

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0042/06-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CORESFIL-COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SANTA BÁRBARA)
RECORRIDOS - CORESFIL-COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO SANTA BÁRBARA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0343-03/07
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15/05/2009

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0103-12/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, 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. Refeitos os cálculos do débito por meio de diligência fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Infrações parcialmente subsistentes. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, impetrados contra Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração, lavrado em 29/12/2006, para reclamar ICMS no valor de R\$60.586,15 com aplicação da multa de 70%, pelas seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- 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, deduzida a parcela de tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias, sujeito ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Total do débito: R\$45.985,30

INFRAÇÃO 2- Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Total do débito: R\$14.600,85

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento do crédito tributário, dizendo tratar-se de uma empresa de prestação de serviços de lavagem de veículos e mecânica de auto em geral, ou

seja, um posto de combustíveis multifuncional, contribuinte do ICMS sob o regime de substituição tributária. Discorre, em seguida sobre as infrações imputadas, arguindo que o lançamento de ofício, padece de vícios formais e materiais flagrantes e a multa aplicada de 70%, fere de morte preceitos constitucionais do não confisco. Contesta o levantamento efetuado, enumerando diversos erros praticados pela fiscal autuante.

Afirma que o Auto de Infração deve ser cancelado em razão das imperfeições do procedimento administrativo da autuante, pedindo a realização de diligência nos arquivos da empresa. Protesta quanto a multa aplicada no percentual de 70%. Entende que todos os períodos relativos ao exercício de 2001 encontram-se prescritos; que não foram consideradas as notas fiscais de aquisição; que existem erros nas somas das planilhas elaboradas pela autuante; que a multa de 70% é acessória e tem caráter confiscatório. Pede a realização de diligência.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal, converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem, para que a autuante, com base nas novas provas acostadas ao processo pelo defendente, elaborasse novo demonstrativo de débito das infrações 01 e 02, informando quais os documentos que foram por ela acatados, e após o resultado a Infaz Varejo deveria cientificar o autuado, concedendo o prazo de 10 dias para sua manifestação (fl. 273).

A autuante elaborou novo demonstrativo de débito às folhas 277 e 281, informando que acatou todas as notas fiscais e planilhas de perdas e ganhos devidamente corrigidas, reduzindo o débito para R\$31,82 para a infração 1 e R\$10,09, para a infração 2.

A DAT-METRO intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal produzida pela autuante, concedendo o prazo de 10 dias para sua manifestação (fl. 284), tendo o mesmo silenciado sobre a questão.

Consta à folha 298, extrato do Sistema SIGAT, informando o pagamento no valor de R\$89,18.

O julgador de Primeira Instância inicialmente rejeita a preliminar de nulidade arguida pelo defendente, inerente a decadência do exercício de 2001, pois o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2006, portanto, a autuação se deu antes do término do prazo decadencial estipulado de 5 anos, conforme previsto no parágrafo único do art. 173 do CTN, entendimento manifestado reiteradamente por este CONSEF em inúmeros acórdãos prolatados.

A JJF indeferiu o pedido de diligência suscitado, tendo em vista que a autuante acatou os argumentos defensivos de quase a totalidade das infrações 1 e 2, e o imposto remanescente foi devidamente recolhido pelo autuado.

No mérito, argumenta que a autuante elaborou demonstrativos onde apurou o imposto devido por responsabilidade solidária e antecipação tributária de mercadorias adquiridas de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal dos produtos e de posse dessas informações, elaborou o quadro resumindo as quantidades de omissões apuradas pela autuante:

Ademais, verificando que houve erro de soma no demonstrativo de perdas elaborado pela autuante nas folhas 110/112, sendo o valor correto 5.346,44 litros, corrigindo as quantidades apuradas conforme demonstra.

Quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas, alegado pelo defendente, diz que a legislação vigente cobre com o manto da legalidade a exigência fiscal, consubstanciada no artigo 42, inciso II, alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e, portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade na imputação das referidas penalidades. Ademais, com relação à arguição de inconstitucionalidade, informo que o artigo 167, I, do RPAF/99, afasta da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Todavia, verifiquei que a autuante aplicou indevidamente a multa para a infração 1, que deve ser reduzida para 60%, nos termos do artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Finalmente vota pela subsistência parcial das infrações 1 e 2, conforme quadro demonstrativo que apresenta, ressaltando que multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser reduzida para R\$50,00, tendo em vista que incidiu sobre o mesmo ilícito tributário, em diversos exercícios, com a homologação dos valores recolhidos,

Conforme consta à folha 298, extrato do Sistema SIGAT, informando o pagamento no valor de R\$89,18.

O recorrente, em sede de Recurso Voluntário, volta a reiterar os argumentos expendidos na defesa com relação ao fato de haver sido desconsiderada uma nota fiscal referente a 5000 litros de gasolina, e quanto ao caráter confiscatório da multa de 70%. Requer a improcedência total do Auto de Infração.

A 2ª CJF, por unanimidade, decide encaminhar diligência à ASTEC, nos seguintes termos:

“Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária (infração 1) e por responsabilidade solidária (infração 2), tendo sido as irregularidades apuradas mediante levantamentos quantitativos de estoques por espécies de mercadorias (combustíveis) nos exercícios de 2001 a 2004. Foi lançado imposto no valor total de R\$ 60.586,15.

Na defesa, o contribuinte apresentou diversos documentos, os quais foram integralmente acolhidos pela autuante. Após as correções que entendia necessárias, a autuante apurou que o valor da autuação que subsistia era de R\$ 41,91.

Por meio do Acórdão JF ~ 0343-03/07, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte no valor de R\$ 3.146,51, mais multa de R\$50,00 por descumprimento de obrigação acessória. Nessa Decisão de primeira instância, foram acatadas as correções efetuadas pela autuante.

Tendo em vista a falta de fundamentação da autuante ao acolher as provas apresentadas na defesa e a divergência entre os valores apurados pela autuante e pela 3D JF, decidiu a 28 Câmara converter o processo em diligência à ASTEC, para o atendimento das seguintes solicitações:

1., Que seja verificado se as notas fiscais apresentadas na defesa (fls. 180/210.215/218.224/226. 229. 232. 234/237. 251/253. 260/262 e 265/266) e no Recurso voluntário (fls. 333) representaram efetivas operações de entradas de mercadorias no estabelecimento do recorrente.

1.1. Na verificação acima, deverá o diligenciador examinar, dentre outros elementos que julgar necessários, os pagamentos efetuados pelo recorrente, os conhecimentos de transporte rodoviário de carga, os livros de controle de movimentação de combustíveis, a situação cadastral dos emitentes das notas fiscais, etc.

2. Caso reste comprovada a veracidade de alguma das operações consignadas nas notas fiscais apresentadas, deverá o diligenciador efetuar as correspondentes correções nos levantamentos quantitativos. Deverá o diligenciador elaborar os seguintes demonstrativos, separados por exercícios e por espécie de mercadorias:

2.1. Um demonstrativo que evidencie a razão do acolhimento ou da recusa das notas fiscais que foram apresentadas.

2.2 Um demonstrativo específico do cálculo do preço unitário médio utilizado na apuração do imposto.

2.3. Um demonstrativo sintético dos levantamentos quantitativos.

3. Ao final, deverá ser elaborado um novo Demonstrativo de Débito para o Auto de Infração, caso necessário.

...

Atendidas as solicitações acima, deverá a repartição fazendária competente entregar cópia do resultado da diligência ao recorrente e à autuante, concedendo-lhes o prazo de lei para pronunciamento. Decorrido o prazo legal, deverá o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo e, em seguida, ao CONSEF para julgamento”.

A auditora fiscal designada apresenta o seguinte Parecer:

Em relação à 1ª. Solicitação declara que nada foi constatado de irregular, constando inclusive nas notas fiscais os carimbos dos postos de trajeto das mercadorias. Acrescenta que os fornecedores encontram-se ativos e regulares, conforme dados do INC.

Quanto à 2ª Solicitação, confirma a entrada, no exercício de 2001, de 10.000 litros de álcool, através da Nota Fiscal nº 148.715 não considerada pela autuante, apurando-se então, uma

diferença de 21 litros. No exercício de 2020, confirma a entrada de 33.000 litros de álcool, apurando-se uma diferença de 57 litros. Confirma que a Nota Fiscal nº 158.464, com 5.000 litros não se refere a diesel aditivado, mas sim a diesel comum, bem como a entrada de 10.00 litros de diesel aditivado, que não constaram da relação de entradas.

o exercício de 2003 incluiu 25.000 de diesel comum às entradas, apurando uma diferença de 561 litros, além de outras de menor porte.

Em sua conclusão, relata o diligente que:

- 1- em relação à 1ª Solicitação, *“no exame de todas as notas fiscais e documentos apresentados, nada foi constatado de irregular”*;
- 2- em relação à 2ª Solicitação, diz que, após os devidos ajustes, foram apurados os valores remanescentes de base de cálculo e ICMS das infrações 1 e 2, conforme demonstrativos que apresenta, ou seja R\$36,76 e R\$11,24, respectivamente.

A PGE/PROFIS em sua manifestação, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, com a seguinte fundamentação:

- considerando que a Nota Fiscal nº 196771 não foi apresentada com a defesa, e que por essa razão a quantidade de 5000 litros de gasolina não foi considerada no levantamento, entende que uma vez trazida ao processo, deve ser incluída no levantamento quantitativo do exercício, por força do princípio da verdade material.
- a alegação de que não lhe cabe o recolhimento do ICMS, já que as mercadorias estão sujeitas à substituição tributária, é totalmente descabida, pois é indiscutível que essa hipótese não se aplica às operações realizadas sem nota fiscal, como restou apurado no levantamento do omissão de entradas.
- quanto à alegação de efeito confiscatório da multa aplicada, este não é o foro competente para tal debate, vedado por disposição da legislação estadual.

Manifestando-se pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto, a ilustre procuradora do Estado, Dra Sylvia Amoêdo, ressalta inicialmente a qualidade do trabalho efetuado pela ASTEC, que verificou pormenorizadamente todas as alegações e a documentação existente, inclusive analisando as notas fiscais apresentadas, anexando aos atos as cópias dos livros que embasaram seu trabalho. Diz que o diligente concluiu que efetivamente as notas fiscais apresentadas não foram consideradas no levantamento, procedendo cuidadosamente novo levantamento para corrigir as distorções do realizado pelo autuante.

VOTO

A peça de destaque deste processo é o trabalho realizado pela ilustre auditora fiscal diligente, designada pela ASTEC, destacando que nas notas fiscais os carimbos dos postos de trajeto das mercadorias, e a idoneidade e a regularidade dos fornecedores, registrando ainda, que não foi elaborado o cálculo do preço unitário médio utilizado na apuração do imposto, considerando a existência nos autos de todos os respectivos cálculos.

A fiscal diligente prossegue analisando as peças processuais, corrigindo as distorções encontradas para cada produto, por exercício, com a elaboração de novos cálculos, em tabelas demonstrativas, atendendo todas as solicitações requeridas pela 2ª. CJF, para concluir que, com relação à 1ª. Solicitação, no exame de todas as notas fiscais e documentos apresentados, nada foi constatado de irregular. Em relação à 2ª solicitação, foram apurados os valores remanescentes de base de cálculo e ICMS das infrações 1 e 2, conforme demonstrativos de débitos, no valor de R\$36,76 para a infração 1 e R\$11,24 para a infração 2, além da multa de R\$50,00, ratificando a

Decisão da JJF, no caso da apuração da diferença, por se tratar de produto submetido ao regime de substituição tributária.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para, modificando a Decisão recorrida, julgar PROCEDENTE EM PARTE a ação fiscal, condenando o autuado ao pagamento do imposto no valor de R\$48,00, além da multa de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 060624.0042/06-6, lavrado contra **CORESFIL-COMÉRCIO REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$48,00**, acrescido das multas de 60% sobre R\$36,76 e 70% sobre R\$11,24, 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\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mencionada lei, com acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei 9837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUEUQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS