

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0061/07-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POSTO ITAPOAN LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0071-03/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-11/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. GASOLINA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. 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. **b)** MERCADORIAS JÁ SAÍDAS. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos das infrações 1 e 2 com a revisão fiscal realizada pela ASTEC/CONSEF. Reduzidos os valores exigidos em face de provas trazidas aos autos pelo autuado. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0071-03/11, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 060624.0061/07-9, lavrado em 28/09/2007, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$471.089,65, decorrente de duas infrações, ambas objetos deste Recurso, assim descritas:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2002 e 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$361.275,30, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2: 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 MVA, deduzida a parcela do imposto calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias 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 estoques, nos exercícios de 2002 e 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$109.813,35, acrescido da multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal analisou e decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“As infrações 01 e 02 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2002 e 2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas, conforme demonstrativos às fls. 11, 32 e 52 do PAF.

O autuado apontou equívocos no levantamento fiscal, juntando aos autos planilhas e cópias de notas fiscais, e a autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, elaborando novos demonstrativos, apurando novos valores do débito, em duas oportunidades, sendo a última por meio dos demonstrativos às fls. 719, 720, 725 e 730 do PAF.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências por preposto da ASTEC, tendo sido informado pela diligente que foram efetuadas as necessárias correções a partir dos demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 720, 725 e 730 do PAF. A diligente concluiu elaborando novo demonstrativo de débito à fl. 1030, apurando os novos valores do imposto devido, totalizando R\$49.172,49.

Na manifestação apresentada após a diligência efetuada por preposto da ASTEC, o defendente apresentou questionamento em relação às Notas Fiscais de números 162127, 168831, 170992 e 174010, contestando a informação da ASTEC de que não deveria excluir 20.000 litros de gasolina comum do exercício de 2002, referentes às mencionadas notas fiscais, porque já haviam sido regularizadas pela autuante na última revisão efetuada.

Quanto à NF 162127 (fl. 696) o defendente alegou à fl. 913 que o combustível foi devolvido com a própria nota fiscal, por isso, não foi lançada no livro Registro de Entradas. Entretanto, consta no próprio documento fiscal assinatura no campo destinado ao recebimento da mercadoria. Portanto, entendo que foi correta a Decisão da autuante e da ASTEC em manter o mencionado documento fiscal no levantamento efetuado.

Em relação às demais NFs de números 168831, 170992 e 174010, constando 10.000 litros de gasolina comum em cada documento fiscal, o defendente alegou que houve devolução de 5.000 litros através das NFs 260, 270 e 278. Neste caso, foi correto considerar a quantidade total constante nas notas fiscais 168831, 170992 e 174010. Quanto às notas fiscais de devolução, as respectivas quantidades deveriam ser adicionadas às saídas, se fosse comprovado pelo defendente que estas saídas não ocorrerem com a utilização das bombas, tendo em vista que, se fossem através das bombas, as quantidades já estariam inseridas nos encerrantes. Como foi apurada omissão de entradas, a inclusão das referidas notas fiscais agravariam a diferença encontrada.

O defendente também alegou que a diligente da ASTEC deveria considerar que as notas fiscais pertinentes a gasolina comum teriam que ser compensadas com a gasolina aditivada, como demonstrado na petição datada de 20/03/2008, já que, às vezes, como não tinha condição de armazenar a gasolina comum no tanque de 15 mil litros, por se ter programação antecipação, se colocou combustível no tanque de gasolina aditivada. Entretanto, concordo com o posicionamento da ASTEC, considerando que tais alegações não foram devidamente comprovadas por meio dos lançamentos efetuados no LMC.

Na diligência fiscal efetuada pela ASTEC foi informado, em relação à gasolina aditivada (2003), que as Notas Fiscais de números 185984, 172041, 171969 e 171596, referentes às entradas de gasolina aditivada, com 5.000 litros cada, estão lançadas em duplicidade pela autuante, tendo sido incluídas nos exercícios de 2002 e 2003, conforme demonstrativos às fls. 727 (exercício de 2002), 728 e 729 (exercício de 2003). Portanto, após a inclusão de 20.000 litros relativos às mencionadas notas fiscais, as entradas apuradas de gasolina aditivada de 2003, passam para 430.000 litros, e a diferença de 39.675,07 litros (fl. 730), passa para 19.975,07 litros.

Observe que, efetivamente, a quantidade de 5.000 litros de gasolina aditivada, constante na NF 185984, foi computada duas vezes no demonstrativo referente ao exercício de 2003 de gasolina aditivada, conforme fls. 728/729 do PAF. Quanto às notas fiscais de números 172041 (fl. 377), 171969 (fl. 375) e 171596 (fl. 373), todas emitidas em novembro de 2002, com 5.000 litros de gasolina aditivada em cada documento, foram incluídas corretamente no levantamento das entradas no exercício de 2002 e indevidamente no exercício de 2003. Assim, constatou-se que a autuante considerou indevidamente o total de 20.000 litros de gasolina aditivada no levantamento das entradas do exercício de 2003. Entretanto, houve equívoco na diligência da ASTEC em relação ao ajuste efetuado, haja vista que, com a exclusão de 20.000 litros nas entradas do combustível, aumenta a diferença de entradas apurada pela autuante na última revisão efetuada. Portanto, retificando o cálculo realizado pela diligente da ASTEC, o débito relativo à gasolina aditivada do exercício de 2003 fica alterado, conforme quadro abaixo:

Diferença apurada 2003 - Fl. 725	Ajuste	Diferença	Preço	Base de Cálculo	Alíq	ICMS NORMAL	MVA 27,96%	Antec Tributária
39.675,07	20.000,00	59.675,07	1,8038	107.641,89	27%	29.063,31	27,96%	8.126,10

Em relação ao PARECER ASTEC Nº 181/2010, o autuado foi intimado e apresentou requerimento à fl. 1084 dos autos, pedindo a dilação do prazo para a sua manifestação por mais vinte dias, para exercer seu direito de defesa. Entretanto, não foi apresentada justificativa razoável para a necessidade de tal prazo, haja vista que o

autuado disse que tomou conhecimento do referido Parecer em 21/12/2010 e no dia imediatamente posterior (22/12/2010) apresentou requerimento dizendo que se sentia prejudicado porque o prazo iria correr em datas próximas aos festejos natalinos. Apesar de ter apresentado o pedido de prorrogação, o defendente se manifestou, apresentando o entendimento de que não á justo manter as diferenças apuradas na fl. 1030, e que não teriam sido consideradas as variações volumétricas. Assim, fica indeferido o pedido de dilação de prazo apresentado pelo defendente.

Quanto às variações volumétricas, também alegadas pelo defendente, observo que foram consideradas no levantamento fiscal as quantidades referentes às perdas e aos ganhos, tendo sido computadas, também as aferições.

Vale salientar que as infrações apuradas estão conforme discriminação a seguir:

Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 1), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (Infração 2), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Concluo que pela procedência parcial das infrações 01, 02, considerando os equívocos apontados pelo defendente; as retificações nos cálculos efetuadas pela autuante e pela diligente da ASTEC e neste voto, conforme demonstrativo de débito à fl. 1030, com a retificação do débito relativo ao exercício de 2003 (gasolina aditivada) e quadro abaixo:

IN FRA ÇÃO	D. DE OCORRÊNCIA	D. DE VENCIMENTO	VLR. DO DÉBITO R\$
1	31/12/2002	09/01/2003	448,71
1	31/12/2002	09/01/2003	12.571,45
1	31/12/2002	09/01/2003	14.789,07
1	31/12/2003	09/01/2004	989,76
1	31/12/2003	09/01/2004	29.063,31
2	31/12/2002	09/01/2003	186,48
2	31/12/2002	09/01/2003	3.514,98
2	31/12/2002	09/01/2003	4.135,02
2	31/12/2003	09/01/2004	275,55
2	31/12/2003	09/01/2004	8.126,10
T O T A L			74.100,43

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Em razão do valor reduzido na condenação, a JJF recorreu de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, em obediência à legislação em vigor.

A par disso, constam dos autos, às fls. 1115/ 1119, cópias dos ofícios do CONSEF nºs 0311/11 e 0411/11, bem como documentos postais de protocolos de recebimento, confirmando a ciência do contribuinte de não ter sido o Recurso Voluntário apresentado em tempo hábil, inexistindo no feito qualquer manifestação do sujeito passivo, no sentido de contestar a declarada intempestividade recursal.

VOTO

Consoante exposto no relatório, versa o Auto de Infração sobre duas infrações julgadas procedentes em parte, onde se imputava ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto, retratando a primeira a figura do responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, enquanto a segunda a condição de responsabilidade do próprio sujeito passivo por antecipação tributária, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, ambas objetos do Recurso de Ofício ora em comento.

Após examinado o feito, verifico se tratar de matéria eminentemente fática, apresentando-se irretocável a Decisão recorrida, na medida em que se afigura correto o posicionamento atinente

ao parcial acolhimento das teses sustentadas pelo sujeito passivo, porquanto alicerçadas em convincentes elementos probantes.

Válido ressaltar que a JJF, no intuito de alcançar a verdade material, converteu o processo, por diversas vezes, em diligência, inicialmente para a própria auditora, depois dirigida à INFAZ de origem e mais, por duas vezes, para a ASTEC/CONSEF, daí resultando o Parecer ASTEC Nº 004/2010 (fls.1028 a 1030).

Assim é que, a auditora diligente, após confrontar os elementos apresentados pelo impugnante com o levantamento levado a efeito pela autuante, na oportunidade das revisões ocorridas nas informações fiscais, utilizando, também, os documentos constantes do PAF, reduziu os valores das infrações 1 e 2 para o total de R\$49.172,49, consoante demonstrativos de débitos elaborados à fl. 1030.

A análise detalhada dos autos conduz-me a comungar do entendimento esposado pela JJF, quando considerou ter a ASTEC se equivocado no ajuste efetuado no levantamento quantitativo da gasolina aditivada, no exercício de 2003, porquanto a exclusão de 20.000 litros nas entradas no exercício aumentou a diferença de entradas apurada pela autuante na sua última revisão, disso resultando a retificação, pela instância de piso, do cálculo realizado pela diligente da ASTEC, em relação ao débito atinente a gasolina aditivada do exercício de 2003, para R\$ 29.063,31 - ICMS normal (infração 1) e R\$8.126,10 - Antecipação Tributária (infração 2).

Nesse quadro circunstancial, posiciono-me no sentido de considerar os aludidos documentos probatórios fidedignos e convincentes para o deslinde do caso concreto e, conseqüentemente, acompanho, na íntegra, a Decisão da JJF, na vertente de se apresentarem parcialmente procedentes os lançamentos apontados nas infrações de nºs 1 e 2, remanescendo os valores indicados no demonstrativo de débito de fl. 1106, no importe total de R\$74.100,43 para o lançamento fiscal.

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 3ª JJF, mantendo, na íntegra, a Decisão recorrida, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0061/07-9**, lavrado contra **POSTO ITAPOAN LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$74.100,43**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.238,13 e 70% sobre R\$57.862,30, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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