

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0042/09-1
RECORRENTE - POSTO SÃO PAULO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0112-02/10
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 16/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0022-11/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exigindo-se o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Descabe refazer o levantamento com o agrupamento de mercadorias. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão em referência, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 16/12/2009, para exigir ICMS, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$50.654,31 em face da constatação de 04 infrações, destinando-se a súplica recursal ao reexame, por este Colegiado, apenas quanto à infração 2, abaixo transcrita:

“...falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2005, 2006 e 2008. Valor do débito: R\$46.526,57, multa de 60%”

O contribuinte admitiu todas as infrações que lhe foram imputadas, excetuando a infração 2, que reconheceu em parte e sobre a qual a JJF decidiu nestes termos.

De início, após analisar o pedido de revisão, o indeferiu com base no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, por entender que no PAF estão presentes os elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, e isto porque a mistura dos combustíveis, alegada, não encontra elemento que indique sua efetiva ocorrência, especialmente em razão dos documentos fiscais de saídas indicarem distintamente as duas espécies de mercadorias (óleo comum e aditivado). A par disso, disse que se tratam de mercadorias adquiridas através do regime de substituição tributária, apuradas omissões de entradas, sendo devido o ICMS com fulcro no art. 10 da Portaria nº 445/98.

Assim, do exame da infração 2, esclareceu no voto que o argumento defensivo central residia na incapacidade dos tanques, o que levava o sujeito passivo a descarregar o óleo diesel comum nos tanques de óleo diesel aditivado, e que, se o levantamento quantitativo fosse efetuado juntando ambos os produtos, que não teria o que reclamar.

Foi ainda aclarado no dito voto que as notas fiscais de entrada e saída, especificadas no levantamento, não identificam as mercadorias pelas espécies, isto é, pelo tipo de óleo, se diesel aditivado ou comum.

Disse que, no caso dos autos, não foi atendido o requisito do art. 3º, III, da Portaria nº 445/98, que prevê o levantamento quantitativo por agrupamento nas hipóteses de “*nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências*”.

E, para indeferir o pedido de agrupamento das mercadorias para fins de auditoria de estoque, em consonância com o entendimento do autuante, o i. relator esclareceu o seguinte:

“Constato que não há falta de especificação exata das mercadorias, não foram identificadas por mais de uma determinação ou mesmo constam muitos subgrupos ou diversas referências, tanto que nos documentos fiscais de entrada e saída como nos livros de registro de inventário a especificação do óleo diesel (comum ou aditivado), bem como do álcool e gasolina comum e aditivada, não atendendo as condições previstas no dispositivo do aludido ato normativo para o requerido agrupamento.”

Pelo que, nestes termos, manteve a infração 2 em sua integralidade, tendo sido o voto pela procedência do lançamento.

O sujeito passivo, inconformado, interpôs através de advogado regularmente constituído, Recurso voluntário às fls. 202/210, em cujo apelo centra sua irrisignação no indeferimento pela JJF, da diligência requerida, alegando que, ao reverso do que entenderam os julgadores de primeiro grau, não é verdadeiro que os elementos dos autos lhe propiciaram a certeza quanto à exigência fiscal e, por isto, não poderia ter havido o indeferimento com esteio no art. 147, I, “a” do RPAF, e invocando ainda, subsidiariamente, o art. 131 do CPC, por força do qual o convencimento judicial é livre na formação, mas atrelado às provas dos autos, afirmando que houve cerceamento do direito de defesa, tendo insistido no pedido de diligência, por fim.

No mérito, ratificou a tese defensiva de que, em síntese, as mercadorias tidas como omitidas na entrada, e assim consideradas por não terem sido incluídas no levantamento total do item óleo diesel comum, com desprezo do fato concreto de terem sido escrituradas, demonstrando em seus registros fiscais, em virtude de força maior e que foram emitidas as notas fiscais de saída identificando como óleo aditivado.

Para melhor elucidar seus argumentos, apresentou uma planilha às fl. 207, constando nas respectivas colunas data de ocorrência, número da nota fiscal, total de diesel comum adquirido – R\$ 154.000,00, total de diesel comum nos tanques próprios – R\$ 76.751,40, e total de diesel comum depositado no tanque de aditivado – R\$ 77.048,60, acrescentando que do total dessas notas fiscais, apenas duas de nº 6.903 e 18.303 são correspondentes à aquisição de óleo diesel comum e destinado no tanque de óleo diesel aditivado.

E que, apesar disso, disse ainda, considerando os quantitativos de ambos os produtos, inexistiu a omissão de entrada, até porque todos os produtos que comercializa são adquiridos da Petrobrás, a qual notoriamente não se presta a realizar operações irregulares.

A par disso, mencionou que a questão de fundo versa sobre os registros em seus livros fiscais sobre as notas fiscais emitidas em situação existente, resumindo a irregularidade ao aspecto formal.

Citou e transcreveu o art. 13 da Portaria nº 445/98, resumindo que inexistiram a alegadas omissões, repisando o argumento seguinte:

*“Equivocado o entendimento do a quo, de que as mercadorias ainda se encontravam fisicamente em estoque, haja vista que, compulsando-se todas as notas fiscais acima e os registros efetuados, os quantitativos despejados nos tanques de **ADITIVADO** correspondiam àquele outro tipo de óleo, bastando, para se constatar a inexistência da omissão apontada, sejam considerados os quantitativos de **OLÉO DIESEL COMUM** como entradas de **ÓLEO DIESEL ADITIVADO**, já que as respectivas saídas ocorreram sob essa última rubrica, ou inversamente como saídas de **ÓLEO DIESEL COMUM**.”*

Ademais, arguiu que, mesmo na hipótese de levantamento aberto como dito no acórdão guerreado, em que as mercadorias não estivessem em poder do autuado, seria aplicável, mesmo assim, a regra do art. 15, II, ali transcrito. E que, por isso, a regra do art. 10 da referida Portaria,

aplica-se quando comprovadamente houver emissão de nota fiscal anterior por parte do fornecedor e que o adquirente não tenha efetuado a sua escrituração ou pago o imposto na etapa subsequente, o que disse não restar provado nos autos e que, por isso mesmo a acusação fiscal centra no campo da presunção.

Por derradeiro, invocou que caberia tão-somente a aplicação de multa formal de 1%, a teor do art. 42, XI, pugnano pela reforma da Decisão de piso.

A d. PGE/PROFIS, nos termos do Parecer de fl. 221, sugeriu a esta CJF, que fosse o PAF baixado em diligência a fim de se apurar, por fiscal estranho ao feito - como pretendido pelo contribuinte -, se à vista da documentação a ser solicitada, para informar se houve o correto registro do armazenamento de óleo diesel aditivado nos tanques de óleo diesel comum, e, em caso positivo, qual o reflexo no levantamento quantitativo de estoque.

Em sessão suplementar do dia 28.07.2010, foi indeferida a diligência sugerida ante a impossibilidade física de se identificar, após passado tão longo lapso temporal, qual o combustível que estava armazenado no tanque nessa época, se óleo aditivado nos tanques de óleo diesel comum.

Do retorno dos autos, a r. Procuradoria, em sucinto Parecer conclusivo de fl. 225 verso, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Constam dos autos às fls. 219, extratos do SIGAT acerca do pagamento parcial do débito originalmente lançado, através de parcelamento.

VOTO

De logo, certo é que, à luz do que dispõe o art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, neste PAF estiveram e estão presentes os elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, sendo este justamente baseado nas provas aqui residentes, além do que, como expendido na Decisão proferida na sessão suplementar, era descabido o pedido de diligência, pelas razões ali aclaradas, sem que isso se constitua cerceamento de defesa, pois, ao reverso, o sujeito passivo pôde exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Adentrando ao mérito, do exame dos autos, verifico que a insurgência do sujeito passivo dirigiu-se, tanto na impugnação como no Recurso Voluntário, à presunção de omissão relacionada com óleo diesel aditivado no exercício de 2008, pretendendo justificá-la alegando que utilizou o tanque de óleo diesel aditivado para estocar óleo diesel comum, por falta de espaço no tanque deste último produto.

Observe que o autuante, na informação fiscal de fl. 181, constatou tal argumento, contra o qual se opôs, esclarecendo que é irrelevante para o levantamento quantitativo de estoque o modo como o sujeito passivo estocava o produto, pois foi efetuado lastreado em documentos fiscais, não impugnados pelo autuado.

Verifico, ainda, que correta foi a conclusão do fisco, de que a pretensão do contribuinte de juntar óleo diesel comum com o aditivado para realizar a auditoria de estoque, não tem guarida na Portaria nº 445/98 (fl. 75) por ele arguida, isto porque o inciso III, do art. 3º, é claro ao dispor que esse agrupamento deve ser feito nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, o que, a todas as luzes, não é o caso dos autos, estando os produtos especificados nos documentos fiscais – de entrada e de saída, bem como nos livros de inventário.

Infiro, portanto, que, diante dos elementos dos autos, outro não poderia ser o entendimento esposado pela JJF, já que, como visto, a pretensão do recorrente que a auditoria de estoque fosse feita agrupando os produtos não se coaduna com a hipótese expressamente prevista na Portaria supra aludida, até porque, como pontuado na Decisão recorrida, nas cópias dos livros de movimentação de combustível (LCM) não há indicação de que houve mistura dos combustíveis,

tendo o fisco registrado nos documentos fiscais tanto as entradas como as saídas especificando os produtos conforme suas diferentes espécies, aspecto não controvertido, ou seja, o sujeito passivo não demonstrou que nessas notas fiscais não havia especificação para que fosse feito o requerido agrupamento. Razão, pois, não lhe assiste.

Concluo, em face de tais fundamentos, que não merece prosperar a tese recursal, pelo que mantenho subsistente a infração 02, confirmando, na integralidade, a Decisão “*a quo*”.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **269141.0042/09-1**, lavrado contra **POSTO SÃO PAULO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.554,31**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.580,12 e 70% sobre R\$2.974,19, 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 total de **R\$100,00**, prevista no art. 42, inciso XXII do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

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