

PROCESSO - A. I. N° 055862.0003/04-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e OK COMBUSTÍVEIS & LUBRIFICANTES LTDA.
RECORRIDOS - OK COMBUSTÍVEIS & LUBRIFICANTES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0297-04/04
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
INTERNET - 17/12/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0438-11/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que se trata de mercadoria que já havia sofrido tributação na entrada, sendo limitada a apenas uma por natureza da infração, independentemente da sua ocorrência em diversos exercícios. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. Infração comprovada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O crédito em questão tem previsão de utilização apenas a partir de 01/01/07. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Infração confirmada. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício apresentado pela 4^a JJF contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela para exigir o ICMS no valor de R\$153.308,97, acrescido das multas de 60% e 70%, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 3.004,31, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002 e 2003);
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 estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2002 e 2003);
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002 e 2003);
4. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01/04 a 07/01/04);
5. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento;
6. Entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal;
7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
8. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) – multa de R\$ 140,00.

Sustenta a Decisão da 4^a JJF, ora recorrida:

- ressalta que apesar do novo demonstrativo do cálculo do preço médio, apresentado pelo autuante, constar mercadorias do tipo óleo de girassol salada e cuscuz/fubá, o próprio recorrente reconheceu em sua peça defensiva tratar-se na realidade de óleo diesel e álcool. Desta forma, ficou evidenciado nos autos que ocorreu, tão somente, um erro de sistema, porém os produtos, objeto da autuação, foram cadastrados corretamente.
- entendeu que o presente PAF está revestido das formalidades legais.

- no mérito, aduz que o recorrente em sua defesa alegou que em 31/08/02 a empresa Posto de Combustíveis Monumento Ltda encerrou suas atividades, sendo que o estabelecimento autuado adquiriu todo o estoque de combustíveis e lubrificantes da mencionada empresa, conforme Nota Fiscal nº 00247. Esclarece que iniciou a atividade em 01/09/02, escriturando a aludida nota fiscal e lançando seu estoque inicial no livro Registro de Inventário. No seu Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, constou, inadvertidamente, o movimento referente ao período de 15 a 31/08/02, pertencente a empresa Posto de Combustíveis Monumento Ltda, e que tal fato ensejaram as diferenças reclamadas pelo autuante. Em relação ao exercício de 2003, informou, ainda, ter acostado aos autos diversas notas fiscais de entradas que na época da ação fiscal não foram localizadas.
- relata que o autuante disse que para que não pairem dúvidas sobre o levantamento efetuado, por ocasião da informação fiscal, excluiu da apuração a movimentação do período compreendido entre 15 a 31/08/02, esclarecendo que passou a tomar como base para o início da apuração, o dia 01/09/02, registrando a aquisição dos combustíveis constantes na Nota Fiscal nº 00247 (transferência do estoque da sucedida para sucessora). Dessa forma, elaborou novo demonstrativo à fl. 359, para a infração 2, reduzindo o valor da exigência relativa ao exercício de 2002 para R\$ 25.852,32, com a qual manifesta concordância.
- quanto ao exercício de 2003, o autuante acatou as notas fiscais apresentadas pelo recorrente, em sua defesa, reduzindo o valor da exigência para R\$ 67.233,68, referente ao produto óleo diesel, de acordo com o demonstrativo à fl. 26, ao reduzir em 60.000 litros a omissão de entradas da mercadoria em lide.
- observa que o autuante não efetuou a redução de 40% da base de cálculo prevista na legislação, a partir de 20/09/03, para o produto acima referido. Dessa forma, e ainda considerando que o produto gasolina, após as retificações efetuadas, deixou de apresentar omissão de entradas, o valor a ser exigido no exercício de 2003 (óleo diesel) passa a ser de R\$ 40.340,20.
- quanto à infração 3, considerando as alterações ocorridas na infração antecedente, houve repercussão nos valores anteriormente indicados, que passam a apresentar os valores descritos na tabela de fl.408, retificando o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 360.
- ressalta, ainda, que em manifestação posterior o recorrente anexou mais quatro notas fiscais, relativas ao exercício de 2003, alegando que só foram localizadas depois de insistentes buscas. Contudo, as referidas notas não influenciam os novos demonstrativos apresentados, haja vista que a Nota Fiscal nº 40062, referente ao produto óleo diesel, encontra-se devidamente lançada no levantamento inicial (fl. 39).
- quanto às Notas Fiscais nºs 39747 e 40061, referente ao produto gasolina, também estão lançadas no demonstrativo à fl. 40.
- em relação à Nota Fiscal nº 34970, referente à aquisição de álcool, embora não esteja lançada no levantamento fiscal, aduz que não traz repercussão, um vez que o referido produto apresentou omissão de saídas no respectivo exercício, sendo que a inclusão da nota fiscal em comento apenas aumentaria a omissão de saídas, que já está sendo objeto de exigência de penalidade fixa.
- quanto às penalidades fixas exigidas nas infrações 1 e 4 observa que a cobrança deve ser limitada a apenas uma multa, já que a natureza da infração é a mesma. Portanto o valor a ser exigido na infração 1 passa a ser de R\$ 50,00, e consequentemente a infração 4 deixa de ser exigida.

- em relação à infração 5, sustenta que o recorrente questiona a constitucionalidade da cobrança, no entanto, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade. Ademais, esta exigência tem previsão expressa no art. 1º, §2º, IV e art. 5º, I, do RICMS/97.
- em relação à infração 6, sustenta que a peça defensiva corresponde à confissão do cometimento da infração, entendendo o recorrente que o fato das notas fiscais não estarem lançadas no livro Registro de Entradas não ensejam prejuízo ao fisco. Todavia, o descumprimento da obrigação acessória em análise, sujeita o infrator ao pagamento da multa tipificado no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, estando corretamente exigida nos autos.
- quanto à infração 7, alega que o contribuinte creditou-se indevidamente dos valores do ICMS destacado nos documentos fiscais de mercadorias adquiridas para uso ou consumo, conforme documentos às fls. 92 a 117, cuja utilização está vedada pelo art. 97, I, do RICMS/97, e que só tem previsão de utilização a partir de 01/01/07, de acordo com o art. 93, V, “b”, do mesmo regulamento citado.
- quanto à infração 8, aduz não haver necessidade de maiores considerações, posto que o próprio recorrente reconhece o seu cometimento.

Conclui pela Procedência em Parte do Auto de Infração, para exigir ICMS no valor de R\$573,71 e multas no valor de R\$2.854,31, conforme demonstrativos de débito às fls. 2 e 3, referentes infrações 5 a 8, e alterando os relativos às infrações 1 a 3, de acordo com o demonstrativo à fl.410.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00 a 4ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- reitera os termos apresentados na ocasião de sua defesa.
- aduz que concorda apenas com a infração 8, segundo a qual foi-lhe imputada a multa no valor de R\$140,00, razão pela qual já efetuou o pagamento conforme se depreende do documento 6 (fl. 388) anexo por ocasião de sua defesa complementar. Alerta que o presente Acórdão recorrido não mencionou este fato, mantendo a multa no valor de R\$140,00. Deste modo, requer a extinção do referido crédito.
- quanto às demais infrações tece as seguintes considerações:

Infração 1: limitou-se a suscitar sua improcedência, mera negativa.

Infração 2: aduz não ter havido a infração. Alega que na data da ocorrência (31.12.2002) o valor apurado e posteriormente alterado de R\$25.852,32 é inexistente, assim com o valor de R\$40.340,20 apurado em 31.12.2003, ambos deixaram de considerar as transferências de diesel do tanque 4 para o tanque 5. Afirma que tais transferências foram registradas erroneamente nos livros LMCs como se fossem de venda, gerando duplicidade de registros de saídas, conforme se constata no levantamento efetuado através das anotações feitas nas respectivas folhas do LMCs, o qual anexa cópias (docs. nºs 1 a 92) que deve ser considerada as transferências do seguinte total: Exercício 2002 – total de 48.000 litros e diesel; Exercício 2003 – total de 149.000 litros de diesel, 2.000 litros de álcool e 6.000 litros de gasolina.

Infração 3: limitou-se a sustentar sua improcedência aduzindo que as infrações apuradas no valor de R\$10.171,37 e R\$11.230,72 não podem prosperar.

Infração 4: remete a Decisão proferida pelo acórdão no sentido de que a referida multa é impertinente.

Infração 5: aduz ser improcedente alegando que não é possível concordar com o pagamento de diferenças de alíquotas de mercadorias adquiridas destinadas ao consumo do estabelecimento. Sustenta que houve equívoco ao serem lançadas as notas fiscais de entrada, relativas a material de consumo como sendo mercadorias de circulação.

Infração 6: alega que as notas fiscais (fls. 1 a 65) anexadas na defesa referem-se a mercadorias não-tributáveis, caso não fosse, o ICMS já estaria sendo recolhido antecipadamente na fonte em razão do Regime de Substituição Tributária a que se sujeita. Além disso, refere-se a uma obrigação acessória, cabendo a retificação da escrita contábil. A multa seria apenas de R\$50,00 e não a aplicada considerando 1% de base de cálculo que no caso é inexistente.

Infração 7: sustenta a sua improcedência aduzindo com base no art. 93, V, “b” do RICMS/97 estar equivocada a fundamentação do presente Auto de Infração, posto que nega o direito ao crédito fiscal de ICMS referente ao menos fato da infração 5.

Por fim requer a declaração da Nulidade Parcial no Auto de Infração em tela.

O fiscal autuante em contra-razões alega que o recorrente não apresenta fatos e fundamentos novos que pudessem elidir a Decisão. Quanto às infrações:

Infração 1: aduz que a omissão de saídas está caracterizada pela venda de álcool sem a emissão de notas fiscais;

Infração 2: alega que as transferências suscitadas pelo recorrente não passam de invenção com o intuito de tentar justificar a aquisição de mercadorias sem a respectiva documentação fiscal;

Infração 3: não há o que acrescentar pois já foi analisado;

Infração 4: penalidade já absorvida, julgado pela infração 04.05.2003;

Infração 5: o recorrente repete os argumentos e alega a inconstitucionalidade do pagamento, contudo aduz não ter competência para esta matéria;

Infração 6: confessada pelo recorrente;

Infração 7: o recorrente deixou de considerar as atualizações posteriores do art. 93 do RICMS/97, assim a forma para o creditamento do imposto pago em razão da diferença de alíquotas foi prorrogada para 01.01.2007.

Infração 8: reconhecida pelo recorrente e devidamente efetuado o respectivo recolhimento.

Pugna, por fim, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e manutenção na íntegra da Decisão recorrida.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que os argumentos recursais não têm o poder de elidir a acusação. Sustenta que o recorrente traz os mesmos argumentos de sua defesa. Aduz que o fiscal autuante em contra-razões demonstra os fatos ocorridos no estabelecimento e com sólida fundamentação a impossibilidade de ter ocorrido transferências

entre os tanques do posto. Conclui, neste ponto, pela irrelevância de transferências entre tanques no mesmo estabelecimento.

Em relação às infrações relacionadas ao não pagamento do diferencial de alíquota e ao uso e consumo do estabelecimento, entende que foram trazidos os mesmos argumentos da inicial, já tendo sido julgadas.

Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que não assiste razão ao recorrente devendo, por conseguinte, ser mantidas as infrações nos termos da Decisão recorrida. Explicamos.

Infração 1 e 4 – relativas à omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a cobrança deve ser limitada apenas a uma multa, já que a natureza da infração é a mesma. Portanto, o valor a ser exigido na infração 1 passa a ser de R\$50,00, e consequentemente a infração deixa de ser exigida.

Infração 2 e 3 – Restou comprovado nos autos que o recorrente havia adquirido gasolina, álcool e óleo diesel sem a correspondente nota fiscal de origem, sendo, portanto, exigido corretamente ICMS por responsabilidade, tanto em relação ao imposto de apuração normal, quanto àquele devido em razão da substituição tributária, conforme determina o art. 512-A do RICMS. Assim, descabe a alegação do recorrente de que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto seria exclusiva do fornecedor.

Outrossim, não procede a alegação do recorrente de que nos exercícios de 2002 e 2003, foram efetuadas transferências de diesel do tanque 4 para o tanque 5, e que tais transferências foram registradas erroneamente nos LMC's como se fossem vendas, gerando duplicidade de registro de saídas, uma vez que o recorrente não anexou comprovação de tais operações através de outros documentos. De acordo com o art. 142 do RPAF/99 a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Por fm, nas folhas do LMC indicadas no demonstrativo não existe nenhuma quantidade equivalente às nele declaradas ou indicação de que as saídas, ou parte delas, se refiram às transferências alegadas.

Infração 5 – O recorrente limita-se em sua defesa a questionar a constitucionalidade da cobrança. Entretanto, conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Outrossim, a exigência em questão tem previsão expressa no art. 1º, § 2º, IV e art. 5º, I, do RICMS.

Infração 6 – As razões expostas pelo recorrente implicam na confissão da infração, entendendo o recorrente apenas que o fato das notas fiscais não estarem lançadas no livro Registro de Entradas não ensejam prejuízo ao fisco. Todavia, no presente caso, o descumprimento da obrigação acessória sujeita o infrator ao pagamento da multa tipificada no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

Infração 7 – O recorrente creditou-se indevidamente dos valores do ICMS destacado nos documentos fiscais de mercadorias adquiridas para uso ou consumo, conforme documentos às fls. 92 a 117, cuja utilização está vedada pelo art. 97, I, do RICMS/97, e que só tem previsão de utilização a partir de 01/01/07, de acordo com o art. 93, V, “b”, do mesmo regulamento citado.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão recorrida.

Quanto ao Recurso de Ofício constato nos autos que a 4^a JJF decidiu acertadamente ao modificar o valor da autuação referente às infrações 1 a 3.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 055862.0003/04-2, lavrado contra **OK COMBUSTÍVEIS & LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$88.171,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.978,80 e 70% sobre R\$66.192,52, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$2.714,31** com os acréscimos legais, e **R\$190,00**, previstas no art. 42, XI, XVIII, “c”, e XXII, da mesma lei supracitada.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS