

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0015/03-2
RECORRENTE - DILUBRA COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E MÁQUINAS LTDA. (POSTO DILUBRA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0226-04/04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 03/06/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-11/05

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão, após análise das provas documentais. 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, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0226-04/04, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de que o recorrente deixou de recolher ICMS no montante de R\$199.430,71, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 1999 a 2002, sendo R\$114.263,66 na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal (infrações 1, 3 e 5) e R\$85.167,05 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 (infrações 2, 4 e 6).

A Decisão recorrida considerou o Auto de Infração Procedente, mantendo integralmente as imputações, após afastar a preliminar de nulidade suscitada, uma vez que os demonstrativos foram entregues ao autuado e reaberto o prazo de defesa, sanando a falha processual existente.

No mérito, não foi acolhida a alegação de que houve contagem em duplicidade de saídas destinadas a prefeituras, construtoras e demais empresas, acobertadas por notas fiscais, já que o autuado não trouxe ao processo nenhuma comprovação do alegado.

Também não foram consideradas as notas fiscais, anexas às fls. 481 a 520 dos autos, apresentadas quando da impugnação do Auto de Infração, por não representarem efetivas entradas de mercadorias, em razão de omitirem os dados dos transportadores, algumas delas conterem rasuras ou terem sido emitidas fora de sequência cronológica, como também não terem sido

escrituradas nos livros Registro de Entradas e LMC, além de serem emitidas por empresas do mesmo grupo, o que infringe o disposto na Portaria nº 116 da ANP.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário requerendo, preliminarmente, a nulidade do julgamento da 4ª JJF, por entender prejudicado o exercício do direito de defesa, evidenciado quando o Relator taxativamente esclarece que à fl. 523 foi acostado ao processo fiscal um novo documento, relativo à Prorrogação de Procedimento Fiscal, sem a devida reabertura de prazo de defesa.

No mérito, ratifica todos os termos da peça defensiva inicial, ressaltando a não inclusão no levantamento de estoque das quarenta notas fiscais apresentadas.

Contrapõe que o transporte dos combustíveis foi efetuado por veículos pertencentes à frota própria do destinatário, conforme indicação textual “o mesmo” nos documentos fiscais.

Defende que a alegada rasura em cinco notas fiscais não são capazes de descaracterizar os documentos, sendo na maioria dos casos insignificantes, não os tornando imprestáveis ao seu fim, conforme preceitua a legislação.

Registra que as três notas fiscais tidas como emitidas fora da ordem cronológica pelo relator, na verdade se referem à AIDF diversa das demais, caracterizando uma interpretação equivocada, não sendo motivo para desclassificar os documentos.

Aduz que deixou de escriturar tais notas fiscais em função de elas representarem apenas uma transferência entre empresas do mesmo grupo, do que admite ter cometido em erro, porém incapaz de desqualificar os documentos.

Quanto ao posicionamento da Portaria da ANP desaprovar tais transferências, entende que este posicionamento não é capaz de interferir em uma relação de fato, sobre a qual se baseia um levantamento fiscal, a ponto de desconsiderar documentos fiscais idôneos e legítimos que atestam a movimentação de combustíveis entre os estabelecimentos.

Solicita a realização de diligência no sentido de responder se a inclusão das referidas notas fiscais seria capaz de alterar o levantamento procedido e quanto seria o montante apurado.

Protesta no sentido de que no levantamento quantitativo foram consideradas as saídas de combustíveis em duplicidade, relativa a diversas notas fiscais, cujas saídas também foram registradas pelos encerrantes das bombas, quando das operações de vendas às prefeituras, construtoras e demais empresas, que abastecem seus veículos e só após são emitidas as notas fiscais para faturamento.

Por fim, requer que se determine a nulidade do julgamento inicial e, caso a preliminar de julgamento não venha a ser aceita, que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, diante das alegações arroladas e dos elementos probatórios anexados aos autos.

A PGE/PROFIS, às fls. 873 e 874, analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Destaca que o contribuinte reconhece a prática da infração e contesta apenas os valores apurados no levantamento quantitativo, sem contudo apresentar qualquer demonstrativo ou provas documentais capazes de alterar o procedimento de fiscalização fulcrado nos termos da Lei nº 7.014/96 e do RICMS/97.

Registra que as notas fiscais acostadas, em sede recursal, são as mesmas já apresentadas e consideradas imprestáveis pela JJF por diversos motivos.

Salienta inexistir afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que o recorrente teve ciência de todos os fatos processuais, inclusive do comunicado de

Prorrogação do Procedimento Fiscal e do teor da Informação Fiscal acompanhada de documentos fiscais, conforme se depreende dos documentos de fls. 523 e 799. Assim, conclui, inexistir vício capaz de macular o lançamento tributário, nem tampouco a Decisão administrativa prolatada pelo órgão de 1ª Instância.

Em pauta suplementar a 1ª CJF decidiu encaminhar o PAF em diligência à ASTEC no sentido de se verificar se os documentos fiscais, acostados pelo recorrente às fls. 831 a 870 dos autos, foram emitidos regularmente ou se existem indícios de que foram extemporaneamente produzidos, unicamente, com o fito de elidir as diferenças de estoques apuradas.

Às fls. 879 a 881 dos autos, consta o Parecer da ASTEC de nº 003/2005, no qual foi consignado pelo diligente que intimou as empresas emitentes das notas fiscais para apresentação dos livros Registros de Entradas, de Saídas e LMC, bem como os relativos talonários de notas fiscais, no sentido de se apurar a extemporaneidade ou não dos aludidos documentos fiscais, contudo não logrou êxito, visto que lhe foi apresentado cópia de queixa crime registrando o roubo de toda documentação fiscal das duas empresas, ocorrido em 28/01/2004, o impossibilitando de realizar a averiguação solicitada. Por fim, conclui que, da análise dos originais das notas fiscais acostadas à defesa, somente foi possível detectar algumas falhas já constantes dos autos, a exemplo de falta de indicação dos transportadores, rasuras e falha na sequência cronológica de emissão dos documentos fiscais, do que considera insuficientes para assegurar, com precisão inequívoca, se a emissão das notas fiscais em questão foram produzidas extemporaneamente com o fito de elidir as diferenças de estoques apuradas.

Instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o contribuinte expõe que tal conclusão ratifica a sua boa-fé, uma vez que somente foram detectadas falhas de menor expressão, já apontadas no próprio processo, e decorrentes muitas vezes de falhas na emissão. Assim, com base na Teoria do Ônus da Prova, bem como no Princípio da Boa-Fé e da Segurança Jurídica e, principalmente, nos elementos fáticos trazidos aos autos, espera a Decisão pela improcedência da pretensão fiscal.

A autuante, às fls. 911 e 912 dos autos, registra que o diligente não chegou a encontrar provas que pudessem elidir ou modificar a diferença apurada no levantamento de estoque, uma vez que certamente elas não existem.

Ressalta que a queixa crime (fl. 885) foi feita pela Srª Maria das Graças Rodrigues Santana que se já declarou nos autos não está apta para responder pelo autuado.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer à fl. 914 do PAF, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, visto que a diligência não trouxe elementos capazes de tornar os documentos fiscais próprios e hábeis a fazer a prova pretendida pelo recorrente, posto que demonstrou vários indícios de inidoneidade.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade do julgamento de 1ª Instância argüida pelo recorrente, uma vez que não ocorreu o alegado prejuízo ao exercício do direito de defesa do contribuinte, visto que no documento intitulado de “*Comunicado de Prorrogação de Procedimento Fiscal*”, constante à fl. 523 dos autos, está consignada a ciência por parte do seu preposto, datada de 17/12/2003, portanto antes da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 23/12/2003.

Logo, como esclarecido, não se trata de anexação ao PAF de documento novo ao contribuinte. Assim não enseja a reabertura do prazo de defesa como deseja o recorrente, pois, conforme já dito, não acarretou qualquer prejuízo ao exercício do seu direito de defesa, o qual foi por várias vezes exercido.

Quanto ao mérito, verifico que o cerne da questão restringe-se às alegações de que no levantamento quantitativo foram consideradas as saídas de combustíveis em duplicidade, como também não foram incluídas quarenta notas fiscais de aquisição de combustíveis, apresentadas após a ação fiscal.

A Decisão recorrida foi no sentido de que o autuado não trouxe ao processo nenhuma comprovação da alegada contagem em duplicidade de saídas, como também de que as aludidas notas fiscais, anexas à defesa, não representam efetivas entradas de mercadorias, por não estarem escrituradas nos Livros Registros de Entradas e LMCs, omitirem indicações dos transportadores, algumas serem emitidas fora da sequência cronológica ou conterem rasuras e serem emitidas por empresas do mesmo grupo, infringindo o disposto na Portaria nº 116 da ANP.

Através do Recurso Voluntário, insurge-se o contribuinte da Decisão da 4ª JF, aduzindo que o transporte dos combustíveis foi efetuado por veículos pertencentes à frota própria do destinatário; que a alegada rasura em cinco notas fiscais não são capazes de descaracterizar os documentos; que as notas fiscais não foram emitidas fora da ordem sequencial; que o posicionamento da Portaria da ANP não é capaz de interferir em uma relação de fato e que deixou de escriturar tais notas fiscais em função delas representarem apenas uma transferência entre empresas do mesmo grupo, do que admite ter cometido em erro, porém incapaz de desqualificar os documentos.

A diligência solicitada por este colegiado, no sentido de se verificar juntos aos emitentes dos referidos documentos fiscais, se os mesmos foram emitidos regularmente ou se foram extemporaneamente produzidos com o fim de elidir as diferenças apuradas no levantamento fiscal, não logrou êxito, pois, através de Certidão da 10ª Coordenadoria de Polícia de Vitória da Conquista, foi noticiado o furto da documentação fiscal necessária para a avaliação desejada.

Assim, a princípio, diante destas circunstâncias, confesso que estaria propenso a acatar as aludidas notas fiscais como elemento probatório para elisão da exigência fiscal, nos seus termos originais, pois, até que se prove ao contrário, não se poderiam considerá-las inidôneas ou que as respectivas operações fossem fictícias, com base no Princípio da Boa-Fé e da Segurança Jurídica invocados pelo recorrente.

Contudo, da análise mais aprofundada das peças processuais, verifico através da Relação das Notas Fiscais de Entradas, fls. 23 a 67 dos autos, que realmente o contribuinte é usual adquirente do Posto Vale do Rio Pardo de Combustível LTDA., o mesmo emitente das referidas notas fiscais, objeto da lide.

Porém, no caso das notas fiscais relacionadas pela autuante, todas elas foram devidamente apresentadas quando da fiscalização efetuada. E mais, todas elas foram devidamente lançadas tanto no Livro Registro de Entradas, quanto no Livro de Movimentação de Combustíveis, conforme exemplifico através da Nota Fiscal de nº 690, emitida em 26/01/2001, relativa à irrisória quantidade de 500 litros de Diesel, consoante se pode constatar através do cotejo das folhas de nº 30, 102 e 690, todas do PAF.

Assim, a mesma impossibilidade de se dirimir as dúvidas, decorrentes do “furto” da documentação fiscal comprobatória, que favorecia ao contribuinte autuado, o absolvendo por falta de prova, agora se volta contra o próprio, diante da contradição de sua própria alegação recursal de que *“...só deixamos de escriturar tais notas fiscais em função de elas representarem apenas uma transferência entre empresas do mesmo grupo, o que hoje sabemos tratar-se de um erro, pois deveríamos ter registrado tudo...”*

Evidente restou que o recorrente escriturava devidamente suas efetivas operações comerciais com a empresa do mesmo grupo Posto Vale do Rio Pardo de Combustíveis LTDA, o que não ocorreu com as notas fiscais apresentadas extemporaneamente, o que, por si só, já é bastante suspeita tal atitude.

Todavia, se tais documentos fossem realmente emitidos, à época das respectivas datas de emissão, por que não se encontram devidamente escriturados assim como os demais? Não são estas também tais notas fiscais de “transferência entre empresas do mesmo grupo”, como afirma o recorrente?

Ademais, da análise das referidas notas fiscais, verifico que, em sua maioria, está consignada a quantidade de 15.000 litros de combustíveis e até 20.000 litros por nota fiscal, volumes estes nunca adquiridos através das notas fiscais registradas e apresentadas à autuante, conforme se pode constatar através da Relação das Notas Fiscais de Entradas, inerentes ao mesmo fornecedor.

Por derradeiro, observo que o valor unitário do combustível, no caso Diesel, da Nota Fiscal de nº 417 (fl. 482), apresentada extemporaneamente, é superior à da Nota Fiscal de nº 418, relacionada à fl. 25 dos autos. Apesar da identidade do produto e da data de aquisição o valor por litro diverge, sendo no caso da primeira nota fiscal a importância de R\$ 0,495, e para a outra nota fiscal de R\$0,4614, o que se torna mais inadmissível se considerarmos que no primeiro caso a quantidade é de 15.000 litros contra 5.000 litros da outra nota fiscal, o que naturalmente deveria reduzir o valor unitário diante da quantidade maior comercializada. Tal constatação é uma prova inequívoca da sua emissão extemporânea.

Assim, diante de tais considerações, concordo com a Decisão recorrida de que as notas fiscais apresentadas de forma extemporânea não devem ser incluídas nos levantamentos quantitativos de estoques, uma vez que não representam efetivas entradas de mercadorias.

Quanto à alegação recursal de que há contagem em duplicidade de saídas de combustíveis nos levantamentos fiscais, relativas a diversas notas fiscais, cujas saídas também foram registradas pelos encerrantes das bombas, deixo de acolhê-la por falta de prova do quanto alegado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº 206951.0015/03-2, lavrado contra **DILUBRA COMERCIAL DE COMBUSTÍVEIS E MÁQUINAS LTDA. (POSTO DILUBRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$199.430,71**, sendo R\$79.324,02, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.339,48 e 70% sobre R\$40.984,54, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$ 120.106,69, acrescido das multas de 60% sobre R\$46.827,57 e 70% sobre R\$73.279,12, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS