980,95 (nesse mesmo exercício).

Por não ter encontrado os documentos concernentes às infrações 03 e 04, reduz os seus respectivos valores para zero.

A sociedade empresária volta a se manifestar às fls. 143 a 150, nas quais sustenta que a diligência não foi cumprida, pois o autuante “*somente fez incluir no demonstrativo de fl. 08 a NF 9.968, sem excluir as saídas de gasolina aditivada (item 05) ao refazer os papéis de trabalho do item Gasolina Comum dos exercícios de 2006 e 2007, conforme se verifica em anexo, que representa 30.437 litros no exercício de 2006 e 14.930 litros no exercício de 2007*”.

Reforça o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, uma vez que, além de não concordar com as perdas e ganhos computados, que não seriam os do LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis, calculadas, a seu ver, com base no art. 5º, Portaria DNC 26/1992), também teriam sido esquecidas as notas especificadas à fl. 146.

Entende que o percentual de 0,6% não é um limite para registro de perdas e ganhos, mas um simples patamar que, se alcançado, configura a necessidade de o posto tomar as providências no sentido de apurar as causas e efetuar reparos, nos termos da legislação transcrita às fls. 146/147.

Pugna pela ulterior juntada de documentos e requer a nulidade ou a improcedência das infrações 01 e 02.

Consoante documento de fl. 164, o processo foi convertido na segunda diligência, com o fim de que o inspetor fazendário designasse preposto estranho ao feito para cumprir o quanto solicitado na primeira, de fl. 130.

O auditor fiscal Boaventura Mascarenhas Lima apresenta informação à fl. 170, pontuando que excluiu as entradas e saídas de Gasolina Aditivada (bico 05).

Colaciona novo demonstrativo sintético à fl. 171, acompanhado dos analíticos, no qual a infração 1 ficou reduzida de R\$ 37.854,01 para R\$ 17.340,90, enquanto a 2 de R\$ 12.763,52 para R\$ 4.920,04.

Devidamente intimado (fl. 177), o impugnante não se manifestou.

À fl. 184 consta novo pedido de diligência solicitando que o auditor fiscal que fez a anterior diligência retire dos estoques as quantidades de gasolina aditivada, o que foi atendido, conforme fls. 187 a 189, ajustando o valor devido da infração 1 de R\$ 17.340,90 para R\$ 17.585,24 e da infração 2 de R\$ 4.920,04 para R\$ 4.988,30.

Intimado para tanto, o contribuinte não se manifestou sobre o ajuste acima.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento fiscal, constato que o autuante e o revisor expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como consignaram o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a necessidade de motivação do ato administrativo, assim como a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O pedido de revisão por fiscal estranho ao feito foi atendido. Nesse momento, não há razões para conversão do processo em diligência.

As imputações 05 e 06 não foram impugnadas. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito das duas primeiras acusações, observo que na revisão elaborada pelo auditor estranho ao feito foram corrigidos os erros relativos à gasolina comum em 2006 e 2007, assim como às aquisições acompanhadas de notas fiscais.

Os estoques iniciais e finais do referido item (gasolina comum), registrados às fls. 07, 172 e 188, encontram respaldo no LMC e foram devidamente ajustados por diligências deferidas no curso da instrução processual.

Os preços médios anteriormente calculados estavam corretos, visto que as alterações efetuadas não foram referentes aos meses de dezembro de cada exercício.

Por exemplo, os documentos de entrada de números 115.165, 115.900 e 043.980, cuja falta foi constatada pelo sujeito passivo à fl. 146, estão incluídas no levantamento de fl. 173.

Com relação às perdas e ganhos, conforme informou o autuante à fl. 125, foram corretamente extraídos do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com a aplicação dos limites legais, nos termos dos demonstrativos de fls. 09 a 18, 21 a 30, 33 a 48, 41 a 46, 49 a 54 e 56 a 51.

Não tem fundamento a argumentação do defendente, contrária ao entendimento já assentado neste Conselho, de que o percentual de 0,6% é mero indicativo para apurar causas, detectar vazamento e providenciar reparos. É, em verdade, um limite, como restou decidido, “v.g.”, nos ACÓRDÃO JJF Nº 0123-04/13

Acórdãos CJF 0130-12/04 e 0029-12/05, entre outros.

Importa assinalar que medidas no sentido de apurar causas, detectar vazamento e providenciar reparos não foram provadas nos autos.

Provadas as aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária, infração 1).

O autuado adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição (infração 2).

Acolho o levantamento de fl. 188, elaborado pelo fisco, de modo que a infração 1 seja alterada de R\$ 37.854,01 para R\$ 17.585,24, enquanto a 2 de R\$ 12.763,52 para R\$ 4.988,30.

Infrações parcialmente elididas.

Com respeito às infrações 3 e 4, o autuante não conseguiu trazer ao PAF (processo administrativo fiscal) as notas fiscais e / ou os comprovantes das entradas, pelo que concluo que não procedem.

Infrações descaracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de **R\$28.833,54**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233014.0173/11-2**, lavrado contra **JOÃO FILHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.573,54**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 17.585,24 e 60% sobre R\$ 4.988,30, prevista no art. 42, III e II da Lei 7.014/96, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 6.260,00**, previstas no art. 42, incisos XIX e XIII-A, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE DA COSTA NETO – JULGADOR