

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0007/04-1
RECORRNTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0238-02/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 27/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0354-11/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA ADITIVADA, ÁLCOOL ANIDRO E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO NORMAL E ANTECIPADO. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, 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. Modificado o débito de cada infração por erro na sua apuração, e aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória sobre a omissão de saídas. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, o primeiro interposto pelo autuado e o segundo suscitado pela 2ª JJF, ambos relacionados ao Auto de Infração lavrado em 30/06/2004, versando sobre as seguintes acusações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$250.459,95, 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, relativo aos exercícios de 2002 e 2003.
2. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$135.506,17, 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, relativa aos exercícios de 2002 e 2003.
3. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.474,70, em decorrência de erro na determinação na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a novembro de 2002, conforme demonstrativos às fls. 109 a 112.

4. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$4.135,75, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho a setembro de 2002, conforme demonstrativos às fls. 109 a 112.

O contribuinte autuado, ao formular sua defesa, inicia concordando com a fiscalização no tocante às infrações 3 e 4, dando como certo que recolherá oportunamente os valores reclamados.

Diz em arguição preliminar, que teve cerceado seu direito de defesa, pois o autuante não observou o disposto no art. 39, VIII, do RPAF/99, pois não consta *“a indicação da repartição fazendária aonde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa”*.

Após tecer comentários sobre a Lei complementar nº 87/96, aponta inconsistências que diz ter observado no levantamento das entradas e das saídas dos produtos ÁLCOOL ANIDRO; GASOLINA; ÁLCOOL HIDRATADO e GASOLINA A, no exercício de 2002, e ÁLCOOL HIDRATADO; ÓLEO DIESEL B e D; GASOLINA A; e ÁLCOOL ANIDRO, no exercício de 2003, conforme documentos às fls. 189 a 199, concernentes a:

1. Inclusão indevida de notas fiscais relativas a operação de venda para entrega futura;
2. Inclusão indevida de notas fiscais relativas a operação de simples faturamento;
3. Falta de inclusão de diversas notas fiscais de entradas;
4. Notas fiscais de entradas computadas a mais e a menos, respectivamente, no levantamento;
5. Falta de inclusão de diversas notas fiscais de devolução de armazenamento;
6. Falta de inclusão de notas fiscais de remessa para armazenamento;
7. Falta de inclusão de notas fiscais de transferência;
8. Notas fiscais de um produto considerado no levantamento de outro produto;
9. Não levar em considerações perdas operacionais;
10. Inclusão de nota fiscal inexistente;
11. Notas fiscais canceladas;
12. Notas fiscais de remessa por entrega futura;

Após citar uma a uma as omissões apontadas tanto no que se refere à falta de inclusão, como à inclusão indevida de notas fiscais, afirma que efetuadas as correções dos equívocos apontados inexistem as diferenças e as omissões apontadas pela fiscalização.

Fez algumas considerações sobre o critério temporal da hipótese de incidência do ICMS, à luz do artigo 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, e do artigo 116, incisos I e II, do CTN.

Requeru a realização de diligência fiscal a fim de esclarecer a controvérsia instaurada com a sustentação da autuação e dos argumentos e provas acostadas à defesa, com vistas a verificar se existem ou não omissões e diferenças de estoques nas movimentações das mercadorias pelo estabelecimento autuado, com base nos seguintes quesitos:

- a) Refazer o levantamento das entradas e das saídas de mercadorias, em cotejo com as notas fiscais e dos respectivos livros fiscais e contábeis, para informar se existem omissões de entradas e falta de registro de notas fiscais nos períodos auditados de que cuidam as infrações 01 e 02;
- b) Esclarecer outras questões relacionadas à matéria controvertida que surjam durante o trabalho revisional, qual seja, a existência ou não das omissões apontadas.

Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração.

A autuante, ao prestar a sua informação fiscal (docs. fls. 454 e 455), declara que após uma minuciosa análise dos documentos anexados ao PAF pelo autuado, confirma a existência de

divergências no levantamento fiscal, relativas a notas fiscais de compra e venda para entrega futura consideradas no levantamento erroneamente, devido a falta de observação nos citados documentos.

Após a retificação nos demonstrativos iniciais, conclui pela Procedência Parcial da ação fiscal, no valor de R\$19.929,67 de ICMS normal, e de R\$15.507,28 de ICMS por substituição, relativos ao exercício de 2002, tudo conforme demonstrativos e documentos às fls. 456 a 527.

Ao tomar conhecimento da informação fiscal, o sujeito passivo apresentou impugnação, às fls. 529 a 533, sendo alegado que as colocações da autuante não atendem à regra do § 6º, do artigo 127, do RPAF/99, porquanto não esclarece com clareza e precisão os aspectos trazidos em sua defesa, por faltar a fundamentação que pudesse permitir a exata compreensão sobre a lide.

Ressalta que a autuante insiste em apontar diferença nos estoques do estabelecimento, sob a premissa de entradas de Gasolina A sem documentação fiscal, e, ainda, saída desse mesmo produto, desacoberto de documentos fiscais.

Diante disso, reafirma a necessidade da realização de diligência fiscal, nos termos do item 4 de sua defesa de págs. 23 e 24, reiterando seus argumentos anteriores de que a ação fiscal afronta aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da capacidade contributiva e do direito adquirido.

Ao final, pede que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração.

A 2ª JJF, levando em consideração as alegações da defesa, resolveu converter o processo em diligência a ASTEC/CONSEF, para que fiscal estranho ao feito examinasse a escrita fiscal e respectivos documentos, e efetuasse revisão do Auto de Infração, tomando por base os equívocos apontados pela defesa fls. 189 a 199.

O Parecer da ASTEC, Nº 59/05, valida o trabalho do revisor fiscal que acatou as ponderações defensivas, ao tempo em que corrigiu as inconsistências apontadas pela defesa, exceto quanto ao ganho operacional. Disse que a apuração do ganho operacional, não atende aos cálculos realizados pelo autuado, uma vez que este se valeu da Portaria nº 09 do DNC, que não lhe dá sustentação, pois se trata de direito a ressarcimento a título de perdas por evaporação e manuseio na cabotagem, enquanto que aqui se trata de ganho operacional, não atendida na normativa apresentada pelo autuado.

Concluindo pela manutenção do valor apontado na informação fiscal, por achar as provas apresentadas pelo contribuinte insuficientes. O sujeito passivo foi intimado pela repartição fazendária, a respeito do resultado da revisão fiscal, não se pronunciando no prazo estipulado.

A JJF desconhece a preliminar de nulidade aventada pelo contribuinte, pelo fato de ao mesmo não ter sido negado em momento algum o direito do exercício de plena defesa e o contraditório. Estando cumprido o art. 39, do RPAF/99.

O fato alegado pela defesa, de não constar explicitamente o nome repartição fazendária aonde o processo permaneceu aguardando o pagamento ou defesa, não causou nenhum prejuízo ao contribuinte, pois o mesmo, no prazo de trinta dias, ao protocolar sua defesa constante às fls. 180 a 204, demonstrou que tinha conhecimento da repartição fiscal onde o processo se encontrava. Ademais, na página 3 do Auto de Infração consta a intimação nos seguintes termos: *“Fica o autuado intimado a recolher o débito reclamado ou apresentar defesa na Repartição Fazendária de sua circunscrição, sob pena de revelia”*.

Ao adentrar no mérito, diz o ilustre relator, que tendo o autuado reconhecido como procedentes as infrações 03 e 04, relativas a recolhimento a menor do ICMS, por erro na determinação da base de cálculo, restando as infrações 1 e 2, onde o fulcro da autuação reside na responsabilidade do autuado como contribuinte solidário por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas da documentação fiscal competente, na antecipação tributária sobre os mesmos produtos de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em

função do valor acrescido da MVA, tudo em conformidade com os demonstrativos e documentos às fls. 4 a 178.

A JJF diz que as ocorrências citadas foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques dos produtos GASOLINA COMUM; GASOLINA ADITIVADA; DIESEL e ÁLCOOL, com base na documentação fiscal que originou a escrituração efetuada pelo contribuinte.

Considera o resultado da revisão fiscal satisfatório, por informar que foram examinadas todas as questões levantadas na defesa, restando demonstrado que o diligente adotou todas as providências no sentido de que o sujeito passivo comprovasse suas alegações defensivas, merecendo ressaltar que o autuado foi intimado a se manifestar sobre o trabalho revisional e não se pronunciou no prazo estipulado.

Como o sujeito passivo silenciou sobre a revisão fiscal na qual foi informado que não foi devidamente comprovado o ganho operacional alegado na defesa, conclui o relator, com base nos demonstrativos às fls. 456 a 527, e nos termos da Portaria nº 445/98, no tocante às diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apuradas no exercício de 2002, que o imposto é 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), no valor de R\$19.929,67 (infração 1), além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da respectiva MVA, no valor de R\$15.507,28 (infração 2).

Acrescentando, ainda, quanto a omissão de saídas constatada no exercício de 2003, que se impõe a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a falta de emissão de documentos fiscais, no valor de R\$50,00, conforme previsto no artigo 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$41.097,40.

Irresignado com a Decisão de Primeira Instância, o autuado, ora recorrente, interpõe Recurso Voluntário, onde é rigorosamente transcrita sua peça inicial de impugnação, já considerada na revisão realizada pelo fiscal autuante e ratificada pela ASTEC, em Parecer de nº 49, quando foi reconhecida como procedente a nova documentação trazida aos autos, o que permitiu substancial redução nos valores inicialmente consignados no Auto de Infração, no caso das infrações 1 e 2, já que as de referência 3 e 4, foram reconhecidas como procedentes pela ora recorrente.

Como preliminar de nulidade, suscita o recorrente, sob alegação da não referência, quando da notificação, da repartição fiscal onde o processo permaneceria durante o prazo para a defesa.

E conclui pedindo a reforma da referida Acórdão recorrido para que seja declarada a insubsistência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS afasta a preliminar de nulidade, por entender que razão não assiste ao recorrente que recebeu todos os documentos que acompanham a autuação, e a indicação de que os elementos de defesa deveriam ser apresentados na circunscrição fiscal do contribuinte.

No mérito alude que suas alegações, aqui repetidas, já foram objeto de consideração tanto do fiscal autuante em sua informação fiscal como pela ASTEC, que em Parecer nº 49 endossou o trabalho do fiscal autuante, proporcionando substancial redução nos valores inicialmente cobrados no Auto de Infração.

VOTO

Afasto de logo a preliminar de nulidade argüida pelo recorrente, por entender que a simples referência de que o autuado devesse apresentar sua defesa na repartição de sua jurisdição fiscal, é suficiente para orientá-lo quanto ao local da apresentação da peça defensiva.

No mérito o julgamento de Primeira Instância esclareceu todos os fatos que deram origem a autuação, tendo inclusive, tanto o fiscal autuante como a ASTEC, recepcionado farta documentação, trazidas aos autos pelo recorrente, dando margem a substancial redução das penas impostas originalmente.

No que respeita às diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária apuradas no exercício de 2002, restou esclarecido que o imposto é devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas da documentação fiscal, em agressão ao art. 39, V, do RICMS/97, resultando na cobrança de imposto, infração nº 1, valor de R\$19.929,67, e mais R\$15.507,28 como imposto devido pela antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo apurado em função do valor acrescido da MVA, referente à infração 2.

Pela omissão de saída constatada no exercício de 2003, aplica-se a multa de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de emissão de documento fiscal, conforme previsto no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96.

Pelo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0007/04-1**, lavrado contra **FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$41.047,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.117,73 e 70% sobre R\$19.929,67, previstas no artigo 42, II, “a” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no XXII do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS –RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS