

PROCESSO - A. I. N° 299389.0007/09-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TREVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0272-04/12
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 06.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0158-13/13

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. 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. Diligência efetuada pela ASTEC demonstra a insubsistência das infrações. Infrações elididas. Constatadas omissões de saídas em dois exercícios, conversão do Auto de Infração em multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão de primeira instância que julgou Improcedente o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$ 86.851,05, pelas seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias nos exercícios 2004, 2005 e 2006, lançando-se imposto no valor de R\$74.374,06, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto no valor de R\$12.476,99, acrescido da multa de 60%, 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 de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios 2004, 2005 e 2006.

A 4ª JJF concluiu pela improcedência da autuação fiscal após a conversão do feito em diligência à ASTEC que resultou na conclusão de que nada era devido. Segue abaixo a transcrição do voto condutor do acórdão recorrido, no que interessa:

Como visto no relatório, autuado alegou diversas razões de fato (falta de compute de diversas notas fiscais de entradas e saídas, inclusive as emitidas em face de transferência de combustíveis entre postos revendedores da empresa e outras relativas a cancelamentos de cupons fiscais, sendo em 2004:74151, 72726, 8613, 10351,

18354; 2005: 10292 a 10300, 10751 a 10758, 10514, 11801 a 11814, 13102 a 13104, 364; 2006: 14001, 14003, 12931, 14101, 14102, 14104 a 14107, 14111, 9681; não consideração de aferições de combustíveis que saindo das bombas retornaram aos tanques; não consideração de perdas de combustíveis por variação de temperatura; erros em leituras de encerrantes das bombas; não consideração de consumo de combustíveis em caminhão próprio e em grupo gerador) e de direito (emissão de nota fiscal com base no art. 192, IV do RICMS/BA; erro de alíquota na ST de óleo diesel, contrariando a Portaria nº 404/99; inaplicabilidade da Portaria nº 445/98 ao caso; bitributação das mercadorias pelo lançamento tributário; vedação de transferência de combustíveis só a partir da Lei nº 11.368/99).

Por ocasião da informação fiscal, o autuante apenas acolheu a reclamação quanto ao computo das Notas Fiscais nºs 74151, 72726.

Tendo o insistido nas demais ponderações defensivas, para dirimir as questões de fato e estimar as consequências de algumas razões de direito sobre o levantamento fiscal, conforme acima relatado, o PAF foi baixado em diligência com objetivas instruções à COPEC e ASTEC.

Atendendo ao pedido de diligência, a ASTEC revisou o levantamento fiscal.

Para 2004, tendo em vista que, intimado, o contribuinte não comprovou o cancelamento dos cupons fiscais que motivaram a emissão da Nota Fiscal nº 9902, corretamente não a considerou em seu trabalho. Em face do expresse impedimento legal apontado na Portaria ANP 116/2000, acertadamente não computou as transferências de combustíveis entre os postos do contribuinte. Do mesmo modo, para 2005, também por falta de comprovação do cancelamento dos cupons fiscais não incluiu as notas fiscais emitidas por tal motivo. Sendo-lhe apresentada (o que não feito ao autuante), incluiu no levantamento 30.000 litros de óleo diesel entrados através da Nota Fiscal nº 364. Para 2006, também por falta de comprovação do motivo do cancelamento de cupons fiscais, não considerou as notas fiscais que, por isso, o autuado informou tê-las emitido. No levantamento desse ano, por referir-se a “álcool” e o autuante tê-la computado como se fora óleo diesel, excluiu a Nota Fiscal nº 9681, relativa a 5.000 litros do combustível.

Vejo que no ajuste efetuado pelo diligente, por estarem registradas nos LMC's as aferições e perdas de combustível por variação de temperaturas foram consideradas no levantamento fiscal da diligência. Tendo em vista a afirmação de conferência do diligente, acolho seu procedimento.

Vejo, também, que no ajuste que efetuou o diligente não acolheu o desproporcional consumo de óleo diesel (80.105 litros em 2004; 86.316 litros em 2005 e 60.480,012 litros em 2006) alegado pelo autuado para uso em apenas um seu caminhão e um grupo gerador somente acionado emergencialmente como substituto de energia elétrica.

Analizando as peças processuais e considerando que o ato conclusivo do procedimento fiscal, quando apurada a prática de infração à legislação tributária se efetiva através de Auto de Infração, conforme prescreve o art. 38 do RPAF, lavrados por prepostos legalmente habilitados para apurá-la - via de regra precedido por uma série de outros atos, todos voltados à verificação da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 42 do regulamento citado - como é o caso em apreço -, tendo em vista que estimulados pela função/poder institucional de autocontrole deste órgão administrativo de julgamento tributário, na instrução deste PAF foram envidadas as necessárias providências para o estabelecimento da verdade material dos fatos geradores acusados e protestados pelo contribuinte, apurando-se, por consequência, no levantamento fiscal ajustado na diligência efetuada pela Assessoria Técnica deste Conselho valor “zero” a ser exigido, acolho o Parecer ASTEC de fls. 1016-1020 e respectivos demonstrativos para declarar a insubsistência deste lançamento tributário de ofício.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO

Observe que, em Primeira Instância, diante das alegações defensivas, os ilustres julgadores da 4ª JfF decidiram por converter o processo em diligência à ASTEC para:

“1 – verificar se procede o quanto argumentado nas peças defensivas de fls. 280 a 314 e 938 a 995 em relação às notas fiscais que emitiu com base no art. 201, incisos IV e VI do RICMS-BA, que disse não consideradas pelo autuante e caso as notas fiscais estejam em conformidade com a legislação (inclusive no que diz respeito à comprovação dos erros nos cupons fiscais a que substituem e o cancelamento que deve ser motivado, e atendendo a legislação específica no que diz respeito ao regular cancelamento, bem como quanto ao consumo próprio), se for o caso, incluí-las no levantamento fiscal;

2 – quanto consumo, verificar a pertinência e compatibilidade do efetivo consumo atentando para a quantidade (80.105 litros em 2004 (fl. 293), 86.316 litros em 2005 (fl. 299), 60.480,012 litros em 2006), considerando a alegação defensiva de consumo por uma carreta de placa JMQ2612, de propriedade do autuado, e um grupo gerador que somente é acionado emergencialmente, intimando o contribuinte a apresentar os documentos fiscais para efeito de conferência, para, se for o caso, comprovada a regularidade, incluí-las no levantamento;

3 – Quanto às transferências de mercadorias entre estabelecimento autuado e outros do grupo econômico, conforme o pedido do item “b” acima, atentar para as orientações da COPEC a respeito;

4 – No que se refere às aferições, o autuante alegou que não foram consideradas pelos seguintes motivos: a) o contribuinte não apresentou nenhum tipo de documento comprobatório da realização; b) o combustível que teria sido utilizado para as supostas aferições não retornou ao tanque, tendo em vista que não foi feito o correspondente registro no LMC; c) a quantidade de litros supostamente aferidas revela-se exorbitante (108.480 litros em 2004 (fl. 293), 59.860 litros em 2005 (fl. 303), 37.357 litros em 2006 (fl. 308))”. Entretanto, se verifica no LMC, inclusive nas cópias juntadas pelo autuante (fls. 2658-272, 326, 347, 388, 392, 396, 400, 408, 412, 424, 436, 443 e 430) registro de aferições. Caso se confirme a regularidade das aferições, com base no LMC considerá-las no levantamento fiscal;

5 – Verificar se procede a alegação de erro na aplicação da alíquota de óleo diesel (fl. 950). Caso proceda, ajustar o lançamento;

6 – Do mesmo modo, verificar se as perdas por evaporação estão corretamente apuradas no levantamento. Caso contrário, ajustá-lo;

7 – Apurar o imposto com base nos dados acima, assim como nos documentos de defesa e outros a serem apresentados mediante intimação, em especial notas fiscais de aquisição, livro Registro de Entradas e LMC.

Em cumprimento à diligência solicitada, o auditor fiscal diligente concluiu que diante dos dados levantados e dos documentos apresentados pelo contribuinte, em especial as notas fiscais de aquisição, os livros Registro de Entradas e LMC, não há mais tributo a ser exigido.

Com base nas novas informações, o diligente refez os demonstrativos de estoque, conforme fls. 1.021/1.026, e concluiu que o saldo de imposto a pagar é de zero.

Assim, com base na prova produzida nos autos, resta claro que o contribuinte não deve o imposto exigido no presente Auto de Infração, logo, a Decisão de Primeira Instância não merece reforma quanto ao mérito.

Contudo, observo que o levantamento realizado pelo diligente apurou omissões de saídas nos exercícios de 2004 e 2006, assim, verifico que deve ser aplicada a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, em razão do descumprimento de obrigação acessória:

XXII - R\$ 50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

Assim, com base no art. 157 do RPAF, uma vez que ficou comprovada a insubsistência da infração quanto à obrigação principal, mas, verificado o descumprimento de obrigação acessória em dois exercícios, entendo que deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00 por exercício em que foi constatada a omissão de saídas, no total de R\$ 100,00.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para converter a cobrança do imposto em multa na aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 100,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299389.0007/09-6**, lavrado contra **TREVO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA**, para aplicar a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 100,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS