

PROCESSO	- A. I. Nº 281318.1201/03-1
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO SÃO PAULO LTDA.
RECORRIDOS	- POSTO SÃO PAULO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0341-04/04
ORIGEM	- INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET	- 17/02/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada, porém reduzida a penalidade aplicada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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 do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão. Infrações parcialmente caracterizadas, após a apresentação de novas notas fiscais de entrada. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício apresentado pela 4ª JJF, nos termos do 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, e Voluntário interposto pelo autuado, contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0341-04/04 – lavrado para exigir ICMS no valor de R\$ 63.757,28 e impõe multa no valor de R\$ 219,42, em decorrência das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, pelo que foi aplicada multas no valor total de R\$ 219,42, fatos ocorridos nos exercícios de 1998 a 2001 e 2003;
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$ 53.869,83, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se aos exercícios fechados de 2000 a 2002;

3. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária no valor de R\$ 9.887,45, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com 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 de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O relator da Decisão recorrida informou que o autuado em sua defesa reconheceu a procedência da infração 1 e fez a juntada do DAE correspondente ao recolhimento da multa que foi indicada na autuação (fl. 244).

No entanto, apesar de restar comprovada a omissão de saída de mercadoria com fase de tributação encerrada sem a emissão da devida documentação nos exercícios de 1998 a 2003, a multa prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, para essa irregularidade, conforme entendimento deste CONSEF, deve ser aplicada pela natureza da infração e não por cada exercício. Dessa forma, a infração restou caracterizada, porém a multa indicada deve ser retificada para R\$ 50,00, pelo que manteve, em parte, a autuação.

Quanto às infrações 2 e 3, impugnadas parcialmente, observou que:

- a) O autuado alegou em sua defesa que diversas notas fiscais não foram incluídas nos levantamentos quantitativos, oportunidade em que elaborou demonstrativos e anexou photocópias de grande parte das notas não consideradas nos levantamentos, excetuando as de nºs 156.700 e 156.827, para as quais foi apresentada uma declaração (fl. 243);
- b) Quando de sua informação fiscal, o autuante acatou as notas fiscais apresentadas pelo autuado na defesa, com exceção das de nºs 156.700 e 156.827, conforme demonstrativo à fl. 250, oportunidade em que refez às fls. 251 a 272 os levantamentos quantitativos incluindo as notas fiscais cujas photocópias foram anexadas na defesa;
- c) Em sua segunda manifestação, o autuado apenas alegou que as Notas Fiscais nºs 91.523, 156.700 e 156.827 não foram consideradas pelo autuante;

O então relator do PAF propôs a sua conversão em diligência a ASTEC, proposta aceita pelos demais componentes da 4ª JJF, para que fosse atendido o solicitado à fl. 279;

De acordo com o demonstrativo elaborado pelo diligente da ASTEC à fl. 301, foram apuradas omissões de entradas de diversos produtos nos exercícios objeto da autuação, salvo em relação ao exercício de 2000, em que foi constatada omissão de saídas.

Ressaltou que o autuado recebeu cópia da diligência da ASTEC, onde foi estipulado o prazo de dez dias para se manifestar, no entanto, não se pronunciou a respeito. Considerou o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito dos novos valores apontados como devido pelo diligente à fl. 302, para as infrações 2 e 3, nas importâncias de R\$9.313,72 e R\$1.944,32, respectivamente.

Disse que, face à constatação de diferenças de entradas e por estar os produtos enquadrados no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);

b) do imposto devido 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 previstos no Anexo 88 do RICMS, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”).

Acerca da alegação defensiva de que as mercadorias objeto do levantamento já estavam com a fase de tributação encerrada, deixou de acatá-la, pois tal alegação só procede quando a entrada do combustível está respaldada em documentação fiscal. No caso desta autuação, restou comprovada a ocorrência de entradas de combustíveis desacompanhados da devida documentação fiscal, portanto, não se pode afirmar que o imposto foi pago por substituição tributária.

Com base nesta explanação, entendeu parcialmente subsistentes as infrações 2 e 3, e o seu voto foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, para exigir ICMS no importe de R\$11.258,04 e o pagamento da multa por descumprimento da obrigação acessória na importância de R\$50,00, e determinar a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

No Recurso Voluntário, o recorrente informou que procedeu a vários recolhimentos relacionados com as infrações aqui exigidas, que considera indevidas, e em relação ao ano base de 2002, em que não foram acatadas as Notas Fiscais nº^s 156700 e 156827, que totalizam 11.000 litros de gasolina comum, porque não teriam sido apresentadas na sua impugnação, trouxe cópias das mesmas, conforme fls. 330 a 342, bem como dos livros Registro de Entrada de Mercadorias e de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Concluiu requerendo a improcedência parcial do Auto de Infração, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

A representante da PGE/PROFIS pontuou que, na diligência fiscal realizada por estranho ao feito, não foram acatados dois documentos fiscais que não foram apresentados na defesa, e recomendou a análise dos mesmos pelo diligente. Disse que, na hipótese dos documentos serem acatados, comunga do entendimento de que o débito tributário deva sofrer redução, e que, do contrário, recomenda a manutenção na íntegra da Decisão exarada pela 1^a Instância administrativa.

VOTO

O cerne da presente lide versa sobre a responsabilidade tributária solidária do contribuinte autuado, na aquisição de mercadorias sem a devida documentação fiscal, e sobre a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido, através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercícios fechados, além de multa por descumprimento de obrigação acessória nas saídas de mercadorias, cujo imposto já foi pago por antecipação ou substituição tributária, sem a emissão da competente nota fiscal.

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que a 4^a JJF agiu corretamente ao excluir da exigência a parcela de imposto que havia sido apurada a mais, em razão da não apresentação de algumas notas fiscais de aquisição no momento da ação fiscal, mas que foram trazidas pelo autuado na sua impugnação inicial, até porque o próprio autuante acatou as mesmas e refez os demonstrativos, o que foi referendado por preposto da ASTEC.

No que concerne ao Recurso Voluntário, entendo assistir razão ao recorrente, pois as notas fiscais que não haviam sido consideradas pelo autuante e pelo diligente, porque não teriam sido

trazidas aos autos, de nºs 156700 e 156827, e que totalizam 11.000 litros de gasolina comum, foram anexadas junto ao mesmo.

Quanto à Nota Fiscal nº 091523, fl. 337, esta já foi considerada pelo diligente da ASTEC.

Assim, considerando a entrada destes 11.000 litros de gasolina comum, no exercício de 2002, a diferença que era de entrada passou para saída, cujo imposto já fora pago, sujeitando o contribuinte, inclusive, à multa de R\$50,00, por esta irregularidade, na forma que entendeu a 4ª JJF.

Resta ainda, para este exercício, a diferença de entrada de álcool, nos valores de R\$100,47 e R\$28,09, para as infrações 2 e 3, respectivamente. Também, deve ser corrigida a data da ocorrência correspondente para 31-12-2002 e vencimento para 09-01-2003, em razão do equívoco do diligente da ASTEC (fl. 302).

Diante disto, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, homologando-se os valores já efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281318.1201/03-1, lavrado contra POSTO SÃO PAULO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$6.811,29, sendo R\$3.513,69, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$3.097,27 e 60% sobre R\$416,42, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$3.297,60, acrescido de idênticas multas sobre os valores de R\$2.741,34 e R\$556,26, e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de R\$50,00, prevista no inciso XXII, do mesmo artigo e lei, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBU QUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS