

PROCESSO - A. I. Nº 280080.0061/03-0
RECORRENTE - COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO RIBEIRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JF nº 0126-04/04
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 17/02/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0004-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão. Infrações parcialmente caracterizadas, após análise das provas documentais. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JF, através do Acórdão nº 0126-04/04, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de que o recorrente deixou de recolher ICMS no montante de R\$ 677.606,59, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativo aos exercícios de 1998; 1999 e 2002, sendo R\$ 399.153,27 na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal (infrações 1 a 5) e R\$ 278.453,32 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 (infrações 6 a 10).

A Decisão recorrida considerou o Auto de Infração Procedente, mantendo integralmente as imputações, após analisar as peças processuais, constantes às fls. 8 a 250 dos autos, as quais serviram de base para a acusação fiscal, a exemplo dos demonstrativos de apuração das omissões de entradas; das relações de vendas diárias de combustíveis com base no LMC; bem como das entradas dos produtos apuradas através de notas fiscais, uma vez que o sujeito passivo em sua impugnação apenas apresenta levantamentos das entradas dos produtos sem discriminar as notas fiscais de compras e suas quantidades, de forma que possibilitasse confrontá-los com os elaborados pelo autuante, no sentido de identificar eventual divergência.

Por fim, deixa de considerar a Nota Fiscal nº 1644 (fl. 283) por ter sido emitida por um posto de combustível, por ser tal operação vedada pela ANP, como também desconsidera a alegação de defesa de que ocorreu erro na escrituração do LMC.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o recorrente apresentou no prazo legal o Recurso Voluntário requerendo a reforma do julgamento da 4ª JJF para que seja anulado o Auto de Infração, sob a alegação de que existem erros nos levantamentos fiscais, a exemplos de omissão de lançamentos de notas fiscais e erros aritméticos de anotações (encerrante – LMC), conforme apurou no levantamento anexado à sua impugnação, cujos números são completamente diferentes do apurado pelo autuante.

Aduz que o preposto fiscal chega a admitir que várias notas fiscais não foram computadas na bomba, concordando de maneira oblíqua que a escrituração do LMC está completamente equivocada, do que anexa relatório analítico de todas as notas fiscais de entradas do período fiscalizado (fls. 320 a 492).

Por fim, ressalta que as provas apresentadas foram desconsideradas pela instância judicante inferior.

A PGE/PROFIS, às fls. 495 e 496, analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. Entende que as infrações estão devidamente comprovadas e tipificadas nos autos com lastros nos demonstrativos de débito elaborados pelo autuante. Pontua que o contribuinte não logra provar a efetiva escrituração das notas fiscais elencadas no relatório analítico, acostado em sede recursal, desacompanhado da cópia do livro de Registro de Entradas e das respectivas notas fiscais, assim como também não prova a existência de erros na escrituração do LMC, limitando-se a justificar os supostos erros por conta de negligência do seu funcionário.

Na assentada do julgamento do dia 22/07/2004, a 1ª CJF decidiu pela necessidade da realização de diligência à INFAZ Itabuna, no sentido de confrontar os Relatórios de Notas Fiscais de Entradas de Combustíveis, apresentados quando da interposição do Recurso Voluntário, com o Levantamento Quantitativo das Entradas do autuante.

Às fls. 502 a 534 dos autos, foi procedida a diligência solicitada, na qual foi realizada a conciliação entre os valores apontados nos demonstrativos do autuante em confronto com os dados apresentados pelo recorrente, de forma bem didática e detalhada, apurando-se à fl. 513 os valores do imposto devido por solidariedade e por substituição tributária, relativo a cada produto e exercício auditado, perfazendo os montantes de R\$256.678,35 e de R\$176.232,019, respectivos ao ICMS por solidariedade e por antecipação.

Intimado a se pronunciar, do resultado da diligência, o sujeito passivo peticiona no sentido de considerar o início da contagem do prazo de dez dias a partir do momento que foram disponibilizados todos os documentos que subsidiaram o cumprimento da diligência, em razão do grande volume de documentos a serem cotejados.

A PGE/PROFIS exara novo Parecer à fl. 541, no qual opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, em razão da diligência realizada que acatou parte das notas fiscais de entrada apresentadas, reduzindo o valor do débito original, razões suficientes para o Recurso proporcionar a alteração parcial do julgamento atacado. Por fim, entende descabida a pretensão do autuado de requerer que o prazo de 10 dias só se inicie quando de posse de toda a documentação analisada, que seria 10/11/2004, uma vez que tal documentação lhe pertence e foi exatamente a mesma que anexou aos autos e fundamentou seu pedido.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que na Decisão recorrida foram apreciadas todas as provas apresentadas pelo sujeito passivo, tanto quanto ao levantamento de entradas (fls. 269/271), o qual não foi aceito por não discriminar as notas fiscais e suas quantidades, para que fossem confrontadas com o levantamento do autuante, tanto quanto as notas fiscais anexas às fls. 272 a 296 dos autos, as quais já haviam sido consideradas no levantamento do autuante, com exceção

da Nota Fiscal de n.º 1644 (fl. 283), que foi rejeitada por ser emitida por um posto de combustível, sob a ótica que tal operação é vedada pela ANP.

Quanto à petição do recorrente no sentido de que o prazo de 10 dias, para se manifestar sobre o resultado da diligência procedida, se inicie a partir do momento em que foram disponibilizados todos os documentos que subsidiaram a citada diligência, ou seja, dia 10/11/2004, entendo inócua, uma vez que, ultrapassado tal prazo não se tem notícias de qualquer manifestação do sujeito passivo, cujo silêncio vislumbro como sua aceitação tácita.

Por outro lado, entende a PGE/PROFIS que foi preservado o contraditório, pois tal documentação pertence ao autuado e foi exatamente a mesma que anexou aos autos para fundamentar seu pedido.

No mérito, observo que o deslinde da lide ocorreu com a realização da diligência procedida às fls. 502 a 534 dos autos, cujos demonstrativos analíticos nos dão plena convicção dos tipos de divergências apuradas entre os dois levantamentos de entradas de combustíveis, conforme legendas consignadas às fls. 502 e 503 e nos demonstrativos de conciliação de fls. 517 a 534, das quais ressalto as seguintes:

“2 – Emitente do documento fiscal não é distribuidora, ferindo o disposto no Art. 8º da Portaria ANP 116/2000, ...”

“7 – Nota Fiscal apresentada em 3ª via. Contribuinte relacionou documentos fiscais e não apresentou a 1ª via (DOC. 8).”

Da análise de tais legendas, constato que os documentos a elas relativas não devem ser excluídos do levantamento de entrada, pois tais operações foram efetivamente realizadas, até prova em contrário, apesar de forma irregular, caracterizando o ingresso dos produtos no estabelecimento do contribuinte.

Assim, diante de tal premissa, verifico a incidência destas legendas quando da conciliação das entradas de Diesel Comum (fl. 523 – sem relevância em razão da omissão da saída apurada à fl. 515); Gasolina Comum (fl. 525) e Álcool (fl. 527), relativas ao exercício de 1999, e Diesel Comum (fl. 529) e Gasolina Comum (fl. 532), relativas ao exercício de 1998, com a conseqüente exclusão no levantamento de entradas das quantidades consignadas nos documentos fiscais, as quais devem ser consideradas, conforme a seguir:

Produto	Exerc	Qde Ind. Excluída	Fl.	Omissão de Entradas		Preço Md Unitário	Base de Cálculo	I C M S DEVIDO	
				Apurada	Retificada			p/ solidaried	p/ substituiç
A	B	C	D	(E) (fl.515)	(F)= E-C	G	(H)= F*G		
Diesel comum	1998	705.000	529	1.031.500	326.500	0,3437	112.218,05	19.077,06	10.624,02
Gas. Comum	1998	5.000	532	114.916	109.916	0,6860	75.402,38	18.850,59	24.364,39
Gas. Comum	1999	20.000	525	46.473	26.473	1,1033	29.207,66	7.301,91	8.574,64
Álcool	1999	10.000	527	7.824	(2.176)	-	-		

Obs.: A metodologia p/ apurar o ICMS por solidariedade e por substituição foi à mesma consignada à fl. 513 dos autos.

Portanto, após tais considerações, deve-se acatar os demais números apurados na diligência, o que resulta no montante de R\$ 352.935,17, nos seguintes termos:

Produto	Exerc	I C M S DEVIDO	
		p/ solidaried	p/ substituiç
Diesel comum	1998	19.077,06	10.624,02
Diesel Aditiv.	1998	24.429,13	13.604,58
Gás. Comum	1998	18.850,59	24.364,39
Gás. Aditivad	1998	8.830,62	11.413,58
Álcool	1998	7.004,06	2.219,59
Diesel comum	1999	-	-

Diesel Aditiv.	1999	11.834,79	6.590,79
Gás. Comum	1999	7.301,91	8.574,64
Gás. Aditivad	1999	4.260,55	5.003,16
Álcool	1999	-	-
Diesel comum	2002	68.411,07	28.431,64
Diesel Aditiv.	2002	-	-
Gás. Comum	2002	37.682,38	34.426,62
Gás. Aditivad	2002	-	-
Álcool Aditiv	2002	-	-
Álcool	2002	-	-
TOTALS:		207.682,16	145.253,01

Diante do exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, no valor de R\$ 352.935,17, conforme demonstrativo de débito a seguir:

Infração	Dt Venctº	ICMS p/ Solid.	Produto
1	09/01/1999	19.077,06	Diesel Cm
1	09/01/2003	68.411,07	Diesel Cm
Total Inf. 01		87.488,13	
2	09/01/1999	24.429,13	Diesel Ad.
2	09/01/2000	11.834,79	Diesel Ad.
Total Inf. 02		36.263,92	
3	09/01/1999	18.850,59	Gas. Cm
3	09/01/2000	7.301,91	Gas. Cm
3	09/01/2003	37.682,38	Gas. Cm
Total Inf. 03		63.834,88	
4	09/01/1999	8.830,62	Gas. Ad.
4	09/01/2000	4.260,55	Gas. Ad.
Total Inf. 04		13.091,17	
5	09/01/1999	7.004,06	Álcool
Total Inf. 05		7.004,06	
Total ICMS p/ solidaried.		207.682,16	

Infração	Dt Venctº	ICMS Subst.	Produto
6	09/01/1999	10.624,02	Diesel Cm
6	09/01/2003	28.431,64	Diesel Cm
Total Inf. 06		39.055,66	
7	09/01/1999	13.604,58	Diesel Ad.
7	09/01/2000	6.590,79	Diesel Ad.
Total Inf. 07		20.195,37	
8	09/01/1999	24.364,39	Gas. Cm
8	09/01/2000	8.574,64	Gas. Cm
8	09/01/2003	34.426,62	Gas. Cm
Total Inf. 08		67.365,65	
9	09/01/1999	11.413,58	Gas. Ad.
9	09/01/2000	5.003,16	Gas. Ad.
Total Inf. 09		16.416,74	
10	09/01/1999	2.219,59	Álcool
Total Inf. 10		2.219,59	
Total ICMS p/ substituiç		145.253,01	

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 **280080.0061/03-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO RIBEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 352.935,17**, sendo R\$183.983,46, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 82.394,75 e 70% sobre R\$101.588,71, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$168.951,71, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 62.858,26 e 70% sobre R\$106.093,45, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

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