

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0005/10-7
RECORRENTE - POSTO DO ATERRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 3ª JJF nº 0169-03/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 27/12/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0417-12/12

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de 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 de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal realizada pelo autuante, ficaram reduzidos os valores originalmente apurados. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07.05.2010, para cobrar ICMS e multa no valor de R\$132.744,52, relativo ao cometimento de duas infrações:

Infração 01: 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 estoques no exercício de 2008. Gasolina comum, Álcool Hidratado e Óleo Diesel. Valor do débito: R\$100.800,76. Multa de 70%.

Infração 02: 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 MVA, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2008. Gasolina comum, Álcool Hidratado e Óleo Diesel. Valor do débito: R\$31.943,76. Multa de 60%.

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 50 a 52 contestando totalmente as infrações, e informação fiscal às fls. 79 a 81 pedindo pelo parcial provimento do Auto de Infração.

Após concluída a instrução, a 3ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, conforme abaixo transcrito:

“VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, as infrações 01 e 02 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, sendo exigido imposto por responsabilidade solidária (infração 01) e por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (infração 02), decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado alegou que constatou equívocos no levantamento fiscal, dizendo que em relação ao diesel, houve quebra de sequência do encerrante, afirmando que de acordo com as informações do técnico em manutenção, houve algum dano na memória das bombas eletrônicas causada por uma forte queda de energia, e os arquivos do programa de controle de estoque foram corrompidos. Entretanto, o autuado não apresentou qualquer documento comprobatório da ocorrência do sinistro ou substituição da peça sinistrada no encerrante das bombas objeto da fiscalização, ou seja, não comprovou a ocorrência da alegada queda de energia. Neste caso, não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória, como entendeu o defendente, haja vista que, conforme salientou o autuante na informação fiscal, no dia 29/02/2008, foi constatada a quebra de sequência numérica dos encerrantes dos bicos 06 e 07. Os referidos encerrantes não foram zerados, não foi apresentado nenhum atestado de intervenção técnica registrado no livro fiscal próprio, e no dia 01/03/2008, teve início o funcionamento de um novo padrão monetário eletrônico não explicado, adotado sob a justificativa não comprovada.

Vale salientar, que a Portaria 16, de 13/11/1992, que trata do Livro de Movimentação de Combustíveis estabelece a obrigatoriedade de ser informada no campo 13, a troca ou modificação de encerrante, com anotação do volume registrado no encerrante substituído e no novo encerrante, bem como a modificação do método de medição dos tanques. Tal providência não foi adotada pelo contribuinte, conforme se pode constatar nas cópias do LMC que acostou às fls. 62/63 dos autos.

Quanto às demais alegações apresentadas pelo defendente, o autuante refez os cálculos, tendo sido elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 80 a 91 do PAF, tomando como ponto de partida o levantamento fiscal originalmente efetuado, incluindo as notas fiscais comprovadas e anexadas aos autos junto com a impugnação. Assim, o autuante concluiu que o débito inicialmente apurado ficou reduzido R\$132.744,52 para R\$111.251,39, conforme demonstrativo de débito que elaborou à fl. 80 dos autos.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado, acompanhada de cópia da informação fiscal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e o defendente não apresentou qualquer elemento para contrapor os dados numéricos apurados pelo autuante. Na manifestação apresentada em relação à revisão efetuada pelo autuante, o defendente disse que o autuante reconheceu a existência de equívoco no levantamento fiscal e, corretamente procedeu às correções.

Considerando que nos demonstrativos elaborados após a revisão efetuada pelo autuante, ainda foi apurada a existência de omissão do registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as infrações e os respectivos valores apurados na diligência fiscal 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 se encontravam em estoque (Infração 2), conforme art. 10, inciso I, alínea "b", Portaria 445/98.*

Acatando as conclusões do autuante, após a revisão efetuada, quando prestou a primeira informação fiscal, voto pela subsistência parcial destas infrações, de acordo com os valores apurados pelo no demonstrativo de débito à fl. 80 do PAF.

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

Irresignado com a Decisão, o autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 117 a 119, pedindo pela anulação do Auto de Infração.

Narra que nos dias 29/02/2008 e 01/03/2008 foi verificado a quebra de sequência dos encerrantes caracterizados como bicos 06 e 07. Afirma que a diferença do encerrante do bico 06 foi de 28.576,03 e do bico 07 foi de 207.010,45.

Alega que essa quebra de sequência sugeriria uma saída de 235.586,48 litros de óleo diesel em menos de 08 horas, entre as jornadas de funcionamento. Diz que pela simples análise do montante apontado, é impossível afirmar que houve saída dessa mercadoria em tão pouco espaço de tempo.

Informa que a escusa do técnico em manutenção das máquinas apresentado foi a de que "houve algum dano na memória da máquina, com fortes indício de que foi foram corrompidos". Fala que tem uma conduta correta em relação ao Fisco e que na época considerou a versão bastante razoável, motivo pelo qual não tomou nenhuma outra atitude ou providência.

Colaciona quadro comparativo entre a diferença apurada pelo Auditor Fiscal e aquela encontrada em função do erro dos encerrantes para afirmar que *"fica óbvio que o levantamento efetuado pelo auditor fiscal ficou comprometido, chegando facilmente a conclusão de que não existem diferenças, isto é, saídas de mercadorias (diesel) sem a comprovação (lastro) de notas fiscais de entradas"*.

Em outra linha de argumentação, aduz que o fato gerador do ICMS, por excelência, é a saída de mercadorias. Aponta que foi atribuída a impugnante a condição de responsável solidária por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de nota fiscal e assevera que *"em momento algum fica constatado essa infrações mediante as alegações da impugnante"*. Informa que todas as mercadorias adquiridas pela impugnante foram integralmente tributadas pelo ICMS, na fonte, conforme as notas fiscais escrituradas e que a suposta infração *"sucumbiu diante de falha na apuração do levantamento do estoque"*. Fala que diante da situação posta, o lançamento tributário ficou eivado de vício pela ausência de fato gerador e que o *"erro cometido pelo autuante não autoriza no âmbito da legislação a legalidade e legitimação do crédito tributário"*.

Em resumo, diz que os lançamentos das infrações 1 e 2 estão plenamente viciados e caracterizados pela ilegalidade de sua constituição por não existir fato gerador.

Atesta que o recorrente realmente deixou de atender alguma obrigação acessória, mas tal fato não qualifica o sujeito passivo arbitrar ou presumir o fato do imposto.

Ao final pede pela anulação do Auto de Infração e extinção das restrições em seu cadastro da INFRAZ.

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

Às fls. 126 e 127, o i. procurador José Augusto Martins Junior, após uma breve síntese das razões recursais, aduz que, após a análise dos documentos acostados aos autos, entende que não há qualquer elemento de comprove as alegações do sinistro ou defeito no encerrante, como também, qualquer indicação sobre uma intervenção técnica nos aparelhos, conforme as normas preconizadas na Portaria nº 16/92.

Concluí opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte as o Auto de Infração que, com base em levantamento quantitativo, apurou duas infrações: uma pela falta de recolhimento do imposto de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração de entradas, por responsabilidade solidária, e a outra pela falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de mercadorias adquirida de terceiro desacompanhada de documento fiscal, de responsabilidade da própria empresa.

Entendo que não merece reparo a Decisão de primeiro grau.

Em relação às questões de nulidades, mesmo não havendo um enfrentamento específico pelo Recorrente de qual vício se insurge, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos.

Compulsando os autos, percebo que a imputação foi clara, a base de cálculo foi determinada conforme a lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Assim rejeito o pleito quanto às nulidades do Auto de Infração.

No que tange ao mérito, entendo que não merecem melhor sorte os argumentos trazidos pelo Recorrente.

Como bem apontou o n. Procurador do Estado, além de repetir todos os argumentos já trazidos em sede de defesa, o sujeito passivo não trás nenhum novo elemento no seu Recurso Voluntário que comprovasse a alegação do sinistro ou defeito no encerrante dos bicos 06 e 07, referentes a óleo diesel.

Além disso, já foi verificado na Decisão de piso que o Recorrente não observou as regras da Portaria nº 16/92 relativas aos procedimentos necessários para informar a troca ou modificação de encerrantes. Sendo assim, não pode a Empresa querer que o Fisco se baseie em uma declaração de um técnico não identificado de manutenção de máquinas sobre uma suposta queda de energia para afastar a incidência das normas tributárias.

Também não merece guarida a alegação de que não houve fato gerador do tributo nas infrações em lide. Foi constatado tanto a entrada e venda de mercadoria sem a respectiva documentação fiscal (infração 1), como também a entrada a maior de mercadorias que ainda estava em estoque (infração 2), segundo seus livros fiscais e contábeis. Cabia ao sujeito passivo apontar erros ou incongruências nos demonstrativos de notas fiscais de entradas de cada um dos combustíveis ou juntar novas notas que comprovassem a efetiva entrada dos combustíveis, com fez em primeira instância, o que levaria a uma nova redução nos valores lançados.

Além disso, não se trata de mero descumprimento de obrigação acessória como alega o recorrente. Trata-se de uma questão de lógica quanto a causa e consequência. Além de não cumprir as obrigações acessórias quanto a informação de modificação de encerrantes e de escrituração correta dos livros fiscais em relação à entrada de mercadorias, houve a omissão de entrada de mercadorias e o não recolhimento do imposto correspondente, ou seja, a falta de escrituração é um resultado ou um sintoma da omissão de entrada acontecida. Sendo assim, não resta dúvida que o descumprimento da obrigação acessória, que ocorreu, é resultado e comprovação do descumprimento da obrigação principal cometida pela Empresa.

Assim, pela falta de novas provas e consoante o que reza o art. 143 do RPAF, em linha com Parecer da PGE/PROFIS e o julgamento de primeiro grau, entendo que as infrações 1 e 2 são parcialmente procedentes.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de Primeira Instância.

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 **206935.0005/10-7**, lavrado contra **POSTO DO ATERRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$111.251,39**, acrescido da multa de 70% sobre R\$84.479,75 e 60% sobre R\$26.771,64, prevista no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS