

PROCESSO - A. I. Nº 120457.0003/10-6
RECORRENTE - JOSÉ DE SOUZA BATISTA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0311-01/11
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 19/12/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0409-12/13

EMENTA. ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, encerrado o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$38.984,67, acrescido das multas de 60% e 70%, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.951,36, prevista no art. 42, XI e XIII-A, “i” da mesma Lei e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 29/03/2010 decorre de seis infrações, abaixo transcrita, das quais, apenas as infrações 5 e 6 são objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

***Infração 5** - Falta de recolhimento do imposto, 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, nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 30.825,31, acrescido da multa de 70%;*

***Infração 6** - Falta de recolhimento do imposto, 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 desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.636,61, acrescido da multa de 60%.*

Apreciados os elementos jungidos aos autos, os membros da 1ª JJF, decidiram, à unanimidade, pela procedência parcial da autuação, julgando integralmente subsistentes as infrações 1, 2 e 3, e parcialmente subsistente as infrações 4, 5 e 6, como segue:

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS, dentre as quais o autuado reconheceu integralmente as infrações 01, 02 e 03, parcialmente a infração 04, e se insurgiu contra as infrações 05 e 06.

No que concerne às infrações 01, 02 e 03, observo que o reconhecimento pelo autuado confirma o acerto da autuação, razão pela qual são integralmente subsistentes.

Quanto à infração 04, noto que o autuado reconheceu parte da exigência fiscal, insurgindo-se apenas no que diz respeito às notas fiscais emitidas pela empresa Souza Cruz, cuja destinação efetiva foi para a empresa J M P Batista & Cia. Ltda., pertencente aos mesmos sócios da empresa autuado.

Constato que restou comprovado que as referidas notas fiscais foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias da empresa J M P Batista & Cia. Ltda., tendo o autuante acertadamente excluído os valores respectivos, conforme novo demonstrativo que elaborou de fls. 414/415, cuja ciência foi dada ao autuado.

Desta forma, a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 191,36.

No respeitante às infrações 05 e 06, observo que o autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, nessa condição, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, no presente caso, exige-se o imposto devido, por solidariedade, bem como o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – combustíveis - ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoques. Verifico que as omissões de entrada de combustíveis, dizem respeito a óleo diesel no exercício de 2005 e 2006; gasolina comum nos exercícios de 2005 e 2007; e álcool nos exercícios de 2005 e 2007.

Constato que assiste razão ao autuante quando contesta o argumento defensivo referente ao levantamento realizado, haja vista que este apurou as diferenças, confrontando o montante das saídas através das notas fiscais de saída e o montante lançado nos LMC, conforme se verifica nas planilhas e demonstrativos, restando comprovado que as notas fiscais de saída não tinham cupom fiscal correspondente, principalmente as notas fiscais de venda a consumidor, o que afasta a alegação de duplicidade de lançamento.

Relevante o esclarecimento prestado pelo autuante quando atendimento da diligência solicitada por esta JJF, no sentido de que o demonstrativo elaborado mensalmente, conforme documentos de fls. 284/370, teve como base a quantidade de produto lançada diariamente nos livros LMC e as notas fiscais de saída (mod. 1 e consumidor) emitidas no mesmo período, pois o contribuinte deixou bem claro que toda nota fiscal emitida tinha o cupom fiscal correspondente, fato este que não ocorreu e no mês que apresentou diferença, ou seja, omissão de entrada foi exigido o ICMS.

No que tange à alegação defensiva de inexistência de base de cálculo, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, cumprida pelo autuante, trouxe o esclarecimento de que os demonstrativos de fls. 38 e 42 indicam a base de cálculo que é de R\$ 10.017,57, com ICMS devido no valor de R\$ 2.211,68, ocorrência esta que não alterou o valor do débito a pagar.

Quanto à argumentação do autuado referente ao equívoco de indicação da alíquota aplicada pelo autuante, verifico que as planilhas anexadas ao Auto de Infração identificam claramente as alíquotas aplicadas, estando todas corretas. Vale observar que os valores apontados como devidos estão corretos, tanto no Auto de Infração quanto nas referidas planilhas, ocorrendo apenas uma adequação feita pelo sistema de emissão de Auto de Infração no seu demonstrativo de débito, contudo, que em nada altera o valor do imposto efetivamente devido.

No que diz respeito à alegação defensiva de que o autuante deveria conceder crédito presumido sobre o valor das mercadorias tidas como entradas sem documento fiscal, certamente não pode prosperar tal pretensão, tendo em vista que inexistente previsão legal nesse sentido. É certo que, se a mercadoria estava sem documentação fiscal, inexistente crédito fiscal a ser apropriado.

Já com relação à alegação do autuado de existência de inconsistências no levantamento levado a efeito pelo autuante, esta JJF converteu o processo em diligência - também cumprida pelo autuante - tendo o diligenciador esclarecido que o equívoco no estoque no dia 31/12/2005, não partiu de sua parte, pois tomou como base os livros e documentos apresentados pelo autuado, que destacou no livro Registro de Inventário em 31/12/2005, o total 9.818,98 litros de álcool, conforme consta no documento de fls. 148 e 1038, ao invés de constar 4.818,98 litros, conforme consta no livro LMC, documento de fl. 130. Ou seja, uma diferença de 5.000,00 litros a mais, fato este ocorrido não por sua negligência, e sim por seguir o inventário apresentado pelo autuado, e para confirmar a dúvida, foi intimada a empresa para apresentar novamente os livros Registro de Inventário de 2005 a 2007, cujas cópias (fls. 1032 a 1047), foram acostadas aos autos.

Observou o diligenciador que com a confirmação do equívoco ocorrido no estoque de álcool em 31/12/2005, elaborou novo demonstrativo de estoque, onde consta o valor correto devido de ICMS com a omissão de entrada de álcool no exercício de 2005, que passa a ter um débito de ICMS no valor de R\$12,41 e R\$ 3,93, valores estes que alteram tanto a infração 05, como a infração 06.

Desta forma, o valor do ICMS devido de R\$ 1.360,74, referente ao álcool na infração 05, passa para R\$ 12,41 e na infração 06, para R\$ 3,93.

Diante disto, com as alterações acima referidas no estoque de álcool em 31/12/2005, o valor do ICMS exigido de R\$ 13.287,32, constante no demonstrativo de débito do Auto de Infração da infração 05, passa para o valor de R\$ 11.938,99, e da infração 06, passa de R\$ 3.751,92 para R\$ 3.324,63.

Quanto aos valores referentes aos demais débitos dos exercícios de 2006 e 2007, tanto da infração 05 como da infração 06, observo que não foram alterados.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 03 são integralmente subsistentes e as infrações 04, 05 e 06 parcialmente subsistentes, devendo ser homologado o valor recolhido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 1.073 a 1.075, além de anexos às fls. 1.076 a 1.262, o contribuinte retorna aos autos e, de plano, diz que seu Recurso cinge-se às infrações 5 e 6, e assevera que seus relevantes argumentos defensivos não foram avaliados pelos julgadores de primo grau.

Aduz que entendidos os seus argumentos, restará de fácil conclusão a impossibilidade de evasão fiscal, principalmente nas operações com óleo diesel e gasolina, pois são produtos que tem efetivo controle de apuração e arrecadação dos tributos correspondentes pela PETROBRAS, tudo de acordo com a quantidade destinada para cada unidade da Federação.

Afirma que na medida em que tem como único fornecedor a PETROBRAS, é obrigada a seguir a *“legislação própria da ANP, ... situação que praticamente impossibilita a ocorrência de compras sem nota fiscal”*. Aduz que a PETROBRAS não faria qualquer venda sem nota fiscal; que a exclusividade lhe proíbe comprar combustíveis de outras distribuidoras; e que não há possibilidade de adquirir combustíveis derivados do petróleo sem nota fiscal, considerando que todo combustível tem origem na PETROBRAS.

Feitas tais considerações, diz que mesmo que não fossem suficientes, haveria que ser considerados os seus argumentos como fortes indícios da existência das inconsistências das planilhas e dos métodos de apuração criados e adotados pelo autuante para chegar ao resultado que chegou.

Fazendo uma *“síntese dos argumentos de defesa do ponto de vista técnico”*, diz que: a) na hipótese dos autos, o *“Fisco tem como realizar a auditoria de estoque de duas formas, sendo uma através das notas fiscais de entradas e de saídas e outra através do LMC”*. Explicando a sistemática de registros do LMC em cotejo com as notas fiscais de saídas, assevera que há inconsistência nas planilhas utilizadas pelo autuante, pois, foram apuradas as saídas totais registradas no LMC e a elas, foram acrescentadas as saídas registradas nas notas fiscais, provocando duplicidade de saídas e, conseqüentemente, ensejando a presunção de entradas sem nota fiscal que de fato não ocorreu. Reitera que todas as suas saídas foram contempladas no LMC, afirmando que *“posto revendedor nenhum vende sem sair pelas bombas pois não há como quantificar a não ser através das bombas de abastecimento”*.

Avançando, diz que quanto à falta de indicação de número nos cupons correspondentes nas notas fiscais se afigura como mero erro formal, pois, as referidas notas fiscais correspondem a *“diversas compras realizadas no decorrer de vários dias, pratica comum no setor com existência reconhecida por todos e que não pode ser utilizada como argumento para se cobrar novamente um tributo que já foi pago pela PETROBRAS”*, não havendo que se falar em solidariedade vez que a PETROBRAS é empresa regular e idônea.

Apontando inconsistências no levantamento fiscal, diz que no período de 22/11/06 a 31/12/06, existe registro no seu LMC da compra de 80.000 litros de óleo diesel enquanto o autuante considerou a compra de apenas 60.000 litros (Notas Fiscais de nºs 11851, 11948, 12209, 12396, 12722, 12983, 13166, 13350, 13577, registradas no LMC às fls. 328, 329, 330, 336, 344, 351, 356, 362, 367).

Afirma também que o autuante deixou de considerar como entrada o total de 6.400 Litros de diesel referentes às aferições do ano de 2006.

Por derradeiro, entendendo que seus argumentos e documentos demonstram as inconsistências técnicas e no levantamento fiscal que aponta, além dos argumentos de ordem legal e funcional, pugna pela declaração de improcedência da cobrança do imposto decorrente da suposta aquisição de óleo diesel e gasolina desacompanhados de documentação fiscal.

A PGE/Profis, através de despacho à fl. 1.267, recomenda que o feito seja convertido em diligência à ASTEC do CONSEF para emissão de Parecer técnico com apresentação de novo demonstrativo de

debito tributário, em razão das provas documentais colacionadas aos autos por via do Recurso Voluntário.

Os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal resolveram converter o feito em diligência, fl. 1.271, para que fosse avaliada a documentação trazida aos autos pelo Recurso Voluntário, de maneira a que se determine se as notas fiscais juntadas guardam relação com o levantamento realizado pelo fiscal autuante e, caso positivo, que fosse verificado se os referidos documentos fiscais foram considerados no levantamento fiscal originário, verificando também se o volume de combustíveis referentes a aferição foram devidamente considerados no mesmo levantamento.

Em resposta à diligência requerida, a ASTEC exara Parecer nº 106/2012, fls. 1.274/1.277 (demonstrativos às fls. 1.278/1.290), no qual, de início, faz as seguintes afirmativas:

- a) que a documentação trazida aos autos guarda relação com o levantamento fiscal realizado;*
- b) que da análise da referida documentação, contata-se que as notas fiscais de aquisição de óleo diesel. Fls. 1.076/1.080 estão lançadas no LMC e passam a ser consideradas no novo demonstrativo às fls. 1.278/1.289;*
- c) que quanto às notas fiscais de saída, foram consideradas pelo autuante os volumes de combustíveis referentes às aferições;*
- d) que no levantamento originário não foram consideradas as notas fiscais de aquisição de óleo diesel adquiridas pelo Recorrente e que foi elaborado demonstrativo com a devida inclusão;*
- e) que em relação à divergências apontadas pelo recorrente, o estoque de álcool em 31/11/2006 foi devidamente considerado pelo autuante; que foi considerado o estoque final de óleo diesel em 22/11/2006 aquele consignado no LMC, fl. 117; e que o autuante considerou como estoque final de gasolina, na mesma data, 7.145 litros, quando deveria ter considerado 6.987 litros (consignado no LRI).*

Em conclusão, introduzindo as correções que apontou, o i. Parecerista da ASTEC elaborou dois demonstrativos de estoques. O primeiro sem a exclusão das notas fiscais de saídas de combustíveis, indicando uma exigência fiscal da monta de R\$43.114,33, e o segundo com a exclusão das mesmas notas fiscais, indicando uma exigência fiscal da monta de R\$1.954,08. Nos dois casos são adicionadas as infrações 5 e 6.

Às fls. 1.292/1.293, o autuante retorna aos autos, reitera os termos da fiscalização do próprio demonstrativo que elaborou, além de ter suscitado incorreção no demonstrativo elaborado pelo Auditor Fiscal da ASTEC. Anexas planilhas às fls. 1.294/1.329.

Às fls. 1.332, o Sujeito Passivo vem aos autos e registra sua concordância com o novo demonstrativo elaborado pela ASTEC que considera as exclusões das notas fiscais de saídas de combustíveis.

Em Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, Procuradora da PGE/Profis, fls. 1.335/1.337, entende que da análise das razões recursais, considera presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Referindo-se ao Parecer da ASTEC, afirma que o novo demonstrativo introduz as adequações ao lançamento tributário sob análise, com fundamento nas provas materiais colacionadas aos autos (cópias do LMC e do Livro de Registro de Inventário). Destaca que o levantamento quantitativo original foi devidamente saneado, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito tributário.

Registra, por derradeiro, “*que o demonstrativo de débito tributário correto é sem dúvida aquele que realiza a exclusão das notas fiscais de saídas de combustíveis, apresentado pela ASTEC, à fl. 1.332*”. Também destaca que a planilha elaborada pelo autuante, à fl. 36, confirma a utilização das reduções Z lançadas no LMC apurado considerando o estoque inicial, abertura e encerrante da bomba, mais as notas fiscais de consumidor emitidas sem cupom fiscal, ou seja, não incluídas nas reduções Z.

Opina pelo conhecimento e Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamentos do dia 15/04/2013, considerando que o quanto solicitado no item 3 da diligência anterior não foi objetivamente atendido, sobretudo no que se refere à elaboração de novo demonstrativo fiscal com a precisa indicação dos eventuais valores passíveis de exigência

por parte do fisco, entenderam os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, também com opinativo da representante da PGE/Profis, por converter o feito em diligência, mais uma vez, à ASTEC para que, considerando a manifestação do autuante, fosse cumprida a diligência solicitada à fl. 1.271.

Em atendimento à diligência requerida, a ASTEC/CONSEF presta nova informação por meio do Parecer nº 71/2013, fls. 1344/1353, no qual conclui que o valor passível de exigência pelo Fisco corresponde a R\$1.954,08, derivado das correções feitas ao levantamento originário, com a exclusão das notas fiscais de saídas de combustíveis listadas e discriminadas às fls. 1.348 a 1.353.

O recorrente, fl. 1359, pede a reanálise do PAF à luz do Parecer ASTEC, e às fls. 1361 a 1363, reitera suas razões, manifestando-se favoravelmente ao Parecer ASTEC nº 71/2013, também acatando o demonstrativo de débito constante do referido Parecer.

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 1ª JFJ deste CONSEF, Acórdão nº 0311-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Na assentada de julgamento, veio ao conhecimento do Relator e demais conselheiros que o recorrente reconheceu o débito indicado no presente Auto de Infração, bem como providenciou o respectivo pagamento, com o benefício da Lei 12.903/2013, o que torna ineficaz o seu Recurso Voluntário, conforme previsto pelo Art. 122, inciso IV do RPAF/BA, ainda que a última diligência tenha determinado que o valor da exigência fiscal devesse ser reduzido para o valor de R\$6.203,81.

Em consequência do pagamento com o benefício da Lei 12.903/2013, fica EXTINTO o crédito tributário, nos termos do Art. 156, inciso I do CTN e considerar PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário, devendo o presente PAF ser remetido à repartição fiscal de origem para fins de homologação do pagamento e arquivamento do processo.

Determino a juntada do extrato do SIGAT no qual se verifica o pagamento do débito fiscal com o benefício da Lei nº 12.903/2013.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o crédito tributário e encerrado o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 120457.0003/10-6, lavrado contra **JOSÉ DE SOUZA BATISTA & CIA. LTDA.**, devendo os autos ser encaminhado a repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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