

A.I. Nº - 206923.0019/20-8
AUTUADO - CENTRO AUTOMOTIVO DE CAMAÇARI LTDA.
AUTUANTE - ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/08/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-01/22-VD

EMENTA- ICMS. 1. OMISSÃO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Observados ganhos volumétricos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD acima dos índices admitidos pela ANP em vários meses nos anos de 2018 e 2019. Os ganhos registrados, fora dos limites admitidos, não podem ser compensados com perdas registradas em outros dias para efeito de descaracterização da infração. Demonstrativos foram devidamente entregues ao autuado e refletem com clareza apuração do imposto devido. Infração 01 subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COBRADO COM BASE EM ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. GANHOS VOLUMÉTRICOS REGISTRADOS NO LMC/REGISTRO 1300 DA EFD ACIMA DOS ÍNDICES ADMITIDOS PELA ANP.** Imposto exigido em consequência do ICMS devido na condição de responsável por solidariedade, objeto da infração 01. Retificada a multa de 100 para 60% com base na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Infração 02 subsistente em parte. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 23/06/2020, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$ 89.587,57 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (04.07.01) - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documento fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, ocorrido nos meses de dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 73.829,78, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d” do inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (04.07.02) - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, ocorrido em dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.757,79, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d” do inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 07 a 12 (frente e verso). Requeru que todas as intimações e notificações fossem encaminhadas para o seu patrono, indicado em sua defesa. Disse que não

adquiriu combustível em mão de terceiros que não fossem os distribuidores autorizados, não deixou de recolher o imposto, não recebeu combustível sem nota fiscal e que a variação volumétrica não foi superior ao permitido pela ANP.

Disse que com a morte de um dos sócios em 2015, a empresa apresentou uma descontinuidade no cumprimento do fluxo de suas obrigações, chegando a ficar inapta. Somente após a Justiça indicar o inventariante foi possível administrar o certificado digital da empresa, apenas regularizado em agosto de 2018.

Explicou que a diferença verificada nos meses de junho e julho de 2018 decorreu do fato de que as aquisições de combustíveis ocorridas no mês de junho tiveram os documentos fiscais emitidos pela distribuidora somente em julho.

Quanto à variação volumétrica verificada no ano de 2019, disse que decorreu de erro da contabilidade no somatório das vendas diárias. Acrescentou que com a nomeação da nova administradora, tudo foi regularizado, merecendo perdão.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 17 a 41 (frente e verso). Trouxe vasta argumentação sobre temas que sequer foram abordados na defesa. Rebateu aspectos de nulidades não levantados pelo autuado. Falou sobre a correção técnica do levantamento fiscal. Explicou o cálculo do ICMS devido e argumentou acerca da falta de escrituração de notas fiscais de entrada. Não abordou qualquer aspecto da defesa do autuado.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência para que o autuante entregasse cópia da informação fiscal e dos demonstrativos acostados das fls. 17 a 89 ao autuado, concedendo prazo de sessenta dias para manifestação. O autuado recebeu os documentos acostados pelo autuante, conforme documento à fl. 104, mas não se manifestou.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

A lide consiste na exigência de ICMS junto a revendedor varejista de combustíveis automotivos, na condição de responsável solidário, em razão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não registradas, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD. Também é exigido a consequente antecipação tributária sobre combustíveis decorrente da exigência fiscal por solidariedade em omissão de entrada de mercadoria.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O autuado apenas negou aquisição de combustíveis sem nota fiscal. Atribuiu as inconsistências apontadas na autuação a problemas em seu cadastro junto à SEFAZ e a erros da contabilidade. Inconcebível a argumentação de que a distribuidora mandou a mercadoria sem nota fiscal em um mês, mas que no mês seguinte regularizou a operação emitindo a correspondente nota fiscal.

No caso de postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, a verificação de omissão de entradas de mercadorias pode ser aferida nos termos do parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, com base nas informações registradas pelo contribuinte no LMC ou Registro 1300 da EFD, sem necessidade de observação dos estoques do início e fim de cada ano, pois nas informações do LMC podem ficar caracterizadas entradas de mercadorias sem nota fiscal se os ganhos volumétricos diários excederem o percentual máximo admitido pela legislação.

O critério de apuração de omissão de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, permite observações que não são possíveis quando se utiliza o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado com base nas informações constantes nos estoques

inicial e final do ano e nas entradas e saídas de mercadorias registradas em documentos fiscais. Nesses processos, entradas e saídas sem registros em documentos fiscais podem ser compensados ao longo do ano sem que seja percebido no resultado da auditoria.

No critério de apuração de omissão de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98, as ocorrências de entradas e saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais ficam evidentes. As quantidades injustificadas de entradas e saídas de combustíveis podem ocorrer por diversas razões, inclusive podem indicar a realização de operações entre postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos, que é proibida pela Agência Nacional de Petróleo (ANP) e, por isso mesmo, ocorrem sem emissão de documentos fiscais.

No presente caso, a omissão de entrada de mercadoria foi verificada por meio dos registros fiscais do autuado. Por óbvio, a presente exigência fiscal não poderia existir se na ação fiscal também fosse detectada a omissão de entrada ou saída de mercadorias com base em levantamento fiscal dos documentos emitidos e recebidos pelo autuado e nos quantitativos de estoque inicial e final. Nesses casos, as informações do LMC/Registro 1300 da EFD apenas serviriam para confirmar as omissões detectadas e nunca como fonte para nova exigência fiscal cumulativa.

Em razão da ação fiscal não encontrar qualquer omissão de saída ou entrada a partir do levantamento quantitativo baseado nos documentos fiscais emitidos e recebidos e nos registros dos estoques inicial e final e por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, a omissão de entrada evidenciada unicamente nos registros feitos no LMC/Registro 1300 da EFD permite a conclusão de que as mercadorias também saíram do estabelecimento sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem tributação.

De acordo com o demonstrativo das fls. 53 a 55, foram constatados ganhos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD, a título de variação volumétrica, em percentual bem superior ao admitido pela ANP, conforme indicado no parágrafo único do art. 10 da Portaria nº 445/98. De acordo com a referida portaria, elaborada com base nos índices de variação volumétrica admitidos pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), é admissível como limite máximo de ganho sobre o volume disponível em um tanque o percentual de 1,8387%. Os ganhos considerados inadmissíveis foram observados em vários meses dos anos de 2018 e 2019.

Por exemplo, para o produto gasolina comum, no ano de 2019, foram observados ganhos de variação volumétrica nas medições registradas em vários dias dos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro e novembro (fls. 53 e 54). No dia 13/01/2019, o volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia) foi de 2.873,649 litros, mas foi registrado pelo autuado um ganho no volume do final do dia de 2.659,498 litros. Ou seja, o autuado declarou que ao final do dia, por questão de temperatura, 2.873,649 litros de gasolina proporcionaram um acréscimo de 2.659,498 litros de combustível no tanque. Com base nos volumes que excederam o limite máximo admitido como ganho de variação volumétrica, o autuante elaborou o demonstrativo de débito deste auto de infração.

Por não se basear em presunção, a apuração do imposto devido também não estaria sujeita à aplicação do disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, ainda mais porque o imposto está sendo exigido por solidariedade relativamente às entradas e não o imposto decorrente das saídas subsequentes, objeto da infração 02.

Entendo que não há como compensar as sobras detectadas nos registros efetuados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD com perdas registradas em dias anteriores ou posteriores ao das sobras. Assim como a sobra indica entrada de mercadoria sem nota fiscal, a perda indica saída sem registro fiscal. As perdas, portanto, evidenciam que as mercadorias saíram sem tributação, justificando a exigência do imposto também por antecipação tributária.

O novo critério de apuração das omissões de entrada, estabelecido no parágrafo único do art. 10

da Portaria nº 445/98, aplica-se aos lançamentos referentes a fatos geradores ocorridos antes de sua instituição, conforme § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional.

O autuante calculou o custo médio de cada produto no último mês de aquisição de cada ano para apuração da base de cálculo do imposto devido relativo ao imposto devido por solidariedade. O aproveitamento destes cálculos serviu para compensação do imposto devido por antecipação tributária, objeto da infração 02. O débito do imposto foi calculado obedecendo ao disposto na nova redação do art. 23, § 6º, da Lei nº 7.014/96 que não admite que a base de cálculo do imposto a ser pago a título de antecipação seja inferior à média de preços usualmente praticados no mercado, sendo no presente caso o PMPF.

Entretanto, em relação à multa aplicada na infração 02, retifico o percentual de 100% para 60%, considerando que a que deve ser aplicada para a presente infração é a da alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em razão da redução da multa aplicada na infração 02, que passa de 100 para 60%.

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 **206923.0019/20-8**, lavrado contra **CENTRO AUTOMOTIVO DE CAMAÇARI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto de **R\$ 89.587,57**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 73.829,78, e de 60% sobre R\$ 15.757,79 prevista no art. 42, incisos III, “d” e II “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR