

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0015/03-9
RECORRENTE - CORESFILE - COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0363-02/04
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 17/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0184-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADO E ABERTO. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA 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 tenham saído sem documento fiscal, 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. Reduzido o débito por erro na sua apuração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$43.097,52, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechado e aberto (GASOLINA, ÁLCOOL E DIESEL), conforme demonstrativos e documentos às fls. 6 a 127, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$31.073,11, 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 (1998 a 2002).
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$3.097,52, 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 (01/01 a 30/10/03).
3. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$8.022,32, 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 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).

4. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$904,57, 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 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 30/10/03).

O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva, onde apontou equívocos existentes nos levantamentos quantitativos. A informação fiscal foi prestada, e o autuante manteve integralmente a autuação. Após ser apreciado em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência, para que o autuante prestasse nova informação fiscal, abordando todos os pontos da defesa apresentada. A diligência foi cumprida, tendo o autuado sido cientificado do resultado da mesma.

Conforme o Acórdão JJF Nº 0363-02/04, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, e o valor do débito foi reduzido de R\$43.097,52 para R\$27.950,93. Os itens 2 e 4 do Auto de Infração foram declarados procedentes, ao passo que os demais foram julgados procedentes em parte.

No seu voto, o qual foi acompanhado unanimemente pelos demais membros, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade suscitada na defesa, alegando que a questão da ilegitimidade passiva está intimamente relacionada com o mérito das questões e, por esse motivo, serão analisadas conjuntamente. Quanto aos equívocos citados pelo autuado, o relator analisou, por exercício, cada uma das alegações defensivas, decidindo as questões com a devida fundamentação.

Explicou que não considerou as aferições e as perdas por evaporação alegadas na defesa, porque elas não foram registradas no LMC. Quanto aos cupons fiscais, o relator afirmou que não os considerou porque eles iriam aumentar as omissões apuradas.

Ao concluir o seu voto, o relator afirmou que nos levantamentos quantitativos foram detectadas diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (combustíveis). Em seguida, afirmou que: *“Neste caso, de acordo com o artigo 10, inciso I, da Portaria nº 445/98, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o 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, e deduzida a parcela do tributo por solidariedade, a título de crédito fiscal”.*

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0363-02/04 deve ser reformado, para que o Auto de Infração em lide seja considerado improcedente.

Preliminarmente, argumenta que a 2ª JJF não apreciou a argüição de inconstitucionalidade, decorrente da exigência fiscal sob a alegação de que houve aquisições de combustíveis sem notas fiscais. Explica que não solicitou a declaração de inconstitucionalidade, porém, no contexto dos autos, afirmou que princípios constitucionais não estavam sendo observados.

Assegura que as infrações enumeradas no lançamento são nulas, uma vez que a descrição dos fatos e a capitulação legal utilizada não condizem com as irregularidades que lhe foram imputadas. Diz que no caso em lide não se aplica a presunção legal prevista no § 4º do art. 4º da

Lei nº 7014/96. Alega que o Auto de Infração macula princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Diz que a Junta de Julgamento Fiscal não analisou os fatos aduzidos na defesa e a documentação fiscal acostada ao processo. Também afirma que não foi apreciada a questão da ofensa à capacidade contributiva, pois a solidariedade somente poderia ser argüida se o ICMS não tivesse sido antecipado em função da substituição tributária. Frisa que a JJF, ao deixar de enfrentar as questões apresentadas na defesa, desprezou a segurança jurídica que conduz à paz social. Diz que o estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem deixou de cumprir a obrigação tributária, não podendo agir de forma a fazer um verdadeiro confisco.

Considera que apenas houve um engano na contabilização dos documentos, o que justifica somente a aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que o imposto foi recolhido na fonte. Frisa que os combustíveis têm o imposto pago por substituição tributária e, quando o valor do produto é pago, o ICMS já se encontra embutido, sendo de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do tributo.

Assegura que, após a correção dos equívocos apontados na defesa, as omissões apuradas pelo autuante não subsistem. Frisa que existe legislação própria para o comércio de combustíveis e que foram desprezados os argumentos defensivos pertinentes à evaporação, a aferições, a erros de medição e à existência de notas fiscais que acobertavam as compras. Alega que a Junta de Julgamento Fiscal teria que acatar o argumento de que não existe qualquer fato que ensejasse a presunção de sonegação, uma vez que as distribuidoras funcionavam regularmente. Sustenta que, como houve o pagamento do ICMS no momento da aquisição na distribuidora, a cobrança do imposto sob o fundamento de que os combustíveis teriam sido adquiridos sem nota fiscal redonda em um confisco. Para embasar suas alegações, cita os artigos 121 e 128 (do Código Tributário Nacional) e 5º, II, (da Constituição Federal), bem como farta doutrina.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou que seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória. Acostou ao processo o demonstrativo de fls. 271 a 277, onde estão relacionados equívocos que entende presentes nos levantamentos quantitativos.

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, diz que as infrações estão perfeitamente caracterizadas nos autos. Aduz que a Junta de Julgamento Fiscal analisou criteriosamente as provas apresentadas na defesa e adequou os levantamentos quantitativos à legislação tributária pertinente aos combustíveis. Argumenta que a Junta de Julgamento Fiscal fundamentou os motivos da rejeição de parte dos documentos fiscais apresentados, assim como as questões referentes às aferições e evaporação. Esclarece que no Auto de Infração não existe qualquer vício capaz de o inquinar de nulidade. Diz que todos os princípios constitucionais aplicáveis ao lançamento foram rigorosamente observados. Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

O processo foi submetido à Pauta Suplementar, e a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu convertê-lo em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações: que as aferições registradas nos LMCs fossem incluídas nos respectivos levantamentos; que fosse efetuada a correção referente à Nota Fiscal nº 274.459; que fossem verificadas as alegações defensivas pertinentes aos bicos 2, 3 e 4 e, sendo o caso, efetuadas as correções; e, que fossem elaborados novos demonstrativos para as infrações.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC Nº 33/2005, acostado às fls. 286 e 287. De acordo com o diligenciador, as solicitações foram atendidas e, em consequência, o débito tributário foi reduzido para R\$ 11.331,75, conforme demonstrativos às fls. 288 a 290.

O recorrente e o autuante foram cientificados do resultado da diligência, mas não se pronunciaram.

Em novo Parecer, a PGE/PROFIS diz que os levantamentos quantitativos foram corrigidos mediante a diligência e, ao final, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, reduzindo o valor do débito para R\$ 11.331,75. Esse Parecer foi ratificado pelo assistente da PGE/PROFIS.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois a capituração legal das infrações está correta. Além disso, um eventual erro na capituração legal não seria razão para a nulidade do lançamento, pois a descrição dos fatos imputados ao recorrente foi feita de forma satisfatória, permitindo o exercício do amplo direito de defesa.

Por dois motivos, não acato a alegação recursal de que na Decisão recorrida não foram abordadas as questões de constitucionalidade da legislação tributária estadual. Primeiro, porque a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador, ao teor do art. 167, I, do RPAF/99. Segundo, porque, como o próprio recorrente admite, tais alegações foram feitas dentro do contexto da defesa; dessa forma, considero que, dentro do contexto do voto, o relator da Decisão recorrida abordou tais questões ao manter a autuação.

Deixo de acolher a alegação recursal referente à omissão da Junta de Julgamento Fiscal ao apreciar as questões das aferições, das perdas por evaporação e dos documentos acostados ao processo. Todas essas alegações foram abordadas no voto proferido pelo ilustre relator da Primeira Instância. A Junta de Julgamento Fiscal não considerou as aferições, porém essa Decisão foi fundamentada de forma satisfatória, o que afasta a tese de que a Decisão foi omissa.

Ressalto que no presente lançamento não foi exigido imposto com base em presunção, como alega o recorrente. Observo que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que rege a matéria.

Também afasto a alegação recursal de que a Junta de Julgamento Fiscal tenha deixado de apreciar qualquer questão apresentada na defesa, desprezando a segurança jurídica. Todos os argumentos defensivos foram devidamente analisados na Decisão recorrida, conforme atesta a ilustre representante da PGE/PROFIS em seu primeiro Parecer.

Apesar de já ter sido bem explicado na Decisão recorrida, o recorrente insiste que o imposto referente aos combustíveis arrolados da auditoria fiscal já foi pago pela distribuidora quando da aquisição dos mesmos, porém essa tese recursal não pode ser acatada. Apenas quando os combustíveis estão acompanhados da devida documentação fiscal, se pode dizer que o imposto foi pago por substituição tributária. No caso em lide, os levantamentos quantitativos de estoques comprovam, de forma inconteste, que o recorrente adquiriu combustíveis sem a devida documentação fiscal. Nessa situação, ele é solidariamente responsável pelo ICMS “normal”, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como pelo ICMS devido por substituição tributária.

Quanto aos equívocos apontados na defesa, eles foram acolhidos em parte pelo relator da Decisão recorrida, tendo o débito tributário sido reduzido para R\$27.950,93. Considerando que ainda havia erros nos levantamentos quantitativos, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal solicitou nova diligência saneadora e, após as devidas correções, o débito foi reduzido para R\$11.331,75. O recorrente e o autuante foram cientificados do resultado dessa última diligência, porém não se manifestaram. Acolho esses novos demonstrativos elaborados pelo diligenciador da ASTEC, pois

estão corretos, encontram-se respaldados em documentos probantes acostados ao processo e, além disso, o recorrente e o próprio autuante reconheceram, tacitamente, o acerto da revisão realizada.

Por fim, ressalto que, nos demonstrativos de débito de fls. 287 e 290, a multa correta referente às infrações 3 e 4 (as quais totalizam R\$2.130,82) é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, fica retificada a multa indicada nesses demonstrativos.

Em face do acima comentado, a Decisão recorrida merece ser retificada, para julgar o Auto de Infração procedente em parte, passando o débito tributário de R\$27.950,93 para R\$11.331,75, conforme demonstrativo de débito à fl. 287 e 290, com a devida correção da multa referente às infrações 3 e 4.

Pelo exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$11.331,75.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 206847.0015/03-9, lavrado contra **CORES FIL - COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.331,75**, sendo R\$3.030,39, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$586,71 e 70% sobre R\$2.443,68, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$8.301,36, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.544,11 e 70% sobre R\$6.757,25, previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS