

PROCESSO - A. I. Nº 233080.0300/03-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VANDERLINO BARRETO & CIA. LTDA.
RECORRIDOS - VANDERLINO BARRETO & CIA. LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0102-01/05
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 11/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0272-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A falta de emissão de notas fiscais de mercadoria cujo imposto foi pago por antecipação, de acordo com a Portaria 445/98, art. 5º, III, deve ser punida com a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto a multa deve ser aplicada por autuação, independentemente da quantidade de exercício em que tenha ocorrido o descumprimento. Mantida a Decisão de Primeira Instância. **b)** 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 terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Rejeitado o pedido de diligência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 1ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0102/01-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a prática de infrações fiscais no valor de R\$311.237,26, além de multa no valor de R\$219,42, em razão da ocorrência, segundo a fiscalização estadual, das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$169,42, decorrente de operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados de 1998, 1999, 2001 e 2002;

2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$175.324,59, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo aos anos de 2000, 2001 e 2002;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$52.576,65, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo ao ano de 2000, 2001 e 2002;
4. Multa no valor de R\$50,00, decorrente de operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado de 2003.
5. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$74.491,96, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2003;
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$8.844,06, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2003.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, alegando que constatou alguns equívocos no levantamento fiscal realizado, fazendo-o sob os seguintes argumentos:

1. Ano 2001

- Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 415.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais n^{os} 000152, 000201 e 000252, recebidas em janeiro, março e julho de 2001, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 415.000 litros, a omissão de saídas passa a ser omissão de entradas de 7.279 litros;
- Gasolina - Não foram consideradas as aquisições de 20.000 litros de gasolina mediante Notas Fiscais n^{os} 000152, 000201 e 000252, recebidas em janeiro, março e julho de 2001, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 20.000 litros, a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 9.444 litros.

2. Ano 2002

- Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 220.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais n^{os} 000503 e 000751, recebidas em outubro e dezembro de 2002, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 220.000 litros a omissão de saídas passa a ser omissão de entradas de 4.144 litros.

3. Ano 2003

- Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 215.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais nºs 000752, 000753, 000754 e 000756, recebidas em abril, julho, setembro e outubro de 2003, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 215.000 litros, a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 5.390 litros.
- Gasolina - Não foram consideradas as aquisições de 10.000 litros de gasolina mediante Nota Fiscal nº 000753, recebidas julho de 2003, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 10.000 litros, a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 6.143 litros.

Argumentou que na determinação da Base de Cálculo para fins de apuração do ICMS devido, o autuante cometeu equívoco ao considerar em todos os anos e em todos os combustíveis, o preço que estava sendo praticado no dia da medição dos tanques, 22/10/2003, quando o correto é ter considerado para o Óleo Diesel: 1998 a 2000, o preço máximo de venda ao consumidor; nos anos de 2001 a 2003, o preço médio de aquisição. Para o álcool e gasolina, o preço médio de aquisição em cada ano. Ao finalizar, requereu revisão fiscal por auditor estranho ao feito, a fim de que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração.

Na informação fiscal, o autuante contestou as razões defensivas, aduzindo inicialmente que as cópias das notas fiscais acostadas pela defesa foram emitidas como operação de venda para destinatários outros, que não o autuado, como por exemplo: COELBA, PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRITIBA e DUTOBRAS CONSTRUÇÕES LTDA. Alegou que o *“contribuinte anexou ainda, cartas de correção, supostamente modificado aqueles destinatários e as respectivas operações.”* Salientou que, ao ser intimado, o contribuinte apresentou duas ocorrências policiais emitidas pela Delegacia de Polícia de Piritiba de nºs 004/2004 e 005/2004, onde o mesmo compareceu no dia 26 de janeiro de 2004, alegando ter perdido todos os livros e documentos solicitados na auditoria, daquele mesmo dia. Argumentou que além disto todas estas operações alegadas pelo contribuinte como transferências de mercadorias do estabelecimento de Inscrição Estadual nº 12.090.585 para o estabelecimento de inscrição estadual nº 12.054.323 ambos pertencentes a mesma empresa, foram informados pelo mesmo à SEFAZ/Ba., por meio da DMA, como operação de venda, não constando nenhuma operação de transferência. Ademais, o contribuinte cometeu o absurdo de alegar ter recebido em determinados dias, transferências na ordem de 130.000, 235.000, 205.000 e 85.000 litros de combustíveis, quando nem o estabelecimento autuado nem o suposto remetente possuem condições de armazenarem tais quantidades dos produtos. Ao finalizar, opinou pelo envio dos documentos acostados pela defesa ao órgão de investigação e pela manutenção da autuação.

A INFAZ Jacobina entregou cópia da informação fiscal, estabelecendo o prazo de lei para que o recorrente, querendo, se manifestasse.

Em nova intervenção, o recorrente, além de reiterar os argumentos defensivos, contestou a informação fiscal, alegando que o autuante não abordou o item 2.2 da defesa, onde o contribuinte contesta a base de cálculo. Asseverou que existe contradição na informação fiscal, pois a ocorrência Policial tem como data 26 de janeiro de 2004, enquanto a intimação do autuante para apresentação dos livros e documentos fiscais, ocorreu no dia 26 de março de 2004 (dois meses depois) e não no mesmo dia em que ocorreu o registro da Ocorrência Policial. Ao finalizar, reiterou o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito e posteriormente pela procedência parcial da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JF decidido por sua conversão em diligência à ASTEC, para que fossem atendidos os quesitos solicitados à fl. 127.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0295/2004, após descrever o que foi pedido pelo relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim concluiu:

“Efetuados os cálculos do preço médio unitário, foram elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 132/135.

O valor original do débito cobrado pelo autuante, que era de R\$ 311.237,26 após a diligência efetuada alterou para R\$227.067,86 conforme demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

<i>Infração</i>	<i>Data Ocorr.</i>	<i>Data Venc.to.</i>	<i>ICMS</i>
2	31.12.2000	09.01.2001	10.926,82
2	31.12.2001	09.01.2002	61.285,40
2	31.12.2002	09.01.2003	46.639,88
3	31.12.2000	09.01.2001	2.459,74
3	31.12.2001	09.01.2002	15.523,21
3	31.12.2002	09.01.2003	19.383,54
5	22.10.2003	09.11.2003	63.163,13
6	22.10.2003	09.11.2003	7.686,14
<i>Total</i>			227.067,86

Em nova manifestação, o recorrente ressaltou que a diligência limitou-se somente a se pronunciar sobre os preços médios. Entretanto, em relação ao ano de 2000, referente ao Óleo Diesel, o diligente utilizou os preços de aquisição agregando a MVA, sem observar que no referido ano prevalecia o valor máximo do preço a consumidor, determinado pela ANP, (R\$0,823), não havendo nenhuma agregação de margem de lucro, reiterando o argumento em relação às notas fiscais de entrada não consideradas pelo autuante. Ao finalizar, requereu a realização de diligência e que a autuação seja julgada parcialmente procedente.

Através do Acórdão JFJ Nº 0102/01-05, a 1ª JFJ julgou Procedente em Parte o Auto de Infração sob o entendimento de que:

- a) quanto ao argumento defensivo de que o autuante não levou em consideração diversas aquisições de combustíveis realizadas, cujas cópias das notas fiscais foram acostadas aos autos, como bem destacou o autuante, quando da informação fiscal, em tais notas fiscais o destinatário das mercadorias não é o recorrente, mas sim outras empresas, convindo salientar que, além das supostas quantidades transferidas, entre os estabelecimentos matriz e filial, serem bastante superiores à capacidade de transporte de qualquer veículo existente no País, cartas de correções apresentadas pela defesa não são capazes de elidir a autuação, uma vez que se aplica *in casu* o § 6º, do artigo 201, do RICMS/97, cujo teor transcreveu;
- b) quanto às Notas Fiscais Nºs: 000152, como 50.000 litros de Óleo Diesel; 000525, como 235.000 litros de Óleo Diesel; 000752, como 85.000 litros de Óleo Diesel; 000753, como 70.000 litros de Óleo Diesel e 000754, como 45.000 litros de Óleo Diesel, as mesmas não podem ser acolhidas, uma vez que as supostas quantidades transferidas, entre os estabelecimentos matriz e filial, são bastante superiores à capacidade de transporte de qualquer veículo existente no País, bem como porque o autuado não comprova ter capacidade de armazenagem de 235.000 litros de Óleo diesel;
- c) com relação às Notas Fiscais Nºs: 000751 e 000756, assim como as demais, foram acostadas pelo autuado em sua peça defensiva datada de 03/02/2004, em cópia xerográfica; entretanto, conforme declaração do próprio autuado, nas Ocorrências Policiais Nº: 004/2004 e 005/2004, datadas de 26/01/2004, documentos também acostados pelo autuado, o mesmo teria perdido os livros de Movimentação de Combustíveis, livros de Inventários, livros Diários, livros Razão, livros de Entradas, livros de Saídas e Apuração de ICMS, notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas, movimentos bancários e relatórios de cupons fiscais, todos dos exercícios de 1996 a 2003, dos dois estabelecimentos, tal fato impossibilitaria a realização de qualquer diligência para comprovar a veracidade dos argumentos apresentados pela defesa, pois as cópias das notas fiscais apresentadas pela defesa não podem ser aceitas como verdadeiras, sobre hipótese alguma, uma vez que consta das Ocorrências Policiais, ressalte-se mais uma vez, acostadas pela defesa, que no dia 26/01/2004, todos os livros e

documentos acima relacionados foram perdidos, inclusive as notas fiscais de entradas (estabelecimento matriz - autuado) e as notas fiscais de saídas (estabelecimento filial, emitente das mesmas), assim, não seria possível que o mesmo tenha levado as referidas notas fiscais para serem autenticadas no dia 03/02/04, data posterior às Ocorrências Policiais de perdas dos referidos documentos;

- d) Em relação ao argumento defensivo de que o autuante cometeu erros da apuração da base de cálculo do ICMS, salientou que o PAF foi baixado em diligência para que fossem sanadas as incorreções relativas ao preço utilizado pelo autuante quando da apuração da base de cálculo, tendo sido concluída a diligência com redução dos valores relativos às infrações 2, 3, 5 e 6, de R\$ 311.237,26 para R\$227.067,86, conforme demonstrativo de débito colacionado ao Acórdão recorrendo;
- e) quanto ao argumento do autuado de que, em relação ao ano de 2000, referente ao Óleo Diesel, o diligente utilizou os preços de aquisição agregando a MVA, sem observar que no referido ano prevalecia o valor máximo do preço a consumidor, determinado pela ANP, (R\$0,823), não havendo nenhuma agregação de margem de lucro, o mesmo deve ser acolhido, pois encontra-se amparado na Portaria Inter-Ministerial nº 417/00, sendo reduzido, na infração 03, com data de ocorrência de 31/12/2000, vencimento em 09.01.2001, o valor para R\$ 1.958,55;
- f) face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque no exercício de 2000 (infrações 02, 03 05 e 06) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento 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), e 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”);
- g) as infrações 2, 3, 5 e 6, restaram parcialmente caracterizadas, perfazendo o montante, no total, de R\$226.566,67, conforme demonstrativo constante do voto;
- h) no que se refere às infrações 1 e 4, a Portaria nº 445/98 determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, todavia, o CONSEF firmou o entendimento de que a multa deve ser aplicada por autuação, independente da quantidade de exercício, caracterizando-se, pois, parcialmente a infração 1 no valor de R\$50,00, não subsistindo a infração 4;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual em montante superior a R\$50.000,00, a referida 1ª JF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 1ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fulcrando a sua insurgência nos seguintes argumentos:

- a) no Novo Demonstrativo de Débito produzido pelo ilustre Auditor Diligente, não foram consideradas, nem sequer examinadas as notas fiscais de aquisição, objeto da impugnação, produzida e ratificada nas “vistas”, objeto do pedido de revisão, e importante na determinação do quanto devido;
- b) com relação à determinação dos preços unitários, o ilustre fiscal Diligente, em todos os períodos nos quais procedeu a revisão (2000 a 2003), após calcular o preço médio das entradas omitidas, adicionou a “Margem de Valor Agregado” “MVA” para fins de apuração do imposto normal devido, sem observar o que dispõe a Portaria nº 445/98 e o próprio Regulamento do ICMS, cujo teor transcreve em suas razões recursais;

- c) quando o legislador determina a apuração do preço médio das compras de um exercício, adiciona a “Margem de Valor Agregado”, todavia, ao determinar a apuração do cálculo pelo valor das entradas no último mês (no levantamento da impugnante foi o mês de dezembro), entendeu o legislador que não há o que se agregar, pois nos valores já estão embutidos os reajustes normais da mercadoria; no caso em lide, de referência às notas fiscais de aquisição dos combustíveis não consideradas por ocasião da Auditoria procedida, o ilustre Auditor Fiscal Diligente nem sequer as examinou por ocasião da Diligência efetuada;
- d) razão assiste ao ilustre relator da Decisão recorrida ao afirmar que se as notas fiscais foram extraviadas, não poderiam ser autenticadas em 03/02/2004; contudo, as Notas Fiscais de nºs 751 a 782 (última nota fiscal emitida no citado talão, face à data de validade), foram emitidas entre o dia 27/12/2002 (a de nº 751) e o dia 02/08/2004 (a de nº 782), todas pertencentes ao talão que se encontrava, na oportunidade, em uso, portanto, o referido talão encontrava-se em poder da empresa, no balcão, não tendo sido objeto da perda, talão este que sempre esteve à disposição do fisco, inclusive tendo sido apresentado à fiscalização em 07/04/2004, quando solicitado pelo próprio fiscal autuante em 26/03/2004, conforme fotocópias das intimações (matriz e filial) e dos protocolos de entrega; se as fotocópias das notas fiscais foram autenticadas em 03/02/2004, é evidente que não poderiam ter sido extraviadas;
- e) quanto às demais notas fiscais de transferências, também não foram objeto de extravio, pois se encontravam nas mãos do sócio para fins de autenticação das fotocópias, tiradas para anexação ao processo de impugnação, e sempre estiveram e estão à disposição dos prepostos do fisco, inclusive do Auditor Diligente; o recorrente não transferiu nem poderia transferir, tais quantidades de uma só vez, fazendo-se mister ressaltar que as transferências ocorriam pela necessidade de um posto ou outro (matriz e filial) de repor seus estoques, e dada à distância entre Salvador (pólo fornecedor do combustível) e Piritiba (sede do recorrente) e tratando-se de mercadoria já tributada pelo ICMS na fonte, o funcionário deixava para emitir a nota fiscal posteriormente, de uma única vez, fato este comum quando se tem mais de um posto de gasolina, inexistindo qualquer sonegação tributária; por outro lado, tal procedimento também ocorreu, foi constatado e aceito pelo ilustre Auditor Autuante nos anos de 1998, 1999 e 2000, conforme fotocópias apensadas, das “AUDITORIA DE ESTOQUE”, nos “Levantamento Quantitativo de Saídas”; além disso, há outro fato importante a ser observado na emissão das notas fiscais – tanto nas Notas Fiscais de nºs 152, 201 e 503, quanto nas demais, o endereço, o CNPJ, Fone e Inscrição Estadual estão corretos, sendo que apenas nas notas supra citadas houve equívoco no nome, questiona-se, então, se apenas um item – em apenas 3 (três) notas – é suficiente para não serem consideradas todas as notas, quando os demais itens – 4 (quatro) – estão corretos? Se alguém quer rasurar uma nota fiscal *a posteriori*, consegue colocar todos os demais itens corretos?
- f) pede a reforma do julgamento proferido pela 1ª JF, concedendo revisão, por fiscal estranho ao feito, do levantamento quantitativo dos combustíveis de referência à desconsideração das notas fiscais de transferências, bem como que seja julgada parcialmente procedente a ação fiscal.

Em seu Parecer, o representante da PGE/PROFIS entende que, no que concerne à argumentação defensiva de que não foram consideradas as notas fiscais de compra de combustíveis, a mesma não deve prosperar, vez que a quantidade de combustível transferido, segundo informações prestadas pelo recorrente, é absolutamente surreal, inexistindo veículo com capacidade suficiente de armazenagem de tais quantidades. Com relação às demais notas fiscais, em sua grande maioria, o destinatário final não coincide com a pessoa do recorrente, não sendo as cartas de correção capazes de elidir a autuação. Quanto à alegação de perda de todos os livros fiscais e contábeis, carecem de guarida as arguições do recorrente, pois, evidencia-se através das datas

das ocorrências e, principalmente, dos horários de registros das mesmas, que há uma evidente dissimulação, passível, inclusive, de denúncia perante a Corregedoria de Polícia Civil no Estado da Bahia. Assim, tendo em vista a absoluta impossibilidade da realização de diligência para aferição das supostas documentações arroladas pelo recorrente, os levantamentos realizados pelo autuante estão corretos, devendo ser desconsiderados os documentos fiscais arrolados pelo recorrente, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, faz-se mister a análise do Recurso de Ofício interposto pela DOUTA 1ª JF, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Divide-se a análise do Recurso de Ofício, englobadas em relação às reduções dos débitos concernentes às infrações 2, 3, 5 e 6, e dos débitos relativos às infrações 1 e 4.

Quanto às infrações 2, 3, 5 e 6, a redução ocorreu em face da diligência realizada pela ASTEC, através do PARECER TÉCNICO Nº 0295/2004, que resultou em redução do montante objeto de autuação de R\$ 311.237,26 para R\$227.067,86, não merecendo, no meu entender, qualquer reparo a ser feito.

Isso porque a redução ocorreu em face dos equívocos da autuação quanto à apuração da base de cálculo do ICMS, tendo sido devidamente sanadas, por aquele órgão técnico, as incorreções relativas ao preço, equivocadamente utilizadas pelo autuante quando da apuração da base de cálculo.

No tocante à infração 3, além da redução promovida pela diligência, há que se acolher a redução ventilada na Decisão de Primeira Instância, posto que, em relação ao ano de 2000 - referente ao Óleo Diesel - o diligente utilizou os preços de aquisição agregando a MVA, sem observar que no referido ano prevalecia o valor máximo do preço a consumidor, determinado pela ANP, (R\$0,823), não havendo nenhuma agregação de margem de lucro, à luz do quanto insculpido na Portaria Inter-Ministerial nº 417/00. Daí porque deve o valor, com data de ocorrência de 31/12/2000, vencimento em 09.01.2001, ser reduzido para R\$1.958,55.

Quanto às infrações 1 e 4, de igual forma, agiu com acerto o *a quo* ao reduzir o montante originariamente cobrado, relativo àquelas infrações, vez que a Portaria nº 445/98 determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prescrita no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, tendo esta Corte, todavia, firmado o entendimento de que a multa deve ser aplicada por autuação, independente da quantidade de exercício, razão pela qual correta se apresenta a multa de R\$ 50,00 aplicada em Primeira Instância.

Assim, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto, mantendo a redução do débito determinada em Primeira Instância.

Ingressaremos, agora, no âmbito de análise do Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

No que tange à não consideração das notas fiscais de compras de combustíveis argumentado pelo recorrente, *concessa venia*, razão alguma assiste ao mesmo, posto que a quantidade de combustível transferido, segundo informações prestadas pelo próprio autuado, é absolutamente exorbitante, inexistindo veículo com capacidade suficiente para armazenar as quantidades constantes dos autos.

Ademais, com relação à maioria dos documentos fiscais, de igual forma, rasa em fundamentação válida se apresenta a alegação do recorrente, tendo em vista que, em sua grande maioria, o destinatário final não coincide com a pessoa do autuado, não sendo as cartas de correção capazes de elidir a autuação, à luz do quanto insculpido no § 6º, do artigo 201, do RICMS/97, que preceitua, *ad litteram verbis*:

“Art. 201...

§ 6º As chamadas "cartas de correção" apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário.”

Mas não é só. No que se refere à alegação de que foram perdidos os livros fiscais e contábeis, também não merece guarida a tese sustentada pelo recorrente. Isso porque os documentos carreados aos autos e reiterados nas razões recursais não têm o condão de afastar a Decisão de Primeira Instância, visto que, como brilhantemente decidido, foi o próprio recorrente quem afirmou que perdeu os livros de Movimentação de Combustíveis, livros de Inventários, livros Diários, livros Razão, livros de Entradas, livros de Saídas e Apuração de ICMS, notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas, movimentos bancários e relatórios de cupons fiscais, todos dos exercícios de 1996 a 2003, dos dois estabelecimentos, não havendo “razoabilidade” na assertiva por ele formulada posteriormente de que remanesceram alguns desses documentos, ante o que consta das Ocorrências Policiais nºs 004/2004 e 005/2004, que não faz ressalva dos mesmos.

Dáí porque resta impossibilitada a realização de qualquer diligência para comprovar a veracidade dos argumentos suscitados em sede recursal, quanto às notas fiscais que diz não ter sido furtadas.

Quanto ao argumento defensivo de que o autuante cometeu erros da apuração da base de cálculo do ICMS, cura reiterar que o PAF foi convertido em diligência, a fim de que fossem sanadas as incorreções relativas ao preço, utilizado pelo autuante quando da apuração da base de cálculo, o que foi corretamente cumprido, por parte da ASTEC.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, com espeque nos Pareceres da ASTEC e da PGE/PROFIS, adotados como se aqui estivessem literalmente transcritos, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a R. Decisão proferida no âmbito de Primeira Instância por todos os seus termos e fundamentos.

VOTO EM SEPARADO (Recurso de Ofício - Quanto à Redução da Multa)

Peço vênias para discordar do ilustre relator, Cons^o Nelson Antonio Daiha Filho, pois entendo que as multas imputadas ao contribuinte, nos itens 1 e 4 do Auto de Infração, relacionadas falta de emissão de documentos fiscais para acobertar as saídas de mercadorias isentas ou já tributadas pelo regime de antecipação - exercícios de 1998, 1999, 2001, 2002 e 2003 - devem ser aplicadas de forma a considerar que os fatos verificados em que cada um dos exercícios fiscais citados constitui infrações autônomas. Sigo a linha de raciocínio de que as obrigações acessórias, que se enquadram na categoria das obrigações de fazer ou não fazer, são exigíveis do contribuinte a cada período de apuração, surgindo uma nova obrigação após o encerramento de um determinado exercício. Essa circunstância se apresenta com mais força em relação ao ICMS, que é imposto sujeito ao regime de apuração por homologação, sendo exigíveis do sujeito passivo, a cada período, a exigência da prática de novos atos visando informar ao fisco o montante e a natureza das operações praticadas, através, por exemplo, da emissão de notas fiscais e escrituração dos livros. Por analogia, o mesmo ocorre com a declaração de imposto de renda, pois a obrigação de entrega das informações se renova a cada período de apuração.

No caso presente, nos levantamentos fiscais aplicados nos exercícios fiscais acima citados (1998 a 2003), que envolveram a apuração dos estoques de combustíveis comercializados pela empresa, foi constatado que o autuado deixou de emitir notas fiscais para acobertar as saídas de mercadorias cujo imposto já se encontrava recolhido pelo regime de substituição tributária. Entendo as omissões apuradas em relação a cada um dos períodos fiscalizados constituem infrações autônomas, cabendo a aplicação da penalidade conforme foi lançado no Auto de Infração.

Voto, portanto, pela reforma da Decisão de 1ª Instância, restabelecendo a autuação em relação aos itens 1 e 4 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233080.0300/03-5, lavrado contra **VANDERLINO BARRETO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$226.566,67**, acrescido das multas de 70% sobre R\$182.015,23 e de 60% sobre R\$44.551,44, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma Lei.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício): Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira, Fauze Midlej e José Hilton de Souza Cruz.

VOTO EM SEPARADO (Recurso de Ofício): Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO (Recurso de Ofício)

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS