

PROCESSO - A. I. Nº 269610.0011/04-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CEDRO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
(POSTO SOUZA II)
RECORRIDOS - CEDRO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO SOUZA II) e FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0136-04/06
ORIGEM
INTERNET - INFRAZ IRECÊ
- 16/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0387-11/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Constatando-se diferença de entradas de 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, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada por estranho ao feito, ficou reduzido o débito originalmente apurado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. É devida a multa relativa à falta de cumprimento de obrigação acessória pelas saídas sem documentação fiscal de mercadorias não tributáveis. A jurisprudência dominante no CONSEF prevê a aplicação de apenas uma multa de caráter acessório pelo desenvolvimento do roteiro de auditoria de estoques e não por exercício. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0136-04/06 -, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

- 1) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2001, 2002 e 2003) - R\$6.130,36;

- 2) Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzindo-se a parcela do tributo acima calculado, a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2001, 2002 e 2003) - R\$1.942,72;
- 3) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (período de 01 de janeiro a 02 de agosto de 2004) - R\$2.106,58;
- 4) Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzindo-se a parcela do tributo calculado acima, a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (ÁLCOOL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (período de 01 de janeiro a 02 de agosto de 2004) - R\$667,57;
- 5) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (DIESEL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2001 e 2003) - R\$36.146,40;
- 6) Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzindo parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (DIESEL) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2001 e 2003) - R\$13.801,05;
- 7) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2001 e 2003) - R\$5.948,86;
- 8) Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzindo-se a parcela do tributo calculado acima, a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2001 e 2003) - R\$5.181,69;
- 9) Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (período de 01 de janeiro a 02 de agosto de 2004) - R\$82,41;

- 10) Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzindo parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (GASOLINA) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto (período de 01/01/2004 a 02/08/2004) - R\$23,04;
- 11) Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (ocorrência em 31/12/2002) - multa de R\$50,00;
- 12) Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (ocorrência em 02/08/2004) - multa de R\$50,00.

A Junta de Julgamento Fiscal afastou as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, por entender que o presente Auto de Infração foi lavrado em atendimento às exigências formais, conforme a previsão do artigo 39, do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, decidiu manter as infrações 9 e 10 e reduzir o débito referente às infrações 1 a 8, acatando a retificação efetuada por estranho ao feito, após a inclusão das aferições realizadas e lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC).

Quanto às multas indicadas nas infrações 11 e 12, deliberou manter apenas aquela referente ao exercício de 2004 (infração 12), pois prevista no artigo 5º, inciso III, da Portaria nº 445/98, que disciplina os procedimentos relativos a levantamentos quantitativos de estoque.

Por fim, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras do CONSEF em razão da desoneração de débito ocorrida em relação às infrações 1 a 8 e 11.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 966 a 968), o sujeito passivo pede a reforma da Decisão recorrida, inicialmente suscitando a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de seu direito de defesa, argumentando que não foi cientificado do resultado da diligência realizada pela Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC).

No mérito, alega que não foram consideradas pelos julgadores de Primeira Instância as planilhas por ele elaboradas, com as leituras registradas nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC). Acrescenta que, conforme os demonstrativos que diz estar anexando, somente houve “omissão de entradas” no produto álcool nos exercícios de 2002 (704,5 litros) e 2004 (5.008,6 litros) e “omissão de saídas” do produto gasolina nos exercícios de 2001 (9.500 litros), 2002 (9.432 litros), 2003 (5.884 litros) e 2004 (1.814 litros). Por fim, requer a realização de “nova auditoria” e a nulidade ou a improcedência do presente Auto de Infração.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, apresentou o seu Parecer (fls. 974 a 976) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, com fundamento nos seguintes argumentos:

1. não merece prosperar a alegação de nulidade, haja vista que o Aviso de Recebimento (AR) acostado à fl. 944 comprova que o sujeito passivo foi devidamente instado a se manifestar sobre a diligência, quedando-se inerte;
2. todos os documentos carreados aos autos pelo recorrente foram apreciados no julgamento anterior desembocando, inclusive, em redução do imposto;
3. o recorrente repete os mesmos argumentos já apresentados anteriormente, sem trazer nenhum elemento novo de prova;

4. quanto ao inconformismo manifestado pelo autuante em relação à consideração das aferições de 20 litros escrituradas diariamente no LMC (fls. 934 a 936), aduz que os lançamentos no livro devem ser tidos como verdadeiros, salvo comprovação em contrário, pois se assim não fosse, caberia ao DNC notificar o contribuinte para fazer as correções devidas, sob pena de interdição, conforme os dispositivos legais que transcreve.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade levantada pelo recorrente, porque não vislumbrei cerceamento ao seu direito de defesa, considerando que, ao contrário do afirmado no Recurso Voluntário, o contribuinte foi devidamente intimado do resultado da diligência realizada pela ASTEC, de acordo com os documentos de fls. 943 e 944, preferindo não se manifestar.

Rejeito, também, o pedido de diligência fiscal, por entender que já se encontram no PAF todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, o recorrente não trouxe aos autos nenhum elemento novo de prova que pudesse ensejar dúvidas em relação ao trabalho diligencial anteriormente efetuado.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS e multas de caráter formal, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF.

O autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, tendo sido constatada, mediante levantamento de estoques, a falta de registro, em sua escrituração, de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, deve-se exigir o imposto por solidariedade, bem como o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), além da multa, por descumprimento de obrigação acessória, pela apuração de operações de saídas de mercadorias com o ICMS já pago pelo regime da antecipação tributária.

Verifico que o Recurso Voluntário foi interposto genericamente em referência às infrações 1 a 10 e 12, enquanto que o Recurso de Ofício foi impetrado pela Junta de Julgamento Fiscal relativamente às infrações 1 a 8 e 11.

Nas infrações 1 a 10 foi exigido o ICMS por solidariedade e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, e o recorrente alegou que as diferenças apuradas são decorrentes de aferições não consideradas pelo autuante. Ocorre que a Junta de Julgamento Fiscal deliberou converter o PAF em diligência à ASTEC para que fiscal estranho ao feito considerasse as aferições efetivamente registradas nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), o que foi feito, reduzindo-se o débito originalmente apontado.

Embora o autuante tenha se manifestado inconformado com o resultado da diligência, a jurisprudência deste CONSEF já solidificou o posicionamento de que as aferições lançadas no LMC devem ser levadas em conta, tendo em vista que se trata de um procedimento autorizado pela legislação específica de combustíveis.

Como o recorrente não apontou nenhum equívoco no trabalho desenvolvido pelo diligente, entendo que deve ser acatado, não merecendo reparo a Decisão recorrida nesse particular.

Nas infrações 11 e 12 exigem-se duas multas por descumprimento de obrigação acessória, relativas aos exercícios de 2002 e 2004, por ter sido constatada a realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis antecipadamente sem a emissão de documento fiscal.

A Segunda Instância do CONSEF também já se posicionou no sentido de que deve ser aplicada somente uma multa por toda a auditoria de estoques, e não por exercício, e, dessa forma, deve ser excluído o débito relativo à infração 11, remanescente apenas a penalidade indicada na infração 12, como decidido pelo órgão julgador *a quo*.

Pelo exposto, entendo que foi correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal e voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

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 269610.0011/04-0, lavrado contra CEDRO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO SOUZA II), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$8.258,76, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.495,95 e 60% sobre R\$2.762,81, previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$50,00, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS