

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0002/10-8.
RECORRENTE - IBICARAI COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO RIO SALGADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF Nº 0264-02/10.
ORIGEM - INFAZ ITABUNA.
INTERNET - 30/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0253-11/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. COMBUSTÍVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. b) RESPONSABILIDADE POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Realizada diligência ao autuante que trouxe fundamentos para afastar as alegações trazidas em Recurso Voluntário. O art. 6º, XVI, da Lei nº 7.014/96, atribui ao posto revendedor varejista a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, em relação ao combustível adquirido junto a remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização com obrigatoriedade do pagamento do imposto no momento da saída da mercadoria, quando a nota fiscal não estiver acompanhada do respectivo documento de arrecadação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0264-02/10, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro (óleo diesel comum) 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 por espécie de mercadorias, em (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$2.151,24 e aplicada à multa de 70%. Exercício fechado.

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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (óleo diesel comum) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$681,73 e aplicada à multa de 60%. Exercício fechado.

INFRAÇÃO 3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro (gasolina comum) 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 por

espécie de mercadorias, em (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$5.942,81 aplicada a multa de 70%. Exercício fechado.

INFRAÇÃO 4. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (gasolina comum) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$1.883,28, aplicada a multa de 60%. Exercício fechado.

INFRAÇÃO 5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro (gasolina comum) 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 por espécie de mercadorias, em exercício aberto (2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$101,42 e aplicada a multa de 70%. Exercício aberto.

INFRAÇÃO 6. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (gasolina comum) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$32,14, aplicada a multa de 60%. Exercício aberto.

INFRAÇÃO 7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro (álcool hidratado) 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 por espécie de mercadorias, em exercício aberto (2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$.769,10 aplicada a multa de 70%. Exercício aberto.

INFRAÇÃO 8. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (álcool hidratado) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (2009), sendo exigido o imposto no valor de R\$2.426,95 aplicada a multa de 60%.

INFRAÇÃO 9. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro (álcool hidratado) 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 por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$1.244,47 e aplicada a multa de 70%. Exercício fechado.

INFRAÇÃO 10. 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 margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias (álcool hidratado) de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por

espécie de mercadorias em exercício fechado (2008), sendo exigido o imposto no valor de R\$394,37 aplicada a multa de 60%. Exercício fechado.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 40/43):

Verifico que as Infrações de 01 a 10, são relativas a levantamento quantitativo por espécie de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária interna, portanto, com exigências do imposto devido por solidariedade e por substituição tributária.

As arguições do autuado carecem de total amparo probatório, na medida em que se limita a afirmar, genericamente, em relação à todas as infrações, a lisura de suas atividades, tendo em vista os 18 meses fiscalizados e o resultado da fiscalização, bem como afirma não reconhecer os valores apurados pelo autuante, sendo que todas suas notas fiscais de compras estão lançadas nos livros de entradas e no LMC, destacando que o volume das compras apuradas pelo autuante não cabem em seus tanques.

O impugnante teve a oportunidade de apresentar documentos fiscais e levantamentos que indicasse as incorreções dos levantamentos quantitativos apurados pelo autuante, apontados erros específicos no quantitativo de entrada no quantitativo de saída, bem como nos estoques indicados, contudo, nada arguiu, optando por uma genérica arguição.

O autuado, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apesar de insinuar não lhe ter sido destinadas as notas fiscais, relacionadas na exigência fiscal, bem como ter elaborado questionamentos sobre os aludidos documentos, não trouxe aos autos nenhum elemento material que consubstanciasse sua alegação.

De acordo com o exposto, e, considerando que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, considero a infração é subsistente.

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, requerendo a reforma da Decisão de piso, para que o auto seja cancelado.

Alega que ao realizar o cruzamento das notas fiscais de entradas; relatório do único fornecedor; livro de movimentação de combustível com o relatório da fiscalização, encontrou algumas irregularidades, que resumo:

Período de 25/12/2008 a 02/01/2009:

Argui que o levantamento da fiscalização apontou a Nota Fiscal nº 5736 no valor de R\$5.562,75 em 31/12/2008 como compra de 2.500 litros de gasolina e também lançou a mesma Nota Fiscal nº 5736 como compra de 5.000 litros de álcool, por onde entende que houve duplicidade.

Sustenta que não houve omissão da Nota Fiscal nº 5866 no valor de R\$11.125,50, correspondente a 5.000 litros de gasolina, nem da Nota Fiscal nº 5868 no valor de R\$4.805,75 correspondente a 2.500 litros de óleo diesel, pois apesar das compras terem ocorrido em 31/12/2008, elas foram devidamente lançadas em 02/01/2009, além de questionar que o levantamento em 2009 foi iniciado 05/01/2009.

Período de 23/09/2009 a 25/09/2009:

Argumenta que o relatório da fiscalização não considerou as Notas Fiscais nºs 11142 no valor de R\$3.228,75 referente a 2.500 litros de álcool e 11182 no valor de R\$12.915,00 referente a 10.000 litros de álcool, haja vista que a fiscalização foi encerrada em 24/09/2010, (sic) e as Notas Fiscais nºs 11142 e 11182 foram lançadas em 28/09/2009 e 30/09/2009.

Por fim, assevera que no relatório da fiscalização foi lançada a Nota Fiscal nº 9.735, dia 24/12/2008 para o item diesel, todavia todas as notas fiscais da Petrobahia daquele período começam por 5 e não por 9.

Às fls. 207 dos autos, a PGE/PROFIS opinou pela conversão do feito em diligência à ASTEC, para que analisasse as supostas incorreções do levantamento, bem como as alegações do Recorrente em seu Recurso voluntário.

Considerando que as alegações formuladas pelo Recorrente foram fatos novos, sobre os quais o autuante não teve a oportunidade de se manifestar no momento em que prestou a informação fiscal e com arrimo no art. 127 §7º e 149-A, ambos do RPAF, em pauta suplementar às fls. 209 dos autos, a 1ª CJJ converteu os autos em diligência, para que o autuante se manifestasse sobre as alegações e documentos trazidos no Recurso voluntário.

Em cumprimento à diligência, o autuante se manifestou às fls. 213/214, alegando preliminarmente a extemporaneidade do Recurso voluntário, tendo em vista que o prazo final para interposição do mesmo seria em 01/11/2010, todavia foi protocolado em 03/11/2010.

No mérito, quanto à duplicidade da Nota Fiscal nº 5736, informa que o lançamento está correto quanto ao produto gasolina comum, em referência ao produto álcool hidratado ocorreu um erro de digitação no lançamento e na verdade trata-se da Nota Fiscal nº 5735.

Sobre as Notas Fiscais nºs 5866 e 5868 emitidas dia 31/12/2008, assegura que em razão do horário de chegada dos produtos no estabelecimento, foram lançadas no primeiro dia útil seguinte, em 02/01/2009, não havendo erros na autuação, conforme fls. 19 e 25 do PAF.

Por fim, diz que não há equívocos no lançamento da Nota Fiscal nº 9735, dia 24/12/2008, haja vista que a nota está escriturada no seu livro fiscal registro de entrada às fls. 24 do PAF.

Intimada sobre as informações do autuante, o recorrente se manifestou às fls. 218/224, alegando nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa, por entender que o Auditor se baseou em declarações insuficientes, não colacionou documentos que permitam entender o que está sendo exigido, bem como suas bases de cálculo não estão abertamente demonstradas nos anexos apresentados à empresa.

Argui que combustível é mercadoria sujeita à substituição tributária e por conta disso a responsabilidade para o pagamento do imposto é da distribuidora (substituta), diz que o recorrente é integralmente substituída, não exercendo relação de submissão de obrigação tributária principal ao Fisco Estadual.

Cita doutrina no sentido de que *“não se pode atribuir responsabilidade subsidiária ao substituído, em caso de não pagamento do tributo pelo substituto, bem como inexistente qualquer relação de órbita tributária entre as duas pessoas”*.

Assevera que adquiriu combustível exclusivamente da Petrobahia, todo ele em regime de substituição tributária, sendo juridicamente impossível comprar o produto sem o pagamento do imposto incidente sobre a sua venda, não havendo possibilidade de lesar o fisco estadual.

Transcreve o art. 112 do CTN para presumir que se não há clareza sobre os fatos imputados, bem como, inexistência de prova cabal de qualquer irregularidade, milita em seu favor a presunção de que, como adquiriu de um único fornecedor, e como a mercadoria necessariamente veio com a cobrança com ICMS, todo tributo estadual foi devidamente quitado.

Ao final, requer a anulação do Auto de Infração por cerceamento de defesa e pela ausência de documentos anexos que componham de fato e de direito a integralidade do levantamento fiscal, alternativamente requer que o auto seja julgado improcedente, ou ainda que sejam, antes do efetivo julgamento desta E. Câmara, apresentados à empresa todos os anexos ausentes, reabrindo o prazo de defesa.

O representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, em Parecer de fls. 237/238, anuiu com a manifestação do autuante, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, tendo em vista que as considerações do autuante, por se tratar de mera análise de documentos fiscais arrolados, dispensa manifestação jurídica.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0264-02/10, prolatado pela 2ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão do cometimento de dez infrações, todas relativas a levantamento quantitativo por espécie de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e devido por solidariedade, na operação de aquisição de combustível, junto à remetente sujeito a Regime Especial de Fiscalização.

Antes de entrarmos no mérito faz-se necessário analisar a arguição do autuante, de que o Recurso Voluntário seria intempestivo.

O recorrente tomou ciência da decisão de primeiro grau em 21/10/2010, lhe sendo concedido o prazo de dez dias para interposição de Recurso Voluntário, conforme art. 171 do RPAF/99. Assim, o termo final para interposição do recurso seria em 01/11/2010.

Ocorre que o dia 01/11/2010 foi uma segunda-feira, véspera de feriado nacional, não tendo como precisar se houve expediente normal na INFAZ de origem. Diante da dúvida e como o §1º do art. 22 do RPAF, estabelece que os prazos só vencem em dia de expediente normal na repartição em que o ato deva ser praticado, entendo ser tempestivo o Recurso Voluntário protocolado em 03/11/2010.

Ademais, compreendo que a inclusão do processo em pauta suplementar, que deliberou pela conversão do feito em diligência, bem como o encaminhamento à Procuradoria para emissão de parecer, afastaram tacitamente a suposta intempestividade, não cabendo o não conhecimento do Recurso Voluntário, após o preparo do processo, no momento do julgamento.

Cientificado da decisão de primeira instância, o recorrente interpõe Recurso Voluntário arguindo questões de mérito que justificaram a realização de diligência. No cotejo entre o alegado pelo recorrente e a manifestação do autuante concluo o seguinte:

A alegação de duplicidade da Nota Fiscal nº 5736 é insubsistente, pois o autuante comprova que houve um erro de digitação e o produto álcool hidratado trata-se da Nota Fiscal nº 5735.

Quanto ao argumento que não houve omissão das Notas Fiscais nºs 5866 e 5868, que conforme cópia do LMC as fls. 161 e 162 as notas fiscais foram escrituradas em 02/01/2009 e as entradas das mercadorias foram consideradas no demonstrativo de fls. 19 e 25 no exercício de 2009.

Portanto está correto o procedimento do autuante, tendo em vista que as quantidades das mercadorias foram consideradas no exercício em que foi escriturada.

No que tange a desconsideração das Notas Fiscais nºs 11142 e 11182, fls. 68 e 72, observo que elas foram adquiridas em 28/09/2009 e 30/09/2009, respectivamente, não podendo fazer parte de uma fiscalização de período anterior, em 01/01/2008 à 15/08/2009.

Por fim, é descabido o argumento que a Nota Fiscal nº 9.735 foi lançada indevidamente, porquanto as notas fiscais da Petrobahia daquele período começariam por 5 e não por 9, tendo em vista que o próprio Recorrente a escriturou em seu livro Registro de Entrada às fls. 192 do PAF.

Com arrimo no §7º do art. 127 do RPAF, o recorrente foi intimado sobre as informações do autuante, sendo concedido o prazo de 10 dias para se manifestar sobre o resultado da diligência.

Ocorre que o Sujeito Passivo, desta vez representado por advogado, utilizou-se do prazo concedido para interpor um novo Recurso Voluntário, trazendo questões que não foram ventiladas nem na impugnação inicial, nem no Recurso Voluntário. Cabe esclarecer que o prazo conferido foi tão somente para se manifestar sobre o resultado da diligência, não podendo o Contribuinte se aproveitar do prazo para modificar um ato já praticado.

Ao interpor Recurso Voluntário ocorreu a preclusão consumativa, haja vista que o ato já se consumou, não podendo, o recorrente, fazê-lo, outra vez, salvo se concedida a reabertura do prazo de defesa, o que não é a hipótese dos autos.

O §1º do art. 123 do RPAF/99 tem previsão expressa nesse sentido, *in verbis*:

§1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

Ademais, o art. 146-A do RPAF estabelece que não se tomará conhecimento do recurso que for interposto pela segunda vez, no mesmo processo, exceto se a decisão do primeiro pedido houver versado exclusivamente sobre preliminar. Por essa razão deixo de conhecer do recurso de fls. 218 a 232.

Todavia, alegações de nulidade absolutas são matérias de ordem pública, pelo que apreciarei nesta oportunidade.

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e as infrações imputadas ao recorrente estão devidamente descritas. Os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa. As incorreções que existiam nas infrações foram saneadas pela própria autuante, não estando, o lançamento de ofício e o Processo Administrativo Fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE a Auto de Infração.

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 206935.0002/10-8, lavrado contra **IBICARAI COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (POSTO RIO SALGADO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.627,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.418,47 e 70% sobre R\$10.209,04, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASLAI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS