

PROCESSO - A. I. Nº 269515.0010/09-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SABBÁ COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SABBÁ)
RECORRIDOS - SABBÁ COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SABBÁ) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0172-01/12
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/16

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. A remessa necessária decorreu do fato de o órgão “*a quo*”, após diligência, realizada para sanear equívocos relativos a documentos fiscais não computados ou computados de forma errada, ter corrigido acertadamente os montantes das infrações 01/02. Quanto ao Recurso Voluntário, foram refeitos os cálculos, com vistas a considerar as aferições realizadas no período fiscalizado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada, no mérito, a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JJF nº 0172-01/12 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, que apresenta a peça de irresignação respaldado no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 15/12/2009 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 289.211,50, sob a acusação do cometimento das 02 (duas) irregularidades abaixo discriminadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, sem a escrituração das respectivas entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (combustíveis; 2004, 2005, 2006 e 2008). R\$ 224.881,11 e multa de 70%, prevista no art. 42 III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação ou no exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/1997. R\$ 64.330,39 e multa de 60%, prevista no art. 42 II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

A remessa necessária decorre do fato de o órgão “*a quo*”, após diligência, realizada para sanear equívocos relativos a documentos fiscais não computados ou computados de forma errada, ter corrigido os montantes exigidos para R\$ 21.592,98 (infração 01) e R\$ 3.609,11 (infração 02), conforme demonstrativos de fls. 240 e 246.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 16/07/2012 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 276 a 280), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que no levantamento quantitativo foi utilizada metodologia equivocada, desconsiderando os corretos lançamentos realizados pelo contribuinte, inexistindo qualquer omissão de entradas.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois os demonstrativos acostados ao processo comprovam que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado de acordo com as determinações aplicáveis a uma auditoria de estoques, especialmente quanto aos requisitos previstos na Portaria 445/98. A análise dos demonstrativos evidencia que as mercadorias incluídas no levantamento quantitativo foram separadas e quantificadas segundo as diferentes espécies, que foram considerados os estoques iniciais e finais, bem como foram quantificadas as operações de entradas e das saídas, relativamente a cada item objeto do levantamento. A fórmula empregada na apuração das omissões está explicitada em demonstrativos autoexplicativos, dos quais o autuado recebeu cópia. Quanto aos alegados equívocos no cômputo de notas fiscais, saliento que esses equívocos sem referem ao mérito da lide e são passíveis de saneamento mediante diligência, conforme restará demonstrado na apreciação do mérito.

Adentrando no mérito, inicialmente, observo que o autuado se insurgido contra as duas infrações que compõem o lançamento de ofício, alegando a existência de equívocos referentes às operações de entradas de combustíveis considerados pela fiscalização, bem como à falta de consideração das aferições e das perdas por evaporação.

Na informação fiscal e em diligência posteriormente realizada, os equívocos quanto às notas fiscais não consideradas ou erroneamente computadas foram sanados, de forma que os valores devidos passaram para R\$ 21.592,98 (Infração 1) e R\$ 3.609,11 (Infração 2), conforme demonstrativos acostados às fls. 240 e 246. As quantidades apontadas na defesa como sendo referentes a aferições e evaporação não foram acolhidas pelo diligenciador. Para que não houvesse alegação de cerceamento de defesa, foi concedido ao autuado o prazo de trinta dias para pronunciamento acerca da diligência realizada.

Em nova impugnação, o autuado voltou a arguir a preliminar de nulidade, bem como questionou o fato de o diligenciador não ter considerado as aferições e a perda decorrente de evaporação.

Os equívocos atinentes a notas fiscais não consideradas ou computadas erroneamente ficam ultrapassados, uma vez que os erros apontados na defesa foram expurgados dos levantamentos quantitativos na informação fiscal e na diligência realizada. Acompanho sem ressalvas essas retificações efetuadas, uma vez que estão de acordo com os documentos probantes trazidos na defesa interposta.

Em relação às alegadas aferições e perdas decorrentes de evaporação, não assiste razão ao defendente, conforme passo a me pronunciar.

É sabido que o combustível utilizado na realização de aferição fica registrado no encerrante da correspondente bomba. Após a aferição, esse combustível retorna ao respectivo tanque, sem que ocorra uma efetiva operação de saída de combustível do estabelecimento fiscalizado. Dessa forma, é razoável que, nos levantamentos quantitativos de estoques de combustíveis, as aferições sejam consideradas, diminuindo as operações de saídas apuradas no levantamento.

Como prova da realização das aferições, elas devem estar registradas, dia a dia, no campo apropriado do LMC. Não basta que se alegue a sua existência, é necessário que as aferições realizadas estejam regularmente lançadas no livro fiscal apropriado – o LMC, e não como o contribuinte o fez ao apresentar o total anual das supostas aferições à fl. 113.

No caso em comento, o autuado alegou a existência de aferições e apresentou os totais anuais, porém não trouxe aos autos qualquer prova de que essas alegadas aferições existiram. Considerando que o LMC – um livro fiscal nos termos do art. 314, V, do RICMS-BA/97 – necessariamente deve estar em poder do autuado, deveria o defendente comprovar a veracidade de sua alegação apresentando o referido livro fiscal com a escrituração das supostas aferições, pois, nos termos do art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Tendo em vista que as aferições alegadas na defesa não restaram comprovadas, foi correto o procedimento do autuante e do diligenciador, ao não incluir as supostas aferições nos levantamentos quantitativos.

Considerando que os combustíveis são voláteis, é razoável admitir a existência de perdas com evaporação dos combustíveis. Uma vez que os levantamentos quantitativos em comento apuraram omissões de operações de entradas, a inclusão das perdas apenas aumentariam as omissões detectadas. Essas perdas com evaporação apenas serviriam para elidir omissões de operações de saídas de combustíveis, o que não é o caso dos autos. Assim, também sobre essa questão foi acertado o posicionamento do autuante e do diligenciador.

Restou, portanto, comprovada a ocorrência das omissões de operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, combustíveis, conforme apurado na informação fiscal e na

diligência realizada. Nessa situação, nos termos do art. 10, I, “a”, e “b”, da Portaria 445/98, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (Infração 1), bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (Infração 2).

Em face ao acima exposto, as Infrações 1 e 2 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$ 21.592,98 e R\$ 3.609,11, conforme demonstrativos acostados às fls. 240 e 246.

Pelo exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0172-01/12.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 292 a 294, no qual alega que o Acórdão recorrido é omissivo e que está em desconformidade com os elementos constantes dos autos.

A Decisão recorrida, fundamentada apenas na falta de comprovação de aferições, também teria deixado de levar em conta o art. 5º da Portaria DNC nº 26/1992, relativo ao percentual de evaporação de 0,6%. Argumenta que o órgão de primeira instância – ao condicionar o cômputo do referido percentual às aferições registradas no LMC -, estabelece condição não prevista em lei.

Apesar de entender que as aferições não são determinantes para que se leve em conta as perdas, informa ter juntado ao Recurso cópias do livro LMC com os registros (das aferições).

Por fim, requer seja o lançamento de ofício julgado nulo ou improcedente.

À fl. 571, tendo em vista a juntada das mencionadas cópias, a PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, sugere a conversão do feito em diligência.

A 2ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), à fl. 574, na primeira conversão do feito em diligência, solicitou ao autuante o exame do LMC acostado aos autos, objetivando identificar as aferições realizadas no período fiscalizado, com vistas à elaboração de novos demonstrativos, acrescentando-as (as aferições) às entradas.

O auditor fiscal estranho ao feito Sândor Cordeiro Fahel, supervisor da INFAZ Barreiras, tendo juntado cópia da Portaria DNC nº 26/1992 à fl. 577, sustentou que a fração de 0,6% é apenas um limite máximo de tolerância e não perda a ser necessariamente registrada em qualquer procedimento fiscal. Ademais, a utilização de qualquer índice de perda apenas incrementaria a omissão de entradas. Isso somente não aconteceria se fosse lançada no estoque, o que não é possível, em razão da norma do art. 330 do RICMS-BA/1997, transcrito à fl. 578: o Registro de Inventário deve ser escriturado com as quantidades existentes na data respectiva, considerando-se inclusive eventuais perdas.

Segundo alega, as aferições são irrelevantes no movimento global do estabelecimento. A saída é efetuada por meio de bomba de abastecimento, registrada no totalizador. O retorno ao tanque de estocagem também deve ser efetuado mediante emissão de documento fiscal. Afirmar que não foram encontrados nas cópias do LMC anexadas ao PAF quaisquer registros de aferição, exceto em 2009, período em que o estoque foi ajustado, por conta de aferições, com base em índices aleatórios, sem previsão legal.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 586 a 588, reclama a respeito da não realização da diligência, solicita que outra seja levada a efeito e reitera as razões e pedidos do apelo.

À fl. 598, na segunda diligência, a 2ª CJF ratifica as solicitações referentes à primeira.

O auditor fiscal Walter Kuhn, estranho ao feito, presta informação à fl. 658, na qual afirma ter elaborado novos levantamentos, desta feita com o registro das aferições concernentes aos produtos álcool, diesel comum, maxx diesel, gasolina comum e maxx gasolina.

Constatou que o levantamento inicial do produto óleo maxxi, no exercício de 2008, não considerou para efeito de cálculo a Nota Fiscal de Entrada nº 8.102, que estava equivocadamente lançada entre aquelas relativas ao diesel comum, motivo pelo qual efetuou a necessária correção.

Na manifestação de fls. 661/662, o recorrente assevera ter ocorrido erro semelhante em relação à nota fiscal de entrada de diesel maxxi aditivado nº 9.798, indevidamente computada entre aquelas relativas ao diesel comum. Por isso, solicita retificação, acolhida pela PGE/PROFIS às fls. 669/670.

Assim, à fl. 673, a 2ª CJF converteu o feito na terceira diligência, com o objetivo de que fossem efetuadas as retificações atinentes ao precitado documento fiscal, o que, de acordo com a informação de fl. 678, restou consubstanciado nos demonstrativos sintéticos de fls. 723 (infração 01) e 729 (infração 02). Os valores das duas imputações restaram alterados, respectivamente, para R\$1.398,71 e R\$ 1.045,87.

Uma vez intimado (fls. 738 a 740), o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Cumpra registrar, inicialmente, que não há vícios insanáveis, seja no procedimento administrativo, seja na Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa. Houve clara exposição dos fundamentos de fato e de direito, com a indicação dos demonstrativos e dispositivos legais em que se fundaram os atos. Observada a busca da verdade material, assim como a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizadas nas diversas conversões em diligência (quatro ao todo, nas duas instâncias) e nas oportunidades que o sujeito passivo dispôs para se manifestar.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Como dito, a remessa necessária decorre do fato de o órgão “*a quo*”, após diligência, realizada para sanear equívocos relativos a documentos fiscais não computados ou computados de forma errada, ter corrigido os montantes das duas imputações para R\$ 21.592,98 (infração 1) e R\$ 3.609,11 (infração 2), conforme demonstrativos de fls. 240 e 246.

Assinale-se que antes da citada diligência, o auditor fiscal responsável pela primeira informação, de fl. 225, já havia reconhecido os referidos erros. Ocorre que, nos papéis de trabalho, olvidou-se de apresentar a revisão concernente à infração 2, requerida pela JJF à fl. 236 (solicitação de diligência) e juntada à fl. 246.

A infração 1 já havia sido corrigida no levantamento revisional de fl. 231, resultante da primeira informação fiscal, idêntico ao de fl. 240.

Nesse ponto, não merece reparo a Decisão de primeiro grau.

Em relação ao Recurso Voluntário e às perdas, de fato, caso computadas, ocorreria agravamento no aspecto quantitativo das irregularidades constatadas, resultantes de omissão de entradas. Entretanto, quanto às aferições, o inconformismo do contribuinte mostrou-se lícito, em razão de que, juntamente com os documentos fiscais não computados ou computados de forma errada, a 2ª CJF efetuou três diligências para correção, tendo logrado êxito apenas na terceira (quarta do processo).

Portanto, acolho os demonstrativos sintéticos de fls. 723 (infração 1) e 729 (infração 2), de modo que as quantias exigidas nas duas imputações sejam alteradas, respectivamente, para R\$ 1.398,71 e R\$ 1.045,87.

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269515.0010/09-0**, lavrado contra **SABBÁ COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SABBÁ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.444,58**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 1.398,71 e 60% sobre R\$ 1.045,87, previstas no art. 42, incisos III e II, “d”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS