

PROCESSO - A.I. Nº 206903.0039/03-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GALÊS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0137/01/04
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 13.07.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0141-12/04

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA DECISÃO. NOVA DECISÃO. Reformada a decisão de Primeira Instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios da autuação. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da decisão reformada, para proferir nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, impetrado contra a Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0137/01-04.

O Auto de Infração foi lavrado em 17.12.2003 e, refere-se à exigência de R\$272.367,51 de ICMS, mais multa, sob o pressuposto de que houve: falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, com aquisição de produtos desacompanhados de documentação fiscal, bem como escrituração contábil das entradas de mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária e de acordo com apuração de estoque; e, 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 acrescido, com utilização de crédito fiscal

As omissões foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque fechado no exercício de 2002 e aberto em 2003, considerando encerrantes em 18 de setembro de 2003.

O autuado não reconheceu as irregularidades apontadas e apresentou defesa tempestiva, impugnando a autuação, (fls. 120 a 131). Inicialmente, informou que os produtos que comercializa foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme prova sua escrituração contábil e do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC. Em seguida, resumindo as infrações apontadas, afirmou que a autuante havia levantado números “mirabolantes”, desconhecendo o regime da substituição tributária, omitindo notas fiscais (de entrada e saídas) contabilizadas, bem como, documentos fiscais emitidos a seu favor que deixou de acolher. Deste modo, lhe imputou a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto sem levar em consideração que poderia ter havido erro na contabilidade, quando de sua escrituração.

Continuando, disse somente existir uma penalidade de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido na sua origem, ou seja, pela Petrobrás, fornecedora dos produtos para as distribuidoras e, estas, para os postos.

Que a agente fiscal não havia considerado os números corretos do LMC, pois não observou corretamente os encerrantes, omitiu notas fiscais, apesar de apresentadas, lançou quantidades de

combustíveis de maneira equivocada e não considerou o fechamento dos estoques. Para demonstrar seus argumentos, citou diversos documentos que exhibe e junta ao PAF.

Apreciando as razões do defendente, o D. relator da 1ª JJF proclama o seu voto, sob os fundamentos, em síntese, a seguir transcritos:

“Tem pertinência a alegação defensiva de que o óleo diesel, por estar enquadrado no regime da substituição tributária, a princípio, tem o imposto recolhido na sua origem, estando nos postos de combustíveis com o imposto quitado, ou seja, a fase de tributação se encontra encerrada. Porém este fato somente se comprova com os documentos fiscais. O que aqui se apurou foram entradas do produto desacompanhadas de notas fiscais, o que torna indeterminada sua origem, e, conseqüentemente, não existe comprovação do pagamento do ICMS pelo fornecedor, sendo de responsabilidade do autuado o seu pagamento, em conformidade com as determinações do art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96, não havendo duplicidade de cobrança, nem confisco, nem tampouco pertinência a afirmativa de que o RICMS não expressa que o comerciante não é obrigado a consultar, antes de realizar compra, se a empresa com quem transaciona está ou não inadimplente com o Estado.

Quanto à MVA aplicada para determinação do imposto cobrado por antecipação tributária, que o impugnante considerou uma violação ao princípio da segurança jurídica e da igualdade, também, é matéria insculpada na legislação tributária.

A defesa ainda arguiu, sob pena de nulidade processual, o seu direito de ser intimado de todos os atos do procedimento administrativo, em especial a impugnação a ser apresentada pela autuante. Quanto ao direito de ser intimado de todos os atos administrativos inerentes ao presente processo, estas intimações estão determinadas na legislação (art. 108, do RPAF/99), que devem ser cumpridas. No entanto, não tem cabimento, no caso, ser intimado para conhecer a informação fiscal. Somente seria obrigatório este ato caso houvesse modificação do débito ou documentos fossem anexados pelo preposto fiscal (art. 127, § 7º, do RPAF/99 – Decreto nº 7.629/99). Isto não aconteceu.

Todavia, ao analisar o levantamento quantitativo e em confronto com as razões de mérito e documentos apresentados pelo impugnante, me deparei com dificuldades que me convenceram de que o procedimento da fiscalização contém vícios que, se alguns poderiam ser sanados com uma diligência e reabertura de prazo de defesa, outros não são possíveis de serem sanados. Seria necessária uma nova fiscalização, o que não compete ao fiscal revisor. Passo a enumerá-los.

EXERCÍCIO DE 2002

- 1. Em relação as saídas do álcool, óleo diesel e gasolina o contribuinte impugnou as quantidades, embora de maneira inconsistente, vez que não trouxe qualquer prova aos autos. Pela análise do levantamento, e informação fiscal, a autuante tomou as quantidades existentes no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, embora este fato, também, não tenha sido demonstrado. Não existe apensado ao processo qualquer cópia deste livro para embasar o levantamento de saídas, quando o fisco apontou as quantidades das três mercadorias saídas através da Nota Fiscal nº 1, Série Única.*
- 2. Embora não contestado, igualmente, não existe qualquer comprovação do estoque inicial e final.*
- 3. Quanto às entradas, a autuante apontou as notas fiscais nº 205, 206 e 207 para aquisições de gasolina (comum e aditivada) e óleo diesel e as de nº 205 e 207 para o*

álcool. Quando da impugnação, o defendente trouxe cópias dos citados documentos, além daqueles de nº 204 a 201. Na sua informação fiscal, a autuante não acolheu todas, tendo em vista as quantidades de aquisições nelas constantes. Nesta linha de raciocínio incluiu, igualmente, as de nº 205 a 207, que fizeram parte do levantamento fiscal. Neste momento vejo uma incongruência do fisco, uma vez que uns foram acatados, outros não, e na informação fiscal nenhum foi aceito. Ou seja, a autuante levou em conta no seu levantamento um documento com 300.000 litros de gasolina e não aceitou outro com 90.000 litros. Posteriormente não aceitou nenhum. Com esta situação, passo a Decisão.

O posto de combustível possui oito tangues com capacidade de armazenamento do combustível, assim distribuído, conforme levantamento realizado pelo fisco (fl. 21):

- . gasolina comum - 55.000 litros (tangues 1, 3, 5 e 7)*
- . gasolina aditivada - 25.000 litros (tangues 2 e 8)*
- . álcool - 15.000 litros (tange 4)*
- . diesel - 10.000 litros (tange 6)*

Pela Nota Fiscal nº 207, emitida em 31/12/02, foram adquiridos 210.000 litros de gasolina comum, 90.000 litros de gasolina aditivada, 10.000 litros de álcool e de diesel. Em 30/11/02 (Nota Fiscal nº 206) adquiridas: 131.500 litros de gasolina comum, 50.000 litros de gasolina aditivada, 10.000 litros de diesel. Em 31/10/02, compras de 195.000 litros de gasolina comum, 75.000 litros de gasolina aditivada (observe que embora exista um erro no documento fiscal no campo das quantidades (anotado o preço), este valor pode ser encontrado ao dividir o valor total pelo preço unitário), 15.000 litros de álcool e 10.000 litros de óleo diesel. Os documentos fiscais não considerados pela fiscalização (fls. 114/117) têm as mesmas características.

Analizando os documentos fiscais, percebe-se, claramente, que cada um foi emitido, sequencialmente, no final de cada mês. O mesmo acontecendo com os não considerados, conforme acima dito. Estes documentos não podem ser aceitos. Primeiro não é possível que um estabelecimento com capacidade para armazenar, por exemplo, 55.000 litros de gasolina comum em quatro tangues, tenha adquirido em um único dia 210.000 litros. Segundo, mesmo admitindo que este documento tenha sido emitido para cobrir as aquisições referentes ao total do mês, ele não pode ser aceito, principalmente pelo tipo de mercadoria comercializada, quando, além das determinações legais e de cunho geral para todos os contribuintes quanto a emissão de nota fiscal, existe uma legislação própria para seu transporte.

Assim, a autuante deveria ter solicitado os documentos fiscais que deram trânsito às mercadorias e não aceitar documentos fiscais com clara evidência de sua inidoneidade para a operação.

Ainda em relação às entradas, no levantamento elaborado pela autuante, as quantidades consignadas por nota fiscal não correspondem as que foram apresentadas como total de litros adquiridos. Analisando este levantamento, constatei que as quantidades de alguns documentos foram apresentadas como zero, embora tenham sido consideradas aquelas consignadas nas notas fiscais na sua totalização.

- 4. O preço médio unitário das mercadorias (gasolina, álcool e óleo diesel) foi apurado através da Nota Fiscal nº 207, que, pelos motivos acima expostos, não é documento idôneo para ser tomado como parâmetro.*

EXERCÍCIO DE 2003

1. *O levantamento fiscal no exercício de 2003 teve como data final o dia 18/9/03 (fl. 20), vez que o levantamento físico nesta data foi realizado. A autuante consignou nos seus papéis de trabalho o dia 31/10/2003, bem como no demonstrativo de débito do Auto de Infração. Esta situação foi ressaltada pelo impugnante. O fato poderia ensejar diligência para corrigir o equívoco, pois analisando as notas fiscais de entrada, o período tomado foi até agosto de 2003. Mas o problema não se resume a isto.*
2. *Não existe qualquer certeza quanto às quantidades das mercadorias entradas no estabelecimento.*
 - a) *No levantamento fiscal foi consignado, por exemplo (e esta situação se refere à todas as mercadorias), que houve entrada de 2.008.500 litros de gasolina. Da mesma forma como explanado para o exercício de 2002 muitos documentos fiscais ou estão com as quantidades zerados (exemplo: Nota Fiscal nº 334, 326, 325) ou foram considerados com quantidades inferiores àquelas indicadas (exemplo: Notas Fiscais nº 328, considerado 5.000 litros quando deveria ser 10.000 já que o levantamento englobou os dois tipos de gasolina). Entendendo que embora a autuante tenha consignado no levantamento a nota fiscal, porém não a tenha aceito ou a aceitou parcialmente, esta quantidade seria de 155.000 litros e não de 2.080.500 litros de gasolina.*
 - b) *Como outra situação, considerando todos as quantidades consignadas nas notas fiscais, a exceção da de nº 330 e 331, que estão zeradas no levantamento, este não passa de, mais ou menos, 1.400.000 litros de gasolina.*
 - c) *Embora a autuante, na sua informação fiscal, tenha afirmado que não poderia computar as notas fiscais, cujas cópias foram trazidas pela defesa, como exemplo as de nº 159, 160, 348, 347, 346, 345 e que não as utilizou no seu levantamento fiscal, todas, inclusive as que não analisou, fazem parte do procedimento fiscal e que se evidencia serem inidôneas .*
 - d) *Analisando os documentos fiscais (fls. 153/157), indicados no item c, tenho a expor as mesmas considerações que fiz quanto às notas fiscais do exercício de 2002. São documentos de numeração seqüencial e as quantidades nelas consignadas para a gasolina são irreais, tendo em vista a armazenagem dos tanques da empresa e da forma do transporte das mercadorias. E, neste ano, existe um agravante. A TVL Combustíveis e Lubrificantes Ltda, emissor dos documentos fiscais, teve sua inscrição estadual cancelada em 9/4/03 através do Edital nº 07/2003, somente regularizando sua situação em 13/8/03. Com exceção do de nº 160 e nº 345, todos os demais documentos são do período em que a empresa não poderia exercer qualquer comercialização, vez que cancelada e o documento considerado inidôneo pela legislação tributária estadual.*

Da mesma forma, a autuante deveria ter solicitado os documentos fiscais que deram trânsito às mercadorias e não aceitar estes documentos fiscais.

Embora tenha feito, neste momento, uma análise com a mercadoria “gasolina”, esta situação é também válida para o álcool e óleo diesel.

- e) *Outro agravante da situação é que observando a Nota Fiscal nº 000159 (fl. 153), e, por exemplo, o endereço do seu emissor (vendedor) - TVL Combustíveis e Lubrificantes Ltda, é o mesmo do autuado, ou seja, do comprador.*

3. *O preço médio unitário das mercadorias (gasolina, álcool e óleo diesel) foi apurado através da Nota Fiscal nº 160, que, pelo motivo acima exposto, não é documento idôneo para ser tomado como parâmetro.*

Diante da situação, O D. julgador da 1ª JF, apreciando as ponderações de mérito feitas pelo impugnante assevera que as mesmas deixam, neste momento, de serem apreciadas, pois o procedimento fiscal, na forma de como realizado, não permite qualquer certeza quanto à infração imputada, já que nos autos não existem elementos suficientes para a sua determinação.

Pelas razões de fato e de direito acima expostas, A Eg. 1ª JF, por Decisão unânime votou pela nulidade da ação fiscal, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) recomendando que seja repetido o procedimento fiscal salvo de falhas, em conformidade com o art. 21 do citado RPAF.”

Em seguida, a Eg. 1ª JF, recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

Verifica-se que na defesa inicial, a impugnante ataca o mérito da questão, contestando os levantamentos apresentados pela autuante informando que os produtos que comercializa foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme prova sua escrituração contábil e do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC. Em seguida, resumindo as infrações apontadas, afirmou que a autuante havia levantado números “mirabolantes”, desconhecendo o regime da substituição tributária, omitindo notas fiscais (de entrada e saídas) contabilizadas, bem como, documentos fiscais emitidos a seu favor que deixou de acolher. Deste modo, lhe imputou a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto sem levar em consideração que poderia ter havido erro na contabilidade, quando de sua escrituração.

No seu pedido, (fl. 37), o defendente, requer o direito de juntar documentos, a seu ver, imprescindíveis para robustecer sua defesa, pois, segundo alega: “*tais documentos não estão neste momento disponíveis.*”

Afirma, mais ainda, que os livros contábeis e as notas fiscais de entrada, bem como as de saídas, estarão à disposição do Fisco Estadual para conferência e constatação do engano quando da lavratura do Auto de Infração. (fl. 37).

O D. Julgador da 1ª JF, em decorrência das alegações defensivas e dos documentos acostados ao presente processo reconheceu os equívocos apontados pelo defendente acatando as provas apresentadas, portanto, apreciando o mérito, porém julgando o Auto de Infração Nulo, determinando, por essa razão que o procedimento fiscal fosse refeito.

Reside aí, a nosso entender, uma contradição, na medida em que o D. Julgador da 1ª JF fundamentou seu *decisum* numa linha de mérito e não decidiu na mesma linha, preferindo, ao final, julgar Nulo o Auto de Infração. Com a devida vênia, discordamos da Decisão, ora recorrida, por entender que a mesma é, de fato, contraditória.

Isto posto, entendemos que deve ser PROVIDO o presente Recurso de Ofício para anular a Decisão de Primeira Instância, a fim de que se efetue novo julgamento, com a apreciação do mérito da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida pertinente ao Auto de Infração nº 206903.0039/03-5, lavrado contra **GALÉS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento para proferir nova decisão.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Raimundo Ferreira dos Santos, César Augusto da Silva Fonseca, Tolstoi Seara Nolasco, Fauze Midlej e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO: Conselheiro José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2004.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

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