

PROCESSO	- A.I. N° 232856.0036/03-5
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MARSPETRO MARINGÁ SERVIÇOS PETRÓLEO LTDA. (POSTO E BAR MARINGÁ)
RECORRIDOS	- MARSPETRO MARINGÁ SERVIÇOS PETRÓLEO LTDA. (POSTO E BAR MARINGÁ) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2 ^a JJF n° 0150-02/04
ORIGEM	- INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET	- 29.07.04

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0179-12/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. I) OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS EFETUADAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Exigência subsistente apenas quanto ao último período; II) MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ICMS NORMAL. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte é responsável pelo pagamento do imposto normal, devido pelo fornecedor, e pelo antecipado, relativo às mercadorias, sujeitas à substituição tributária, recebidas sem documentação fiscal. Exigências subsistentes em parte, após as devidas correções; 2. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS, COM IMPOSTO ANTECIPADO, SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DE MULTA. Infração parcialmente subsistente, sendo devida a multa de 1% sobre o valor comercial. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, ora recorrente, e de Recurso de Ofício da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (2^a JJF), ambos tendo em vista a Decisão constante do acórdão indicado no preâmbulo, pela qual foi declarado procedente em parte Auto de Infração igualmente indicado na parte perambular deste relatório, lavrado em 09/12/03, para exigir crédito tributário no valor de R\$106.424,78, correspondentes aos valores de ICMS não recolhidos e multas propostas, tendo sido apontadas às infrações e multas a seguir:

1. falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$44.305,13, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998 a 2002;
2. falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$41.346,49, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias

sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 1998 a 2002;

3. multa, no montante de R\$248,84, por falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, nos exercícios de 1998 a 2002;
4. falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.822,47, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício aberto de 2003 (01/01/2003 a 08/10/2003);
5. falta de recolhimento do ICMS antecipado, no valor de R\$577,54, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no período de 01/01/2003 a 08/10/2003;
6. multa, no montante de R\$100,00, por falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, com data de ocorrência de 07/10/2003 e 08/10/2003;
7. multa, no montante de R\$ R\$18.024,31, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, decorrente da entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, inerentes aos exercícios de 1999 a 2001;
8. O autuado apresentara a defesa de fls. 195 a 206 do PAF, em que argüira como preliminares de nulidade do Auto de Infração, em razão do princípio do contraditório assegurado na Constituição Federal, o fato de sua lavratura ter sido procedida na própria SEFAZ, ou seja, fora do estabelecimento autuado, não dando oportunidade do autuado em oferecer suas justificativas, como também pela inexistência de intimações para esclarecimentos necessários, da origem ou das causas da falta de recolhimento ou diferenças. Quanto ao mérito da acusação, aduzira não ter havido a infração, uma vez que é necessário e imprescindível aos postos de combustíveis a aferição mínima diária dos equipamentos medidores do combustível, sendo que tais aferições não foram registradas no livro LMC por erro administrativo, sem intenção de fraudar a fiscalização. Também alegara que o próprio fiscal deixara de registrar e deduzir as aferições nas omissões de entradas, e que afastaria as infrações descritas a inclusão das aferições, conforme planilhas às fls. 207 a 214 dos autos; Apontou, também, as notas fiscais, às fls. 220 a 223, que não foram consideradas pelo autuante e do erro verificado nas páginas 16 e 17 do LMC, onde o autuante deixara de deduzir o volume de 41.593 litros de gasolina. Por fim, alegara que não foi observado pelo autuante, no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no dia 15/03/1999, que houve um defeito no registro medidor, cujo reparo alterou a seqüência numérica, e que, apesar de não haver contabilizado algumas notas, em face da falha administrativa, aduz que não houve qualquer prejuízo para o Estado, pois os impostos foram devidamente pagos com retenção na fonte, sendo que o autuante deixara de observar que as notas fiscais de nºs: 8887, 9074, 8888 e 9387, todas emitidas no exercício de 1999 pela Total Distribuidora Ltda, que foram lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 220 a 223), sendo indevida a multa, resultando em bi-tributação, que a legislação vigente reduziu para 1%.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 253 a 258 do PAF, cita o art. 38, inciso X, §1º do RAPF (§1º do art. 39), para demonstrar que não existe impedimento legal para que o Auto de Infração seja lavrado na SEFAZ, particularmente nas fiscalizações em estabelecimentos. Também

ressaltara não existir qualquer obrigação de se intimar o contribuinte para esclarecimentos, salvo se necessários para a boa execução das tarefas.

Quanto ao mérito, relativo à questão das aferições diárias, o autuante concordara quanto a tal obrigação por parte do contribuinte, tanto que na planilha de trabalho faz constar o campo para lançamento de todas as aferições procedidas. Porém, ressalta que todo o trabalho foi efetuado pelos documentos fiscais apresentados e as aferições que se encontram registradas no LMC foram devidamente consideradas e que deixava ao CONSEF a Decisão se tais valores deveriam ser considerados.

No tocante às Notas Fiscais de n^{os}: 9074, 8887, 8888 e 9387, o autuante reconhece que foram registradas, retirando-as da multa exigida no Auto de Infração, destacando que todas elas foram relacionadas nas entradas da auditoria do estoque, penalizando o contribuinte tão-somente com a respectiva multa. Também em relação à sequência numérica do medidor, alterada mediante reparo do encerrante, o autuante observou que tal fato deveria ser registrado no LMC, e que, após análise, verificara que as alegações do contribuinte estavam corretas. Por isso as acatara, refazendo a planilha de gasolina, consoante documentos às fls. 259 a 262 dos autos, e efetuando as correções relativa à Bomba 4, com o encerrante em 2883895, em 15/03/99, e no dia seguinte abre com 2925488.

Por fim, quanto à multa de 1% do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, alterada pelo Decreto n^º 8.868, de 05/01/2004, o autuante observou que, quando da elaboração do Auto de Infração a multa para tais casos era de 10% do valor comercial.

Assim, dissera aguardar que o Auto de Infração fosse julgado parcialmente procedente, no valor de R\$79.299,14, consoante Demonstrativo de Débito às fls. 261 a 262 dos autos.

Intimado a se manifestar acerca dos novos elementos anexados aos autos pelo autuante, o sujeito passivo apresentara nova manifestação, às fls. 265 a 267, na qual insistira para que o autuante reconhecesse as aferições, que estariam provadas através de “Boletim de Fiscalização da ANP”; “Aferição Periódica e Eventual do IBAMETRO”; “Boleto de Pagamento de Aferição do IBAMETRO”; “Boletim de Manutenção Preventiva dos Equipamentos”; “Laudo de Exame de Bomba Medidora para Combustíveis Líquidos – IBAMETRO” e “Certificado de Verificação dos Equipamentos Fornecidos pelo Instituto Nacional de METROLOGIA”, pois as aferições por uma falha administrativa teriam deixado de ser registradas no LMC.

Também alega que o autuante ao apresentar a Planilha e Demonstrativo de Cálculos, na coluna de Entradas, erroneamente mantivera as mesmas quantidades de produtos, não adicionando as notas fiscais de n^{os}: 9074, 8887, 8888 e 9387, o que penalizara o autuado como se houvesse omissão de entradas. Assim, anexa novas planilhas com os valores que considerara corretos, às fls. 268 a 274 dos autos.

Por fim, quanto à multa de 10%, observara que, com o advento do Decreto n.^º 8.868/04 não se justificava a imposição de multa superior a 1%, mesmo porque o processo se encontra sob julgamento.

O relator do processo em primeira instância – Dr. Fernando A. B. de Araújo – observou, preliminarmente, que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente.

Quanto às razões de defesa, observou o D. relator que o sujeito passivo comprovava a existência de equívocos ocorridos quando da execução dos trabalhos fiscais, relativos à imposição da multa de 10% sobre o valor comercial de mercadorias constantes de notas fiscais devidamente registradas, como também em razão da não observância da alteração da seqüência numérica do registro do medidor, quando da sua manutenção, os quais foram objeto de reconhecimento por parte do autuante e de correção nas suas novas planilhas, anexadas às fls. 259 a 260 dos autos, cujo Demonstrativo do Débito resultou no valor de R\$79.299,14 (fls. 261 e 262), não tendo pertinência a alegação de defesa (fl. 266) de que "... fora erroneamente mantida as mesmas quantidades de produtos não adicionando as notas fiscais acima mencionadas, o que penaliza o autuado como se houvesse omissão de entrada.", pois as notas fiscais de n.ºs: 9074, 8887, 8888 e 9387, foram devidamente consideradas no levantamento de entradas, conforme pode-se observar às fls. 40, 41 e 81 dos autos.

No que concerne à questão das aferições dos equipamentos medidores de combustíveis, não registradas no livro LMC, reconhecidas como erro administrativo sem qualquer repercussão, não deduzidas das omissões de entradas, entendeu o relator da 2ª JJF que não deveriam ser acolhidas as alegações defensivas, não só porque não foram registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), mas, principalmente, por entender ser necessário documentar com notas fiscais a operação de entrada dos volumes diários utilizados nas aferições aos respectivos tanques.

No que pertine à multa proposta, no montante de R\$18.024,31, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, (Infração 7), conforme notas fiscais constantes às fls. 133 a 189 dos autos, entendeu o relator que subsistiria apenas o montante de R\$1.802,43, correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, cujo imposto já havia sido pago por antecipação, consoante art. 915, XI do RICMS, alterado pelo Decreto nº 8.868/04, por ser pena mais benéfica para o contribuinte infrator.

Por fim, entendeu o D. relator que deveriam ser excluídos os valores relativos à multa pela omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem emissão de notas fiscais (Infração 3), mantendo-se apenas a relativa a outubro/03 (Infração 6), mesmo assim, no valor de R\$50,00, por não haver previsão legal para a exigência acumulada, devendo ser imposta apenas uma penalidade para todo período fiscalizado, consoante reiteradas decisões deste tribunal administrativo, neste sentido.

Ante o exposto, manifestou voto para que o Auto de Infração fosse considerado Procedente em Parte, no montante de R\$64.366,83, conforme demonstrativo de débito que elaborou, onde promove as correções necessárias, tendo o seu voto sido acolhido, à unanimidade, por seus pares. O autuado apresentou Recurso voluntário em que alega, pedindo que a Decisão da 2ª JJF seja reformada:

1. Preliminarmente, pede que todas as razões de defesa sejam novamente apreciadas e decididas com a fundamentação adequada para dar embasamento fático e jurídico à Decisão recorrida.
2. Alega o recorrente que o Auto de Infração fora lavrado na repartição fiscal o que demonstraria que o autuante não se dera ao trabalho de fiscalizar a empresa em seu estabelecimento, em desacordo com a doutrina, daí porque seria ineficaz e inválido e a lavratura no estabelecimento evita autos "por correspondência".

3. Alega não ter sido intimada para prestar esclarecimentos antes de lavrar o auto o que seria obrigatório pois após a lavratura qualquer tentativa de o descharacterizar resultaria inútil.

Alega que o autuante teria sido sucinto e genérico e que não teria sequer relatado os meses em que supostamente houvera falta de recolhimento do ICMS.

Alega também que sem os esclarecimentos do autuado não seria possível a lavratura do Auto de Infração, pois lhe faltariam subsídios e que tais informações evitariam a autuação.

No mérito o recorrente alega não ter cometido as infrações, que fez a aferição das bombas, pois sendo equipamentos elétricos e mecânicos está sujeito a alterações no seu funcionamento. Para dar suporte a suas alegações diz que juntara aos autos comprovantes de laudos e exames de manutenção preventiva e do INMETRO que comprovariam ter feito as aferições e a ausência de erro. Também alega que o autuante não registrara as aferições que o autuado teria feito, daí decorrendo a atuação.

Diz o recorrente que não pode ser apenada por não se configurar culpa direta ou dolo pelo seu funcionário não ter registrado as aferições no LMC, daí porque anexara planilha das aferições que confirmariam a inexistência de débito.

O recorrente repete as alegações já apresentadas na defesa inicial, inclusive aquelas já acolhidas pelo autuante e pela 2^a JJF chamando a atenção para a existência dos órgãos fiscalizadores que acompanham as atividades da empresa e insiste que o autuante não levara em consideração seus registros, apensando o autuado. Volta a chamar a atenção para as notas fiscais que indicara na defesa e que não teriam sido acolhidas e finaliza pedindo a reforma da Decisão para se julgar o Auto de Infração insubstancial.

Submetido o processo à PGE/PROFIS, a Ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro Costa opinou pelo improvimento do Recurso Voluntário afirmando que restou caracterizada a infração, que a alegação de nulidade pela lavratura fora do estabelecimento não pode ser acolhida porque atendidas as formalidades legais, que não há previsão legal para intimação da empresa antes da autuação, que cabe ao autuado desconstituir a prova resultante da auditoria de estoques e que as aferições que a empresa alega ter feito não foram comprovadas pelo recorrente.

VOTO

O Recurso Voluntário tem natureza nitidamente protelatória, pois repete alegações já consideradas no julgamento inicial, sem nada acrescentar de elucidativo que mereça acolhimento além de não trazer qualquer elemento probante das alegações aduzidas.

Quanto às alegações preliminares, o Auto de Infração pode e, até, deve ser lavrado na repartição fiscal. O que é imperioso é que o autuado ele receba cópia e tenha acesso aos demonstrativos e elementos de prova a ele anexados para que possa exercitar livremente seu direito de defesa. No caso em apreço, conforme fls. 192 e 193, o autuado foi intimada da autuação e ofereceu defesa tempestiva.

O autuante não está obrigado a intimar a empresa para apresentar esclarecimentos. A empresa foi intimada da autuação para pagar o crédito tributário ou oferecer defesa no prazo de 30 dias. Este é o momento para apresentar esclarecimentos. No caso em exame, o autuado ofereceu esclarecimentos que foram acolhidos pelo autuante e confirmados pela Junta de Julgamento Fiscal, reduzindo o valor do crédito reclamado.

A aferição das bombas de combustíveis implica na movimentação dos estoques, saída e retorno do combustível utilizados nas aferições, que deve ser escriturado no registro próprio, o que não é feito pelo autuado, revelando que não foram procedidas as aferições. Ou, se foram, o combustível não retornou aos tanques. Cabe ao contribuinte comprovar o ocorrido, não sendo provas suficientes as fiscalizações dos órgãos reguladores, que verificam a situação estática, num momento qualquer, mas não toda a movimentação dos estoques ao longo do período, o que foi feito pelo autuante.

As alegações de mérito foram adequadamente analisadas pela 2^a JJF, que acolheu as que foram acompanhadas de elementos de prova. Além disso a 2^a JJF promoveu a adequação da multa proposta.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, acolhendo o Parecer opinativo da Ilustre representante da PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 232856.0036/03-5, lavrado contra MARSPETRO MARINGÁ SERVIÇOS PETRÓLEO LTDA. (POSTO E BAR MARINGÁ), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.514,40**, sendo R\$32.618,02, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.077,47 e 70% sobre R\$16.540,55, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$29.896,38, acrescido das multas de 60% sobre R\$12.054,36 e 70% sobre R\$17.842,02, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$1.802,43**, sendo R\$1.765,83, atualizado monetariamente, e R\$36,60, com os respectivos acréscimos legais, além de **R\$50,00**, previstas, respectivamente, no art. 42, XI e XXII, da Lei nº 7.014/96.

Sala de sessão do CONSEF, 19 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

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