

PROCESSO	- A. I. Nº 087078.0012/04-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DEGRADER LTDA.
RECORRIDOS	- COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DEGRADER LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0102-03/06
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 16/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0380-12/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o 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. Mantida a Decisão. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$144.232,63, em razão das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias (álcool e óleo diesel), nos exercícios fechados de 1999 a 2003:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Refere-se às infrações 1, 2, 5, 6, 9, 11, 13 e 14.
2. 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. Refere-se às infrações 3, 4, 7, 8, 10, 12 e 15.

O autuado impugnou o lançamento, alegando que as notas fiscais de entradas estiveram retidas na repartição fiscal, o que diz ter cerceado o seu direito de defesa. Em consequência, o prazo de defesa foi reaberto, mediante diligência determinada pela 3ª JJF.

Nova defesa foi apresentada e, em seguida, o autuante prestou a informação fiscal regulamentar.

Considerando as controvérsias existentes nos autos, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que auditor fiscal estranho ao feito atendesse as seguintes solicitações:

- 1 Verificasse se os estoques inicial e final dos exercícios fiscalizados estavam de acordo com os constantes nos livros Registros de Inventário. Que fossem efetuadas as correções necessárias.
- 2 Que fosse verificada a existência de notas fiscais de aquisição que não tenham sido consideradas no levantamento fiscal. Que fossem efetuadas as inclusões necessárias, elaborando novos demonstrativos.
- 3 Que, em relação às divergências nos encerrantes referentes a 2003, fosse apurado se houve cessação de uso das bombas anteriores, pertencentes à Cia. Ipiranga de Petróleo e que foram utilizadas até 05/05/02. Também foi solicitado que fosse verificado o fato de as bombas novas não terem os encerrantes zerados.

A diligência foi atendida, conforme o PARECER ASTEC Nº 0219/2005 acostado às fls. 1.736 a 1.749.

Nesse Parecer, inicialmente, o preposto da ASTEC informa que, na autuação, não foi cobrado o imposto devido por antecipação tributária sobre as omissões de entradas de óleo diesel ocorridas no exercício de 2003, no valor de R\$24.794,62.

Informa o auditor fiscal da ASTEC que os estoques inicial e final foram consignados no levantamento fiscal de acordo com os registros lançados no livro Registro de Inventário. Diz que, após a análise dos documentos fiscais referentes a aquisições de combustíveis apresentados pelo autuado, foram feitas as devidas inclusões conforme planilha às fls. 2.087 a 2.092.

Quanto aos encerrantes, o preposto da ASTEC diz que o encerrante referente ao fechamento em 01/05/02 foi zero litro de óleo diesel e “estranhamente, no dia 01/05/2003, decorridos 12 (doze) meses, o autuado escritura o LMC iniciando seus encerrantes som elevadas quantidades”. Aduz que, como se tratam de bombas novas, as mesmas deveriam iniciar com seus encerrantes zerados ou com pequenas quantidades de saídas efetuadas a título de aferições. Afirma que, na diligência, foram mantidas as quantidades consignadas pelo autuante e que foram ratificadas pelo diligente.

Após a revisão efetuada pelo preposto da ASTEC, o total apurado ficou reduzido para R\$98.312,05, conforme demonstrativo à fl. 1.739. Nesse valor, está inclusa a parcela de R\$20.293,89, referente ao ICMS devido por antecipação sobre as omissões de entradas de óleo diesel ocorridas em 2003. O diligente informa, ainda, que, sendo acatada a alegação do autuado quanto aos encerrantes, o débito seria reduzido para R\$5.123,44, conforme o demonstrativo de débito de fl. 1.740.

Notificados acerca do resultado da diligência efetuada (fls. 2105 e 2107), o autuado e o autuante não se pronunciaram.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0102-03/06, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$78.018,16, conforme o demonstrativo de fl. 1.739. As infrações 1, 2, 3, 4, 9 e 10 foram julgadas improcedentes, as infrações 6, 8 e 14 subsistiram em parte, ao passo que as infrações 5, 7, 11, 12, 13 e 15 foram mantidas integralmente. O ilustre relator da Decisão recorrida fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Em decorrência das alegações defensivas, de que foram constatados equívocos no levantamento fiscal, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC, e conforme o PARECER ASTEC Nº 219/2005, o diligente refez os cálculos relativos aos exercícios fiscalizados, de acordo com a documentação apresentada pelo autuado, tendo sido elaborados novos demonstrativos e anexados aos autos, às fls. 2087 a 2100.

Foi também alegado pelo contribuinte, que não foram considerados corretamente os encerrantes, tendo em vista que não houve comercialização de combustíveis entre 06/05/2002 e 30/04/2003, período em que houve a troca de “bandeira” da distribuidora Ipiranga para Petrobrás. Quanto a essa questão, observo que o diligente apurou que o fechamento em 01/05/2002 foi zero litro de óleo diesel, e, “estranhamente, no dia 01/05/2003, decorridos 12 (doze) meses, o autuado escritura o LMC iniciando seus encerrantes com elevadas quantidades”. Como se tratam de bombas novas, o entendimento é que as mesmas teriam que

iniciar seus encerrantes zerados ou com pequenas quantidades de saídas a título de aferição. Assim, o diligente ratificou as quantidades computadas pelo autuante.

Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 2105), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 219/2005 e respectivos demonstrativos, mas não foi apresentada qualquer manifestação. O autuante tomou conhecimento (fl. 2107), e também não se pronunciou quanto ao mencionado Parecer.

Acatando as conclusões do diligente, entendo que devem prevalecer os valores apurados nos demonstrativos de fls. 2093/2096, sem inclusão dos encerrantes de abertura do exercício de 2003, alegadas pelo autuado. Por isso, o total do débito ficou reduzido para os valores apurados no demonstrativo de débito à fl. 1739, exceto em relação ao valor da antecipação tributária referente ao óleo diesel do exercício de 2003, no valor de R\$ 20.293,89, tendo em vista que não foi objeto do lançamento originalmente efetuado. Assim, represento à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal, no sentido de exigir o imposto apurado, consoante o art. 156, do RPAF/99.

[...]

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 3^a JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, em 02/06/06, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, fls. 2.130 a 2.132, alegando que não deve ser apenado na forma decidida pelo CONSEF, no que diz respeito ao exercício de 2003, uma vez que é o IBAMETRO o órgão competente para fiscalizar bombas de combustíveis, responsabilizando-se quanto aos encerrantes iniciais e finais. Desse modo, solicita que seja considerado o Parecer ASTEC Nº 0219/2005, tendo em vista as dificuldades financeiras que enfrenta, os prejuízos causados pela Petrobrás Distribuidora e os esforços emvidados para recuperar a sua posição no mercado.

Sustenta que foi notificado acerca do Parecer ASTEC Nº 0219/2005 por meio de carta registrada com aviso de recebimento (AR) e, logo em seguida, o referido Parecer foi enviado para o setor competente da empresa. Diz que foi decidido o recolhimento do valor apurado na conclusão do processo, porém, ao comparecer à INFRAZ Vitória da Conquista, o preposto da empresa foi informado que o processo estava em Salvador e não poderia ser “*tomada nenhuma resolução naquele momento*”. Sustenta que, dessa forma, fica demonstrado que não houve recusa ou indisposição da empresa em cumprir o apurado no referido Parecer. Afirma que concorda em acatar a Decisão relativa ao citado Parecer, inclusive em pagar a quantia ali especificada. Ao finalizar, solicita o arquivamento do Auto de Infração.

Em 05/06/06, após o prazo regulamentar para apresentação de Recurso Voluntário, foi protocolada na INFRAZ Vitória da Conquista uma fotocópia da defesa que foi interposta em 12/05/05, a qual já foi apreciada na Decisão recorrida.

Ao exarar o Parecer de fls. 2.144 e 2.145, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a intimação acerca da Decisão de Primeira Instância foi realizada na forma prevista na legislação. Diz que, como não foi ventilada nenhuma questão nova que pudesse infirmar as conclusões do julgado, opina pela manutenção da Decisão recorrida.

VOTO

Ao iniciar a apreciação do Recurso Voluntário, ressalto que a notificação do recorrido acerca do resultado da diligência efetuada pela ASTEC foi efetuada de acordo com o previsto na legislação tributária estadual, tendo o recorrente recebido cópia do Parecer ASTEC Nº 0219/2005 em 08/12/05, conforme os documentos de fls. 2105 e 2106. De acordo com os despachos de fls. 2107 e 2107v, o processo permaneceu na INFRAZ Vitória da Conquista até o dia 07/02/06, tendo sido recebido no CONSEF em 09/02/06. Desse modo, não há como prosperar a alegação recursal de que o processo

foi enviado para Salvador antes do prazo previsto, impedindo o contribuinte de tomar a medida que entendia cabível.

Adentrando no mérito do Recurso Voluntário, observo que o recorrente não aponta erro na Decisão recorrida ou nos levantamentos quantitativos retificados pela ASTEC. O Recurso Voluntário apresentado limita-se à questão da possibilidade de pagamento do débito. Apesar de o recorrente não ter especificado qual o valor apurado no Parecer ASTEC Nº 0219/2005 ele acolhia, entendo que no Recurso Voluntário está sendo acatado o valor de R\$5.123,44, por ser o mais favorável ao contribuinte.

No Parecer ASTEC Nº 0219/2005, após as devidas correções dos levantamentos quantitativos, o diligenciador apresentou dois possíveis valores para o Auto de Infração: R\$78.016,20 e R\$5.123,44. O primeiro valor seria utilizado caso a Primeira Instância decidisse manter o estoque de óleo diesel referente ao exercício de 2003 conforme apurado pelo autuante. Já o segundo, seria aplicado na hipótese de a Primeira Instância acolher a alegação do recorrente e considerasse os valores constantes nos encerrantes em 01/05/2003.

Conforme se depreende da Decisão recorrida, no exercício de 2003, a Primeira Instância manteve os estoques de óleo diesel apurado pelo autuante e, em consequência, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no valor total de R\$78.018,16. Essa Decisão da Primeira Instância foi acertada, pois o estoque final de 2002 (zero) corresponde ao estoque inicial do exercício seguinte. Além disso, como bem explicado na diligência e na Decisão recorrida, as bombas de combustíveis instaladas eram novas e, portanto, não é razoável admitir que os encerrantes dessas bombas apresentassem tão elevados números, no máximo, seriam admissíveis pequenos valores referentes a aferições.

Quanto às alegações recursais pertinentes às dificuldades financeiras da empresa, entendo que não há como prosperar essas alegações, pois a responsabilidade pelo ilícito fiscal independe da intenção do agente ou da situação financeira em que se encontre a empresa.

Uma vez que restou comprova a omissão de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias encontradas em situação irregular, por responsabilidade solidária, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, assim como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido.

Reitero a representação feita pela Primeira Instância para que a autoridade competente providencie nova ação fiscal, visando a cobrar o imposto referente às omissões de entradas de óleo diesel ocorridas no exercício de 2003, no valor de R\$ 20.293,89.

Por fim, saliento que o documento (fotocópia da defesa inicial) protocolizado em 05/06/06 não poder ser acolhido como um Recurso Voluntário, pois, além de não possuir característica de tal espécie recursal, foi interposto após o prazo previsto para apresentação do Recurso cabível.

Em face do acima comentado, considero que a Decisão recorrida está correta e não carece de qualquer reparo.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10 e 14, entendo que a Decisão recorrida está correta, pois se encontra respaldada em diligência efetuada por auditor fiscal estranho ao feito, bem como em farta documentação e demonstrativos probantes acostados ao processo.

Corroborando esse posicionamento, ressalto que o próprio autuante foi cientificado acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciou, acatando-a tacitamente.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, homologando a Decisão recorrida, a qual não merece qualquer reparo quanto ao mérito do julgamento. Contudo, verifico

a existência de erro material na resolução do Acórdão JJF nº 0102-03/06, no que tange ao valor sujeito à multa de 70%, portanto, com base no disposto no § 3º do art. 164, RPAF/99, retifico de R\$72.894,72 para R\$76.249,99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **087078.0012/04-8**, lavrado contra **COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS DEGRADER LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$78.018,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.768,17, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, 70% sobre R\$76.249,99, prevista no art. 42, III, da mesma lei, e dos acréscimos legais, representando à autoridade competente para instauração de novo procedimento fiscal, no sentido de exigir o imposto por antecipação tributária referente ao óleo diesel do exercício de 2003, no valor de R\$20.293,89, tendo em vista que não foi objeto do lançamento originalmente efetuado, consoante o art. 156, do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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