

PROCESSO - A. I. Nº 206915.0018/03-5
RECORRENTE - AUTO POSTO UMBUZEIRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0066/02-04
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 17/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO: a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ICMS NORMAL. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte é responsável pelo pagamento do imposto normal, devido pelo fornecedor, e pelo antecipado, relativo às mercadorias sujeitas a substituição tributária, recebidas sem documentação fiscal. Exigências subsistentes, após análise das provas documentais contidas nos autos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$96.547,08, por omissões apurada através de levantamento quantitativo de estoque de combustíveis.

O autuado em sua Defesa aduziu que o autuante utilizou-se exclusivamente do livro “LMC”, instituído pelo Departamento Nacional de Combustíveis, sem nenhuma determinação de uso pela legislação tributária específica e questionou se o autuante teve acesso aos livros de Entrada e Saída, Inventário e talonário e se seria justo o contribuinte ser penalizado por ter entregado à Fiscalização o referido livro LMC.

Afirma que o autuante teve acesso a todos os livros oficiais e autenticados pela SEFAZ nos quais estão consignados todos os registros obrigatórios atualizados e que funcionários inexperientes dos postos fazem os lançamentos no livro LMC sem nenhum controle e muitas vezes em duplicidade.

Pediu ao final que seja decretada a Nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em sua Informação Fiscal, manteve a autuação salientando que o contribuinte teve ciência que todo o procedimento legal foi efetuado com base nos lançamentos existentes nos seus livros fiscais e nas notas fiscais de compra e de venda, conforme as planilhas anexadas.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, analisou e rejeitou a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, afirmando que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando nenhuma violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, pois o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme demonstrativos constantes nos autos.

Ressaltou ainda que o Livro de Movimentação de Combustíveis é obrigatório, previsto nos Convênios SINIEF e no RICMS/97.

Quanto ao mérito da lide a Decisão verificou que o sujeito passivo não apresenta qualquer documento, levantamento ou demonstrativo que venha contradizer os números apurados na ação fiscal e, assim, manteve a exigência.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, primeiro apontando vício insanável do procedimento fiscal por falta de documento comprobatório da efetiva contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida, informando que, mediante intimação por “Fax” ao contador da requerente, o autuante solicitou a apresentação de livros e documentos fiscais, lavrou o termo de início de fiscalização no Livro de Ocorrências e levou no mesmo dia toda a documentação solicitada.

Afirmou que a interpretação do artigo 512 do RICMS/97 foi equivocada e verifica-se que o autuante não atentou para a redação do parágrafo 2º da Portaria de nº 152, que determina a redução dos preços máximos de venda de óleo diesel nos postos situados fora da sede do município ou de área de cidade base da distribuição, de valor igual a R\$0,004/l a cada 20 km percorridos, termos em que o recorrente procedeu ao cálculo do imposto nas operações com diesel.

Aponta que o RPAF estabelece no artigo 28 a obrigatoriedade do Termo de Início de Fiscalização fiscal, transcreve o teor do mesmo, grifando a seguinte parte do seu texto: ... *devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou recibo*,.

Cita e transcreve as Ementas dos Acórdãos CJF Nºs 0466-11/02 e 0489-11/03, a primeira decretando a nulidade do Auto de Infração por existir incompatibilidade entre as datas da contagem física do estoque e o período considerado como abrangido pela ação fiscal e o segundo considerando nulo o procedimento fiscal pela inexistência dos Termos de Intimação e de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais.

No mérito, disse que a autuação é improcedente por estar embasada exclusivamente no Livro de Movimentação de Combustíveis e que o autuante efetuou a soma das quantidades diárias lançadas no LMC com as notas fiscais de saída, série única, como pode ser constatado em todos os anexos denominados “*demonstrativos das saídas*” gerando duplicidade de saídas, já que a quantidade constante nas notas fiscais também saiu pelos bicos das bombas. Explica, ainda, o porquê das saídas de combustíveis para outros postos.

Aduz que apresentou todos os documentos contábeis e fiscais, mas foram desprezados pelo autuante que optou pelo abusivo método de soma do bico das bombas com as notas de saídas e constou no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que as saídas com emissão de nota fiscal série única não foram lançadas no LMC por se tratarem de vendas no atacado e, questiona, onde estaria armazenado esse combustível? Afirmo que uma vez entrado nos tanques do posto o combustível só pode sair pelos bicos das bombas.

Questiona também o levantamento quantitativo em aberto referente o exercício de 2003 por estar fundamentado apenas numa simples página do LMC, onde estaria lançado um suposto estoque escritural anotado por um frentista, não tendo o autuante procedido uma medição física dos produtos. Aponta que o método utilizado para o levantamento não está previsto em lei porque realizado como exercício fechado, ao usar o estoque inicial e final lançado indevidamente no LMC, desprezando o que determina o artigo 2º, I, da Portaria nº 445/98.

Solicita que este CONSEF determine diligência por auditor estranho ao feito para verificar os lançamentos fiscais e fazer novo demonstrativo de estoque.

Reitera que inexistem liquidez e certeza no procedimento, até porque o RICMS/BA não permite ou prevê esta forma de apuração ou fiscalização e que há nítido cerceamento do direito de defesa por falta de discriminação das notas fiscais de saídas nos demonstrativos.

Cita e transcreve o Acórdão CJF nº 1071/99, decretando a nulidade de Auto de Infração decorrente de levantamento quantitativo de estoque pela inexistência dos elementos utilizados para determinação da base de cálculo e de demonstrativo analítico relativo ao levantamento quantitativo.

Disse que o autuante não excluiu da base de cálculo na apuração do preço médio das compras, as parcelas de margem de valor adicionado que estaria compondo o valor total das notas fiscais de entrada, acrescidas para efeito de cálculo da antecipação tributária pelo distribuidor, daí esse valor estaria compondo tanto o cálculo do imposto devido pelo sujeito passivo como o cálculo do imposto devido por antecipação tributária, concluindo que, assim, o montante do débito não está demonstrado com segurança e certeza, por adotar base de cálculo não prevista em lei, o que determinaria a Nulidade do Auto de Infração.

Salienta que o nobre relator da Decisão recorrida criou fato não previsto em lei, ao aceitar o Livro de Movimentação de Combustíveis com livro de controle de estoque o que não está previsto na Portaria nº 445/98, que prevê o Livro de Inventário e a Declaração de Estoque decorrente da contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida para o levantamento.

Aponta erros nos demonstrativos referentes aos exercícios de 1998, 1999, 2002 e 2003. Exemplifica o erro cometido no levantamento de estoque de óleo diesel no exercício de 2002.

Argumenta que se o procedimento estivesse correto o autuante teria que excluir do estoque final de um exercício, bem como do estoque inicial do exercício seguinte as quantidades referentes a tais lançamentos e como não o fez, configura-se em *bis in idem*.

Por fim, alega que as notas fiscais série única emitidas pelo autuados, tendo como destinatários pequenos postos da região, não forma consideradas pela fiscalização para efeito de entrada de combustíveis nos estabelecimentos destinatários, o que gerou omissão de entradas nos mesmos.

Conclui que os fatos como foram caracterizados não oferecem segurança para que se possa imputar qualquer responsabilidade ao autuado e solicita a improcedência da presente ação fiscal, por ser de Justiça.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, aponta que em síntese, o recorrente reitera os termos da defesa inicial e em relação à preliminar suscitada ressalta que a Decisão recorrida analisou a questão detalhadamente e fundamentou o afastamento da nulidade.

Observa que no mérito o recorrente tenta justificar a razão das diferenças encontradas, mas nada traz de concreto para provar o que alega. Aduz que o levantamento quantitativo realizado levou em consideração todos os livros e documentos fiscais apresentados e os argumentos recursais são os mesmos já analisados em Primeira Instância, os quais não têm o poder de modificar a Decisão guerreada.

Com isso, opina que o Recurso Voluntário não deve ser Provido.

Diante das alegações do recorrente encaminhamos o PAF para Pauta Suplementar que deferiu a diligência indicada.

Realizada a diligência, a ASTEC emitiu o Parecer nº 0232/2004 relatando os quesitos formulados e o procedimento adotado, concluindo com as seguintes respostas às questões colocadas:

1. *As notas fiscais de saídas, de série única, emitidas pelo autuado foram somadas às saídas totalizadas no LMC, pois também representam saídas de mercadorias lastreadas em documentos idôneo e devidamente registradas no Livro de Registro de Saídas. A exclusão destas saídas no levantamento quantitativo de estoques é que comprometeria a sua fidedignidade, já que foram computadas todas as entradas no levantamento de estoque;*

2. *Restou comprovada da análise da documentação fiscal que os preços médios calculado pelo programa SAFA, foram alimentados com os valores da operação sem o acréscimo das MVA, utilizado pelos distribuidores;*
3. *Embora tenham ocorrido omissões de saídas, nos exercícios fiscalizados, conforme preconiza a Portaria nº 445/98, como alega o autuado, o procedimento do autuante está consentâneo com a legislação aplicável, por se tratar de operações com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária;*
4. *Não cabe a exclusão do estoque final de um exercício e do inicial do exercício seguinte na forma pretendida pelo autuado, pois não ocorrera na autuação dupla cominação para o mesmo fato gerador. Já que os lançamentos decorrentes do ingresso de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal ocorreram em exercícios em que o levantamento quantitativo de estoque apurou omissões de saídas para os mesmos produtos.*

O PAF foi reencaminhado a PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo emitiu Parecer em que analisa a diligência realizada e opina pelo acatamento das suas conclusões e ratifica o seu Parecer anterior já exarado nos autos.

VOTO VENCIDO

Verifico que o ilustre julgador de primeira instância analisou e rejeitou as nulidades argüidas pelo sujeito passivo, afirmando que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando nenhuma violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, pois o processo encontra-se devidamente instruído de suas provas documentais, conforme demonstrativos constantes nos autos.

Acompanho também esse entendimento e igualmente quanto ao Livro de Movimentação de Combustíveis, utilizado para efetuar o levantamento de estoques visto ser livro obrigatório, previsto nos Convênios SINIEF e no RICMS/97, afastando as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Em relação ao mérito constato que a diligência realizada esclarece as questões formuladas pelo recorrente em relação ao cálculo dos preços médios utilizados, às omissões de saídas não consideradas e à questão dos estoques finais e iniciais que não ocasionaram dupla cominação para o mesmo fato gerador.

No entanto, verifico que persiste uma boa dúvida em relação à consistência do levantamento das saídas, obtido pelo somatório das saídas totalizadas no Livro de Movimentação de Combustíveis com o somatório do quantitativo das notas fiscais, série única, emitidas pelo recorrente.

Eis que entendo crível o argumento do recorrente: o combustível é, de fato, estocado nos tanques e a saída obrigatoriamente é efetuada pelos bicos das bombas.

Assim, conseqüentemente, deve ser excluído do levantamento quantitativo o somatório das saídas das notas fiscais série única emitidas pelo recorrente uma vez que a totalidade das saídas já estaria registrada no livro LMC.

Pelo exposto, o voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Concordo com o voto proferido pelo ilustre relator, exceto quanto à questão das operações de saídas de combustíveis lastreadas em notas fiscais série única, conforme passo a me pronunciar.

Inicialmente, ressalto que em momento algum do processo foi posta em dúvida a idoneidade das notas fiscais série única que acobertaram saídas de combustíveis e que foram adicionadas às

saídas registradas no LMC, assim, considero essas notas fiscais idôneas e comprobatórias das operações nelas consignadas.

Com a devida vênia, discordo da tese defendida pelo ilustre relator, segundo a qual as saídas de combustível consignadas nas notas fiscais em questão passaram pelo “bico” das bombas e, portanto, houve contagem em duplicidade de operações de saídas.

Essa minha discordância está fundamentada no fato de que tais operações de saídas acobertadas por notas fiscais série única são referentes a vendas por atacado. Nessa situação, as mercadorias, após terem sido recebidas e registradas pelo recorrente, saíram diretamente para o adquirente, sem passar pelos “bicos” das bombas. Desse modo, as vendas efetuadas por meio dessas notas fiscais não estão incluídas nas saídas lançadas no LMC e, portanto, para se determinar o total das saídas de combustíveis, é necessário adicionar as saídas acobertadas pelas notas fiscais referentes a vendas por atacado às registradas no LMC, como acertadamente fez o autuante.

Em face do acima comentado e em consonância com o resultado da diligência e com o opinativo da PGE/PROFIS, considero que a Decisão recorrida está correta, não merecendo reparo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206915.0018/03-5, lavrado contra **AUTO POSTO UMBUZEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$96.547,08**, sendo R\$16.826,75, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.324,66 e 70% sobre R\$14.502,09, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$79.720,33, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.011,04 e 70% sobre R\$69.709,29, previstas no mesmo no artigo e incisos já citados, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Álvaro Barreto Vieira, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS