

PROCESSO - A. I. N.º 206991.0001/04-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GT COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0151-11/06

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta de acordo com o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, para que seja alterado o valor do débito relativo às infrações 4 e 5, em razão de o contribuinte haver comprovado mediante a apresentação posterior de documentos fiscais, que parte da autuação é indevida. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, às fls. 634 a 639, instaurada com fundamento no § 1º do artigo 119, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), pugnando pela adequação dos valores da condenação relativa às infrações 4 e 5 ao Parecer de fls. 631 a 633, exarado pelo i. Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho.

Fundamenta sua pretensão na documentação fiscal apresentada pelo contribuinte em sede de controle de legalidade às fls. 574 a 630. Invoca os Princípios da Instrumentalidade das Formas e Busca da Verdade Material, citando doutrina de tributaristas de escol. Assenta ainda que “*A análise dos autos revela que os documentos apresentados pelo sujeito passivo, quando da apresentação do pedido de representação ao CONSEF, são necessários e suficientes para alteração dos valores consubstanciados nas infrações 4 e 5 da autuação fiscal, comprovando a redução das omissões de entrada reclamadas através do Auto de Infração em comento.*”

Por derradeiro, requer a redução do valor atribuído às infrações 4 e 5, em conformidade com o Parecer de fls. 631 a 633.

Instado, o i. Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Jamil Cabús Neto, despacha à fl. 640 recomendando a prevalência do demonstrativo de débito elaborado à fl. 633, acatando, desta forma, os termos da Representação de fls. 634 a 639.

O objeto da Representação circunscreve-se, pois, à adequação da condenação relativa às infrações 4 e 5 imposta pelo Acórdão nº 0234-12/05 aos valores definidos à fl. 633.

O Auto de Infração foi lavrado em trânsito por infração aos arts. 123, 124, 134, 136, I e II, do RICMS, pertinentes ao transporte de mercadorias acompanhado de documentação inidônea. Acusa para as infrações ora em evidência (4 e 5) falta de recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário pela aquisição de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, e sem escrituração (4); omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária de acordo com percentuais de MVA (05).

Em diligência à INFAZ de origem, foram realizadas correções no lançamento, ensejo no qual a autuante procedeu aos ajustes necessários, reduzindo o valor do débito para R\$154.094,62.

Nova diligência foi realizada, desta feita pela ASTEC, na qual foram elaborados dois demonstrativos, para o caso de serem consideradas ou não as alegações empresariais.

A JJF, em relação às infrações 3, 4 e 5, entendeu devidos o ICMS e a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, ao constatar diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis.

A JJF ilidiu a argumentação empresarial consistente na estocagem de gasolina comum nos tanques destinados à gasolina Supra, por não haver registro e devido à falta de comprovação do alegado, bem como a alegação de que a responsabilidade do autuado só iria até o mês de agosto de 2003, prevalecendo o levantamento até 30/09/2003.

Em decorrência da ausência de registro e comprovação do alegado, a JJF rejeitou a alegação de estocagem de gasolina comum nos tanques destinados à gasolina Supra, bem com a tese empresarial de responsabilidade pelo ICMS até o mês de agosto de 2003, prevalecendo o levantamento até 30/09/2003.

Em sede de Recurso Voluntário argumenta que sempre adquiriu produtos regularmente acompanhados de documentação fiscal, estando os mesmos incluídos na substituição tributária, e que no valor do produto pago pelo adquirente já se encontra embutido o valor do ICMS, cujo recolhimento é da responsabilidade da distribuidora.

Alude ainda a variações entre os volumes comprados e os totalizados na venda ao consumidor, em decorrência de alterações químicas e evaporação, citando a norma NBR 5992 (Determinação de massa específica e do teor do álcool etílico e suas misturas com a água), da Resolução nº 6/70, do CNP e Portaria nº 283/80 do CNP. Adita que o IBAMETRO, ao aferir cada bico de abastecimento ao consumidor, admite uma variação de mais ou menos 100 ml para cada 20 litros aferidos, o que corresponde a 0,5%.

Sustenta, outrossim, erros de lançamento no exercício de 1999, em razão de troca das bombas que passaram de duplas para quádruplas, pois negligenciados o ajuste dos últimos números registrados nas bombas antigas, resultando nas supostas omissões de saídas.

Salienta ainda que se realizado o levantamento em conjunto dos dois tipos de combustíveis – G comum e G Aditivada, não haveria diferenças.

Reitera sua condição de responsável pelo Posto Revendedor autuado até o mês de agosto de 2003, visto que a partir de 1º/09/2003, uma outra empresa passou a funcionar no mesmo endereço do autuado, a AEROCUBE COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETROLÉO LTDA, inscrita no CNPJ desde o dia 29/08/2003, conforme cópia do referido cadastro.

Esclarece, também, que de forma irregular a Petrobrás Distribuidora continuou a utilizar a razão social do autuado na venda de combustível para o novo responsável pela exploração do Posto Revendedor na Boca do Rio, fato que levou à autuação daquele estabelecimento pela Agência Nacional de Petróleo, com a suspensão de suas atividades de comercialização.

Conclui, requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, inclusive a juntada posterior de documentos, para que afinal seja o Auto de Infração em lide julgado Improcedente.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, analisa os autos e salienta que a diligência realizada pela ASTEC analisou pormenorizadamente tudo o que o recorrente voltou a sustentar, refez todo o levantamento fiscal, considerou a evaporação em seus índices permitidos e também as aferições realizadas pelo contribuinte.

Aponta que os argumentos recursais são os mesmos já analisados em Primeira Instância, onde foi constatado que o contribuinte não registrou entradas de mercadorias e detectadas saídas sem tributação, sendo corretamente exigido o imposto por substituição. Certificou, também, débito de ICMS de responsabilidade própria do sujeito passivo, sendo devidas as multas por descumprimento de obrigação acessória pela falta de emissão de notas fiscais de saída. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

O acórdão exarado pela 2ª CJF mantém integralmente a Decisão ‘a quo’, Negando Provimento aos Recursos Voluntário e de Ofício.

A tese vencedora cingiu-se às questões da estocagem de gasolina comum em tanque de gasolina aditivada e a transferência da titularidade do estabelecimento.

Relativamente à primeira alegação recursal sustenta o acórdão que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado segundo as diferentes espécies de mercadorias, pois a aglutinação dessas diferentes espécies de mercadorias importaria em desfigurar o levantamento quantitativo. Outrossim, as diferenças verificadas nos demais exercícios não mostram a simetria das omissões, não se desincumbindo satisfatoriamente o contribuinte do ônus da prova que lhe cabia.

Quanto à alegada transferência da titularidade do estabelecimento, ocorrida em 31/08/03, sustenta o voto vitorioso que, para fins do ICMS, o novo estabelecimento é um mero gestor das atividades do recorrente.

A tese vencida, invocando o princípio da razoabilidade, acata as razões empresariais no que tange à estocagem de gasolina comum no tanque de gasolina aditivada, que teria ocorrido nos exercícios de 2002 e 2003, assentando a ausência de omissão se a apuração considerasse o gênero do produto.

De outra banda, limita o levantamento até 31/08/2003, visto que comprovada fartamente a transferência do estabelecimento, reduzindo a condenação ao patamar de R\$10.473,98.

Irresignado com o Acórdão CJF Nº 0234-12/05, o Autuado suscita o presente pedido de controle de legalidade, através de advogado constituído às fls. 237 e 238, pugnando pela extinção do PAF, ao tempo em que promove a juntada dos docs. de fls. 589 e 630.

Neste ensejo, defende a legalidade da conduta empresarial, mormente no que atine à transferência do estabelecimento e ausência de omissão de entrada, tese acatada pelo voto vencido.

Cita doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do Princípio da Verdade Material, esposando a tese de existência de flagrante ilegalidade consistente na cobrança de ICMS devido pela empresa Aeroclube Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. Reitera que encerrou suas atividades em nos meses 09/10 de 2003, estando *“com sua inscrição estadual suspensa em razão de pedido de baixa, e, como se sabe, o deferimento da inscrição de uma empresa é precedida de análise minuciosa, não se permitindo a abertura de uma empresa com o mesmo objeto social e com o mesmo logradouro de outra, principalmente quando a atividade-fim dessa é a comercialização de combustíveis, ou seja, não é possível a existência de dois postos de gasolina, com sócios e razões sociais distintas num mesmo endereço, com as mesmas bombas de gasolina, mesmos tanques, etc...”*

Justifica a juntada das notas fiscais de fls. 606 a 630 - as quais foram emitidas ainda em seu nome - somente nesta oportunidade, visto que contou com a ajuda de terceiros, suprindo a falta de colaboração da sucessora - Aeroclube Comércio de Derivados de Petróleo Ltda.

Por derradeiro, requer a análise destes docs. fiscais, os quais, segundo entende, são suficientes para extinguir o presente PAF.

VOTO

O objeto da Representação circunscreve-se, pois, à adequação da condenação relativa às infrações 4 e 5 imposta pelo Acórdão nº 0234-12/05 aos valores definidos à fl. 633, em Parecer exarado pelo ilustre Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho. Dito Parecer foi provocado pela juntada dos documentos fiscais de fls. 589 a 630, que acompanham a suscitação empresarial do controle de legalidade.

Destarte, exercita a PGE/PROFIS sua competência outorgada pelo art. 113 do RPAF, nos limites da Representação de fls. 634 a 639. À fl. 640, o ilustre Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Jamil Cabús Neto, avaliza integralmente os termos da Representação.

Entendo que o vertente pedido não possui a virtude de promover a extinção do PAF, na forma pleiteada pelo Autuado. As razões ora veiculadas já foram exaustivamente arrostadas pelas duas instâncias de julgamento. De inédito apenas os documentos fiscais de fls. 589 a 630.

Tais documentos, consubstanciados em notas fiscais não contabilizadas por motivos alheios ao autuante, têm o poder de retificar os valores impostos pelo acórdão exarado pela CJF, na forma procedida pelo i. Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho, às fl. 633, vez que as infrações 4 e 5 decorrem de levantamento quantitativo de estoques, tendo sido constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para adequar os valores atribuídos às infrações 4 e 5 pelo Acórdão nº 0234-12/05 aos valores definidos pelo ilustre Auditor Fiscal Antônio Barros Moreira Filho, à fl. 633.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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