

PROCESSO - A. I. Nº 232954.0213/03-7
RECORRENTE - POSTO MATOS & BARBOSA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0304-04/04
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 27/01/2005

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0459-11/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** 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. **b)** MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão. Documentos acostados aos autos comprovam a regularidade das operações referentes ao exercício de 2002. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário originou-se em ação fiscal empreendida pela INFAZ Alagoinhas, resultando na lavratura de Auto de Infração datado de 12/12/03, para exigir o ICMS no valor de R\$ 7.501,62, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. 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) - R\$ 5.679,67.
2. 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) – R\$ 1.440,64.

3. 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 aberto (01/01/03 a 30/09/03) - R\$ 343,87.
4. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, 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 aberto (01/01/03 a 30/09/03) - R\$ 37,44.

O autuado, em impugnação às fls. 67 a 68, nega a existência do débito apurado, dizendo que jamais adquiriu mercadoria de forma clandestina. Afirma que o autuante se confundiu, no que diz respeito ao estoque de mercadoria existente no estabelecimento comercial. Entende que, como a mercadoria já sofre retenção do ICMS por parte da distribuidora, não há qualquer possibilidade de sonegação ou elisão fiscal, em sua atividade comercial. Ao final, pede o cancelamento do Auto de Infração.

O autuado, após tomar conhecimento do arquivamento de sua defesa (fl. 73) por ter sido considerada intempestiva, novamente se manifestou (fls. 76 a 77), dizendo que tomou ciência da autuação no dia 29/12/03, que postou sua defesa no correio no dia 16/01/04, e que a mesma foi entregue no dia 21/01/04. Afirma que sua defesa é tempestiva, e que o não acatamento da mesma fere frontalmente o seu direito de defesa. Ao final, ratifica os termos de sua defesa anterior, acrescentando que não possui condições financeiras para suportar a aplicação da penalidade imposta, sem comprometer seu funcionamento.

O Inspetor da Unidade Fazendária de Origem emitiu informação às fls. 83 e 84, reconhecendo que a defesa do contribuinte foi entregue pelo correio na Inspetoria no dia 21/01/04, ou seja, dentro do prazo regulamentar de 30 dias. Esclarece que por um lamentável equívoco de um funcionário, a Coordenação de Atendimento só tomou conhecimento da peça impugnatória no dia 19/02/04, razão pela qual a defesa foi declarada inicialmente como intempestiva. Ao final, diz que detectado o equívoco, solicitou da GECOB o retorno do PAF, visando assegurar ao sujeito passivo o seu direito de defesa.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 88), reconhece que o autuado protocolou defesa tempestiva, mas diz que o mesmo não apresentou nenhum documento que comprovasse suas alegações. Ao final, diz que o trabalho fiscal foi realizado com base na documentação fornecida pelo próprio autuado, e que caberia a este apresentar provas dos “equívocos” que ele considera terem sido cometidos.

A 4ª JF observa, que em decorrência das irregularidades constatadas nos levantamentos de estoques quando se verificou relevantes diferenças nas quantidades de entradas de gasolina, álcool e óleo diesel, adquiridas sem a documentação competente. Neste caso, há de ser cobrado imposto por responsabilidade solidária, bem como o imposto por antecipação tributária, apurado em função do valor acrescido.

Informa adiante, que o autuado, em sua defesa, negou o débito, porém não trouxe ao processo documento que pudesse confirmar tal assertiva, de modo que, não há como desconsiderar os fatos levantados pela fiscalização, obtidos através apuração do Livro de Movimentação de Combustíveis. Ressalta que o autuado como posto de gasolina recebe seus produtos com o imposto já antecipado pelas distribuidoras de combustíveis, conforme o art. 512-A, do RICMS/96.

Considerando que o autuado adquiriu quantidades dos produtos sem as notas fiscais exigidas foi-lhe cobrado o ICMS por responsabilidade solidária, tanto em relação ao imposto de apuração, quanto ao devido em relação à substituição tributária.

Conclui a 4ª JJF pela Procedência do Auto de Infração.

Em sua defesa, o recorrente ingressou com Recurso Voluntário, argüindo preliminarmente falta de tipicidade no Auto de Infração, aduz que o “*órgão fiscalizador imputa ao revendedor a prática de uma infração, pretendendo aplicar uma multa ao autuado por suposta adulteração de combustíveis e conseqüente sonegação do pagamento devido*”, e que tal afirmação não deve prosperar por falta de embasamento legal. E que tal atitude é vaga e imprecisa, não se coadunando com o estado de direito, sustenta que nessa circunstância o processo nasce irregular e como tal, adquire caráter de irregularidade.

Assevera que os fatos devem ser claros, que não reste ao imputado a tarefa de identificar qual o “*inciso*” violado, até por que, é dever do órgão fiscalizador tipificar a infração para que a parte exerça plenamente seus direitos de defesa.

Aduz a seguir, que para existir a fraude, adulteração de combustíveis, é imprescindível a existência de laudo técnico da lavra da Agência Nacional de Petróleo – ANP, conclui pleiteando a nulidade do processo.

Quanto ao mérito alega o defendente, que o Auto de Infração decorreu de um equívoco de um seu funcionário, que por motivos alheios à sua orientação, deixou de encaminhar ao setor contábil algumas notas fiscais de entrada de mercadorias, ocasionando as diferenças levantadas pela fiscalização. Estando na oportunidade encaminhado tais documentos, e que espera, com esta providência ter resolvido a pendência, mesmo porque, estas notas fiscais já foram devidamente lançadas na sua escrita contábil, fazendo juntada de cópias autenticadas, como prova de suas afirmações. Alude mais uma vez, que por se tratar de posto de combustível, ao adquirir combustíveis para comercialização já sofre retenção do ICMS, por parte das distribuidoras, não havendo qualquer possibilidade de sonegação ou elisão fiscal. Espera ver sanadas estas dúvidas, até por que o autuante declarou em sua informação para o CONSEF, fl. 88, “*caso esteja incorreto, seria só demonstrar e apresentar as provas dos possíveis equívocos, que seriam prontamente acatados por este auditor*”.

Concluindo, requer preliminarmente a declaração de nulidade do processo, em razão de vícios insanáveis detectados, no mérito que se julgue totalmente improcedente o Processo Administrativo e a conseqüente extinção, em razão dos pressupostos apresentados.

A PGE/PROFIS se pronunciou, através de sua digna representante, considerando cabível a análise, mediante diligência fiscal, das provas documentais acostadas pelo recorrente com o propósito de demonstrar as entradas das mercadorias e o recolhimento do imposto devido ao Estado.

Com o indeferimento da CJF para o estabelecimento da diligência, o processo ao regressar para a PGE/PROFIS, a Sra. Procuradora assim se pronunciou:

“Da análise das razões expedidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de ensejar modificação no acórdão recorrido. Em verdade o contribuinte apresenta documentos imprestáveis à descaracterização do procedimento fiscal, lastreado nos termos da Lei nº 7.14/96 e da Portaria nº 445/98.

Com efeito, tratam-se de documentos fiscais emitidos em data diversa dos períodos autuados. Caberia, ao recorrente, comprovar mediante documentos fiscais a aquisição das mercadorias com recolhimento devido dos tributos devidos ao erário público.

Ademais cumpre registrar a inexistência de qualquer vício capaz de gerar nulidade no processo fiscal em tela, uma vez que o mesmo seguiu rigorosamente as regras previstas no RPAF.

Ante o exposto, nosso opinativo é pelo conhecimento e improvimento do Recurso.”

VOTO

O Recurso Voluntário em análise decorreu de Auto de Infração para exigir ICMS, em decorrência de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos acostados ao PAF às fls. 10 a 49, sendo identificadas diferenças de quantidades de entradas dos produtos gasolina, álcool e óleo diesel adquiridas pelo sujeito passivo sem a competente documentação fiscal.

O autuado, em sua defesa, em Primeira Instância, negou a existência do débito apurado, porém não anexou qualquer documento ou demonstrativo que pudesse contrapor aos elaborados pelo autuante durante a ação fiscal.

A arguição preliminar do recorrente carece de fundamento, sua alegação de que a fiscalização imputou-lhe a acusação de adulteração de combustíveis não é verdadeira, o fundamento da ação fiscal coletiva deu-se de fato para apurar supostas denúncias de adulteração de combustíveis, contudo, o que restou provado neste caso foram as questões relativas à movimentação de combustíveis, conforme registradas no Auto de Infração, portanto, não reconheço a referida preliminar aduzida.

Na apreciação do mérito constatamos que o recorrente ao ingressar com o Recurso Voluntário o fez acompanhar de diversas notas fiscais, correspondentes à compra de gasolina, óleo diesel e álcool, efetuada, toda dentro do período analisado, e a meu ver, regularmente emitidas pela distribuidora, destarte, com a minha máxima data vênua à opinião da digna representante da PGE/PROFIS, tais notas fiscais devem ser consideradas para efeito de cálculo do imposto apurado pela fiscalização.

Desse modo, considerando válidas as notas fiscais apresentados no Recurso Voluntário, ficam elididas as cobranças relativas à falta de recolhimento do imposto, no exercício fechado de 2002, uma vez que, a soma das notas apresentadas, representam valores suficientes para cobrir as omissões apontadas. Prevalendo as cobranças relativas às infrações nºs 3 e 4, já que no primeiro caso, exercício de 2003, nenhuma nota fiscal foi acostada ao Recurso Voluntário, e quanto ao segundo caso por se tratar falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária. Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente julgado, com a exigência do pagamento do valor de R\$381,31, mais a multa de R\$50,00, pelas omissões de saídas, conforme estabelece o art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0213/03-7**, lavrado contra **POSTO MATOS & BARBOSA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$381,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37,44, e 70% sobre R\$343,87, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da referida lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS