

PROCESSO - A. I. Nº 232957.0001/10-0
RECORRENTE - FELISBERTO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO SÃO JOÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0393-04/10
ORIGEM - INFAC SERRINHA
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0383-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova Decisão. Acolhidas as preliminares de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 41.130,27, pelo cometimento de 7 infrações, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias nos exercícios de 2005, 2006, 2007 e 2009, sendo aplicada a multa fixa no total de R\$ 200,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Refere-se à gasolina comum e óleo diesel em 2005, óleo diesel em 2006, gasolina aditivada e óleo diesel em 2007 e óleo diesel em 2009.

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício aberto (2010), sendo aplicada a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96. Refere-se à gasolina aditivada.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos nos exercícios de 2006, 2008 e 2009, sendo exigido o tributo na quantia de R\$ 25.102,43, além da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Refere-se à gasolina aditivada em 2006, gasolina aditivada e óleo diesel em 2008 e gasolina aditivada em 2009.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do ICMS 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 de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de produtos nos exercícios de 2006, 2008 e 2009, exigindo-se o imposto no valor de R\$ 7.371,05, acrescido da multa

de 60%, prevista no art. 42, II “d” da Lei nº 7.014/96. Refere-se à gasolina aditivada em 2006, gasolina aditivada e óleo diesel em 2008 e gasolina aditivada em 2009.

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de produto em exercício aberto (2010), sendo exigido o tributo na quantia de R\$ 50,98, além da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Refere-se ao óleo diesel.

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do ICMS 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 de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de produto em exercício aberto (2010), exigindo-se o imposto no valor de R\$ 16,21, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “d” da Lei nº 7.014/96. Refere-se ao óleo diesel.

INFRAÇÃO 7 – Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação em 2005, 2006, 2007 e 2009, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, exigindo-se o imposto no valor de R\$ 8.339,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “f” da Lei nº 7.014/96.

O acórdão da 4^a JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, da seguinte forma, *in verbis*:

“VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo defendant. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou a base jurídica. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas. O LMC foi considerado na auditoria, conforme documentos de fls. 67 a 250, assim como as entradas e saídas, nos termos dos demonstrativos de fls. 11 a 66.

Concluo que a auditoria foi realizada de acordo com os procedimentos recomendados para o segmento de comércio a varejo de combustíveis, disciplinados pela ANP – Agência Nacional de Petróleo (Portarias DNC 26/1992 e ANP 116/2000) e pela SEFAZ/BA, que já tratou da matéria nos Pareceres 3820/2002, 327/2005 e 7754/2005.

Quanto às aludidas perdas, é necessário observar que, das sete infrações capituladas, quatro são por omissão de entradas, onde restam declaradas as obrigações principais às mesmas relativas. Apenas duas são por omissão de saídas, onde se exige penalidades por descumprimento de obrigações acessórias. A restante não guarda relação com perdas ou auditoria de estoques (infração 07).

Muito bem, uma vez que as perdas possuem natureza idêntica à de saídas, a sua consideração nos cálculos apenas agravia as quatro infrações em que se exige imposto, o que não se pode conceber, pois não há, relativamente à obrigação principal, como reformar um Auto de Infração para pior no seu julgamento (reformatio in pejus).

No que se refere às outras duas infrações, o cômputo das perdas em nada as modificaria, apesar de serem oriundas de omissão de saídas, pois o que se exige são valores fixos, referentes a penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, que não restariam diminuídas se as omissões de saídas fossem registradas em menor montante.

Uma vez que o defendant fez referência a uma eventual diligência, a ser realizada pela ASTEC / CONSEF, cabe ressaltar que não há razões para deferir tal pleito, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbra equívocos ou elementos de dúvida que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento

técnico.

No mérito, o autuado argumenta que não foram consideradas todas as notas fiscais de entrada, mas não indica quais, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, RPAF/99).

As supostas correções efetuadas na escrituração do contribuinte, concernentes às infrações 03 e 04, não podem ser tomadas para elidir total ou parcialmente a acusação, posto que levadas a efeito após o início da ação fiscal.

Não merecem albergue as planilhas juntadas pelo autuado com a peça de defesa, uma vez que, como disse o autuante, relacionam as notas fiscais de entradas de combustíveis já constantes dos levantamentos fiscais, e registram nelas as quantidades das saídas sem nenhuma fundamentação de origem.

Quanto à impossibilidade de se exigir imposto por se tratar de produtos sujeitos ao regime de substituição, razão não assiste ao impugnante, pois, constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido os produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Na hipótese de omissão de saídas verificada em auditoria de estoques de produtos sujeitos ao regime de substituição, deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais), prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96 em virtude de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista no citado diploma legal.

Infrações 01 a 06 caracterizadas.

No que tange à infração 07, diz o deficiente que o preposto do fisco não verificou que as notas fiscais 197.261 e 207.473 (fls. 256 e 259) tiveram “pagamento respectivo com DAE” (sic) e que as notas fiscais 138.382, 468.157 e 70.437 são originárias de compras de mercadorias de uso próprio do estabelecimento.

Acolho as argumentações do autuante, pois os produtos foram adquiridos para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento em 01/05/2005 e 20/10/2005, no valor de R\$ 73.998,00. A diferença de alíquota devida é de 10%, que corresponde a R\$ 7.399,80. Os bens foram comprados em 2005 e os pagamentos demonstrados pelo contribuinte são de janeiro de 2010, referentes à antecipação tributária. Os valores não conferem, foram pagos após o início da ação fiscal, não constam dos documentos de arrecadação de fls. 360 e 362 os acréscimos moratórios e o código da receita destacado é 1145 (antecipação tributária), e não 0791, que é aquele específico para a DIFAL (diferença de alíquotas).

Verifico que o DAE de fl. 360 indica na informação complementar, a NF 197.261 e período de referência 05/2005. O pagamento foi realizado em 18/01/2010, sendo que a intimação de fl. 09 é de 05/01/2010. Portanto, o recolhimento foi parcial e após o início da ação fiscal, sem os acréscimos legais. Idêntico raciocínio para o DAE de fl. 362 e NF 207.473. Contudo, os valores já pagos devem ser homologados e deve ser providenciada a correção do código de arrecadação.

No que tange às notas fiscais 138.382, 468.157 e 70.437, no valor de R\$ 9.398,00, relativas aos bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento (materiais utilizados na instalação dos tanques e das bombas, monitor LCD para microcomputador e bebedouro), adquiridos no Estado de São Paulo, embora o impugnante entenda que se trata de bens de uso próprio, com efeito, nada muda, pois também é devida a diferença de alíquotas nas aquisições de bens de uso e consumo oriundos de outras unidades da Federação.

Infração 07 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores já pagos.”

Inconformado com a Decisão, o autuado interpõe Recurso Voluntário, às fls. 457 a 464, repisando quase integralmente os argumentos apresentados na defesa.

Fala que o acórdão deve ser reformado, pois, ela não teria apreciado fatos e atos importantes. Argui preliminar por cerceamento de defesa, por omissão em analisar os esclarecimentos apresentados e pela falta de concessão da diligência pleiteada. Diz que o fato de existir pequenos erros de escrituração não autoriza a cobrança de novo imposto que já fora pago e que há notas fiscais não analisadas pelo autuante.

Faz remissão ao conteúdo da sua manifestação (fls. 434 a 436) afirmando, em síntese: i) que não foram consideradas provas encaminhadas pela defesa que confirmam a existência de erro no levantamento fiscal; ii) não foi considerada qualquer engano decorrente de escrituração por erro

de funcionário no LMC; iii) que o autuante contabilizou notas fiscais de maneira errada ou defeitos de escrituração, sem ter o cuidado de examinar o livro registro de notas fiscais; iv) Não houve a consideração quanto a evaporação; v) que não é pertinente a indicação “*a erro pertinente a encerrante, não havendo qualquer engano por parte do autuado*”.

Faz referência ao pedido de diligência que não foi feita, dizendo que tal procedimento seria crucial para o deslinde do feito e, ao mesmo tempo, configurando afronta ao direito de defesa e o art. 2º e 18, II do RPAF.

Toca no ponto da falta de apreciação pela JJF quanto à questão da constitucionalidade e cita o art. 167 do RPAF.

Repisa o argumento de que o levantamento fiscal foi feito sem a consideração de notas fiscais, nem o LMC e o Livro de Registro de Notas Fiscais. Torna como exemplo “*as infrações 3 e 4 onde simplesmente houve pequenos erros de preenchimento (erro humana excusável), com lançamento equivocado de gasolina no movimento de diesel, ou álcool, quando seria de gasolina, ou vice versa*”.

No tocante à infração 7, diz que o preposto fiscal não verificou que as Notas Fiscais nºs 197.261 e 207.473 que tiveram “*pagamento respectivo com DAE*” (sic). Noutro ponto afirma que as Notas Fiscais nºs 138.382, 468.157 e 70.437 são originárias de compras de mercadorias de uso próprio do estabelecimento, e que poderia gerar créditos no valor de R\$646,39.

Logo em seguida, reafirma que a cobrança do imposto apurado no Auto de Infração seria absurda, tendo em vista que não se pode exigir tributo já recolhido pela distribuidora em antecipação tributária por substituição.

Diz que a junta deveria tomar por base a legislação do petróleo e o LMC, mas depois afirma que o simples erro ou a falta de lançamento no LMC “*não significa que o Estado fique isento de fazer qualquer levantamento para caracterização*”. Repisa o argumento de que o erro do levantamento poderia ser verificado pela diligência não realizada pela ASTEC. Afirma que a manutenção do Auto de Infração é ato arbitrário e se configura verdadeiro confisco. Arremata sua tese de defesa dizendo que a JJF não apreciou pedido de descaracterização da multa aplicada, para a correta imposição de multa acessória, conforme o dispõe o RICMS.

Por fim, pede para que seja reformada a Decisão de primeiro grau, no sentido da improcedência do Auto de Infração ou, sucessivamente, se aplique multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme o art. 158 do RPAF, por não ter existido falta de recolhimento de imposto por parte do recorrente.

Em termo, os autos forma encaminhados a PGE/PROFIS. Em cumprimento as suas atribuições, a ilustre procuradora Maria Helena Cruz Bulcão exarou Parecer de fls. 471 a 473 opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

Em sua peça, a nobre procuradora afasta a tese de nulidade do referido acórdão por cerceamento de defesa, pois, entende que foram preenchidos os requisitos do art. 147 do RPAF para o afastamento do pedido de diligência. Ressalta que o autuado não colacionou aos autos documentos que comprovassem as suas alegações, inexistindo provas robustas para realização de revisão fiscal, o que enseja a aplicação do art. 143 do RPAF.

Também aponta que não há nenhuma ofensa ao disposto no art. 18 do RPAF, afastando cabalmente os pedidos de nulidade.

Quanto ao mérito, a representante da PGE/PROFIS atesta que o recorrente não tem razão, uma vez que, não há provas capazes de afastar as imputações lançadas sobre a empresa.

Por fim, quanto ao pleito para aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, aponta que somente a primeira e a segunda infrações tratam de obrigação acessória e as demais dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa a reforma da Decisão da 4ª JJF que julgou procedente as infrações lançadas contra o recorrente. Entretanto, vejo questão preliminar que deve ser observada antes da análise do fulcro da infração.

Em que pese à qualidade da Decisão da JJF, no que tange ao mérito da questão em lide, vejo que não foi observado o devido processo legal, pois não houve apreciação em relação a todos os pedidos feitos pelo recorrente em sede de defesa.

O Recorrente, às fl. 289 pede, *in verbis*:

“Requer, ainda, acaso não for considerado o auto improcedente, por cautela, que se descaracterize a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto no RICMS, que prevê a multa assessoria” (sic).

Já à fl. 463, no seu Recurso Voluntário, o recorrente reitera, *in litteris*:

“Não foi apreciado pel JJF o pedido de que, acaso não fosse considerado o auto improcedente, que se descaracterize a multa aplicada, pois que o correto seria a aplicação do disposto no RICMS, que prevê a multa assessoria.” (sic).

Entretanto o RPAF/BA determina no seu art. 155 que:

“Art. 155. A Decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.”

Portanto, entendo que não foi apreciada a questão levantada pelo sujeito passivo e, portanto, não houve o enfretamento ao pedido do contribuinte quanto descharacterização da infração como obrigação principal para obrigação acessória.

De todo o exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e declarar NULA a Decisão recorrida por falta de apreciação de pedido feito em sede de impugnação, devendo os autos retornar a Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 232957.0001/10-0, lavrado contra **FELISBERTO DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO SÃO JOÃO)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS