

PROCESSO - A. I. Nº 232946.0002/04-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO DE COMBUSTÍVEIS NOTA 1000 LTDA.
RECORRIDOS - POSTO DE COMBUSTÍVEIS NOTA 1000 LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0302-02/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 25.11.2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0395-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO POR SOLIDARIEDADE. Imputações em desacordo com as normas legais. Itens nulos. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. **a)** MATERIAL DE CONSUMO **b)** ATIVO FIXO. Infrações não impugnadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor das mercadorias não escrituradas. Revistos os cálculos da penalidade. Infração parcialmente subsistente. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em parte o Auto de Infração em referência para exigir ICMS decorrente das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, ICMS de R\$156.124,71. Multa de 70%.
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002. ICMS de R\$26.736,23 e multa de 70%.
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento. ICMS de R\$99,96 e multa de 60%.
4. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS de R\$114,50 e multa de 60%.

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. ICMS de R\$1.478,71.

A Decisão de Primeira Instância considerou nula a infração 1, pois a descrição da infração não encontra amparo legal – não há previsão de infração em relação à falta de recolhimento de imposto relacionado com saídas anteriores. A infração não poderia ser levada adiante sob pena de possível alegação de cerceamento de defesa, já que um dos requisitos para a lavratura do Auto é a descrição específica da infração, a qual deve corresponder o dispositivo legal ou regulamentar infringido.

A infração 2 foi considerada nula em decorrência da declaração de nulidade da infração 1, pois aquela estava vinculada à primeira.

As demais infrações foram mantidas, havendo reforma no montante correspondente à multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme descrito na infração 5.

A retificação da base de cálculo da multa ocorreu em consequência da declaração de nulidade das infrações 1 e 2, pois ao considerar as mercadorias não escrituradas para determinação da base de cálculo da multa, foram incluídas as mercadorias abrangidas por essas infrações. Não restando caracterizadas essas duas infrações, devem também ser as mesmas excluídas para efeito de determinação da multa.

No que se refere às infrações 3 e 4, segundo o Acórdão recorrido, não houve impugnação específica e nem comprovação de pagamento do tributo exigido.

Inconformado, o autuado interpôs Recurso Voluntário, no qual argumenta que a autuação foi lavrada em fundamentos descabidos e apuração de valores abusivos e ilegais.

Entende correta a parte da Decisão que julgou Nulas de pleno direito das infrações 1 e 2, por desobediência aos requisitos legais. Entretanto considera inadmissível a instauração de novo procedimento fiscal, conforme determinado pelo acórdão recorrido.

Quanto às infrações 3 e 4, esclarece que houve compras de combustíveis de outros Estados da Federação, aquisições essas lícitas e que o imposto correspondente já foi retido antecipadamente, por substituição, logo não haveria fundamento para a cobrança do diferencial de alíquota.

Questiona a multa aplicada, por considerá-la confiscatória, tanto no que se refere à sanção aplicada nas infrações 3 e 4 (descumprimento de obrigação principal) e 5 (descumprimento de obrigação acessória).

A PGE/PROFIS se manifestou sobre o Recurso Voluntário, posicionando-se pelo Improvimento do mesmo.

VOTO

Julgadas nulas as infrações 1 e 2 citadas no relatório, o Recurso Voluntário pretendeu descaracterizar as infrações 3 e 4, além de requerer diminuição da multa aplicada às essas infrações e ainda a de número 5, que não foi objeto de Recurso Voluntário.

O recorrente diz que não cometeu as infrações decorrentes da falta de recolhimento do diferencial de alíquota interestadual em aquisições provenientes de outros estados da federação. Alegou em seu Recurso Voluntário que adquiriu somente combustíveis diretamente de distribuidoras e que sendo combustível sujeito ao regime de substituição, não haveria que se falar em recolhimento de diferencial de alíquota.

Ocorre que, conforme bem demonstrado no texto das infrações, as aquisições que deram origem à falta de recolhimento do ICMS (diferencial de alíquota) se referiam a materiais destinados a uso e consumo e ativo imobilizado, a serem utilizados pelo próprio recorrente em seu estabelecimento. Este não comprova, em qualquer momento, que as exigências fiscais descritas

referem-se a aquisições de combustíveis. Dessa forma, entendo que houve descumprimento de obrigação principal, devendo ser aplicada multa correspondente prevista na legislação estadual.

O recorrente não discute a infração de número 5, por não ter registrado a entrada de mercadoria não tributável. Questiona a multa aplicável.

No particular a multa aplicável é de 1% do valor do bem não escriturado, de acordo com o art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96. Ao aplicar essa penalidade, o relator da Decisão recorrida excluiu as notas fiscais que tinham conexão com as infrações julgadas nulas.

Entendo que a multa aplicada pelo descumprimento das obrigações principais guarda correlação com a conduta adotada pelo recorrente, devendo ser aplicada da forma prevista na legislação estadual. Quanto à multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória, considero que a mesma foi bem aplicada, já que considerou como base de cálculo o valor correspondente à mercadoria não inscrita, se excluindo qualquer elemento estranho ao descumprimento da obrigação.

Há, ainda, que se ressaltar que a este CONSEF não cabe declarar inconstitucionalidade de legislação estadual.

Quanto ao Recurso de Ofício, em relação à declaração de nulidade das infrações 1 e 2, bem como exclusão de valores da base de cálculo da multa aplicada pelo cometimento da infração 5, entendo que deve ser Não Provido, mantendo-se a Decisão, por estar a mesma embasada na legislação que rege os requisitos necessários à lavratura dos Autos de Infração.

Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, para homologar a Decisão recorrida em sua integralidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232946.0002/04-8, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS NOTA 1000 LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar pagamento de imposto no valor de **R\$214,46**, sendo R\$131,50, atualizado monetariamente, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$82,96, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da citada lei, e demais acréscimos legais, além da multa de R\$134,60, sendo R\$109,94, atualizado monetariamente, e R\$24,66, com os devidos acréscimos legais, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de outubro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE– REPR. DA PGE/PROFIS