

PROCESSO - A. I. Nº 002207.3111/08-3
RECORRENTE - MICROPOSTO RIO VERMELHO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0243-11/12
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 21/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-11/13

EMENTA: ICMS. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. Constatando-se que a Decisão de Segunda Instância não reformou, no mérito, a de Primeira Instância, o que é requisito de admissibilidade prevista na legislação tributária, não pode ter seguimento a pretensão recursal. Mantida a Decisão recorrida. Pedido de Reconsideração NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, com fundamento no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), em face de Decisão desta 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), exarada por intermédio do Acórdão nº 0243-11/12, que julgou Procedente em Parte o Recurso de Ofício do Acórdão JJF 0087-01/11, da lavra da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal).

O reexame necessário da matéria decorreu da precitada Decisão de primeira instância, que concluiu ser parcialmente procedente o Auto de Infração epigrafado, no qual foi imputado ao contribuinte o cometimento de oito infrações, sendo objeto do mesmo aquelas de nºs 1, 2, 5 e 6, abaixo transcritas.

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$37.143,66, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2003.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$10.385,36, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996, devido 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 parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2003.

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do tributo, no valor de R\$12.452,79, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2004.

INFRAÇÃO 6 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$3.634,27, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996, devido 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 parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da

omissão de entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2004.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide nos termos a seguir aduzidos (fls. 251 a 259).

“(...)

As infrações 01, 02, 05 e 06 decorreram da constatação de diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (combustíveis), nos exercícios de 2003 e de 2004, tendo sido exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal (infrações 01 e 05) e o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (infrações 02 e 06).

Observo que a alíquota aplicada em relação a essas quatro infrações, na margem de 27%, está correta, por ser aquela prevista no RICMS/BA, especialmente no inciso II do seu art. 51-A.

No que concerne à alegação defensiva de que ao proceder ao levantamento quantitativo, o autuante não teria considerado as variáveis correspondentes às perdas, aos ganhos e às aferições, saliento que uma análise dos respectivos demonstrativos fiscais mostra que tal assertiva não tem sustentação, haja vista que tais dados foram corretamente contemplados pela Fiscalização.

Considerando que ao impugnar essas infrações, o sujeito passivo trouxera aos autos várias notas fiscais de aquisição relativas ao período compreendido pela ação fiscal, atendendo solicitação desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuante promoveu uma revisão do levantamento quantitativo, quando demonstrou que restara omissão de entradas no exercício de 2003 apenas em relação à gasolina comum, na quantidade de 956 litros, enquanto que em 2004 a omissão de entradas prevalecera tão somente quanto ao produto álcool hidratado, no volume de 5.027 litros. Em seguida, a 1ª JJF requereu à COPEC que apurasse os valores efetivamente devidos, em relação às omissões indicadas pelo autuante, tomando por base os preços médios dos produtos praticados, respectivamente, na refinaria de petróleo e na usina.

O Auditor Fiscal designado atendeu ao quanto solicitado, quando elaborou demonstrativos de débito para as infrações em questão, com base no preço de referência da refinaria e na MVA referentes ao produto gasolina A no último dia do exercício de 2003, assim como o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), para o produto álcool no último dia do exercício de 2004.

Divirjo, entretanto, do resultado apresentado pelo diligente, no que se refere ao expurgo de 25% correspondente à participação do álcool anidro na composição da gasolina C, de forma que mantendo a quantidade da omissão remanescente apontada pelo autuante, no total de 956 litros de gasolina comum, o que corresponde à omissão definitiva apurada para as infrações 01 e 02. Deste modo, as imputações em questão ficam mantidas de forma parcial, de acordo com a tabela abaixo:

(planilha de fl. 298).

Observo que apesar de ter sido cientificado quanto ao resultado da diligência, o contribuinte não se manifestou a respeito, o que tomo como uma concordância com os seus resultados.

(...)

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, restando parcialmente caracterizadas as infrações 01, 02, 05 e 06 e totalmente mantidas as demais infrações, cabendo a homologação dos valores recolhidos”.

Em atendimento ao artigo 169, I, “a”, item 1 do RPAF/1999, a Junta recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

Cientificado do julgamento em 03/05/2011, o sujeito passivo protocolou Recurso Voluntário em 18/05/2011, tendo sido a peça declarada intempestiva (fls. 305 a 310). Intimado da intempestividade do Recurso Voluntário (fls. 313 e 314), não se manifestou.

A 1ª Câmara julgou a contenda administrativa na pauta de 26/07/2012 (fls. 363 a 370), em Decisão unânime, tendo a ilustre relatora consignado o seguinte Voto.

“O presente Recurso de Ofício foi interposto em face da desoneração procedida pela Primeira Instância deste CONSEF, relativamente às infrações 1, 2, 5 e 6, todas oriundas de diferenças de entradas de combustíveis apuradas em levantamento quantitativo de estoques, tendo sido cobrado o ICMS devido por antecipação tributária e por responsabilidade solidária, nos exercícios de 2003 e 2004.

A Junta de Julgamento decidiu reduzir o valor do débito das referidas infrações após acatar as fotocópias de diversas notas fiscais de entradas e do Livro de Movimentação de Combustíveis.

Ocorre que as fotocópias das 2^{as} vias dos documentos fiscais apensadas pelo contribuinte, conforme diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal, não se prestam para a comprovação de que as operações efetivamente ocorreram, uma vez que esse papel cabe às 1^{as} vias dos documentos fiscais, as quais acompanham

o trânsito das mercadorias. Dessa forma, em caso de inexistência das 1^{as} vias, cabe ao contribuinte o ônus de provar, por quaisquer elementos que possua, a efetiva realização das operações.

Por essa razão, foi o PAF convertido por este Colegiado em diligência, por duas vezes, para que o recorrido tivesse a oportunidade de entregar ao autuante os originais das 1^{as} vias das referidas notas fiscais, ou, caso isso não fosse possível, de apresentar outros elementos que comprovassem a efetiva circulação das mercadorias, tais como, conhecimentos de transporte rodoviário de cargas, comprovantes dos pagamentos feitos aos fornecedores etc.

O contribuinte não atendeu às intimações, entretanto, acostou ao PAF a seguinte documentação: a) doze livros encadernados, relativos ao exercício de 2003, que ele afirmou serem os originais do Livro de Movimentação de Combustível impressos por meio de computador; b) dois livros de Registro de Entradas de Mercadorias (n^{os} 12 e 13), preenchidos manualmente, dos exercícios de 2003 e 2004; c) fotocópias autenticadas das 2^{as} vias de diversas notas fiscais; d) originais da 3^a via de outros documentos fiscais, via esta destinada ao Fisco baiano.

Analizando a documentação apensada, verifico o seguinte:

A) quanto aos cadernos denominados “Livro de Movimentação de Combustível” referentes ao exercício de 2003:

1. os cadernos trazidos pelo contribuinte pouco antes do julgamento deste processo administrativo fiscal não guardam as formalidades previstas na legislação, uma vez que não foram autenticados e visados pela repartição fazendária da jurisdição do contribuinte como prevê o artigo 704 e seu parágrafo único, na redação vigente à época, abaixo transcritos:

Art. 704. Os livros fiscais escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados serão encadernados e autenticados dentro de 60 dias, contados da data do último lançamento (Conv. ICMS 75/96).

Parágrafo único. No tocante à autenticação de que trata este artigo, observar-se-á o seguinte:

I - o contribuinte lavrará na última folha do livro o seguinte termo, a ser por ele datado e assinado: “Termo de Encerramento - Nesta data, procedemos ao encerramento do presente livro, de número....., constituído por formulários com.....folhas, contendo a escrituração relativa ao período de/..../.... a/..../.... (ou, no caso de Registro de Inventário: relativa ao estoque em/..../....)”;

II - o termo de que cuida o inciso anterior será visado pela repartição fiscal;

2. percebe-se claramente que os cadernos intitulados *Livro de Movimentação de Combustível* protocolados em 05/07/12 pelo recorrido não são os mesmos apresentados ao autuante durante a ação fiscal (fls. 45 a 61) e também não são os mesmos cujas fotocópias o contribuinte trouxe ao PAF no momento de sua impugnação a este lançamento de ofício (fls. 214, 216, 220, 222, 224, 226, 228, 230 e 232);

3. para constatar que se trata de reimpressão dos livros de movimentação de combustíveis, é suficiente atentar para os seguintes detalhes:

a) o número das páginas constante nas fotocópias apresentadas ao fiscal autuante e juntadas na impugnação é constituído tipograficamente por quatro dígitos, enquanto que nos formulários ora apresentados o número das páginas é constituído de apenas três dígitos;

a.1) fl. 45 do PAF – data de 24/03/2003, movimentação de “gasolina comum”, consta a página “0025”, enquanto que, no caderno referente ao mês de março de 2003, do mesmo dia e combustível, foi inserida a página “025”;

a.2) fl. 51 do PAF – data de 26/09/2003, movimentação de “gasolina comum”, consta a página “0027”, enquanto que, no caderno referente ao mês de setembro de 2003, do mesmo dia e combustível, foi inserida a página “027”;

a.3) fl. 54 do PAF - data de 10/12/2003, movimentação de “gasolina aditivada”, consta a página “0042”, enquanto que, no caderno referente ao mês de dezembro de 2003, do mesmo dia e combustível, foi inserida a página “027”;

b) a tipografia e a posição dos números das páginas constantes dos cadernos ora apensados são completamente diferentes dos números inseridos nas fotocópias juntadas pelo autuante e pelo próprio contribuinte na peça defensiva;

c) em diversos dias do ano de 2003, as quantidades de abertura e fechamento do bico nº 3 de gasolina comum e aditivada foram alteradas nos cadernos de livro de movimentação de combustíveis protocolados pelo contribuinte no CONSEF em 05/07/12:

c.1) fl. 54 do PAF – data de 10/12/2003, movimentação de “gasolina aditivada” – na cópia juntada pelo autuante, as quantidades de abertura e fechamento do bico nº 3 são, respectivamente, 646.525,30 litros e 647.059,96 litros, enquanto que, no caderno referente ao mês de dezembro de 2003, no mesmo dia e

combustível, as quantidades de abertura e fechamento do bico nº 3 são, respectivamente, -68,24 litros e 466,41 litros;

c.2) fl. 45 do PAF – data de 24/03/2003, movimentação de “gasolina comum” – na cópia juntada pelo preposto fiscal, as quantidades de abertura e fechamento de um dos bicos nº 3 são, respectivamente, 844.502,70 litros e 845.004,40 litros, enquanto que, no caderno referente ao mês de março de 2003, no mesmo dia e combustível, as quantidades de abertura e fechamento do bico nº 3 são, respectivamente, -37,75 litros e -463,95 litros;

d) além disso, as fotocópias das páginas onde constam os Termos de Abertura e de Fechamento do livro de movimentação de combustíveis relativo a janeiro de 2003 apensadas pela autoridade autuante também são diferentes daquelas inseridas no caderno do mês de janeiro de 2003 apresentadas pelo recorrido em 05/07/12:

d.1) fl. 60 do PAF – na cópia juntada pelo autuante, o Termo de Abertura do Livro Movimentação de Combustível (LMC), datado de 01 de janeiro de 2003, encontra-se consignada a empresa Ipiranga como a Distribuidora de Combustíveis com a qual o autuado opera, enquanto que, no caderno referente ao mês de janeiro de 2003, no mesmo dia, o espaço encontra-se em branco;

d.2) fl. 60 do PAF – na cópia juntada pelo autuante, o Termo de Abertura do Livro Movimentação de Combustível (LMC), datado de 01 de janeiro de 2003, foi assinado por pessoa diferente daquela que assinou o Termo de Abertura constante no caderno referente ao mês de janeiro de 2003;

d.3) fl. 61 do PAF – na cópia juntada pelo autuante, o Termo de Fechamento do Livro Movimentação de Combustível (LMC), datado de 31 de janeiro de 2003, encontra-se consignada a empresa Ipiranga como a distribuidora de combustíveis com a qual o autuado opera, enquanto que, no caderno referente ao mês de janeiro de 2003, no mesmo dia, o espaço encontra-se em branco;

d.4) fl. 60 do PAF – na cópia juntada pelo autuante o Termo de Fechamento do Livro Movimentação de Combustível (LMC), datado de 31 de janeiro de 2003, foi assinado por pessoa diferente daquela que assinou o Termo de Fechamento constante no caderno referente ao mês de janeiro de 2003.

Pelo exposto, considero que não merecem fé os cadernos intitulados de Livro de Movimentação de Combustível, apresentados pelo recorrido em 05/07/12, não podendo ser utilizados, portanto, para demonstrar que as notas fiscais juntadas pelo autuado por ocasião da defesa (fls. 213 a 239) e em 05/07/12 (fls. 347 a 357) deveriam ser consideradas no levantamento de estoques sob o argumento de que se encontravam registradas no referido livro.

B) quanto ao livro Registro de Entradas de Mercadorias (nº 12), preenchido manualmente e relativo ao período de 31/03/03 a 31/03/04, verifico que foi aposto o carimbo da Inspetoria do Iguatemi em 07/04/03 e, embora não contenha o visto na repartição fazendária por ocasião de seu encerramento, ele está em conformidade com as fotocópias anexadas pelo preposto fiscal às fls. 66 a 72 dos autos. Este livro comprova que as notas fiscais nºs 179463, 184969, 183660, 185849, 186353, 186491, 186721, 184969 e 185849, emitidas, respectivamente, em 15/03/03, 06/06/03, 21/05/03, 18/06/03, 26/06/03, 27/06/03, 01/07/03, 06/06/03 e 18/06/03, não foram escrituradas no referido livro fiscal.

C) em relação ao livro Registro de Entradas de Mercadorias (nº 13), preenchido manualmente, relativo ao período de 31/03/04 a 30/04/05, constato que não atende às formalidades previstas na legislação, uma vez que não foi visado pela repartição fazendária da jurisdição do contribuinte como prevê o artigo 314, inciso I, c/c o artigo 317 e seu § 1º, na redação vigente à época, abaixo transcritos:

Art. 314. Salvo disposição em contrário, todos os contribuintes do ICMS deverão manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes livros fiscais (Conv. SINIEF s/nº, de 15/12/70, Conv. SINIEF 06/89 e Ajuste SINIEF 1/92):

(...)

I - Registro de Entradas, modelo 1 (Anexo 38);

(...)

Art. 317. Os livros fiscais só poderão ser utilizados depois de visados pela repartição fazendária do domicílio fiscal do contribuinte ou pela Junta Comercial do Estado da Bahia.

§ 1º No tocante ao visto de que trata este artigo, observar-se-á o seguinte:

I - o visto será apostado em seguida ao termo de abertura lavrado e assinado pelo contribuinte;

II - não se tratando de início de atividade, será exigida a apresentação do livro anterior, a ser encerrado;

III - quando efetuado pelo fisco estadual, o visto será gratuito.

§ 2º Para os efeitos do inciso II do parágrafo anterior, os livros a serem encerrados serão exibidos à repartição estadual ou à Junta Comercial dentro de 30 dias após se esgotarem.

§ 3º Os termos de abertura e de encerramento de livros fiscais serão lavrados de acordo com o padrão dos Anexos 48 e 49."

Assim, embora as Notas Fiscais nºs 214732, 215229, 218280 e 202840, emitidas, respectivamente, em 03/07/04, 09/07/04, 16/08/04 e 27/01/04, estejam registradas no suposto livro de entradas, considero que, como não foram seguidas as formalidades legais para a utilização do suposto livro e, ainda, como o preposto fiscal, ao se referir ao item 5 da autuação (exercício de 2004), afirmou categoricamente em sua informação fiscal (fl. 247) que as notas fiscais apresentadas posteriormente “não constam do Registro de Entradas”, entendo que tal prova não pode ser acatada.

D) quanto às fotocópias autenticadas das 2^{as} vias de diversas notas fiscais e aos originais das 3^{as} vias de outros documentos fiscais (fls. 347 a 357), é meu entendimento de que não podem ser aceitos para o fim de comprovar a efetiva realização das operações e a entrada dos combustíveis no estabelecimento autuado: primeiro, por não serem a via adequada para acobertar o transporte das mercadorias, e, segundo, pelo fato de o contribuinte não ter trazido aos autos nenhum documento contábil ou outros elementos que pudessem comprovar a ocorrência das operações.

Sendo assim, conluso que devem ser aceitos os demonstrativos quantitativos elaborados pelo autuante que fundamentaram a presente autuação. Ressalto, ainda, que o preposto fiscal levou em consideração as perdas e ganhos (aferições) devidamente anotados no Livro de Movimentação de Combustíveis.

Relativamente aos preços médios, percentual de MVA e alíquotas, verifico que o diligente da SAT/COPEC, por solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, já havia apresentado as informações necessárias, de acordo com os documentos de fls. 275 e 282/284, tendo sido o autuado cientificado às fls. 285/286. Desnecessário, portanto, novo envio dos autos àquele órgão especializado para prestar as informações solicitadas no pedido de diligência desta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal.

Observo que a alíquota de 27%, indicada pelo autuante, é a correta para a gasolina e o álcool para fins carburantes, de acordo com o previsto no artigo 16, inciso II, alínea “e”, c/c o artigo 16-A, da Lei nº 7.014/96 (com a redação vigente à época dos fatos geradores – 2003 e 2004):

“Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

(...)

Nota 3: Redação anterior dada à alínea “e”, do inciso II do caput do art. 16 pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos de 30/12/03 a 30/09/05:

e) óleo diesel, gasolina e álcool;

Nota 2: Redação anterior dada à alínea “e”, do inciso II do caput do art. 16 pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos de 14/12/02 a 31/12/03:

e) óleo diesel, gasolina e álcool etílico (etanol) anidro ou hidratado para fins carburantes;

Art. 16-A. Durante o período de 1º de janeiro de 2002 a 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II e IV do artigo anterior, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.”

De posse de todos os dados, considerei corretas as quantidades de omissões apontadas originalmente neste lançamento de ofício, retificando os preços médios e o percentual de MVA, em consonância com o que foi informado pelo diligente da SAT/COPEC e de acordo com o disposto no artigo 512-B do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, como a seguir demonstrado:

(planilha de fl. 369).

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício apresentado, para reformar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração procedente em parte, de acordo com o demonstrativo abaixo, recomendando, ainda, que fotocópias dos autos e dos documentos anexados pelo recorrido sejam enviados ao Ministério Público Estadual para averiguar a ocorrência de crime contra a ordem tributária:

(planilha de fl. 370)”.

Etribado no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte junta Pedido de Reconsideração às fls. 382 a 386, no qual afirma que a Decisão da CJF, baseada em pontos não levantados na autuação e na peça de defesa, não tem lastro legal, posto que arrimada em presunções infundadas.

Assevera que a segunda instância deveria ter analisado todos os argumentos da peça defensiva em sede de Recurso de Ofício, mostrando-se inconformado com o fato de não terem sido apreciadas as questões levantadas na impugnação, trilhando a CJF contra Decisão unânime da JJF,

por caminho inverso à instrução do processo e por vielas não levantadas na acusação contida na peça inaugural, com a exigência de provas não solicitadas pelo autuante quando da fiscalização.

Tal exigência – que qualifica de inovadora – aconteceu quatro anos após a autuação e entre oito e nove anos depois dos fatos imponíveis, quando não mais possuía a documentação solicitada. A ausência de algumas notas seja no livro Registro de Entradas, seja no LMC (livro de Movimentação de Combustíveis), justificaria a reforma da Decisão para impor multa por descumprimento de obrigação acessória.

Destarte, as demais fundamentações do ato decisório em comento não guardariam relação com o roteiro de auditoria de estoques, mas com obrigações de natureza acessória não ventiladas no lançamento de ofício.

No que concerne às Notas Fiscais n^{os} 214.732, 215.229, 218.280 e 202.840, alega que a CJF, ao refutá-las pela não observância das formalidades do livro Registro de Entradas, no qual estão escrituradas, “*converteu ocorrência de caráter acessório em principal*”, contrariando a instrução do PAF e valorizando a palavra do autuante.

À fl. 387, colaciona documento expedido no dia 24/08/2012 pela sociedade empresária Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, posterior à Decisão recorrida, dando conta da “*baixa*” dos títulos atinentes aos Documentos Fiscais de n^{os} 179.463, 183.660, 184.969, 185.849, 186.353, 186.491, 186.721, 202.842, 214.732, 215.229 e 218.280.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos, impugna a recomendação de averiguação de crime contra a ordem tributária, no seu entendimento efetuada a destempo, e encerra pleiteando o Conhecimento e Provimento do Recurso, para que seja reestabelecida a Decisão do Acórdão JJF n^º 0087-01/11.

No Parecer de fls. 398/399 a Procuradoria do Estado opina pelo conhecimento e improvimento da peça recursal. Pelo conhecimento porque a Decisão “*ad quem*” teve como fundamento em grande parte o resultado da diligência solicitada pela CJF, o que caracteriza fato novo não apreciado anteriormente. Pelo não provimento em razão de a Segunda Instância ter tomado como base para deliberação fatos apurados na própria auditoria e na autuação, confirmados na referida diligência.

Na assentada de julgamento, a Procuradoria do Estado opinou pelo Provimento recursal.

VOTO

Antes de ingressar na análise da preliminar e do mérito, insta esclarecer se estão presentes os pressupostos de validade do presente Recurso, estatuídos no art. 169, I, “d” do RPAF/1999.

Com efeito, o Acórdão CJF 0243-11/12 reformulou no mérito o julgamento de base, tendo versado sobre matéria fática não suscitada até então pelo recorrente (falta de comprovação de aquisições de mercadorias), em razão de que decido conhecer o Pedido de Reconsideração.

O autuante e os julgadores de Primeira e Segunda Instâncias expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Ficou evidenciado que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os levantamentos atinentes às mesmas e exercido o contraditório e o direito de defesa, inclusive, manifestando-se em minúcias quanto ao mérito, seja na Impugnação, seja no Pedido de Reconsideração.

Portanto, no Auto de Infração e nas Decisões de instâncias “*a quo*” e “*ad quem*”, que abordaram todos os aspectos respectivamente abordados, nada existe que possa ensejar vício insanável, ilegalidade, prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, que restaram plenamente garantidos.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de

direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999).

De forma louvável, em busca da verdade material, já que photocópias de 2^{as} vias de documentos fiscais não comprovam operações (tal papel cabe às 1^{as} vias, as quais acompanham o trânsito das mercadorias), foi o processo convertido em diligência por esta Câmara, por duas vezes, para que o recorrente tivesse a oportunidade de entregar ao autuante os originais das 1^{as} vias das notas, ou, caso isso não fosse possível, de apresentar outros elementos que demonstrassem a efetiva circulação das mercadorias, tais como conhecimentos de transporte rodoviário de cargas, comprovantes dos pagamentos efetuados aos fornecedores etc.

Ao contrário do que afirmou o recorrente, não existiu conversão de “ocorrência de caráter acessório em principal”, mas desconsideração, no levantamento quantitativo de estoques, de operações não comprovadas, em consonância com a jurisprudência há anos assentada neste Conselho de Fazenda.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

No mérito, o Acórdão deste órgão colegiado analisou Recurso de Ofício interposto em face da desoneração procedida pela primeira instância, relativamente às infrações 1, 2, 5 e 6, decorrentes de diferenças de entradas de combustíveis apuradas em levantamento quantitativo de estoques, tendo sido cobrado o ICMS devido por antecipação tributária e por responsabilidade solidária, nos exercícios de 2003 e 2004.

O argumento de que a exigência aconteceu quatro anos após a autuação e entre oito e nove anos depois dos fatos imponíveis não socorre o sujeito passivo, o que afirmo com fundamento no parágrafo único do art. 191 do CTN, segundo o qual os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Com respeito à alegação de que o caso reclama a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, esta CJF não possui atribuição legal para decidir a respeito, de acordo com os arts. 158/159 do RPAF/1999, uma vez que restou comprovado o descumprimento de obrigação principal.

Desse modo, vejo que não merece qualquer reparo o ato decisório em apreço, cujos fundamentos de fato e de direito acima transcritos são absolutamente verídicos e pertinentes, os quais não repetirei em respeito à concisão.

Conforme já foi dito, a efetiva circulação das mercadorias somente se prova por intermédio de primeiras vias de notas fiscais, ou de documentos como comprovantes bancários de pagamentos a fornecedores, canhotos assinados por preposto (s) do (s) destinatário (s), conhecimentos de transporte rodoviário de cargas etc.

A declaração de fl. 387, extemporânea, dirigida a Cartório de Notas, sem protocolo de recebimento, relativa a títulos de crédito, e não a matéria tributária, não se presta para tal desiderato. Também não comprova efetiva e indubitavelmente as entradas, nos termos expendidos no parágrafo supra (primeiras vias de notas fiscais, ou de documentos como comprovantes bancários de pagamentos a fornecedores, canhotos assinados por preposto (s) do (s) destinatário (s), conhecimentos de transporte rodoviário de cargas etc.).

É legítima a recomendação de averiguação, após o trânsito em julgado administrativo, da ocorrência de crimes contra a ordem tributária, tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei Federal nº 8.137/1990, porquanto prevista no art. 83 da Lei Federal nº 9.430/1996, julgado constitucional pelo STF na ADIN 1.571-1, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

“Art. 83 - A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a Decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”.

"EMENTA: Ação direta de constitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei no 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notitia criminis condicionada "à Decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário". 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituir definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita "representação tributária", se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação".

Constatada a diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mesmas saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por tê-las adquirido de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, e o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Em face do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração, para homologar e declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 002207.3111/08-3, lavrado contra **MICRO POSTO RIO VERMELHO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.630,52**, acrescido das multas de 70% sobre R\$46.624,54 e 60% sobre R\$8.005,98, previstas no art. 42, incisos III e II, "d", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$15.944,63**, previstas nos incisos XIII-A, "h" e XXII, do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos. Recomenda-se que photocópias dos autos e dos documentos anexados pelo recorrido sejam enviados ao Ministério Público Estadual para averiguar a ocorrência de crime contra a ordem pública.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

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