

PROCESSO - A. I. Nº 232943.1007/05-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0172-03/06
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 16/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0385-12/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Refeitos os cálculos, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, o débito apurado ficou reduzido. c) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas e as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, deve ser aplicada a multa de R\$50,00 por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto, considerando que está sendo decidido pela mencionada multa na infração 3, a mesma não deve ser exigida em duplicidade. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. AQUISIÇÕES DE COMBUSTÍVEIS EM NOME DE TERCEIROS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não ficou caracterizada a infração à obrigação principal. Entretanto, houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo devida a multa de R\$50,00. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 15/09/2005, referente à exigência de R\$30.847,83 de ICMS, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque. Valor do débito: R\$7.534,26.
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, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque. Valor do débito: R\$1.408,19.
3. Adquiriu combustível (óleo diesel) em nome de terceiros localizados em outra Unidade da Federação, conforme as notas fiscais de números 86896 e 86899, da Petrobrás Distribuidora, deixando de ser repassado o ICMS para o Estado da Bahia. Valor do débito: R\$15.768,00.

O autuado apresentou impugnação (fls. 1157 a 1163), alegando que constatou erros no levantamento fiscal. Diz que em relação à infração 3, em momento algum cometeu a irregularidade, e reconhece que em razão de deficiência funcional, a pessoa destacada para proceder à escrituração dos Livros de Movimentação de Combustíveis, referente ao período fiscalizado, cometeu erro, a exemplo de rasuras, cancelamentos de páginas, falta de registro de data e número de documento, troca de número de notas. Salaria que os números registrados nos equipamentos medidores, em consonância com o original das notas fiscais de aquisição dos produtos revendidos, são corretos. Alega que as notas fiscais de números 86896 e 86899 são frutos da imaginação do funcionário que propiciou o erro no levantamento fiscal. Afirma que as mencionadas notas fiscais foram emitidas pela Petrobrás Distribuidora Ltda., para acobertar a venda de combustível para o Posto Faisão II Serviços Ltda., com sede em Águas Vermelhas, no Estado de Minas Gerais, onde os produtos foram entregues, e no demonstrativo que anexou aos autos, encontra-se indicada, no mês 05/2004, a efetiva compra de diesel acobertada por 18 notas fiscais, no total de 255.000 litros, e o autuante, à fl. 5 do demonstrativo das entradas de mercadorias, apurou 17 notas fiscais, e em nenhum momento citou as Notas Fiscais nºs 86896 e 86899, tendo sido apurado o total de 240.000 litros. O volume de combustível constante nas mencionadas notas fiscais é de 45.000 litros para cada documento e o autuante está a cobrar 15.000 litros em cada nota. Reconhece que, na data coincidente (07/05/2004) adquiriu da Petrobrás Distribuidora para a sua filial, 15.000 litros através da Nota Fiscal nº 86892, que foram armazenados e revendidos no estabelecimento autuado, e através da NF Nº 86896, mais 15.000 litros, também para a filial onde foram armazenados e revendidos. Argumenta que, se por absurdo, aceitasse a acusação fiscal, o fato deveria se refletir no levantamento quantitativo realizado pelo fisco, uma vez que o produto entrado no estabelecimento teria saído por meio dos equipamentos medidores, e este volume apareceria como entradas sem documento fiscal, o que alega que não ocorreu. O defendente citou, também, os seguintes equívocos:

- a) Referente à diferença de 20.000 litros de óleo diesel, apurada no exercício de 2004, diz que o autuante deixou de computar as Notas Fiscais nºs 34306, de 28/09/2004 e 35823, de 31/12/2004, emitidas pela Shell do Brasil, totalizando 15.000 litros cada uma, sendo armazenados 5.000 litros da segunda nota fiscal, ficando o restante no caminhão transportador, devido ao adiantado da hora, e no dia seguinte, 01/01/2005, o combustível foi destinado à filial através da Nota Fiscal de Transferência de nº 387.
- b) A diferença de 2.975,1 litros de diesel ocorreu devido a erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no demonstrativo de saídas e demonstrativo de estoque acostado aos autos.
- c) Em relação à diferença de 30.000 litros de óleo diesel, no exercício de 2005, diz que o autuante deixou de computar as entradas através das Notas Fiscais nºs 38482 e 38492, emitidas pela Shell do Brasil.

- d) Sobre a diferença de 4.839,3 litros de diesel no exercício de 2005, afirma que é decorrente de erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no demonstrativo das saídas e demonstrativo de estoque anexado aos autos.
- e) Quanto à diferença de 5.000 litros de gasolina comum, alega que o autuante deixou de computar a entrada através da Nota Fiscal nº 44244, da Total Distribuidora Ltda., emitida em 13/06/2004.
- f) A diferença de 1.475,1 litros de gasolina no exercício de 2005 é decorrente de erro de soma e/ou transposição das saídas apresentadas no demonstrativo das saídas e demonstrativo de estoque anexado aos autos.

O defendente conclui afirmando que não incorreu em nenhuma prática de sonegação fiscal, tendo em vista que o autuante embasou-se em erros na compilação dos dados de entradas e saídas dos produtos objeto do levantamento fiscal, e quanto às Notas Fiscais nºs 86896 e 86899 foi citada por engano, sem ter causado qualquer prejuízo ao erário. Requer a nulidade do Auto de Infração, e se assim não for decidido, que se converta o presente processo em diligência, para que estranho ao feito revise o trabalho, e faça o levantamento com maior consistência de provas.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 1225 a 1229 dos autos, inicialmente transcreve a legislação pertinente, e diz que não aceita as alegações apresentadas nas razões defensivas, pelas seguintes razões:

- a) As Notas Fiscais nºs 86896 e 86899 realmente existem e foram lançadas nos LMCs nos dias 07 e 10/05/2004, não se admitindo que o funcionário tenha adivinhado, lançando as referidas notas fiscais. O que efetivamente ocorreu, é que foram descarregados 15.000 litros de cada nota fiscal no estabelecimento autuado e o restante tomou outro destino. Diz que o fax acostado aos autos pelo contribuinte está totalmente ilegível e não prova absolutamente nada. Em relação à afirmação do defendente de que efetivamente, na data coincidente de 07/05/2004, adquiriu 15.000 litros da Petrobrás através da Nota Fiscal nº 86892, que foram armazenados e revendidos no estabelecimento autuado, e através da Nota Fiscal nº 86896 mais 15.000 litros, salienta que esta última nota fiscal foi emitida para o Posto Faisão em Minas Gerais, ficando a Bahia sem o imposto que lhe é devido.
- b) Em relação ao exercício de 2004, afirma que a diferença de 20.000 litros de diesel apontado pelo autuado não existe, uma vez que não foi computada no levantamento fiscal apenas a Nota Fiscal nº 34306, da Shell do Brasil, em virtude de a mesma não ter sido apresentada à fiscalização, nem constar o seu registro no LMC. Por isso, o autuante informa que fez o lançamento do mencionado documento fiscal e elaborou novo demonstrativo. Referente à Nota Fiscal nº 35823, diz que a mesma já se encontra lançada conforme demonstrativo à fl. 16. Diz, ainda, que não levou em consideração o demonstrativo das saídas apresentado pelo defendente, uma vez que se fosse ajustado o levantamento fiscal pelos números do autuado, seria computada uma saída maior, o que aumentaria a omissão de entradas.
- c) Referente ao exercício de 2005, esclarece que as Notas Fiscais nºs 38482 e 38492, de 04/07/2005 chegaram ao estabelecimento após a realização do inventário e foram transferidas para a filial através das Notas Fiscais nºs 000725 e 000726, de emissão do autuado, documentos fiscais que são de numeração superior à que foi “travada pela fiscalização, cujo número é 000663” (fl. 10). Informa, também, que não levou em consideração o demonstrativo das saídas apresentado pelo defendente, uma vez que se fosse ajustado o levantamento fiscal pelos números do autuado, seria computada uma saída maior, o que aumentaria a omissão de entradas.

O autuante conclui, indicando à fl. 1229 os novos valores do imposto exigido: Infração 1 – R\$10.400,27; Infração 2 – R\$1.071,23 e Infração 3 – R\$15.768,00, conforme demonstrativos que acostou às fls. 1230 a 1240 do presente processo.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e respectivos demonstrativos acostados aos autos, o defendente apresentou nova manifestação, alegando que, se o autuante afirma que foram descarregados no estabelecimento autuado o combustível constante das NFs nºs 86896 e 86899,

tudo faz crer que ele estava presente no estabelecimento e nada fez em defesa do Estado; e como constam 45.000 litros em cada nota fiscal, seria necessário um veículo especial composto de duas carretas tanque. Quanto à afirmação do autuante de que foram descarregados 30.000 litros, indaga porque essa diferença não apareceu no demonstrativo elaborado no levantamento fiscal.

Referente ao exercício de 2005, pede que sejam considerados os demonstrativos acostados na defesa, por estarem de acordo com a realidade, e se assim preferir, que sejam os demonstrativos do autuado retificados com a retirada das saídas efetivas após o levantamento do inventário.

Considerando que o autuado alegou que foram adquiridos 15.000 litros de óleo diesel por meio da Nota Fiscal nº 86892, de 07/05/2004 e a aquisição foi lançada no LMC (cópia à fl. 535), e que o mencionado documento fiscal não foi acostado aos autos, e não foi computada a respectiva quantidade no levantamento fiscal, inexistindo nos autos a apuração da base de cálculo do imposto exigido na infração 3, esta 3ª JF, deliberou converter o presente processo em diligência ao autuante para intimar o contribuinte a fornecer cópia da Nota Fiscal nº 86892, e refazer os cálculos incluindo as quantidades de óleo diesel não consideradas no levantamento fiscal.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 1262, o autuante diz que está anexando aos autos a cópia da Nota Fiscal nº 86892, emitida pela Petrobrás Distribuidora, e esclarece que não cabe nenhum ajuste no levantamento fiscal, considerando que a referida nota fiscal foi emitida para a filial do autuado, estabelecido em endereço diverso.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, já foram realizadas outras diligências necessárias para sanear os equívocos apontados pelo autuado em suas manifestações, tendo sido entregues ao defendente as cópias dos novos demonstrativos acostados aos autos.

Fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que não foi constatado qualquer cerceamento do direito de defesa, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração decorrente de levantamento quantitativo de estoques, exercícios de 2004 a 2005, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto, relativamente às diferenças encontradas (Infrações 01 e 02).

Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou que constatou equívocos que apontou na impugnação inicial e nas manifestações posteriores, anexando aos autos fotocópias de folhas do LMC, de notas fiscais de entradas, de saídas, além de demonstrativos referentes aos exercícios fiscalizados, apontando os erros constatados.

Quanto às notas fiscais que o defendente alegou não terem sido computadas no levantamento fiscal, o autuante apresentou os necessários esclarecimentos comprovados por meio dos documentos acostados aos autos, e retificou o levantamento fiscal em relação ao documento não considerado no levantamento original, conforme análise a seguir:

- *Em relação à NF 35823, constato que, efetivamente, já foi considerada no demonstrativo à fl. 16;*
- *NF 34.306: o autuante computou quando prestou informação fiscal, conforme novo demonstrativo que acostou à fl. 1235 dos autos. Por isso, a diferença apurada ficou alterada de 16.794,4 litros para 1.794,4 litros.*
- *Referente ao exercício de 2005, quanto às NFs nºs 38482 e 38492, emitidas em 04/07/2005, o autuante informou que o combustível entrou no estabelecimento após o inventário realizado para o levantamento fiscal, e foi transferido para a filial através das Notas*

Fiscais de números 000725 e 000726, de emissão do autuado, documentos fiscais que são de numeração superior à que foi “travada pela fiscalização, cujo número é 000663” (fl. 10). Entretanto, constato que as citadas notas fiscais de saídas foram computadas no levantamento fiscal, à fl. 681. Se esses documentos foram emitidos após o trancamento do talonário, também não deveriam ser considerados pelo autuante. Excluindo-se as quantidades de óleo diesel dessas NFs (000725 e 000726), incluídas indevidamente no levantamento fiscal, totalizando 30.000 litros, a omissão de entradas apurada no demonstrativo à fl. 674, de 27.897,20 litros passa a ser omissão de saídas de 2.102,8 litros.

- *Referente à gasolina comum, no exercício de 2005, saliento que originalmente foi apurada omissão de saídas de 1.816,2 litros.*

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o presente processo, concluo:

- a) *em relação ao exercício de 2004, deve prevalecer o demonstrativo elaborado pelo autuante, quando prestou a informação fiscal, com a inclusão da NF 34306, ficando alterado o imposto exigido conforme indicado às fls. 1229/1230. Portanto, deve ser efetuado o pagamento do imposto pelo autuado, na condição de detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e também, o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo, conforme previsto na Portaria nº 445/98.*
- b) *quanto ao exercício de 2005, após os ajustes citados neste voto, ficou caracterizada a omissão de saídas de mercadorias. Considerando que se trata de diferença de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria nº 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII. Como está sendo decidido pela mencionada multa na infração 03, a mesma não deve ser exigida em duplicidade.*

Concluo pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, sendo devido o imposto somente em relação ao exercício de 2004, no valor total de R\$4.701,96.

Infração 03: Aquisição de combustível (óleo diesel) em nome de terceiros localizados em outra Unidade da Federação, por meio das notas fiscais de números 86896 e 86899, emitidas pela Petrobrás Distribuidora, deixando de ser repassado o ICMS para o Estado da Bahia.

De acordo com as fotocópias dos documentos fiscais em questão (fls. 1222 e 1223 dos autos) consta como destinatário da mercadoria o Posto Faisão II, situado no município de Águas Vermelhas – Minas Gerais, sendo registrados no LMC do autuado (fls. 535/536), e não obstante isso, não foram computadas as respectivas quantidades no levantamento quantitativo de estoque (Infração 01).

Quanto à NF Nº 86892 (fl. 1264), de forma correta, o autuante também não computou no levantamento de estoque, tendo em vista que a mercadoria constante na mencionada nota fiscal, foi destinada ao estabelecimento filial, conforme CNPJ, endereço e inscrição estadual.

Vale ressaltar, que se foi exigido o imposto pela aquisição do combustível por meio dessas notas fiscais, as respectivas quantidades deveriam ter sido incluídas no levantamento quantitativo de estoques. Como o autuante, de forma correta não incluiu essas notas fiscais, por constarem destinatário diverso, se o autuado efetivamente tivesse recebido as mercadorias, o imposto estaria sendo exigido por responsabilidade solidária e por antecipação, haja vista que as quantidades saídas por meio das bombas e notas fiscais emitidas não teriam as correspondentes entradas.

Como está comprovada nos autos a escrituração das citadas Notas Fiscais de números 86896 e 86899, no livro Registro de Entradas e no LMC do destinatário (Posto Faisão II), conforme fotocópias às fls. 1246 e 1250, restou caracterizado o lançamento irregular das mencionadas notas fiscais no LMC do autuado, fato admitido pelo dependente na impugnação inicial. Por

isso, entendo que não é devido o imposto exigido no presente Auto de Infração. Entretanto, com base no art. 157, do RPAF/99, voto pela aplicação da multa no valor de R\$50,00, por cometimento de infração à legislação sem penalidade prevista expressamente em Lei (art. 42, inciso XII, da Lei nº 7.014/96).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	4.262,89	
02	PROCEDENTE EM PARTE	439,07	
03	PROCEDENTE EM PARTE		50,00
TOTAL	-	4.701,96	50,00

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão para este CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Devidamente notificados o autuante e o autuado não se manifestaram.

VOTO

Em seu voto o ilustre julgador apresentou uma análise detalhada das infrações 01 e 02, tendo em conta inclusive às correções efetuadas pelo fiscal autuante, expurgando as incorreções encontradas, e concluindo ser devido apenas o imposto relativo ao exercício de 2004, no valor de R\$4.701,96. Acompanho o seu voto.

Com relação à infração 3, restou comprovado que as mercadorias destinavam-se a estabelecimento filial situado em Minas Gerais, e que por equívoco foram registradas no LMC, e, não obstante isso, não foram computadas no levantamento quantitativo de estoque. Confessada pelo autuado a escrituração dessas notas, embora não sendo devido o imposto, foi aplicada corretamente a multa de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.1007/05-3**, lavrado contra **POSTO MIRA SERRA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.701,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$439,07 e 70% sobre R\$4.262,89, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da mencionada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS