

PROCESSO - A.I. Nº 232856.0037/03-1
RECORRENTE - POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0161/01-04
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 10/09/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0287-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além da multa pelo descumprimento da obrigação acessória de realizar saídas de mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária, sem emissão de documento fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0161-01/04, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração, exige o valor de R\$54.914,78, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 1998 a 2003, em razão das seguintes infrações:

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;
2. Falta de recolhimento do imposto, 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 mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e
3. Multa por ter o contribuinte realizado saídas de mercadorias não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração.

A Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no montante de R\$37.964,36, após indeferir a solicitação de diligência fiscal, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, teceu as seguintes considerações:

1. Que para a correta contagem das aferições faz-se necessário que estejam escrituradas no LMC, conforme procedido pelo contribuinte e de acordo com as normas vigentes da Agência Nacional de Petróleo (ANP), cujos registros foram utilizados pelo autuante, não sendo comprovada a existência de aferições em volume maior do indicado no referido livro;
2. Que o autuante ao não considerar as evaporações beneficiou o contribuinte, pois as saídas se tornariam maiores do que aquelas apuradas no levantamento fiscal, caso também fossem apuradas as evaporações nos estoques físicos (estoque inicial e entradas);
3. Que descabe o argumento de defesa de que ocorreram aquisições das mercadorias realizadas pela sua filial, porém por erro dos fornecedores, foram entradas no estabelecimento autuado e vice-versa, uma vez que, dentre outras razões, mesmo na suposição de que houve erro, as mercadorias entraram nos tanques do estabelecimento autuado e somente poderiam sair pelos encerrantes;
4. Que procede a alegação de duplicidade de lançamento das quantidades de saídas ao ser consideradas pelo autuante as dos encerrantes e as notas fiscais de transferências, visto que a Portaria nº 116, de 5/7/2000, da ANP, no seu art. 10, III, determina que o fornecimento de combustível automotivo somente pode ser fornecido por intermédio de equipamento medidor. Assim, como o levantamento fiscal teve por base os encerrantes das bombas, estas transferências já estavam contempladas. Refaz os cálculos, após tais exclusões.
5. Que cabe apenas a multa de R\$50,00 pela falta de emissão de notas fiscais de saídas nos diversos exercícios fiscalizados, em razão da natureza da infração e não por exercício.

Às fls. 177 a 180 dos autos, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde se insurge contra a Decisão Recorrida, diante das seguintes razões:

1. Que a diligência indeferida provaria que a empresa em seu todo (matriz e filial) sofreu ação fiscal para idênticos períodos e infrações, muito embora inversa, pois uma por falta de emissão de notas fiscais de entradas e outra por falta de emissão de notas fiscais de saídas, o que comprovaria que se houve falta física de entrada de produtos em um estabelecimento, para outro houve o excesso, numa prova material de que o fato não ocorreu;
2. Aduz também que o autuante deixou de apurar saídas de bico encerrante de uma bomba no quantitativo de 288.763,7 litros de produtos e muito embora tenha demonstrado a nota fiscal de entrada n.º 28169 não considerou seu quantitativo, bem como confundiu exercícios quando no ano de 2002 fez constar as notas fiscais n.º 73866, 73951 e 73982 e estas foram emitidas e entradas no estabelecimento em abril/2003.

Assim, roga pela diligência e por serem conexos, sejam os Autos de Infração nºs 295841.0102/03-02 e 232856.0037/03-01 juntados pela sua relevância para a Decisão da lide. Por fim, o recorrente admite que cometeu e persistiu no erro, não atentando para as consequências que viriam lhe criar, ao armazenar e dar saída de produtos com documentação destinada a um outro estabelecimento filial, mas, em momento algum, cometeu sonegação fiscal que se quer imputar. Aduz que a informação errônea não se sobrepõe à verdade material, que deve sempre ser

perseguida. Requer a nulidade do Auto de Infração ou que se converta em diligência a fim de comprovar que as inconsistências idênticas, mas inversas, não acarretaram prejuízo ao erário.

A PGE/PROFIS, analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que restou caracterizada a responsabilidade do Contribuinte pelo recolhimento do ICMS, em razão da constatação de diferenças de estoque que comprovam a aquisição de combustíveis sem nota fiscal.

Quanto à diligência solicitada, entende desnecessária, pois constam nos autos todas as notas fiscais e as razões do suposto equívoco, além de que o recorrente não apresenta itens a serem objetivamente enfrentados na diligência requerida.

Também entende, no tocante a alegação de erro na emissão de notas fiscais, não ser razoável que durante todo o período fiscalizado o contribuinte vinha, periodicamente, recebendo mercadorias com notas fiscais emitidas para outro estabelecimento, sem providenciar a retificação junto ao Remetente. Por isso, opina que não houve a demonstração inequívoca de erro, devendo, de fato, tais notas fiscais serem desconsideradas.

VOTO

Entende o recorrente que a diligência indeferida comprovaria que se houve falta física de entrada de produtos em um estabelecimento, para outro houve o excesso, numa prova material de que o fato não ocorreu. Aduz também que o autuante deixou de apurar saídas de bico encerrante de uma bomba no quantitativo de 288.763,7 litros de produtos e muito embora tenha demonstrado a Nota Fiscal de Entrada nº 28169 não considerou seu quantitativo, bem como confundiu exercícios quando no ano de 2002 fez constar às Notas Fiscais nºs 73866, 73951 e 73982 e estas foram emitidas e entradas no estabelecimento em abril/2003. Assim, roga pela diligência a fim de comprovar que as inconsistências idênticas, mas inversas, não acarretaram prejuízo ao erário, ou a nulidade do Auto de Infração.

Inicialmente, devo ressaltar que nos termos do artigo 42 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, considera-se autônomo cada estabelecimento do mesmo titular. Assim, diante de tal preceito, a análise conjunta dos estabelecimentos matriz e filial, pleiteada pelo recorrente, torna-se completamente inviável e insegura, uma vez que, por se tratar de produtos fungíveis, os quais não possuem identificação própria, não existe qualquer segurança de que as diferenças quantitativas de entradas de um estabelecimento decorrem dos mesmos produtos que acarretaram as diferenças de saídas do outro estabelecimento.

Portanto, por se tratar de entradas de combustíveis sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a devida origem de sua aquisição e comprovação do recolhimento do tributo, a responsabilidade pelo pagamento do imposto, tanto por solidariedade pelo tributo devido pelo contribuinte de direito (desconhecido), bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme preceitua o art. 6, inciso IV, da Lei nº 7.014/96, é do próprio recorrente, na condição de detentor de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal exigível.

Quanto à alegação de que a Nota Fiscal de Aquisição de nº 28169 não teve seu quantitativo considerado no levantamento fiscal, observo ser tal argumento inconsistente, haja vista que, à fl. 46 dos autos, estão consignados 10.000 litros de “Diesel Comum” para o referido documento fiscal.

Também não deve ser acatado o argumento de que as Notas Fiscais de nºs: 73866, 73951 e 73982 foram apropriadas em exercício diverso à sua emissão, visto que tais documentos não foram

anexados ao seu Recurso Voluntário, como prova de sua alegação, conforme prevê o art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por se tratar de fato controverso cujo elemento probatório, em poder do próprio recorrente, deveria ser anexado aos autos. Ademais, observo que os aludidos documentos fiscais não foram considerados no levantamento fiscal (fls. 29/34; 50 e 54), conforme alegado, além de que tais notas fiscais nem sequer foram lançadas no livro Registro de Entradas, como se pode constatar às fls. 55 a 60.

Do mesmo modo, se deve rechaçar a citação do Recurso Voluntário de que o autuante deixou de apurar saídas de bico encerrante de uma bomba no quantitativo de 288.763,7 litros de produtos, uma vez que tal acusação foi feita de forma genérica, sem especificar a qual encerrante se refere. Na auditoria procedida foram considerados 5 (cinco) bombas de combustíveis. Ademais, no caso de se confirmar o acréscimo nas saídas de tal volume com provas documentais, acarretaria em aumento da diferença da omissão de entradas e, consequentemente, em dilatação do valor exigido.

Assim, acato o Parecer da PGE/PROFIS que opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que restou caracterizada a responsabilidade do contribuinte pelo recolhimento do ICMS, em razão da constatação de diferenças de estoque que comprovam a aquisição de combustíveis sem nota fiscal.

Diante do exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 232856.0037/03-1, lavrado contra **POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$37.914,36**, sendo R\$14.738,57, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$9.466,61 e 60% sobre R\$5.271,96, previstas no art. 42, III, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$23.175,79, acrescido das multas de 70% sobre de R\$16.068,89 e 60% sobre R\$7.106,90, previstas no art. 42, III e II, “d”, do mesmo diploma legal, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII da referida lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR DA PGE/PROFIS