

PROCESSO	- A. I. Nº 278987.1205/03-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMDIESEL - TRANSPORTE E COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS	- BOMDIESEL TRANSPORTE E COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF nº 0411-03/04
ORIGEM	- INFRAZ BARREIRAS
INTERNET	- 04/03/2005

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0038-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS. 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. Foi refeito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Modificada a Decisão. Verificado o equívoco na indicação das infrações imputadas. Declarada, de ofício, a nulidade do item 1. Rejeitada a preliminar de nulidade do Auto de Infração. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, o qual exige o ICMS e multa em decorrência das seguintes irregularidades:

1. 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 MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de Entrada de álcool, nos exercícios de 2000 e 2001.
2. Deixou de escriturar o LMC correspondente a óleo diesel, sendo aplicada a multa de R\$397,10 por exercício (1999 e 2000) e R\$400,00 referente ao exercício de 2001.

Sustenta a Decisão da 3^a JJF, ora recorrida:

- inicialmente, rejeita a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, haja vista que não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99 para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Quanto ao argumento defensivo de que não foram considerados os estoques inicial e final e as aferições, os fatos alegados envolvem o mérito da autuação, por isso, serão analisados quando da sua apreciação;
- em decorrência da impugnação apresentada pelo contribuinte, o autuante refez os cálculos acatando as alegações defensivas, conforme novo demonstrativo que acostou aos autos (fl. 92), quando prestou a informação fiscal, ressaltando-se que o contribuinte tomou

conhecimento quanto aos novos cálculos efetuados pelo autuante, conforme ciente do representante legal, consignado no mencionado demonstrativo e informação fiscal à fl. 93;

- foi acatada a contestação do autuado quanto aos estoques e aferições, existindo também o argumento defensivo de que, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não é devido o imposto;
- a infração apurada está de acordo com a legislação, haja vista que é devido o imposto calculado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98;
- na primeira infração foram consignados, por equívoco, os valores apurados referentes ao imposto normal e por antecipação. Entretanto, deveria ser indicada uma infração para cada situação, ou seja, uma infração para a responsabilidade solidária (ICMS NORMAL), e outra infração para imposto por antecipação em função da MVA;
- considerando que na descrição dos fatos constou apenas a falta de recolhimento do tributo por antecipação apurado em função da MVA, deixando de ser indicada a falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária em uma infração à parte, entende que houve cerceamento do direito de defesa, falha não passível de retificação neste PAF, haja vista que o órgão julgador não pode alterar a acusação fiscal. Assim, no presente processo prevalecem os valores do demonstrativo constante à fl. 100, relativos ao imposto por antecipação, de acordo com a planilha à fl. 92;
- em relação ao imposto devido por responsabilidade solidária, considera nulos os valores lançados pelo autuante à fl. 100: R\$34.443,37 (2000) e R\$41.528,95 (2001). Representa à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal, a salvo de incorreções, conforme art. 156 do RPAF/99, devendo ser exigido o tributo, conforme apurado no demonstrativo à fl. 92, e valores constante à fl. 100;
- conclui que subsiste em parte a primeira infração, no valor de R\$24.518,18, sendo também devido o imposto por responsabilidade solidária, cuja exigência deverá ser objeto de outro procedimento fiscal, conforme já comentado neste voto;
- quanto à infração 2, considerando que foi exigido um valor para cada exercício (1999, 2000 e 2001), relativamente ao mesmo livro, e apesar de o LMC se referir a três exercícios, o entendimento que vem prevalecendo no âmbito deste CONSEF é o de ser aplicada uma multa pelo cometimento da infração. Portanto, fica alterada a multa aplicada para R\$400,00, correspondente ao último exercício;

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração, ficando alterado o débito apurado, conforme de fl. 101.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 3^a JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega que o LMC só serve para controle da Agência Nacional de Petróleo, não podendo servir de prova sem utilização de convênio, que só foi firmado em 02/10/2003, e, em sendo assim, só poderia alcançar os fatos posteriores a esta data.

O representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que não há que se apreciar as novas razões apresentadas no recurso, uma vez que as mesmas não foram oferecidas no

momento oportuno, precisamente na peça de defesa, não sendo, portanto, possível seu reexame por esta Corte.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, uma vez que não se encontram presentes nos autos os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

No mérito, entendo que a decisão ora recorrida deve ser mantida. Isto porque, no presente caso foi apurada omissão de entrada e não ficou comprovada a origem das mercadorias, inexistindo consequentemente, comprovação do recolhimento do imposto normal e antecipado.

Por se tratar de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

No que diz respeito à infração 2, partilho do entendimento da 3ª JJF, no sentido de que deve ser feita a correção necessária quanto aos valores da multa aplicada. Considerando que foi exigido um valor para cada exercício (1999, 2000 e 2001), relativamente ao mesmo livro, e apesar de o LMC se referir a três exercícios, o entendimento que vem prevalecendo no âmbito deste CONSEF é o de ser aplicada uma multa pelo cometimento da infração. Portanto, fica alterada a multa aplicada para R\$400,00, correspondente ao último exercício.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão recorrida. Entretanto, como não é possível anular parcialmente o item 1 para que seja desdobrado em duas acusações, pois interligadas entre si, impõe-se a nulidade total deste item. Assim, represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal relativo a infração 1, a salvo de incorreções, conforme art. 156 do RPAF/99, devendo ser exigido o tributo.

Quanto ao Recurso de Ofício, acolho o entendimento da 3ª JJF e voto pelo NÃO PROVIMENTO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, declarar NULA a infração 1 e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 278987.1205/03-0, lavrado contra BOMDIESEL - TRANSPORTE E COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de R\$400,00, prevista no art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGERIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS