

PROCESSO	- A. I. N° 108875.0011/03-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BURACICA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS	- BURACICA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0275-02/04
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 25.11.2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0313-12/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. A JJF deixou de apreciar o pedido de redução de multas abordado pelo sujeito passivo, na sua peça impugnativa. Incumbe, portanto, ao órgão prolator da Decisão recorrida promover o saneamento do feito e proferir nova decisão a salvo de incorreções, em relação às infrações 1, 3 e 4. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face à Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 108875.0011/03-2, lavrado em 10/11/03, para exigência de crédito tributário relativo ao ICMS às multas no valor de R\$264.994,70, conforme documentos às fls. 12 a 305 dos autos, apurado através:

1. das multas, no montante de R\$209,13, pela falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias não tributáveis, constatada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 1998, 1999, 2000, 2001 e 2003;
2. da falta de recolhimento do ICMS, no montante de R\$205.603,21, apurado através de auditoria de estoque, relativo aos exercícios de 2000 a 2002 e ao período de 01/01/2003 a 17/09/2003, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
3. da multa, no total de R\$1.010,00, por não ter apresentado, quando regularmente intimado, o LMC relativo a 1998 e 1999, além dos Livros de Entradas e Saídas de 2000 a 2003;
4. da multa, no valor de R\$140,00, por ter apresentado os Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC) sem autenticação;
5. da falta de recolhimento do ICMS antecipado, no montante de R\$58.032,36, relativo aos exercícios de 2000 a 2002 e ao período de 01/01/2003 a 17/09/2003, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada através da aludida auditoria de estoque.

O sujeito passivo apresentara peça impugnatória às fls. 309 a 323 do PAF aduzindo inicialmente que apesar de não concordar com as acusações que lhe foram imputadas, resolveria quitar os débitos relativos às infrações 1, 3 e 4, limitando a lide apenas às infrações 2 e 5 do Auto de Infração.

Entendera a impugnante que o agente fiscal autuante deveria efetuar uma diligência fiscal junto ao único fornecedor do autuado, Petrobrás Distribuidora S/A, no sentido de apurar a verdade material e confirmar a entrada das mercadorias relativas a todas notas fiscais não apresentadas em razão da perda quando do seu arquivamento, porém escrituradas. Aduzira que a fiscalização concluiria de forma equivocada e que o Auto de Infração seria improcedente por conter uma série

de nulidades jurídicas, bem como por decorrer de violação às normas jurídicas e direitos adquiridos do contribuinte.

Em relação às infrações 2 e 5 do Auto de Infração, aduzira o autuado ser insuficiente a presunção de entrada de mercadoria tributada sem a devida escrituração, por não haver qualquer entrada de produto desacompanhada de documento fiscal e juntara cópia de notas fiscais que foram desconsideradas pelo Autuante, às fls. 332 a 631 dos autos, ressaltando que todas as mercadorias foram fornecidas pela PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, conforme relação de todas as notas fiscais que deram entrada no seu estabelecimento (fls. 633 a 726). Assim, concluira o autuado que mesmo não apresentados os documentos foram relacionados e poderiam ser averiguados junto ao fornecedor, verificação que entende ser dever da Fazenda Estadual no sentido de se buscar a verdade material e comprovar o recolhimento do tributo por quem de direito. A defendente alegara que a solidariedade somente lhe poderia ser imputada se o responsável tributário fosse desconhecido ou não tivesse cumprido com sua obrigação, o que não teria ocorrido. Requerera diligência fiscal junto ao seu fornecedor a fim de constatar a verdade material dos fatos e a incoerência da exigência.

O autuado também atribuía as diferenças quantitativas encontradas, ao fato do autuante não atentar para a alta capacidade de evaporação dos combustíveis, o que pode ocorrer no processo de transporte, armazenagem, especificação, etc. pois, sem considerar as perdas jamais não se obterá um fechamento harmônico no cálculo, tornando insegura a imputação fiscal. Citara doutrina, jurisprudência do CONSEF e requerera revisão do lançamento fiscal, bem como verificação das notas fiscais citadas e não apresentadas, junto ao seu fornecedor e no sistema de arrecadação da SEFAZ.

O autuante, em informação fiscal às fls. 729 a 730 dos autos, dissera que no período de 17/09/2003 a 21/10/2003, data da primeira e sexta intimações, o contribuinte teve oportunidade de oferecer à fiscalização os dados e informações que eliminassem possíveis dúvidas e imprecisões no resultado final da auditoria. Ressalta que o Auto de Infração está fundamentado na legislação do ICMS e baseado no SAFA. Assim, conclui que as alegações do autuado são infundadas, do que ratifica todo procedimento fiscal.

Por Decisão da 2ª JJF, o processo foi convertido em diligência, por duas vezes, ao autuante para produzir nova informação fiscal acerca das razões de defesa do impugnante, de forma a abranger todos os aspectos da defesa apresentada, conforme preceitua a legislação, como também considerar as notas fiscais de aquisição de combustíveis não arroladas na auditoria de estoque procedida, apresentando novos demonstrativos sobre as infrações 2 e 5 do Auto de Infração.

O autuante embora entenda que o fato do autuado quitar a multa relativa à omissão de saída de mercadorias, ocorrida sem emissão de documento fiscal, já validaria todos os demais procedimentos do Auto de Infração, quanto a alegação de perdas, dissera que o defendente não a fundamentara com argumentos técnicos e registros fiscais contábeis. Quanto ao pleito do sujeito passivo para a fiscalização buscar a identificação do responsável pelas infrações, registra que a legislação lhe imputa as responsabilidades, conforme o enquadramento indicado no Auto de Infração. Contudo, em cumprimento à diligência solicitada, apresentou novos demonstrativos às fls. 741 a 775 dos autos, nos quais a exigência fiscal do item 2 fica reduzida de R\$ 205.603,21 para R\$13.974,16, e a relativa à infração 05 de R\$ 58.032,36 para R\$9.356,73, acrescido da multa fixa de R\$50,00, quanto à infração 1, em consequência da reversão das omissões relativas ao exercício de 2002.

Intimado para se pronunciar sobre os documentos acostados à informação fiscal, o autuado apresentara nova manifestação, às fls. 782 a 790 do PAF, onde afirmara que o fato de quitar a multa relativa à primeira infração, por sua conveniência, não implica em reconhecimento tácito desta ou das demais exigências e que a multa poderia ser cancelada com fundamento no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação às infrações 2 e 5 do Auto de Infração, insistira a defendente que o autuante deveria apurar os valores reais escriturados, considerando coeficientes de perdas, aferições e sobras do produto comercializado, previstos na legislação vigente, bem como as provas documentais que demonstram ter um único fornecedor, capaz de confirmar que em momento algum foi sonegado tributo estadual, uma vez que todas as entradas são provenientes da PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A. Insistira ser dever do fisco, nos termos do art. 320 do RICMS, confirmar a veracidade das informações junto ao fornecedor, que como contribuinte do ICMS possui todas as notas fiscais e recolhimentos registrados pelo próprio banco de dados da SEFAZ. Por fim, requerera que o Auto de Infração fosse julgado nulo e/ou improcedente.

O autuante em nova manifestação à fl. 798 dos autos, disse que o contribuinte não apresenta elementos novos que pudessem destituir a exigência fiscal e manteve a ação fiscal.

O relator do processo em primeira instância, Julgador Fernando Araújo registrou em seu voto:

“Da análise das razões de defesa, observo que o sujeito passivo apresenta provas documentais as quais foram analisadas e acatadas pelo Autuante, quando da sua informação fiscal, reduzindo o montante das exigências relativas às infrações 2 e 5 do Auto de Infração, únicas objeto de impugnação. Assim, a lide se restringe apenas a tais infrações.

Inicialmente, deve-se registrar 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, sendo realizado dentro dos ditames legais, contendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações e o infrator, proporcionado ao sujeito passivo amplo direito de defesa, o qual exerceu de forma plena, contudo sem destituir o crédito tributário exigido em sua totalidade, cujo valor remanescente está fundamentado em demonstrativos sintéticos e analíticos (fls. 741 a 775), resultantes das provas documentais trazidas aos autos pelo defensor.

Quanto ao mérito, verifico que o sujeito passivo, quando do seu último pronunciamento, não apresentou qualquer documento, levantamento ou demonstrativo que viesse a contradizer os números remanescentes apurados. Deve-se ressaltar que a auditoria de estoque é procedida através de documentos fiscais. Assim, não restou comprovado qualquer equívoco, inclusive no que diz respeito a “aferição”, por falta de prova documental do efetivo retorno dos volumes.

No tocante as perdas por evaporação, verifico que tal circunstância ocorre tanto nas saídas quanto nas entradas, cujo efeito ocorre em maior proporção tendo em vista a conclusão total da operação, o que agravararia ainda mais a diferença apurada nas entradas.

Portanto, diante das provas documentais trazidas aos autos, elidindo parcialmente as acusações fiscais, entendo correto os novos valores exigidos, constante à fl. 741 dos autos, sendo R\$13.974,16, relativo à segunda infração, e R\$9.356,73, à quinta infração, permanecendo os valores relativos às demais exigências.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$24.690,02.”

A 2^a JJF, em Decisão unânime acolhendo o voto do relator, declarou Procedente em Parte o Auto de Infração, acolhendo as reduções promovidas pelo autuante em relação ao imposto exigido nas infrações indicadas nos itens 2 e 5 do Auto de Infração e recorreu de ofício para uma das Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão o autuado interpôs Recurso Voluntário em que alega que a Junta de Julgamento Fiscal deixara de avaliar seu pedido de cancelamento da multa, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que o art. 4º da Lei nº 3.956/81 não passa pelo crivo da discricionariedade do administrador quando não tenha ele prova de que tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação e quando os atos infracionais não tenham implicado em falta de pagamento, podendo as multas serem aplicadas de modo mais ponderado, tendo em vista que, sendo as

mercadorias isentas ou não tributadas, não houve falta de pagamento do imposto e não houve simulação ou má-fé. Assim o recorrente requer que esta câmara analise o pedido relacionado à desconsideração ou redução das multas decorrentes de descumprimento de obrigação acessória e tendo em vista ser esta a primeira autuação do recorrente.

Insistiu o recorrente no fato de que foram desconsideradas notas fiscais que, embora não apresentadas, foram escrituradas, que foram emitidas por um único fornecedor e que constariam dos bancos de dados da própria SEFAZ e dos seus registros contábeis e da sua fornecedora, entendendo ser dever do Estado ir em busca da prova de suas alegações junto a sua fornecedora, nos termos do art. 320 do RICMS. Alega que não quer transferir a terceiro responsabilidade por uma suposta infração, cita doutrina, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e pede a nulidade do Auto de Infração.

Alegando equívoco na Decisão recorrida quanto ao percentual de perdas por evaporação, insiste em que elas ocorrem em percentuais superiores a 0,6%, índice adotado para facilitar a fiscalização do ICMS e que cabe ao fisco adotar o coeficiente de perdas por exigência legal.

Por fim pede que o Auto de Infração seja julgado Nulo e/ou Improcedente, seja pela falta de busca da verdade material e pelos erros do levantamento, seja por não serem consideradas as perdas, seja por não ter sido considerado na Decisão recorrida o seu pedido de redução ou desconsideração das multas. Se não acolhida a nulidade pede revisão fiscal com base nas suas arguições recursais e requer o atendimento a todos os pedidos formulados em sua peça recursal.

Na assentada de julgamento a Dra. Maria Dulce Costa representante da PGE/PROFIS, considerando que a empresa trouxera grande quantidade de julgamento propôs a conversão do processo em diligência para que a Secretaria da Fazenda promova junto à Petrobrás, mediante ofício, a busca da verdade material em relação às notas fiscais escrituradas, porém não apresentadas pelo autuado.

VOTO

Voto pelo acolhimento da nulidade da Decisão apenas em relação ao pedido de pagamento das multas com redução, porque efetivamente não foram objeto de análise e Decisão no julgamento do processo em Primeira Instância administrativa, devendo o processo retornar para o exame e Decisão apenas dessa matéria.

Quanto à questão prejudicial trazida a julgamento por proposição da PGE/PROFIS, relativa à necessidade de nova diligência para produção de prova que cabe efetivamente ao sujeito passivo, entendo que houve preclusão do direito do autuado de fazer a referida prova, tendo em vista que diversas vezes intimada (7 vezes) não produziu a prova por inteiro e não demonstrou que efetivamente ocorreu o seu perdimento. Aliás, tendo informado que houvera o perdimento, juntou grande parte dos referidos documentos, o que revela não ser inteiramente verdade a alegação de perdimento. Por outro lado, entendo que não cabe ao Estado exigir dos fornecedores dos sujeitos passivos autuados a produção de provas em que sejam parte, impondo-lhes custos a que não estão obrigados, senão em última hipótese de busca da verdade material, sob pena de estimular-se os contribuintes a deixarem de produzir as provas a que estão obrigados para que o Estado os substitua neste mister. Ante o exposto voto pela não conversão do processo em diligência.

VOTO DISCORDANTE

Peço *venia* para divergir do ilustre relator, Consº César Augusto da Silva Fonseca, pois entendo ausente neste processo a nulidade suscitada na assentada de julgamento, pelas razões abaixo expostas.

À fl. 331 do PAF, o contribuinte formula pedido específico de elaboração dos cálculos do montante do débito em relação às infrações 1, 3 e 4 e reduções das multas respectivas. Este pedido foi dirigido ao órgão preparador do processo, no caso, a Inspetoria Fiscal. Logo, não

estava inclusa, na postulação dirigida ao órgão julgador de 1^a Instância, a redução ou exclusão de multas por descumprimento de obrigações acessórias ao apelo da ausência de dolo, fraude ou simulação. O pedido dirigido à Junta de Julgamento se restringiu às infrações 2 e 5, relacionadas ao levantamento de estoques de combustíveis e respectiva antecipação tributária.

A Junta de Julgamento Fiscal, corretamente, só apreciou a matéria impugnada pelo sujeito passivo.

Entretanto, no Recurso Voluntário (fls. 814 e 815 do PAF), o contribuinte formula novo pedido, em relação às infrações 1, 3 e 4, de dispensa da multa, com base no art. 46, § 4º do COTEB (Lei nº 3.956/81), alegando que não incidiu na prática de dolo, fraude ou simulação e que sua conduta não implicou em falta de recolhimento de tributo. Houve inovação no Recurso Voluntário quanto à postulação, pois a matéria suscita nesta 2^a Instância pode ser apreciada pelo colegiado da Câmara de Julgamento Fiscal, não havendo necessidade que a mesma tivesse sido pré-questionada na JJF.

Assim, inexiste a nulidade argüida pelo Sr. relator, pois a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal apreciou todas as questões de fato e de direito apresentadas pelo sujeito passivo na impugnação administrativa.

Voto, portanto, pelo afastamento da NULIDADE processual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente aos itens 1, 3 e 4 do Auto de Infração nº **108875.0011/03-2**, lavrado contra **BURACICA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E ALIMENTOS LTDA.**, devendo o presente PAF ser encaminhado a Primeira Instância para a adoção de medidas saneadoras e proferir novo julgamento.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, Álvaro Barreto Vieira e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

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