

PROCESSO - A. I. Nº 055862.0003/10-7
RECORRENTE - ADERNIVAL ALMEIDA DA CRUZ (POSTO VARZEANO)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0374-04/10
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0415-12/11

EMENTA: ICMS. 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. Corrigidos os equívocos nos levantamentos de estoques. Adequação do levantamento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela Parcial Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$108.324,47, acrescido da multa de 60% e 70% previstas no art. 42, inciso II, alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 24/03/2010 decorre de duas infrações, ambas objeto do presente Recurso Voluntário e abaixo transcritas:

***Infração 1** – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 85.053,75, 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 por espécie de mercadorias no período de 01/01/08 a 30/11/09, referente à gasolina aditivada, diesel e álcool.*

***Infração 2** - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 26.380,76, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no período de 01/01/08 a 30/11/09, referente à gasolina aditivada, diesel e álcool.*

Da apreciação dos argumentos defensivos e manifestações do fiscal autuante, via informação fiscal, a 4ª JF, à unanimidade, decidiu pela parcial procedência da autuação com os argumentos que abaixo transcrevo:

(...)

“Consoante se pode observar da peça vestibular, as exigências referem-se ao período de 01/01/09 a 30/11/09, haja vista que no exercício de 2008 não se detectou a existência de entradas de combustíveis sem notas fiscais, mas, sim, de saídas sem notas fiscais, consoante demonstrado às fls. 5 a 7 dos autos, o que, nessa situação, seria cabível apenas a cominação de uma penalidade formal por falta de emissão de documento fiscal, uma vez que se tratam de produtos com fase de tributação encerrada.

Em sua defesa, o autuado alega a existência de erros no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), os quais passo a análise individual, conforme a seguir:

No que tange à gasolina aditivada, onde o autuado afirma que em 17/11/2009 registrou o fechamento de 758.729,7 litros no LMC e, em seguida, escriturou a abertura de 820.752,4 litros no dia 20/11/2009, ou seja, uma diferença de 62.022,7 litros de gasolina aditivada em dois dias, quantidade esta que assevera não vender nem mesmo em um mês, ressalto que, pelo fato de o autuante ter considerado para efeito da realização do

levantamento fiscal o totalizador de 826.802,5 litros, apurado em 30/11/2009 na própria bomba, conforme Declaração de Estoque à fl. 12 dos autos, a qual foi subscrita pela gerente da empresa, Sr.ª Arlete Maria da Cruz, onde atesta ser tal quantidade verdadeira, o suposto “erro de escrituração”, alegado pelo autuado, em nada influenciou no resultado apurado pelo autuante, visto que as quantidades de litros apuradas e consideradas no levantamento fiscal foram as consignadas na própria bomba e não no LMC.

Assim sendo, ao computar as entradas através de notas fiscais de gasolina aditivada de 212.850 litros, conforme relação às fls. 8 e 9 dos autos, adicioná-las aos 3.882 litros existentes no estoque inicial (fls. 25/26), assim como aos 1.480 litros saídos a título de aferição, apurou-se o total disponível de 218.212 litros de gasolina aditivada, já que inexistia estoque final (fl. 12), dos quais foram vendidos a quantia de 267.346,6 litros (conforme provam os encerrantes final de 826.802,5 menos inicial de 559.455,9), o que implica na diferença de entradas sem notas fiscais de 49.134,6 litros (218.212 adquiridos e 267.346,6 vendidos), consoante foi apurado à fl. 5 dos autos, estando correta a exigência sob análise.

Quanto à alegação relativa ao óleo diesel, por se tratar da mesma essência, também não há de prosperar em razão da mesma análise, ou seja, o suposto “erro de escrituração” ocorrido entre os dias 19 e 20 de novembro de 2009, não interfere no resultado apurado, pois o fisco não se serviu de tal parâmetro, haja vista que a leitura final dos litros vendidos foi através do encerrante da própria bomba, no dia 30/11/2009, na quantidade de 755.991,2 litros (fl. 12), valor este transferido para o demonstrativo de fl. 6, que deduzido da leitura inicial de 524.678 litros (fl. 21), resulta na quantidade saída de 231.313,2 litros contra 115.026 litros disponíveis, o que implica na diferença de entradas sem notas fiscais de 116.287,2 litros de óleo diesel, conforme demonstrado à fl. 6 dos autos.

Contudo, no tocante à alegação acerca do álcool, por se tratar de “erro de escrituração” ocorrido também no exercício de 2008 (05 e 06/11/2008), o que interfere na quantidade de estoque inicial do exercício de 2009, registrada no LMC e considerado no levantamento fiscal, deve-se proceder a apuração no período de 01/01/2008 a 30/11/2009, conforme procedeu o autuante, entretanto sem diferenciar por exercício, ou seja, em período único, de forma que o estoque final de 2008 e inicial de 2009, supostamente consignado de forma equivocada, não interfira no resultado apurado.

Quanto ao suposto “erro de escrituração” ocorrido entre os dias 07 e 08/01/2009, pelas razões acima, não interferem no resultado apurado.

Sendo assim, considerando o período de 01/01/2008 a 30/11/2009, conforme se depreende à fl. 7 dos autos, ao computar as entradas através de notas fiscais de álcool de 59.250 litros, adicioná-las aos 2.014 litros existentes no estoque inicial de 01/01/2008 (fl. 31), assim como aos 640 litros saídos a título de aferição, e deduzir dos 31 litros do estoque final (fl. 12), apura-se o total disponível de 61.873 litros de álcool, dos quais foram vendidos a quantidade de 61.743,3 litros (conforme provam os encerrantes final de 128.692,7 menos inicial de 66.949,4), o que implica na diferença de saídas sem notas fiscais de 129,7 litros (61.873 adquiridos e 61.743,3 vendidos), que por se tratar de produto com fase de tributação encerrada, não cabe a exigência fiscal.

Ante o exposto voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 108.324,47, sendo R\$ 82.692,11, relativo à primeira infração, e R\$ 25.632,36, à segunda infração, conforme demonstrado às fls. 5 e 6 dos autos”.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 78/81, o contribuinte vem aos autos para reiterar suas razões de defesa, aduzindo que contrariando a afirmativa da JJF, em verdade, o levantamento quantitativo de estoque realizado pelo autuante não se fundamentou nos encerrantes das bombas de abastecimento e nas entradas de combustíveis com notas fiscais, deduzindo-se as saídas. Diz também que os LMC's não serviram apenas para auxiliar no início e no encerramento de cada período fiscalizado. Afirmar que o autuante se utilizou dos encerrantes dos Livros de Movimentação de Combustíveis e, se utilizando do princípio do menor esforço, observou apenas os encerrantes iniciais e finais dos LMC's relativos a cada período fiscalizado. Para corroborar suas afirmativas, faz juntar aos fólios deste PAF cópia dos demonstrativos/levantamentos realizados pelo autuante e das páginas dos LMC's devidamente assinadas pelo Auditor Fiscal.

Aduz que os erros observados na escrituração dos LMC's ocorreram em datas distintas das iniciais e finais de cada período fiscalizado e que o fiscal autuante não pode verificar os referidos erros por não ter embasado o levantamento fiscal na escrituração diária dos seus LMC's.

Afirmar que frente às cópias autenticadas das páginas dos LMC's, juntadas por via do seu Recurso Voluntário, resta clara a insubsistência da afirmativa do autuante de que “*não existe vestígio que pudesse levar a autenticidade dos documentos constantes dos autos*”.

Reitera seu pedido de diligência com o fito de que sejam apuradas as suas alegações. Em tempo, já designa o Sr. Luiz Carlos dos Anjos Rios, CRC/BA 015.152, como seu assistente.

No mérito, referentemente à infração 1, afirma que nunca adquiriu produtos desacompanhados dos respectivos documentos fiscais, o que contraria a acusação que lhe pesa, e que indica aquisições de 49.135 litros de gasolina aditivada, 116.287 litros de óleo diesel e 9.178 litros de álcool, no exercício de 2009. Afirma que diante da referida acusação, determinou minuciosa verificação dos seus LMC's, e lá constatou erros grosseiros na escrituração do referido livro. Elenca e amiúda os erros de escrituração, referentes à gasolina aditivada, óleo diesel e álcool, aduzindo que são os mais significativos.

Informa, no sentido de fortalecer sua tese, que suas bombas de combustíveis não tem capacidade de vazão tão grande a ponto de suportar os números da acusação fiscal, pois são do modelo SM, ano 1988, fabricadas pela Gilbarco do Brasil S/A, aprovadas pela Portaria Inmetro nº 097/90. Afirma também que seus poucos tanques tem capacidade limitada, sendo 02 de 7.500 litros cada – gasolina; 01 de 11.000 litros - óleo diesel; 01 de 4.000 litros - álcool.

Observa que não se pode crer que um posto de combustíveis, com capacidade tão limitada, pudesse vender tamanha quantidade de combustíveis em um espaço de tempo tão exíguo (um ou dois dias). Diz que se assim o fosse, teria que descarregar vários caminhões tanques e abastecer um volume expressivo de veículos, no mesmo espaço de tempo de um ou dois dias.

Quanto à infração 2, entende que fica prejudicada em decorrência dos erros anteriormente relatados e devidamente explicados, inclusive com a juntadas de documentos com este propósito.

Diz que, diante da impossibilidade de sanar, por meios de lançamentos corretivos, os erros encontrados, encaminhou à Repartição Fazendária competente Pedido de Autorização para reconstituição da escrituração dos Livros de Movimentação de Combustíveis, com fundamento no artigo 319, § 6º, do RICMS/BA, sem qualquer manifestação da administração pública.

Pugna pelo acolhimento do Recurso Voluntário interposto para que seja modificada a Decisão recorrida, no sentido de declarar a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 115, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, aduzindo o descabimento da apuração de eventuais erros nos LMC's, haja vista que o fiscal autuante e JJF já esclareceram que os números utilizados pela fiscalização foram os encontrados nos encerrantes das bombas de combustíveis, vez que entende que os argumentos do recorrente são insuficientes para modificar a Decisão recorrida.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Pesa sobre o contribuinte as acusações de haver deixado de recolher o ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e sem a necessária escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária; e por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, também por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal.

Da apreciação dos fólios processuais, pude verificar que a autuação se deu com base nos livros fiscais e nos LMC's do próprio contribuinte. Por outro lado, o recorrente aduz erro na escrituração nos seus livros de Escrituração de Combustíveis e, em sede de Recurso Voluntário, faz juntar cópias dos referidos livros.

Também está presente nos autos, como bem apontou a representante da PGE/PROFIS, elementos que indicam que os números alcançados pela fiscalização e chancelados pela 4ª JJF foram os números encontrados nos encerrantes das bombas de combustíveis.

Há que se ressaltar que a acusação fiscal está consubstanciada no Livro de Movimentação de Combustível – LMC, encerrantes das bombas de combustíveis, nos saldos finais nos encerrantes de cada bomba de combustível, e nos livros fiscais do próprio recorrente. Ressalte-se também que a fiscalização se deu em exercício aberto, e como tal, os números colhidos pela fiscalização são aqueles advindos do estoque declarado pelo próprio contribuinte, que inclusive após sua assinatura nos papéis de trabalho do autuante e que fundamentaram a autuação.

Friso que dentre todos os elementos possíveis à lavratura de Autos de Infração desta natureza, sem sombra de dúvidas, o LMC é o elemento que reúne, em minúcias, a movimentação diária dos estoques de combustíveis do recorrente, indicando, inclusive, as perdas de combustíveis do estabelecimento, etc.

Feita esta pequena consideração acerca do LMC, entendo que resta clara e fundamentada as acusações fiscais, sobretudo porque derivam de elementos e números colhidos nos documentos e equipamentos do próprio recorrente. Nesse sentido, vejo que os argumentos recursais não são suficientes para elidir as infrações descritas no Auto de Infração, pois, apenas repetem as razões de defesa sem adicionar quaisquer elementos novos a suscitar a possibilidade de reforma da Decisão recorrida. Ademais, repito, acusações fiscais fundadas no LMC, nos livros fiscais e nos encerrantes das bombas de combustíveis, são por demais robustas e, nesse sentido, entendo que não há que se apurar erros de escrituração nos LMC's do recorrente, pois, não teriam o condão de alterar os números colhidos nos encerrantes das bombas de combustíveis.

Com respeito ao pedido de diligência formulado pelo recorrente, entendo que há, nos autos, todos os elementos a justificar a lavratura do Auto de Infração em apreço. Por outra banda, quanto aos documentos trazidos pelo contribuinte em sede de Recurso Voluntário, vejo que documentos que já foram analisados pela JJF, pois, se tratam de folhas dos LMC's do recorrente, que fazem parte dos papéis de trabalho do autuante.

Por todo o exposto alinhado à Decisão de primo grau e ao opinativo da d. PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida tal como prolatada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **055862.0003/10-7**, lavrado contra **ADERNIVAL ALMEIDA DA CRUZ (POSTO VARZEANO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$108.324,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$25.632,36 e 70% sobre R\$82.692,11, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIE BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS