

PROCESSO - A. I. Nº 089010.1203/03-5
RECORRENTE - COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO P. SOUTO LTDA. (POSTO CORUJÃO)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0132-12/05
ORIGEM - INFAS ITAMARAJU
INTERNET - 18/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0281-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. Os documentos fiscais apresentados não comprovam o efetivo ingresso das mercadorias e, portanto, não devem ser incluídos na auditoria fiscal. Restaram comprovadas as omissões de entradas apuradas pelo autuante. Efetuada a correção no cálculo do imposto devido na primeira infração, em virtude da redução da base de cálculo prevista para o óleo diesel. A infração 1 subsiste parcialmente, ao passo que a infração 2 está caracterizada. Pedido de Reconsideração NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto pelo autuado, nos termos do inciso I, alínea “d” do art. 169 do RPAF/99, contra o Acórdão 2ª CJF nº 0132-12/05, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS no valor de R\$18.019,67, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, sendo objeto deste Recurso de Ofício os seguintes itens do lançamento:

1. *“Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque pr espécie de mercadorias em exercício aberto.”*
2. *“Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque pr espécie de mercadorias em exercício aberto.”*

O autuado, em sua defesa, alega que as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 não foram incluídas no levantamento quantitativo. Juntou aos autos demonstrativos, fotocópia de livros e documentos fiscais.

Na informação fiscal, o autuante diz que as Notas Fiscais nºs 54, 59 e 56, emitidas por E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda., são referentes a operações vedadas pela ANP. Afirma que essas notas fiscais não foram lançadas no LMC. Admite que não observou a redução da base de cálculo

em 40%, prevista no inc. XIX do art. 87 do RICMS-BA, relativamente ao óleo diesel, de modo que, após essa correção, o imposto devido na infração 1 passa de R\$12.390,83 para R\$7.434,50.

Instado a se pronunciar sobre os novos valores apurados na informação fiscal, o autuado voltou a alegar que as notas fiscais apresentadas na defesa comprovam as aquisições efetuadas. Reitera o pedido de improcedência do lançamento.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1^a Junta de Julgamento Fiscal decidido que o mesmo está em condições de ser julgado.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0209/01-04, o Auto de Infração foi julgado Parcialmente Procedente.

Quanto aos itens 1 e 2, as Notas Fiscais nºs 54, 59 e 56, apresentadas pelo autuado, foram acolhidas pela Primeira Instância, sob a alegação de que a vedação imposta pela ANP não pode afetar o regime tributário das mercadorias em questão. Além disso, argumentou o relator que não há, na legislação tributária baiana, nenhum preceito legal ou regulamentar que proíba um posto de combustível de vender combustível para outro posto. Com o acolhimento dessas notas fiscais, as omissões de entradas de óleo diesel e de gasolina passaram a ser omissões de saídas, sendo cabível apenas multa de R\$50,00, que fica absorvida pela idêntica multa aplicada no item 3.

Por entender que Decisão proferida pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal era contrária às provas constantes nos autos, o presidente do Conselho de Fazenda Estadual encaminhou o processo para nova análise, via Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fosse informado:

- 1º) como as operações consignadas nas Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 foram pagas;
- 2º) quem fez e como fez o transporte das mercadorias em questão;
- 3º) se há possibilidade de vincular as saídas consignadas nas referidas notas fiscais com as emitidas pela Distribuidora;
- 4º) se as citadas notas fiscais foram registradas no livro Registro de Saída do emitente e no Registro de Entradas do destinatário;
- 5º) se foram emitidos CTRCs para as prestações de serviços de transporte da mercadoria em questão.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 0307/2004 (fls. 129 a 132), tendo o diligenciador informado que:

- 1º) de acordo com informação do contador do autuado, os pagamentos das aquisições em questão foram realizados em espécie e que o autuado não tem recibo das quitações;
- 2º) o transporte das aquisições foi feito pela A. C. Transportes Ltda., porém o autuado não registrou as operações no livro Registro de Entradas e nem dispõe dos CTRCs;
- 3º) não há escrituração no livro Registro de Entradas das notas fiscais de aquisições dos produtos junto à Distribuidora;
- 4º) as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 estão escrituradas no livro Registro de Saídas da E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda., quanto no livro Registro de Entradas do autuado; e,
- 5º) não foi possível constatar se foram emitidos CTRCs nas operações em questão, já que o autuado não apresentou esses documentos alegando não os possuir.

O autuado e o autuante foram cientificados do resultado da diligência, mas não se pronunciaram.

A 2^a CJF analisou e julgou o Recurso de Ofício nos seguintes termos:

“No presente Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta Câmara de Julgamento Fiscal os itens 1 e 2 do Auto de Infração, em relação aos quais a Decisão recorrida foi favorável ao sujeito passivo.

Os itens objeto do Recurso de Ofício tratam da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias (óleo diesel e gasolina comum) em exercício aberto.

Na defesa, é pleiteada a inclusão, na auditoria de estoques, das Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59, emitidas por E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda. A solicitação da defesa foi acatada pelo relator da Decisão recorrida, sob a alegação de que não há preceito legal ou regulamentar que proíba um posto de combustíveis de vender combustível para outro.

Ao examinar os documentos acostados ao processo, constato que: as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 não foram escrituradas no Livro de Movimentação de Combustíveis, o qual serviu de base para a auditoria fiscal; os canhotos dessas notas fiscais não foram assinados; e, essas notas fiscais foram emitidas em desacordo com o art. 9º, da Portaria nº 116/00, da ANP. Além disso, a diligência efetuada pela ASTEC comprovou que, apesar de regularmente intimado, o recorrido não apresentou provas da aquisição das mercadorias, alegando que as compras foram pagas em espécie e que não tinha recibos das aquisições. Também restou provada a inexistência de CTRC referente ao transporte das mercadorias, bem como aquisições (realizadas pela E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda.) que possam ser vinculadas às vendas efetuadas ao recorrido.

Por todos esses motivos citados acima, considero que as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 não refletem efetivas entradas de mercadorias e, portanto, não devem ser incluídas nos levantamentos quantitativos de estoques.

De acordo com o art. 51, II, “e”, do RICMS-BA/97, com a redação vigente à época dos fatos geradores (dada pelo Decreto nº 8413, de 30/12/02 – Alteração 38 – efeitos de 01/01/03 a 05/01/04), a alíquota prevista para óleo diesel era de 25%. Contudo, o art. 87, XIX, do RICMS-BA/97, previa uma redução da base de cálculo em 40%, de forma que a carga tributária equivalesse a 15%.

Em face do comentado, estão caracterizadas as omissões de entradas de óleo diesel (item 1) e de gasolina (item 2), apuradas pelo autuante. Porém, o débito tributário a ser exigido no item 1 deve ser retificado para R\$ 7.434,50, em virtude da redução da base de cálculo prevista para óleo diesel, como fez o autuante na informação fiscal, mantendo-se inalterado o valor apurado no item 2.

Pelo exposto acima, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida relativamente aos itens 1 e 2, ficando o primeiro parcialmente caracterizado, no valor de R\$7.434,50, e o segundo procedente.”

Inconformado com a Decisão de 2^a CJF, o autuado interpôs o Pedido de Reconsideração que ora se examina.

Entende o autuado, que faltam ao procedimento administrativo os pressupostos válidos a dar nascimento à obrigação tributária.

Alega que o cerne da questão se encontra no fato de ter o autuado adquirido combustível de outro posto, afirmando que este procedimento é legal como transação de livre comércio, sem nenhum dispositivo legal contrário às operações encetadas.

Argumenta que a Decisão da 2^a CJF não encontra amparo legal na legislação vigente estadual, obrigando ao posto de combustível a adquirir o produto, apenas, do distribuidor.

Declara que adquiriu as mercadorias à vista, dispensando assim a assinatura do canhoto das notas fiscais, como prova de entrega das mesmas, eis que este procedimento serve apenas à empresa vendedora, como prova de entrega do produto nas vendas a prazo, para eventual protesto do título.

Diz que é de todo inócuia a alegação de ter sido as notas fiscais emitidas em desacordo com portaria da Agência Nacional do Petróleo, porquanto, este aspecto cabe àquele órgão fiscalizador.

Razão também não existe, no que concerne à alegação de falta da CTRC referente ao transporte das mercadorias, pois se, eventualmente falta o recolhimento do ICMS sobre o transporte, este fato deveria ter sido apurado pelo Auditor Fiscal, e não simplesmente usar este fundamento para descaracterizar notas fiscais.

Alega que a ASTEC não provou que a empresa vendedora efetivamente não tenha vendido as mercadorias, antes, buscou por outros meios, quais sejam, conhecimento de transporte, recibo de pagamento, dar nexo ao argumento de não ter a empresa recorrente efetivamente recebido as mercadorias em questão.

Declara que se verifica, que as razões invocadas pela 2^a CJF para considerar que as Notas Fiscais de nºs 54, 56 e 59, não refletiram efetivas entradas de mercadorias no estabelecimento do recorrente, restaram sem esteio plausível na legislação.

Assim, se insurge contra a Decisão da 2^a CJF, que não reconhece a improcedência total do Auto de Infração em questão, merecendo a mesma ser reformada, por não encontrar amparo na legislação do ICMS da Bahia, uma vez que, não há dispositivo que impeça a recorrida de adquirir combustíveis de outro posto, bem assim que ficou cabalmente demonstrado que efetivamente as mercadorias foram objetos de ingresso no estoque da recorrida, não havendo de igual forma incorrido em qualquer ilegalidade no seu procedimento que pudesse sofrer sanções da legislação fiscal do Estado da Bahia, devendo em consequência tal irregularidade ser agora corrigida, restabelecendo, no caso, a mais lídima justiça.

Face ao exposto, espera o recorrente que o Egrégio CONSEF dê Provimento ao presente Pedido de Reconsideração para, reformando a Decisão recorrida, julgar totalmente improcedente o Auto de Infração lavrado, por ser de direito e merecida JUSTIÇA.

A PGE/PROFIS, através da Douta procuradora Maria Dulce Baleiro Costa, se pronuncia, observando a princípio, que o recorrente preenche os requisitos de admissibilidade para o Conhecimento do Pedido de Reconsideração, levando-se em consideração que:

A Decisão da Douta 2^a CJF reformou a Decisão de Primeira Instância, logo, resta preenchido o primeiro requisito.

Quanto às alegações dos fatos novos ou não apreciados na Decisão recorrida, observo que a diligência da ASTEC realizada após o julgamento de Primeira Instância e as razões para exclusão das referidas notas fiscais são por si só fatos novos que devem ser novamente apreciados, em obediência aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

No mérito, observa que agiu corretamente a Douta CJF ao excluir do levantamento fiscal as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59, pois não restaram comprovadas as aquisições a que elas se referem. Tais notas fiscais foram emitidas contrariando a legislação vigente (Portaria da ANP), portanto, a sua presunção é de invalidade jurídica.

Cabe o autuado comprovar, no entanto, que a despeito de contrariar a legislação da ANP, as operações de fato se realizaram. Tal prova cabe ao autuado, que teve a oportunidade de produzi-la por ocasião da diligência da ASTEC e não o fez. Por outro lado, não há nos autos elementos suficientes para que se conclua que as aquisições a que se reportam as referidas notas fiscais de fato ocorrerem.

Dante disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

As Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59 realmente não foram escrituradas no LMC, o qual serviu de base para a auditoria fiscal. A diligência efetuada pela ASTEC comprovou que, apesar de regularmente intimado, o recorrido não apresentou provas da aquisição das mercadorias, alegando que as compras foram pagas em espécie e que não tinha recibos das aquisições. Também restou provada a inexistência de CTRC referente ao transporte das mercadorias, bem como aquisições (realizadas pela E.G. Souto Derivados de Petróleo Ltda.) que possam ser vinculadas às vendas efetuadas ao recorrido.

No mérito, observa que agiu corretamente a Douta Câmara de Julgamento Fiscal ao excluir do levantamento fiscal as Notas Fiscais nºs 54, 56 e 59, pois não restaram comprovadas as aquisições a que elas se referem. Tais notas fiscais foram emitidas contrariando a legislação vigente (Portaria da ANP), portanto, a sua presunção é de invalidade jurídica.

Cabe ao autuado comprovar, no entanto, que a despeito de contrariar a legislação da ANP, as operações de fato se realizaram. Tal prova cabe ao autuado, que teve a oportunidade de produzi-la por ocasião da diligência da ASTEC e não o fez. Por outro lado, não há nos autos elementos suficientes para que se conclua que as aquisições a que se reportam as referidas notas fiscais de fato ocorrerem.

Dante disso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 089010.1203/03-5, lavrado contra **COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO P. SOUTO LTDA. (POSTO CORUJÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.063,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS