

PROCESSO - A. I. Nº 298965.0013/03-4
RECORRENTE - POSTO QUATRO RODAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0169-02/04
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 07/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0238-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA, ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. I) OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS EFETUADAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Penalidade 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 ao regime de substituição tributária recebidas sem documentação fiscal. Exigência subsistente em parte quanto ao imposto antecipado, após as devidas correções. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/03, para exigir ICMS e multas, nos valores de, respectivamente, de R\$ 17.296,48 e R\$ 100,00, em razão das seguintes irregularidades, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria:

1. Falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, nos exercícios de 2002. Foi indicada multa no valor de R\$ 50,00.
2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 16.162,06, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 2002.
3. Falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, no exercício aberto de 2003 (01/01/2003 a 31/10/2003). Foi indicada multa no valor de R\$ 50,00.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 946,61, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício aberto 2003 (01/01/2003 a 31/10/2003).

5. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 187,81, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, no exercício aberto 2003 (01/01/2003 a 31/10/2003).

A 2^a Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF N° 0169-02/04, julgou o Auto de Infração em lide procedente em parte. Foi excluída da autuação a multa indicada na infração 1 e reduzida a infração 2, para R\$ 7.046,11, uma vez que o autuante não exigiu do autuado o imposto, na condição de responsável solidário, devido pelo remetente da gasolina adquirida desacompanhada de documentação fiscal, assim como exigiu a maior o valor relativo antecipação tributária.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, fls. 100 a 105, alegando, preliminarmente, que a Decisão de 1^a Instância é nula por cerceamento de direito e por omissão na análise de esclarecimentos apresentados e na determinação de diligência. Diz que foi violado o disposto nos artigos 2º e 18, II, do RPAF/99.

Após afirmar que a argüição de inconstitucionalidade não foi apreciada pela 2^a JJF, explica que não solicitou a declaração de inconstitucionalidade, porém, no contexto dos autos, alegou que princípios constitucionais não estavam sendo observados.

Assevera que a JJF não apreciou o pedido de que, caso não fosse considerado o Auto de Infração improcedente, se descaracterizasse a multa aplicada, pois, no seu entendimento, o correto seria a imposição de multa por descumprimento de penalidade acessória. Também alega que, na Decisão recorrida, não foram consideradas as lições de juristas citadas na defesa.

Ressalta que não foi apreciado o pedido para que, caso descartado a possibilidade de afastamento da responsabilidade solidária do autuado, não se aplicasse a multa, pois a responsabilidade pelo não recolhimento do imposto, bem como da antecipação, seria da distribuidora. Invoca os artigos 112, do CTN, e 2º, do RPAF/99.

Afirma que as aferições não foram consideradas e que não pode emitir nota fiscal em decorrência dessas medições, já que não há circulação de mercadorias. Frisa que, nas operações com combustíveis, o ICMS já está embutido no preço de aquisição, pelo regime de substituição tributária. Diz que as distribuidoras têm que cumprir as suas obrigações tributárias e, ocorrendo a inadimplência dessas obrigações, o Estado deve lançar o tributo devido contra elas, e não contra o recorrente por responsabilidade solidária. Aduz que os seus livros Registro de Entradas e as notas fiscais atestam a omissão da fiscalização. Ressalta que as provas acostadas na defesa são contundentes e que a Junta de Julgamento deveria ter mandado verificar as mesmas. Menciona que não há negação da existência das notas fiscais e nem da escrituração delas, sendo a documentação fiscal tacitamente desconsiderada pelo autuante.

Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja reformada, julgando-se improcedente o Auto de Infração, ou que se aplique multa por descumprimento de obrigação acessória.

A PGE/PROFIS diz que, da análise dos autos, restou caracterizada a responsabilidade do recorrente pelos recolhimentos do ICMS, em razão da constatação de diferenças de estoque que comprovam a aquisição de combustíveis sem nota fiscal.

Quanto à preliminar de nulidade, afirma que a leitura da Decisão recorrida revela que o pedido de diligência, assim como as alegações de inconstitucionalidade, foram enfrentadas pela 2^a JJF. Aduz que a discordância com a Decisão não conduz a sua nulidade, e que toda a matéria de

defesa foi analisada. Diz que não houve cerceamento do direito de defesa do contribuinte e que não há motivo para a anulação da Decisão da 1^a Instância.

Assevera que a diferença de estoque apurada conduz à conclusão de que houve aquisição de combustível sem nota fiscal, o que caracteriza a falta de pagamento anterior do imposto, porém o recorrente não traz aos autos provas de que o imposto foi recolhido. Diz que toda a movimentação de combustível é registrada no LMC e, se havia erros no citado livro, cabia ao recorrente demonstrá-los e prová-los por meio de notas fiscais, livros, etc. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois, na Decisão recorrida, não houve o alegado cerceamento do direito de defesa e nem omissão na análise de esclarecimentos e na determinação de diligência, conforme passo a demonstrar.

Quanto ao pedido de diligência, não assiste razão ao recorrente, uma vez que, na defesa interposta (fls. 32 a 43), não há tal solicitação. No primeiro parágrafo da fl. 43, o autuado diz: “*Esclareço 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*”. Ora, esse esclarecimento não se confunde com uma solicitação de diligência e, além disso, trata-se de um esclarecimento desnecessário, pois apresentar livros e documentos ao fisco, quando regulamente solicitado, é uma obrigação tributária acessória prevista no RICMS-BA. Ao deixar de abordar esse esclarecimento, o relator não incidiu em nenhuma omissão.

Com fulcro no art. 145 e 147, I, “a”, do RPAF/99, afasto a hipótese de realização de diligência, uma vez que a necessidade e a solicitação de diligência não estão devidamente fundamentadas nos autos, e os elementos existentes no processo são suficientes para o deslinde da questão.

Do mesmo modo, não pode prosperar a alegação de que não foram abordadas as questões de constitucionalidade da legislação tributária. Primeiro, porque a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99. Segundo, porque, como o próprio recorrente admite, tais alegações foram feitas dentro do contexto da defesa; dessa forma, considero que, dentro do contexto do voto, o relator da Decisão recorrida abordou tais questões ao manter a autuação.

Relativamente às lições de juristas transcritas na defesa, não há como acolher a alegação do recorrente. A doutrina citada na defesa, quando há disposição expressa de lei sobre a matéria, serve apenas para embasar a tese defensiva, porém não necessita que, obrigatoriamente, seja analisada e rebatida, como entendo o recorrente.

No que tange ao pedido para que as multas aplicadas sejam descaracterizadas, também não assiste razão ao recorrente, pois o equívoco na aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória foi corrigido pela Junta de Julgamento Fiscal, ao passo que a multa por descumprimento de obrigação principal não é da competência da 1^a Instância e depende de requerimento específico, nos termos da legislação tributária estadual.

No mérito, observo que os argumentos defensivos pertinentes às aferições, aos alegados erros nas entradas e saídas, bem como ao regime de substituição tributária aplicada às mercadorias, já foram todos devidamente rechaçados pela 1^a Instância. Ademais, no Recurso Voluntário, o recorrente não trouxe aos autos nenhum elemento novo capaz de modificar a Decisão recorrida.

Em face do comentado acima e em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, considero que a Decisão recorrida está correta e deve ser mantida em sua totalidade.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298965.0013/03-4, lavrado contra **POSTO QUATRO RODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.180,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.233,92 e 70% sobre R\$946,61, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Recomendação para instaurar novo procedimento fiscal, em relação ao exercício de 2002, na forma indicada pela 2^a JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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