

A. I. N° - 299134.0108/03-9
AUTUADO - COOPERATIVA DE PROD. DE LEITE DE ITAPETINGA RESP. LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR MOITINHO ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 18.06.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0196-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL E DIESEL COMUM. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque ou que tenha saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo, e a decadência do exercício de 1998, e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/12/2003, e reclama o valor de R\$ 479.023,44, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 163, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 335.845,77, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL e DIESEL COMUM) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (1998 a 2002).
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 67.299,42, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL e DIESEL COMUM) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (1998 a 2002).

3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 59.297,39, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM e ÁLCOOL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (01/01 a 10/10/03).
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 16.580,86, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA COMUM e ÁLCOOL) de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (01/01 a 10/10/03).

O sujeito passivo, por seu representante legal, tempestivamente apresenta defesa conforme documentos às fls. 165 a 189 dos autos, onde, em sua exposição preliminar tece comentários sobre a atividade desenvolvida pelo estabelecimento, e em seguida, argüi a decadência do lançamento correspondente ao período anterior a fevereiro de 1999, sob o argumento de que a autuação fere o disposto no artigo 173, inciso I do CTN, por entender que computando cinco anos a partir da data em que o fisco poderia ter procedido ao lançamento, alcançaria o dia 01/01/2004, e como foi cientificado da autuação em 16/02/2004, o período anterior a fevereiro de 1999 se encontra fulminado pela ocorrência da decadência. Citou a jurisprudência da questão no âmbito do judiciário.

Prosseguindo, o sujeito passivo argüi a nulidade da autuação a pretexto de violação aos princípios da ampla defesa e ao contraditório, com base na alegação de que falta motivação para o Auto de Infração, pois os dispositivos tidos como infringidos não tem correlação com o fato descrito na autuação, citando como exemplo o artigo 125, I, do RICMS/97, que o transcreveu para fundamentar a sua tese.

Fez referência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a Administração Pública está submetida aos princípios da estrita legalidade, implicando cerceamento de defesa a não indicação correta da disposição legal infringida e a motivação para a lavratura do Auto de Infração.

Ainda como preliminar de cerceamento de defesa foi alegado pelo sujeito passivo que o autuante omitiu os levantamentos analíticos de estoques inerentes às entradas e saídas que fundamentam as infrações, salientando que não foram elaborados os demonstrativos analíticos contendo a memória de cálculo dos valores de R\$ 130.490,36 e R\$ 26.098,07, limitando a apresentá-los no Auto de Infração.

Transcreveu julgamentos no âmbito do CONSEF, onde foram consideradas nulas autuações em que não continham os demonstrativos de apuração do débito.

Além disso, o autuado aduz que não foi observado pelo autuante o disposto no artigo 28, § 1º, do RPAF/99, no tocante a comprovação de autorização para prorrogação do procedimento fiscal, pois a ação fiscal excedeu o prazo de sessenta dias previsto na legislação tributária, conforme poderá ser verificado no Termo de Arrecadação de Livros e Documentos à fl. 09 que o momento da entrega do RUDFTO ocorreu em 14/10/03 e a devolução ocorreu em 16/02/04 quando da ciência do AI.

Com esses argumentos, o autuado requer a nulidade da autuação.

No mérito, dizendo que somente adquire combustíveis da empresa Esso Brasileira de Petróleo Ltda. e que todas as aquisições realizadas no período foram acompanhadas das respectivas notas fiscais, aduz a improcedência das infrações, tendo acostado à defesa cópia de contrato de fidelidade firmado com a citada empresa (docs. fls. 223 a 230).

Impugnou o trabalho fiscal no tocante a GASOLINA COMUM, argumentando que:

- a) Foram desconsideradas todas as notas fiscais de aquisição de gasolina no período compreendido entre 01/01/1998 a 01/10/99;
- b) É equivocada a diferença de saída de Gasolina comum e entrada de maxi gasolina, pois somente possui um tipo de gasolina, qual seja a maxi gasolina, conforme lançado no LMC, tendo feito uma planilha de movimentação do produto no ano de 1998 (doc. fl. 232);
- c) O saldo de fechamento do encerrante de gasolina no ano de 1998 é de 251.883,20 litros e o autuante incluiu em sua planilha a quantidade de 1.251.883,20 (doc. fl. 211);
- d) Em relação ao saldo inicial do ano de 1999, também ocorreu o equívoco apontado no item precedente na mesma quantidade;
- e) No final do ano de 1999 foi consignado erroneamente o fechamento de 2.034.883,80 litros quando a quantidade correta era de apenas 34.883,80 litros (doc. fl. 212);
- f) O saldo final está inferior ao saldo inicial em face da quebra de uma das bombas utilizadas;
- g) No ano de 2002 o saldo está incorreto na planilha do autuante;
- h) Em 2003 os saldos dos encerramentos apresentados pelo autuante estão diferentes daqueles computados em 16/07/2003, que entende seria o marco final do levantamento, e não 10/10/2003;
- i) Somente a partir de outubro de 1999 a Esso passou a fornecer gasolina comum e maxi gasolina, e que nesse período o levantamento efetuado pelo autuante não apurou qualquer diferença.

O autuado alega que o autuante desconsiderou a quebra de combustível durante a sua estocagem, citando diversas ementas relativas a autos de infração no âmbito do CONSEF em que foi reconhecido o direito do contribuinte de perdas de produção.

O autuado invocou o artigo 150, inciso IV, da CF/88 para argüir que o percentual para a aplicação da multa é confiscatório, tornando-a, por isso, inconstitucional por entender que está desprovida de fundamentação legal a sua imposição. Igualmente, argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic para a correção monetária dos valores lançados no Demonstrativo de Débito.

Ao final, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário a sua improcedência, pugnando pela realização de diligência a ser procedida pela ASTEC/CONSEF, e a juntada de todas as provas necessárias que venham comprovar as suas alegações.

O autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 237 a 240), inicialmente transcreveu as infrações, e disse que não houve decadência do exercício de 1998, pois a ação fiscal foi iniciada em 10/10/2003, não ultrapassando o prazo de cinco anos.

O preposto fiscal argumenta que a sua ação fiscal obedeceu aos princípios da Administração Pública, e que em momento algum houve cerceamento de defesa, pois todos os fatos foram relatados de forma clara, objetiva e específica, estando demonstrado claramente o ilícito tributário que foi apurado, e o autuado exerceu o contraditório em sua defesa.

Sobre os demonstrativos que instruem a ação fiscal, foi esclarecido pelo autuante que foram apresentados ao autuado levantamentos analíticos e sintéticos, conforme documentos às fls. 14 a 79.

O autuante contestou a alegação defensiva de que não adquiriu da Esso gasolina comum, dizendo que se encontra registrada venda do produto no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), no qual, foram extraídas as quantidades consignadas no levantamento quantitativo.

Discordou da alegação defensiva de que houve equívoco quanto ao saldo de fechamento do encerrante esclarecendo que o acréscimo na unidade de milhão ao saldo deve-se ao fato de que o equipamento não faz este cálculo, e que para efeito de ajustamento do valor deve-se acrescentar tal unidade, senão como um valor de 251.883,20 (31/12/98, pg. 84) evoluiria para 34.883,80 (31/12/99, pg. 87), bem assim, o valor de 694.417,00 (21/12/97, pg. 81) evoluiria para 251.883,20 (31/12/98, pg. 84).

Esclareceu ainda, quanto as perdas, que os valores lançados nos livros fiscais já fazem esta consideração, mas, que mesmo assim, ainda que fosse acatada a pretensão do contribuinte de considerar o percentual de 10% sobre o valor do estoque existente em 10/10/2003 não teria impacto suficiente para desfazer o montante que foi apurado no trabalho fiscal.

Entende que a multa aplicada não tem efeito confiscatório, e que a utilização da taxa SELIC é utilizada pelo Estado para atualização tanto de débitos tributários como de créditos.

Conclui pela manutenção de sua ação fiscal, esperando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitada na defesa, observo que não assiste razão ao sujeito passivo, pois de acordo com o que consta nos autos não houve violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois a descrição dos fatos no corpo do Auto de Infração foi feita de forma clara e precisa, cuja motivação foi a constatação de diferenças de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo de estoque, cujos números apurados foram extraídos da escrita fiscal do próprio contribuinte, conforme levantamentos analíticos e demonstrativos que instruem a ação fiscal, quais sejam, Declaração de Estoque (fl. 10); Demonstrativo de Cálculo das Omissões dos produtos GASOLINA COMUM, GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL e DIESEL COMUM; Relação das Notas Fiscais de Entradas; Levantamento das Saídas; constantes às fls. 14 a 79, sobre os quais, o autuado pode exercer a ampla defesa, como aliás o fez, ao apontar diversos equívocos no trabalho fiscal.

Portanto, observo que não foram omitidos os levantamentos analíticos de estoques inerentes às entradas e saídas que fundamentam as infrações, inclusive consta à fl. 14 o demonstrativo analítico contendo as memórias de cálculo dos valores de R\$ 130.490,36 e R\$ 26.098,07, o qual, o sujeito passivo alegou inexistir.

Vale observar ainda, que embora conste nos Demonstrativos às fls. 14, 32, 45 e 67 que o período de 2003 finaliza no dia 16/07, porém, foi considerado o estoque final do dia 10/10/03 e as notas fiscais de entradas e saídas foram levantadas até esta data.

O enquadramento legal está condizente com as infrações, e no caso do artigo 125, inciso I, do RICMS/97, apontado como indevido pelo autuado, observo que não assiste razão, tendo em vista que ao ser constatada no trabalho fiscal a existência de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, o autuado na condição responsável solidário se enquadra na exigência prevista no citado dispositivo regulamentar.

Sobre a alegação de que não foi observado o disposto no artigo 28, § 1º, do RPAF/99, no tocante a falta de prorrogação da ação fiscal, embora não exista nos autos a comprovação de autorização para prorrogação do procedimento fiscal, por se tratar de uma questão meramente administrativa o autuado foi beneficiado com o excesso de prazo da ação fiscal, e não houve qualquer prejuízo a ampla defesa.

Por tudo isso, rejeito as preliminares argüidas pelo sujeito passivo por não encontrar amparo em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Com fulcro no artigo 147, inciso I do RPAF/99, deixo de acatar o pedido de diligência requerido pelo autuado, pois o mesmo não trouxe provas de suas alegações que justificasse a realização de tal diligência revisora, bem assim, por considerar que os autos contêm os elementos necessários para o esclarecimento da lide.

Quanto a arguição de decadência do direito do fisco efetuar o lançamento do ICMS sobre as operações do exercício de 1998, falta razão ao patrono do autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso em comento, o início da ação fiscal se deu no dia 10/10/2002 com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e com a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais (docs. fls. 08 e 09), e apesar da ciência do AI ter ocorrido no dia 16/02/2004, verifica-se que o lançamento se deu no dia 31/12/2003 com o registro informatizado do Auto de Infração. Desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/1999, correndo daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

Quanto ao mérito, observa-se que o fulcro da acusação fiscal de que cuidam os itens 01 e 03 reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário, por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, enquanto que os itens 02 e 04 tratam de antecipação tributária sobre os mesmos

produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, tudo conforme documentos e demonstrativos às fls. 10 a 163 dos autos.

O débito foi apurado com base nas quantidades de entradas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, detectado por meio de levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto e fechado, alusivo aos exercícios de 1998; 2000; 2001; 2002 e 2003 (01/01 a 14/10/2003), cujos números foram obtidos do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e através dos documentos fiscais.

O LMC é um livro obrigatório previsto nos Convênios SINIEF s/nº, de 15/12/70, 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92, e também no artigo 314, V, e 324 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. A escrituração dos livros fiscais está prevista no artigo 319, do citado Regulamento, e deve ser efetuada com base nas operações ou prestações realizadas. Logo, o LMC constitui-se como um livro fiscal que reflete a movimentação das mercadorias do estabelecimento de determinado período.

Analizando as alegações defensivas, observo que o autuado apenas fez referência ao item GASOLINA COMUM, porém não trouxe aos autos a comprovação de que não foram consideradas as notas fiscais de entradas relativas ao período de 01/01/1998 a 01/10/99.

Igualmente não restou provada através dos respectivos documentos de que o estabelecimento efetuou apenas operações com um tipo de gasolina, não sendo destituída a afirmação do autuante de que todos os dados dos dois tipos de gasolina foram extraídos do LMC.

Quanto ao saldo de fechamento do encerrante de gasolina no ano de 1998, fiquei convencido pelos esclarecimentos do autuante no sentido de que a capacidade do equipamento por ser até 999.999,99, tornou-se necessário fazer o ajustamento acrescentando uma unidade na leitura do encerrante, haja vista que em 31/12/98 a leitura apresentava o total de 251.883,20 e em 31/12/99 o total de 43.883,80. O mesmo ocorreu no ano de 1999, havendo a necessidade de computar mais uma unidade no total do período anterior, repercutindo no ano de 2002. Não foram apresentadas as provas de que houve quebra de uma das bombas, e que este fato tenha influenciado no saldo do fechamento do produto.

Sobre a alegação de que os saldos do encerramento do ano de 2003 estão diferentes dos computados em 16/07/2003, considerando que o período fiscalizado foi de 01/01 a 10/10/2003, e conforme consta no demonstrativo à fl 14 foram consignadas corretamente as quantidades referentes às leituras do dia 10/10/03 efetuadas juntamente com o preposto da empresa, não havendo assim qualquer equívoco (fl. 10).

Por fim, também não foi carreado aos autos qualquer comprovação de que não foram consideradas as perdas e/ou quebras na movimentação dos produtos que foram escrituradas no LMC.

Nestas circunstâncias, devem ser mantidas as exigências fiscais cujos valores foram calculados com base na Portaria nº 445/98, em virtude de diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, resultando no imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS/97), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA.

Por não se incluir na competência do órgão julgador no âmbito administrativo, abstenho-me de apreciar as questões de inconstitucionalidade aduzidas pelo sujeito passivo, relativas a utilização da taxa Selic para a atualização monetária, e de que a multa aplicada é confiscatória.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299134.0108/03-9**, lavrado contra **COOPERATIVA DE PROD. DE LEITE DE ITAPETINGA RESP. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 479.023,44**, sendo R\$ 396.872,28, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 66.145,38 e 70% sobre R\$ 330.726,90, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$82.151,16, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 17.734,90 e 70% sobre R\$ 64.416,26, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR