

PROCESSO	- A. I. Nº 03506877/97
RECORRENTE	- FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- POSTO MACAUBENSE LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão da 3ª JF Nº 0001-03/02
ORIGEM	- INFAZ SEABRA
INTERNET	- 11.09.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0297-12/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. No caso de omissão de registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributação, se a mercadoria já tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido por responsabilidade solidária por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal. Refeitos os cálculos, corrigindo as distorções, remanesce parte da exigência fiscal, apenas nos exercícios de 1993 e 1994. Infração parcialmente caracterizada. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** É devido o imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Remanesce parte do valor exigido, apenas referente aos exercícios de 1993 e 1994. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O julgamento proferido no Acórdão acima referido, através da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, considerou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, e levou a Relatora a recorrer da decisão conforme preceitua o art. 23 inciso VI, do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/99), interpondo o Recurso de Ofício para uma das Câmaras do CONSEF, consoante dispõe o art. 169, I “a”, do RPAF/99, e alterações posteriores (Decreto nº 7.851/2000).

A exigência fiscal descrita no Auto de Infração decorreu das seguintes irregularidades:

1 – omissão de saídas de mercadorias apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, nos exercícios de 1993 a 1996;

2 – falta de recolhimento do imposto antecipado relativo as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documentação fiscal, nos exercícios de 1993 a 1996.

As alegações apresentadas na defesa, as fls. 452 a 461 dos autos, conforme relato feito na Decisão Recorrida aqui transcrita: “O autuado, tempestivamente, apresenta defesa ao Auto de Infração,

através de advogado legalmente constituído, “ex vi” instrumento de mandato anexo, e aduz que a infração é improcedente posto que o autuado está enquadrado no sistema de substituição tributária, e as mercadorias objeto da autuação fiscal estão submetidas a regime tributário atípico, com preceitos insculpidos no art. 121 do CTN, bem como na nova lei complementar que disciplina a matéria, onde o sujeito passivo da obrigação principal passa a ser, simultaneamente, responsável pela obrigação do pagamento do ICMS resultante tanto na operação em que figura DISTRIBUIDOR/FORNECEDOR, como contribuinte, em relação pessoal e direta com a situação fática do fato gerador do ICMS, como também daquela relativa à venda futura, no varejo, a ser realizada pelo ADQUIRENTE/VAREJISTA (substituído). Reclama que embora a fiscalização não tenha deixado devidamente esclarecido, o que prejudica a formulação da defesa, a hipótese em que se acha embasada a autuação, seria a de que o contribuinte teria adquirido junto à Petrobrás Distribuidora, mercadorias sem a emissão das competentes notas fiscais. Aduz que indiscutivelmente esta hipótese é uma aberração, porque a Petrobrás não se prestaria a tal prática, pondo em risco a sua credibilidade e a sua imagem perante os clientes e a sociedade. Também porque não haveria hipótese de as mercadorias trafegarem até a sede do autuado sem estarem acompanhadas das notas fiscais correspondentes, face a situação geográfica da autuada e da distribuidora, esta situada em São Francisco do Conde e aquela no centro do Estado da Bahia, em Macaúbas. Esclarece que há diversos postos de fiscalização entre os pontos de distribuição, e o posto de venda da autuada, não havendo como a mercadoria transpor todos eles sem ser apanhada pela fiscalização do Estado, a exemplo de dois postos existentes no percurso entre o município de São Francisco do Conde e o de Macaúbas. Aduz que como é de conhecimento geral, a atividade econômica ligada à venda de combustíveis a varejo não tem a habitualidade de emitir nota fiscal para consumidor final. Ressalta que os números apresentados pelo auditor, da ordem de 356.853 litros de óleo diesel vendidos em nota fiscal e 106.663 litros de gasolina e 137.480 litros de álcool comprados sem nota fiscal, são inacreditáveis, para uma atividade em que o Estado tem absoluto controle e que é monitorado pelos órgãos fiscalizadores. Alega que o fato de os postos de venda de combustíveis no varejo terem os seus impostos recolhidos antecipadamente pelo distribuidor, que é o contribuinte substituto, o levam a não darem importância necessária ao documentário fiscal utilizado na compra e venda das suas mercadorias. Assim que o confronto entre as notas fiscais de entradas e de saídas de combustíveis nenhuma importância prática tem para os postos de revendedores. Aponta que algumas das indicações das quantidades e da indicação do material no levantamento, efetuado pelo auditor, possuem erros e lista uma série de notas fiscais. Também que um total de 110.000 litros de gasolina, 40.000 litros de álcool e 335.000 litros de óleo diesel não foram lançados nas entradas de mercadorias pela fiscalização. Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou que seja reexaminado a documentação fiscal, a fim de que os erros sejam corrigidos”.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 533 a 536 dos autos que foram assim resumidas no relatório da decisão submetida ao reexame: “O autuante presta informação fiscal, fls. 533 a 536, e aduz que com efeito o pagamento do imposto por antecipação encerra a fase de tributação, ocorre, entretanto que faz-se necessário que esse pagamento esteja comprovado com o respectivo documento fiscal. Como a mercadoria foi adquirida sem documentação fiscal, o responsável tributário, ou seja, aquele com quem foram encontradas as mercadorias em situação irregular responde pelo imposto normal e o substituído. Quanto aos argumentos aventados pela defendente, assevera que em nenhum momento a fiscalização afirmou que as mercadorias adquiridas sem nota fiscal tiveram como fornecedor a Petrobrás, e por outro lado, poderia ser adquirida a essa distribuidora com destino para empresa localizada em outro Estado, hipótese em que a mercadoria não chegaria a seu destino. Salienta que a situação geográfica, é estratégica,

vez que a mercadoria pode vir de qualquer fronteira. Quanto a existência de diversos postos no trajeto, mesmo considerando a base de distribuição em São Francisco do Conde, o transportador, se quiser, não passa em nenhum posto fiscal.

Ressalva que a própria autuada confessa que não tem o hábito de emitir notas fiscais. Mantém o Auto de Infração na íntegra. Diz que o autuado apresenta uma relação de notas fiscais inverídicas, anexando como prova cópias ilegíveis, transmitidas por fax. Mantém o Auto de Infração”.

Houve um julgamento feito por esta mesma Junta através do Acórdão nº 0549/99, que considerou Nulo o Auto de Infração, por concluir que o autuante não demonstrou que os erros apontados pelo autuado não existiram e que teria feito surgir a dúvida quanto a certeza do lançamento, votando pela Nulidade da autuação e recomendando a repetição da ação fiscal.

A então relatora do Recurso de Ofício, à fl. 545, converteu o processo em diligência a ASTEC, requerendo revisão dos levantamentos diante da alegação do autuado de que várias notas não teriam sido consideradas e que ocorreram equívocos nos lançamentos dos produtos, gerando distorções nos referidos levantamentos.

A 1ª Câmara no Acórdão nº 331/01, diante da diligência indicando qual o valor remanescente do débito a ser exigido, votou pelo Provimento do Recurso de Ofício, afastando a Nulidade e devolvendo a matéria para ser apreciada por aquela Instância.

O autuado, ao ser intimado à fl. 604 a tomar ciência do julgamento da 1ª Câmara, através de representante legal, se manifestou às fls. 607 a 610 dos autos, discorrendo sobre o mérito da autuação e afirmando que concordava com o Parecer da ASTEC, sendo o arrazoadado processado como Recurso Especial.

A PROFAZ exarou parecer às fls. 617 a 618, conhecendo e negando Provimento ao Recurso, e observou que os argumentos apresentados diziam respeito ao mérito da autuação, enquanto a decisão da Câmara apenas afastou a nulidade.

A decisão proferida no Acórdão nº 2026-01/01, da Câmara Superior, Não Proveu o Recurso Especial porque as razões de mérito aduzidas pelo recorrente não foram sequer apreciadas, uma vez que a decisão recorrida apenas teria afastado a nulidade e devolvido para que o mesmo fosse apreciado na 1ª Instância.

A Decisão Recorrida – Acórdão nº 0001-03/02 - da 3ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou o mérito, considerando os valores apurados na Diligência realizada pela ASTEC, conforme está consignado no Parecer nº 0065/2000 às fls. 547 a 576 dos autos. A relatora fundamentou a sua decisão pela Procedência Parcial, observando que tendo o levantamento quantitativo envolvido mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, o contido no art. 10 da Portaria nº 445/98 foi aplicado. E concordou que diante das mercadorias substituídas, só era devido o imposto por responsabilidade solidária e por antecipação, nos exercícios em que ocorreram omissões de entradas (1993 e 1994).

VOTO

Inicialmente, procedendo a análise dos aspectos processuais do presente processo, diante da atipicidade do curso processual do mesmo, face ao julgamento de 1ª Instância pela Nulidade do Auto de Infração, mas na apreciação do Recurso de Ofício a mesma foi afastada, e o resultado da diligência da ASTEC, apontou o valor do débito, sendo assim o Recurso de Ofício Provido e o processo retornou à 1ª Instância para apreciar o mérito, verifico que os princípios do contraditório e do devido processo legal foram observados, pois o autuado e o autuante foram cientificados conforme se vê às fls. 594 a 597 dos autos. Assim, cumprido o disposto no § 2º do art. 149 e § 1º do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, entendo que tratando-se de levantamento quantitativo de estoques, envolvendo mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de fato a exigência fiscal só subsiste relativamente às entradas, como foi exigido, conforme levantamento às fls. 06, 12, 32 e 57 dos autos, elaborados pelo autuante.

Ocorre, que embora os referidos levantamentos contivessem erros, como foi alegado pelo sujeito passivo, o primeiro julgamento realizado pela 3ª Junta, ao invés de promover a diligência necessária para escoimar os erros ou omissões acaso existentes, como determina o § 1º do art. 18 do RPAF/99, decretou a Nulidade do Auto de Infração, que foi afastada, corretamente, na Câmara ao apreciar o Recurso de Ofício dando-lhe Provimento.

Observo que o recorrente só poderia se insurgir contra a decisão da Câmara, porque a mesma afastou a nulidade declarada na 1ª Instância, todavia, de forma equivocada, discorreu sobre o mérito da autuação e disse que concordava com o Parecer da ASTEC e requereu a Procedência Parcial do Auto de Infração em lide.

Considero acertada a decisão da Câmara Superior negando provimento ao Recurso Especial, uma vez que o recorrente não tratou de nulidade na referida peça recursal, e não podia se manifestar sobre o mérito, porquanto não houve exame do mesmo pela Câmara, e sequer teria existido pela Junta, para a qual o Auto de Infração seria encaminhado para julgamento.

De outro modo, vale salientar que na hipótese de Câmara decidir sobre matéria de mérito que não foi examinada em 1ª Instância, violaria o princípio do duplo grau de jurisdição e haveria supressão de instância, posto que as Câmaras na sistemática do RPAF/99 e também conforme o art. 24 do Regimento Interno do CONSEF, só têm competência recursal.

Quanto ao julgamento do mérito na Decisão Recorrida, face a desoneração de parte do débito imputado ao sujeito passivo, sendo Procedente em Parte o Auto de Infração, vejo que o mesmo não cabe reparo, uma vez que tomou por base a Diligência fiscal que confirmou os erros apontados pelo defendente e elaborou novo demonstrativo de estoque às fls. 559 a 562, indicando as parcelas remanescentes nos exercícios autuados, onde indicou as diferenças de entradas e de saídas de mercadorias tributáveis, só apurando imposto quanto às entradas, porquanto as diferenças de saídas não podem mais ser objeto de exigência fiscal por que já tiveram o imposto pago por substituição e apenas se configura descumprimento de obrigação acessória.

Pelo acima exposto, tendo sido observada as disposições constantes da Portaria nº 445/98, mantenho a Decisão Recorrida e o Recurso de Ofício é NÃO PROVIDO.

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 03506877/97, lavrado contra **POSTO MACAUBENSE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100,68**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70%, sobre R\$76,83 e de 60% sobre R\$23,85, previstas nos art. 60, IV, “a”, da Lei nº 4.825/89 e II, “d”, da Lei nº 4.825/89, alterada pela Lei nº 6.934/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de Agosto de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ.