

PROCESSO	- A. I. Nº 017464.0031/03-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARIOCA - COMÉRCIO DE PRODUTOS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS	- CARIOCA - COMÉRCIO DE PRODUTOS E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0360-04/04
ORIGEM	- INFRAZ ILHÉUS
INTERNET	- 31.01.05

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0384-12/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Houve a diminuição do débito reclamado em relação aos dois itens acima indicados tendo em vista revisão do lançamento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Afastada a nulidade suscitada. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, e exige pagamento de imposto no valor de R\$269.253,38, acrescido de multas, em decorrência de:

1. *Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias – álcool e gasolina (exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001) - R\$141.008,88;*
2. *Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria – álcool e gasolina (exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001) - R\$131.695,38;*
3. *Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias – óleo diesel (exercícios de 1998, 1999 e 2000) - R\$127.877,28;*
4. *Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante*

levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria - óleo diesel (exercícios de 1998, 1999 e 2000) - R\$71.214,86.

O autuado, por seu advogado, apresentou sua defesa, observou equívoco na quantidade de uma determinada nota fiscal e sustentou que no levantamento não foram consideradas diversas notas fiscais de aquisições, citando cada uma delas e por produtos, e anexou cópias das mesmas.

Afirmou também que diversos documentos fiscais haviam sido extraviados e aguardava ainda as cópias solicitadas aos seus fornecedores e, por isso, solicitava prorrogação do seu prazo de contestação.

Aduziu que nos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001 houve transferências de estoques de combustíveis para sua filial que deixou de funcionar em 2001 e que todo o estoque ali existente fora transferido para o estabelecimento autuado e, diante da inexistência de vedação legal que proíba qualquer transferência, as entradas não escrituradas foram os estoques da sua filial.

Contestou a multa aplicada e, no final, requereu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação, acatando em parte os argumentos defensivos e refez o levantamento fiscal.

Intimado para tomar conhecimento da modificação, o autuado aditou sua defesa com cópias reprográficas das notas fiscais que entendeu não terem sido consideradas no procedimento da fiscalização.

Chamado a tomar conhecimento do aditamento da defesa, o autuante apenas apôs o seu ciente.

Analisando as razões da defesa e os documentos apensados, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela realização de diligência para que a autuante os analisasse e declinasse os motivos de não ter os considerados quando da primeira manifestação do sujeito passivo.

A autuante atendeu o solicitado e indicou, nota a nota, aquelas que não haviam sido apresentadas quando da fiscalização e nem tampouco quando da primeira manifestação do impugnante e refez o levantamento fiscal, reduzindo o valor da exigência.

Chamado para tomar conhecimento da modificação do débito, o autuado contestou a revisão efetuada pela autuante, reafirmando que diversas notas fiscais de entradas continuavam a não serem consideradas, disse que das muitas notas fiscais extraviadas ainda não havia conseguido, junto aos fornecedores, as segundas vias. Porém, como as mercadorias autuadas estão sob o regime da substituição tributária, com imposto recolhido na fonte, não existiu falta de recolhimento do imposto, mas somente extravio de documentos.

Reafirmou a questão das transferências entre o posto autuado e a sua filial e que não existe vedação na constituição de sua sociedade comercial de serem realizadas transferências.

Atacando o dispositivo legal da multa aplicada, a entendendo em desacordo com a realidade fática, requereu, novamente a improcedência da autuação invocando o princípio da boa-fé.

A autuante prestou nova informação fiscal afirmando que todas as considerações foram analisadas e acatadas no que tinham de pertinentes.

O ilustre relator da Decisão de Primeira Instância fundamentou a sua Decisão com os seguintes argumentos:

“O sujeito passivo disse que como as mercadorias levantadas estão enquadradas no regime da substituição tributária, o imposto já havia sido recolhido. A presente cobrança caracterizaria bitributação. De fato, estando as mercadorias autuadas sujeitas ao regime da substituição tributária, o pagamento do imposto deve ser recolhido por antecipação tributária pelas distribuidoras, 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, consequentemente, inexiste

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. Em sendo assim, não posso aceitar tal alegação, bem como acatar o argumento do deficiente de que aqui existe bitributação.

Foram anexadas aos autos, pelo sujeito passivo, inúmeras notas fiscais de entradas. Quando da sua primeira manifestação, a autuante considerou várias e outras não. Não declinou o motivo de assim proceder. O autuado rebateu a revisão feita pela fiscal autuante e anexou mais documentos fiscais, que não foram apreciados pela fiscal. A 1ª JJF, visando o correto julgamento da lide, mais uma vez diligenciou o PAF à fiscal para nova análise. Desta feita houve uma análise acurada de todos os documentos apresentados, sendo declinado os motivos para seus não acatamentos, que, em resumo, foi por já terem sido anteriormente consideradas, ou quando da fiscalização ou quando da primeira revisão. Diversos documentos foram acatados e foi refeito, mais uma vez, o levantamento fiscal. O impugnante não aceitou, novamente, esta revisão, afirmando que as notas fiscais, em sua totalidade, não haviam sido apreciadas. No entanto, não declinou nenhuma delas, o que me leva a não aceitar mais suas ponderações. Observo que duas diligências foram feitas. Se, acaso, houve alguma falha, esta não foi indicada. É necessário, para desconstituição do lançamento, a prova concreta. Os documentos estão de posse do impugnante, os levantamentos de igual forma. Este Colegiado não pode, e não deve, procrastinar decisões por falta de indicação efetiva de erro dito existente sem sua indicação, ainda mais, aliado ao fato de que buscou a verdade na lide.

Quanto à dilatação de prazo para entrega de novas notas fiscais, ditas extraviadas, e que não puderam ser apensadas aos autos pelo fato dos fornecedores não as ter entregado ao autuado, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2003, o autuado tomou a sua ciência em 30/12/2003 e neste momento já nos encontramos em setembro de 2004. Tempo houve mais do que suficiente para que esta providência fosse efetivada.

O outro argumento foi sobre as transferências, ditas existentes, entre o autuado e sua filial, realizadas sem documentação fiscal. Realmente não existe vedação legal para que sejam realizadas transferências. Porém, ressalto que o art. 14, da Lei nº 7.014/96 determina que é autônomo, para efeito do pagamento do ICMS, cada estabelecimento do mesmo titular (§ 2º). Em sendo assim, uma transferência corresponde a uma venda, mesmo simbólica, e por isto, existe a obrigação da emissão de documento fiscal. O argumento de que o estabelecimento matriz e o filial são vizinhos não tem o condão de desconstituir o mandamento legal. O contribuinte deveria ter emitido notas fiscais de transferência para prová-las. Não o fazendo, não se tem a prova do seu procedimento, como afiançou, e, muito menos, das quantidades também ditas transferidas. O fato da filial do estabelecimento ficar sem atividade entre 2001 a 2003 não prova tais transferências. E, como a autuação no exercício de 2001 se restringiu à mercadoria gasolina e não ao álcool e óleo diesel, que nos exercícios de 2002 e 2003 não houve autuação e tendo em vista, após última revisão fiscal, que a mercadoria gasolina apresentou omissões de saídas e não de entradas em 2001, falece de eficácia este argumento.

Quanto à quantidade do álcool consignada na Nota Fiscal nº 742 que a autuante havia lançado a quantidade de 5.000 litros de álcool, quando da verdade somente seriam 2.000 litros, embora ela não tenha expressado a retificação no corpo de sua informação fiscal, ao refazer o levantamento dos estoques saneou o problema, conforme se verifica às fls. 9 e 725 dos autos (passou de 66.500 litros para 63.500 litros).

Por derradeiro, a multa foi corretamente aplicada conforme as determinações da Lei nº 7.014/96”.

O recorrente, por seu advogado, interpôs Recurso Voluntário inicialmente afirmando que houve cerceamento de defesa no *decisum* ora atacado, tendo em vista que lhe negou a produção de prova requerida, em total desarmonia ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Aduz que argumentara na sua impugnação que havia um impedimento de colacionar as notas fiscais que comprovariam o recolhimento do tributo por antecipação tributária, tendo em vista o extravio delas e que a Decisão ora guerreada justificou o indeferimento da dilação do prazo, com base no tempo que decorreu da autuação até aquele julgamento, mas alega que em nenhum momento o recorrente fora intimada da dilação do prazo requerido para colacionar as referidas notas fiscais, o que por si só constituiria em nulidade processual e já em Decisão de mérito fora negada a dilação probatória sem que o órgão de primeira instância concedesse o prazo para apresentação dos documentos essenciais à comprovação do recolhimento do ICMS por antecipação.

Em apoio à nulidade argüida, disserta sobre o princípio da verdade material e a aplicação da ampla defesa em sentido amplo, trazendo lições do Prof. José Artur Lima Gonçalves e do Prof. Geraldo Ataliba e do Prof. Iso Chaitz Scherkerkewitz, este em relação à necessidade de que na base da presunção deva existir um fato provado e certo.

Explana sobre o princípio da vedação ao confisco citando e transcrevendo opiniões de tributaristas sobre o tema sem, contudo, estabelecer a relação com a autuação ou a Decisão recorrida.

Expressa o seu entendimento sobre a limitação para a imposição de penalidades pecuniária, haja vista o caráter confiscatório da penalidade aplicada que, se tivesse boa vontade de pagar o débito cobrado pelo fisco, levaria a sua vida inteira trabalhando sem comer e sem beber para liquidar o seu pseudo débito.

Cita e transcreve opiniões dos Mestres sobre o assunto. Entende que multas exorbitantes, em percentuais acima de 30%, pisoteiam o princípio da capacidade contributiva e infringem o art. 150, IV, da Constituição Federal. Aponta decisões dos tribunais superiores que, ao seu ver, fulminariam a arbitrariedade praticada pelo Fisco no Auto de Infração ora guerreado.

Pede, assim, a reforma da Decisão recorrida para que seja reconhecida a nulidade processual argüida, por cerceamento de defesa e que os autos retornem à Junta de origem para que a mesma reabra o prazo para juntada das respectivas notas fiscais de entrada de mercadorias, e após julgue o feito com base nos documentos a serem colacionados, bem como reduza a multa aplicada para 30% do valor apurado após a juntada dos documentos fiscais a serem apresentados.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, após analisar os autos verifica que o Recurso Voluntário interposto pela autuante alega cerceamento do direito de defesa, pois foi negada pela ilustre JJF a reabertura do prazo para juntada de documentos e ofensa ao princípio da busca da verdade material, mas que não resta caracterizada qualquer nulidade de julgamento nesse sentido, o mesmo fora realizado observando os prazos legais, foi deferida e realizada diligência que considerou todos os argumentos e documentos de defesa, reduzindo o valor do débito original, ademais o autuado até agora em Recurso Voluntário não apresentou qualquer documento novo.

Observa ainda que o recorrente explana sobre a vedação ao confisco, mas não aduz sua relação com a autuação ou com o julgamento, portanto, não sabe de que forma refutar essas acusações.

Com relação à limitação para imposição de penalidade, observa que as multas impostas estão corretas e conforme a legislação fiscal e não se configura as situações que ensejam a sua dispensa ou redução.

Conclui a Douta Procuradora que a única manifestação inteligível é no sentido de que a JJF não acatou suas provas nem deferiu o pedido de juntada a posterior de novas provas, o que entende não restar comprovadas, eis que toda a documentação constante dos autos foi analisada pelo julgamento recorrido e realizada diligência, a qual fora sobejamente fundamentado e acatada pelo julgador que reduziu o valor do débito. Assim, em que pese o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação deste Conselho de Fazenda, entende que as

razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Motivo pelo qual entende que não deve ser provido o Recurso.

VOTO

Em relação ao Recurso de Ofício entendo que a Decisão recorrida está correta, porque a revisão do valor da exigência está lastrada no resultado da segunda diligência realizada pelo próprio autuante que considerou parcialmente as razões da Defesa, em face dos documentos apresentados.

No tocante ao Recurso Voluntário verifico que o recorrente cinge-se à alegação de nulidade da Decisão recorrida porque haveria cerceamento de defesa, tendo em vista que lhe negaram a produção de prova.

Ora, verifico que ao contrário do que afirma o recorrente, houve várias oportunidades para que o contribuinte procedesse a juntada dos documentos fiscais que porventura dispusesse, inclusive, no presente Recurso Voluntário, posto que, embora a produção das provas deva ser providenciada por ocasião da impugnação do lançamento, em qualquer outro momento do andamento do processo administrativo fiscal, documentos podem ser colacionados aos autos e produzem seus efeitos.

Assim, afasto a nulidade suscitada por não constatar nenhuma violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, uma vez que, conforme aponta a Douta Procuradoria, o julgamento da impugnação foi realizado observando os prazos legais, foi deferida e realizada diligência que considerou todos os argumentos e documentos de defesa, tendo, inclusive, reduzido o valor do débito original.

Em relação à questão da multa aplicada, que o requerente entende exorbitante, trata-se de uma questão que transcende à competência deste Conselho em face de existir previsão legal para a sua aplicação, razão porque deixo de analisá-la.

Assim, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário apresentados.

Finalmente, com arrimo no § 3º, art. 164, do RPAF/BA, requeiro a retificação do erro constante na resolução pertinente ao Acórdão nº 0360-04/04, que originou os recursos ora examinados, no sentido que seja excluída da referida resolução a indicação da multa no valor de R\$50,00, vez que a mesma não integra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 017464.0031/03-0, lavrado contra **CARIOCA - COMÉRCIO DE PRODUTOS DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$269.253,38**, sendo R\$161.793,58, atualizado monetariamente, acrescido da multa 70% sobre o valor de R\$95.857,31 e 60% sobre o valor de R\$65.936,27, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$107.459,80, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$64.703,41 e 60% sobre R\$42.756,39, previstas no art. e lei acima citados e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS