

PROCESSO	- A. I. N° 232875.0713/03-8
RECORENTE	- VITÓRIOS DISTRIBUIDOR DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO CAXIAS DO SUL))
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3 ^a JJF n° 0019-03/05
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 13/04/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0063-12/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ÓLEO DIESEL. **a)** 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, além do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Não restou comprovado o ingresso, no estabelecimento do recorrente, das mercadorias consignadas nas notas fiscais citadas no Recurso Voluntário. 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. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Mantidas a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal (3^a JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$186.350,95, sendo objetos do presente recurso as seguintes infrações, apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias (combustíveis):

2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Exercício fechado de 2002, lançado imposto no valor de R\$46.399,71;
3. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, 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. Exercício fechado de 2002, lançado imposto no valor de R\$18.724,11.
4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem

a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Exercício aberto de 2003, lançado imposto no valor de R\$94.767,47;

5. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, 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. Exercício aberto de 2003, foi lançado imposto no valor de R\$26.459,66.

O autuado apresentou defesa e, em relação às infrações citadas acima, afirmou que os levantamentos quantitativos continham equívocos, pois não foram consideradas diversas notas fiscais de entradas. Para comprovar sua alegação, acostou ao processo farta documentação.

Na informação fiscal, fl. 72, o autuante refez os levantamentos quantitativos de estoques e, em consequência, o valor exigido na infração 2 foi mantido inalterado, a infração 3 foi excluída da autuação e as infrações 4 e 5 foram reduzidas para, respectivamente, R\$9.188,98 e R\$2.559,97.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado alegou que ainda havia notas fiscais sem a devida inclusão nos levantamentos quantitativos.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, fls. 77 e 78, tendo sido apurados valores superiores aos originalmente lançados, o que acarretou a manutenção dos montantes consignados no Auto de Infração (Parecer ASTEC nº 107/2004, fls. 86/89).

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o contribuinte apontou equívocos contidos na diligência e acostou documentos comprobatórios desses equívocos.

O processo foi convertido em nova diligência à ASTEC (fls. 198 e 199). Em atendimento a essa nova diligência, foi emitido o Parecer ASTEC nº 224/04, fls. 202 a 206, onde foi informado que, após as devidas correções, o débito referente às infrações 2, 3, 4 e 5 passou para R\$31.635,90, conforme demonstrativo de débito à fl. 206.

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuante não se pronunciou, ao passo que o autuado reiterou as alegações defensivas anteriormente expedidas.

Na Decisão recorrida, fls. 331 a 337, a Primeira Instância acolheu as notas fiscais de aquisição que foram escrituradas pelo autuado e pelo remetente das mercadorias. Não foram acatadas as Notas Fiscais nºs 695, 329, 427, 462, 632, 738 e 492, tendo em vista que as aquisições foram realizadas por outros estabelecimentos da mesma empresa, apesar de escrituradas no livro Registro de Entradas do autuado. As infrações 2, 3, 4 e 5 foram julgadas procedentes em parte, no montante de R\$31.635,90, consoante o resultado da segunda diligência da ASTEC (fl. 206).

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

Com o objetivo de notificar o autuado da Decisão proferida pela primeira instância, a Secretaria do CONSEF enviou carta registrada com aviso de recebimento (AR) para o autuado (fls. 345/346), para os sócios Ana Paula da Silva (fls. 351/352 e 361/362) e Florisvaldo Conceição dos Santos (fls. 363/364) e para o contador da empresa (fls. 356/357). Considerando que as cartas não foram entregues aos destinatários por diversos motivos (“fora do perímetro urbano”, “mudou-se” e “não procurado”), o autuado foi notificado mediante edital publicado no Diário Oficial do Estado em 09/08/05 (fls. 365/366). Apesar de intimado por meio de edital, o autuado não se pronunciou.

Em 26/09/05, por meio do Acórdão CJF Nº 0344-12/05, fls. 368 a 374, em Decisão unânime, a 2ª CJF negou provimento ao Recurso de Ofício.

O contribuinte foi notificado acerca da Decisão proferida pela 2ª CJF por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado em 31/01/07 (fl. 387), uma vez que, novamente, as intimações por meio de carta com AR não surtiram efeito. Contudo, o contribuinte se manteve silente.

Encaminhado o processo à GECOB para inscrição em dívida ativa, foi sugerido o envio de *intimação para ciência do Acórdão CJF Nº 0344-12/05 para o endereço do sócio proprietário Florisvaldo Conceição dos Santos (conforme fl. 390), uma vez que no A.R. à fl. 363 e no verso do envelope à fl. 364 consta o carimbo dos Correios como “não procurado”.*

Em 12/06/06, de acordo com o aviso de recebimento acostado à fl. 392, o autuado foi cientificado acerca do Acórdão CJF Nº 0344-12/05, como tinha sido sugerido pela GECOB.

Em 29/06/06, o contribuinte protocolou a petição de fls. 396/399, intitulada de Recurso Inominado. Nesse Recurso, o recorrente ratifica a defesa e as manifestações posteriores e, em seguida, passa a discorrer sobre o Parecer ASTEC Nº 0224/04 e sobre o voto proferido no Acórdão CJF Nº 0344-12/05. Mais adiante, afirma que as Notas Fiscais nº^{os} 329, 427, 462, 632, 695 e 738 foram lançadas no seu Livro de Movimentação de Combustíveis, conforme as duas diligências realizadas. Também diz que as aquisições referentes a essas notas fiscais foram quitadas de acordo com o recibo apresentado durante a realização das diligências.

Explica que a Larco Comercial de Petróleo Ltda., durante os exercícios de 2002 e 2003, emitiu as Notas Fiscais nº^{os} 329, 427, 462, 632, 695 e 738 para amparar vendas de combustíveis destinadas ao recorrente. Diz que essas notas fiscais tinham como número de controle do formulário 350, 464, 501, 682, 791 e 15624, ao passo que as notas fiscais verificadas pelo diligenciador se destinaram à empresa G.P.S. Comércio de Combustíveis Ltda., contudo com números de controle do formulário 15239, 15378, 15557 e 15683. Foram acostados aos autos os documentos de fls. 400 a 409.

Ao finalizar, o recorrente solicita que auditor fiscal estranho ao feito efetue revisão fiscal, bem como requer que a ação fiscal seja julgada improcedente em parte.

Ao exarar o Parecer de fls. 411 e 412, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que a intimação citada pelo saneador da GECOB não foi a que deu conhecimento ao contribuinte da denegação pela CJF do Recurso de ofício, mas sim a que noticiava a Decisão da J.J.F. Dessa forma, entende a procuradora que, em cumprimento ao despacho de fl. 391 da GECOB, o prazo para a interposição de Recurso Voluntário deveria ter sido reaberto, o que impõe o processamento do Recurso Inominado (fls. 396/409) como sendo um Recurso Voluntário, inclusive pela manifesta intenção do contribuinte em modificar a Decisão de primeira instância.

Em seguida, a ilustre procuradora passa a analisar as alegações recursais, considerando como voluntário o recurso interposto. Mais adiante, afirma que os documentos trazidos no Recurso devem ser examinados, a fim de que se esclareça se as Notas Fiscais nº^{os} 392, 427, 462, 632 e 738 devem ou não compor o levantamento quantitativo.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2^a CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para que fosse certificada a inclusão das citadas notas nos levantamentos quantitativos.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC Nº 04/2007, fls. 417 a 419. Nesse Parecer, foi informado que *foram verificadas as Notas Fiscais de nº 695/ 329/ 427/ 632/ 738/ 492, constatando-se que as mesmas foram emitidas em nome do autuado, sendo feitas as inclusões no levantamento quantitativo de estoque, considerando-se os valores e quantidades da diligência de fls. 202/206 e demonstrativos de fls. 287/288.*

Ao concluir, o diligenciador afirma que foram efetuadas as inclusões das notas fiscais e elaborados novos demonstrativos de estoques, tendo sido apurado que o débito, que era de R\$31.675,90, passou para R\$2.639,49, conforme demonstrativo de débito à fl. 418.

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuante e o recorrente não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fl. 438, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, devendo os débitos das infrações 4 e 5 ser reduzidos nos termos propostos pela ASTEC do CONSEF. Esse Parecer foi ratificado pelo procurador assistente da PGE/PROFIS.

Na sessão de julgamento, decidiu a 2^a CJF converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse verificado se as mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 329, 427, 462, 632, 695 e 738, emitidas pela Larco Coml. de Petróleo Ltda. efetivamente ingressaram no estabelecimento do recorrente, conforme quesitos à fl. 444.

Em atendimento à diligência solicitada, foi emitido o Parecer ASTEC nº 094/2008 (fls. 446 a 448).

Inicialmente, o Parecerista explicou que intimou o recorrente a apresentar cópia de seus livros Registro de Entradas e Diário, a prova do pagamento das operações referentes às citadas notas fiscais e os CTRCs referentes ao serviço de transporte das mercadorias, bem como intimou a Larco Coml. de Produtos Derivados de Petróleo Ltda. a apresentar cópia de seus livros fiscais e contábeis com o registro das operações referentes às notas fiscais em questão.

Em seguida, o Parecerista passa a responder os quesitos de fl. 444 da seguinte forma:

- a) As Notas Fiscais nºs 329, 427, 462, 632, 695 e 738 foram lançadas no livro Registro de Entradas do recorrente. As Notas Fiscais nºs 329 e 632 foram registradas em data anterior à sua emissão, ao passo que a Nota Fiscal nº 695 (no valor de R\$ 17.900,00), foi lançada com o valor de R\$ 28.960,00. O lançamento da Nota Fiscal nº 695 (fl. 489) não constava no Registro de Entradas apresentado em diligência anterior (fl. 100). Mencionou que os livros Diário e Razão não lhe foram apresentados, motivo pelo qual não pôde informar se as mercadorias ingressaram ou não no estabelecimento do recorrente.
- b) Não foi possível identificar como as operações consignadas nas referidas notas físicas foram pagas, pois os livros Diário e Caixa não lhe foram apresentados. Mencionou que o recorrente não comprovou e nem declarou, nessa diligência, como pagou as operações.
- c) As operações de saídas consignadas nas referidas notas fiscais estão registradas nas escritas contábil e fiscal do remetente das mercadorias, sendo que os Diários nºs 6 e 11 foram autenticados na JUCEB em 13/10/03 e 21/03/05, ao passo que os Registros de Saídas nºs 2 e 3 não contêm autenticação ou visto da fiscalização estadual.
- d) o emitente das notas fiscais em questão declarou que as mercadorias foram transportadas em veículos próprios (dele e do adquirente).
- e) Essas notas fiscais não contêm carimbos de postos fiscais ou vistos da fiscalização.
- f) Não foi constatado indício de inidoneidade nas notas fiscais em questão.

Notificados acerca do resultado da diligência, o autuante e o recorrente não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fls. 500 e 501, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que os novos elementos trazidos ao processo na última diligência realizada invalidam o Parecer anterior e, dessa forma, conclui que as notas fiscais trazidas pelo recorrente não devem compor o levantamento quantitativo, já que não foi comprovado o efetivo ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, há que se verificar se a questão da admissibilidade do Recurso de fls. 396 a 399, o qual foi intitulado de “Recurso Inominado”.

As intimações acostadas ao processo não trazem segurança sobre o efetivo conhecimento do autuado, ouro recorrente, acerca da Decisão de primeira instância, pois, antes de se realizar a intimação por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, as intimações com AR não exauriram todas as suas possibilidades. Assim, conforme salientado pela representante da PGE/PROFIS, o prazo para interposição do Recurso cabível deveria ter sido reaberto. Porém, como o recorrente já tinha interposto a petição de fls. 396/399 – denominada “Recurso Inominado” –, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, considero que essa petição, com base nos

princípios da fungibilidade dos recursos, da ampla defesa, do informalismo e da celeridade processual, deve ser conhecida como sendo um Recurso Voluntário.

O mérito do Recurso Voluntário trata da inclusão das Notas Fiscais nºs 695, 329, 427, 632, 738 e 492 nos levantamentos quantitativos de estoques.

Visando buscar a verdade material dos fatos, na sessão de julgamento, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para que fosse verificado se as mercadorias consignadas nas referidas notas fiscais efetivamente entraram no estabelecimento do recorrente.

Analizando o resultado da última diligência, a qual não foi contestada nem pelo recorrente e nem pelo autuante, verifico que:

- a) O livro Registro de Entradas de Mercadorias apresentado na última diligência continha o lançamento da Nota Fiscal nº 695, porém, em diligência anterior, ficou comprovado que essa nota fiscal não estava registrada no citado livro. Esse fato demonstra que o livro apresentado ao diligente não merecia fé, já que divergia de outro anteriormente exibido ao preposto da ASTEC.
- b) As Notas Fiscais de nºs 329 e 632 foram registradas em data anterior à sua emissão. Interpreto esse fato como uma vã tentativa de comprovar a escrituração de notas fiscais que não refletiam efetivas operações de entradas de mercadorias.
- c) O recorrente não conseguiu comprovar como foi feito o pagamento das aquisições consignadas nessas notas fiscais, uma vez que não apresentou os livros Caixa e Diário.
- d) As referidas notas fiscais, apesar de não possuírem indícios de inidoneidade, não possuem carimbos de postos fiscais ou vistos da fiscalização.

Por esses motivos, os novos elementos trazidos aos autos na última diligência convencem-me que as operações consignadas nas Notas Fiscais nºs 329, 427, 462, 632, 695 e 738 não devem ser incluídas nos levantamentos quantitativos de estoques, pois não refletem efetivas operações de entradas de mercadorias, não obstante terem sido emitidas em nome do recorrente.

Comungando com o último opinativo da PGE/PROFIS, acolho o resultado da última diligência efetuada pela ASTEC e decido pela não inclusão das referidas notas fiscais nos levantamentos quantitativos e, em consequência, mantendo inalterada a Decisão de primeira instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232875.0713/03-8, lavrado contra **VITÓRIOS DISTRIBUIDOR DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO CAXIAS DO SUL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.675,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.639,99 e 70% sobre R\$20.035,91, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40,00**, prevista no art. 42, inc. XXII, da citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR