

PROCESSO - A. I. N º- 233014.0173/11-2
RECORRENTE - JOÃO FILHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (AUTO POSTO E P.PORTAL DA CHAPADA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF Nº 0123-04/13
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 26.12.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF º 0491-13/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provadas as aquisições do combustível gasolina comum sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Infração 1 parcialmente elidida após retificação dos cálculos. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS ADQUIRIDOS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O estabelecimento adquiriu o combustível gasolina comum sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição tributária. Infrações parcialmente elididas em face de retificação de inconsistências apontadas pela defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado no dia 26/09/2011, exigindo ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 59.559,69, sob a acusação do cometimento de seis irregularidades sendo objeto do Recurso as seguintes:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 37.854,01 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do tributo por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 12.763,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Na impugnação inicial o sujeito passivo às fls. 89 a 98, através de advogado regularmente constituído, conforme procuração de fl. 101 descreve as acusações, e afirma em relação às duas

primeiras infrações que o levantamento quantitativo padece de incongruências, pois o auditor autuante teria errado ao desconsiderar entradas acompanhadas de notas fiscais, fato pelo qual argumenta inexistir motivo para a lavratura do Auto, o que inquinaria o mesmo de nulidade.

Pugna pela posterior juntada de documentos e requer a improcedência das infrações 01 e 02.

O autuado conclui pleiteando a procedência parcial.

Em sua apreciação, a i. 4^a. JJF valida o procedimento fiscal, por constatar a exposição clara da fundamentação de fato e de direito, a descrição dos ilícitos tributários, a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como consignando o embasamento jurídico.

E segue em seu relato:

"Igualmente, 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, tendo sido observada a necessidade de motivação do ato administrativo, assim como a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O pedido de revisão por fiscal estranho ao feito foi atendido. Nesse momento, não há razões para conversão do processo em diligência.

As imputações 05 e 06 não foram impugnadas. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito das duas primeiras acusações, observo que na revisão elaborada pelo auditor estranho ao feito foram corrigidos os erros relativos à gasolina comum em 2006 e 2007, assim como às aquisições acompanhadas de notas fiscais.

Os estoques iniciais e finais do referido item (gasolina comum), registrados às fls. 07, 172 e 188, encontram respaldo no LMC e foram devidamente ajustados por diligências deferidas no curso da instrução processual.

Os preços médios anteriormente calculados estavam corretos, visto que as alterações efetuadas não foram referentes aos meses de dezembro de cada exercício.

Por exemplo, os documentos de entrada de números 115.165, 115.900 e 043.980, cuja falta foi constatada pelo sujeito passivo à fl. 146, estão incluídas no levantamento de fl. 173.

Com relação às perdas e ganhos, conforme informou o autuante à fl. 125, foram corretamente extraídos do livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com a aplicação dos limites legais, nos termos dos demonstrativos de fls. 09 a 18, 21 a 30, 33 a 48, 41 a 46, 49 a 54 e 56 a 51.

Não tem fundamento a argumentação do defendant, contrária ao entendimento já assentado neste Conselho, de que o percentual de 0,6% é mero indicativo para apurar causas, detectar vazamento e providenciar reparos. É, em verdade, um limite, como restou decidido, "v.g.", nos Acórdãos CJF 0130-12/04 e 0029-12/05, entre outros.

Importa assinalar que medidas no sentido de apurar causas, detectar vazamento e providenciar reparos não foram provadas nos autos.

Provadas as aquisições de combustíveis sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu ilegalmente, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária, infração 1).

O autuado adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devida a exação sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produto enquadrado no regime de substituição (infração 2).

Acolho o levantamento de fl. 188, elaborado pelo fisco, de modo que a infração 1 seja alterada de R\$ 37.854,01 para R\$ 17.585,24, enquanto a 2 de R\$ 12.763,52 para R\$ 4.988,30.

Infrações parcialmente elididas.

Com respeito às infrações 3 e 4, o autuante não conseguiu trazer ao PAF (processo administrativo fiscal) as notas fiscais e / ou os comprovantes das entradas, pelo que conlui que não procedem.

Infrações descharacterizadas."

Emite julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração em lide, no valor de R\$28.833,54.

O recorrente apresenta seu Recurso Voluntário, reprisando as mesmas contestações enfrentadas pela Decisão.

Alude que a infração acusada teve redução na Instância Primeira, entretanto não foram abordadas as razões de defesa no que tange às perdas e sobras constantes do levantamento efetuado pela autuação. Diz que a agente autuante se desviou dos roteiros usuais de fiscalização, para arbitrar, desconsiderando os registros nos LMCs, requerendo seja julgada nula a ação fiscal.

Passa o recorrente ao tópico “Do Direito”, discorrendo acerca das infrações 01 e 02, respectivamente, responsabilidade solidária e responsabilidade principal em suas próprias operações. Discorre sobre a natureza dessas duas acusações, e firma que eivada de equívocos e distantes da realidade, a ação fiscal, em se tratando de auditoria de estoques em exercício fechado, devem ser consideradas as posições físicas das mercadorias, à luz dos seus registros fiscais obrigatórios, considerando as perdas e sobras diárias, e as saídas reais deverão ser cotejadas com as saídas registradas nos LMCs.

Comenta a fiscalização incorrer em erro grave, uma vez que a apuração de perdas e ganhos não foi feita com suporte nos LMCs, ao invés foi arbitrada, conforme se verifica no Demonstrativo de Perdas Ocorridas no Exercício, as quais foram objeto de cálculo tendo por norte o limite estabelecido no art. 5º da Portaria DNC nº 26 de 13/11/1992. Aduz que o limite de 0,6% é o de perda computável para fins de apurar as causas, e se detectar vazamento, providenciar reparos. Transcreve o aludido art. 5º, e aduz que ademais as perdas e ganhos superiores a 0,6% apontada diariamente, não reflete se considerado todo o período, o que afirma as questões ora discutidas (sic).

Comenta serem frequentes enganos dos agentes fiscais nessa espécie de auditoria, muitas vezes revistas pela própria administração, para o que transcreve Resoluções da JJJ, Acordão CJF nº 0092/99, citando ensinamentos dos mestres Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, alongando-se acerca da motivação e concluindo não havia motivo para o lançamento fiscal relativo as infrações 1 e 2, realçando devam ser consideradas integralmente as perdas e sobras registradas no livro de Movimentação de Combustíveis, pugnando pela improcedência das referidas infrações.

O recorrente pede pelo Provimento do presente Recurso para julgar parcialmente procedente o lançamento tributário, reduzindo o valor exigido consoante as razões expostas.

O opinativo da PGE/PROFIS da lavra da i. Procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, observa que as perdas constantes do LMCs, consoante diligência já foram consideradas na instância anterior, até o limite de 0,6%, percentual permitido pela legislação.

Firma a i. Procuradora que caso o recorrente tenha registrado perda superior ao limite estabelecido pela ANP (consoante Resolução), o que ultrapassar não pode ser considerado no levantamento quantitativo de estoques.

Opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Os presentes autos expõem claramente fundamentos de fato e de direito, a descrição dos ilícitos tributários, a indicação dos documentos e elaboração de demonstrativos, seus dados e cálculos, e indicação do embasamento jurídico. Preservado o princípio do devido processo legal ou de quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a necessidade de motivação do ato administrativo, assim como a garantia à ampla defesa e ao contraditório, ficando rejeitada a preliminar de nulidade.

A presente sujeição passiva, na infração 01 impõe ao recorrente responsabilidade solidária, por ter adquirido mercadorias sem documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, mediante apuração por levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 37.854,01 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Na Infração 02 foi acusado de não recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função de valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias sem documentos fiscais, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas à substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2006 e 2007). Valor lançado de R\$ 12.763,52 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

O recorrente alega em seu Recurso, inicialmente, a nulidade dos feitos fiscais, tendo em consideração que a Decisão, embora reduzindo o valor da exação, não levou em conta as perdas e sobras registradas nos seus livros LCMs.

Mantém entendimento que o percentual de 0,6% não é limite fiscal, pois o art. 5º da Portaria DNC nº 26 de 13/11/1992 o instituiu para fins meramente indicativos para apurar causas, detectar vazamento e providenciar reparos.

Entendo este percentual de 0,6% o limite para considerações das perdas físicas, de conformidade aos Acórdãos CJF 0130-12/04 e 0029-12/05, entre outros, e bem como a este respeito pontua i. Procuradora no opinativo da PGE/PROFIS, citando a Resolução do CNP.

Estas perdas colhidas dos LMCs e tabuladas pelo percentual de 0,6% foram consideradas nos autos, conforme se depreende nos Demonstrativos de fls. 09 a 18, 21 a 30, 33 a 48, 41 a 46, 49 a 54 e 56 a 51. É pacífico que se perdas maiores houve, decorrentes de razões diversas, vazamentos, infiltrações, não restaram suas reparações/consertos provados nos autos.

Às fls. 133, 150, 164 e 181 comportam 04 diligências promovidas pela i. JJF, para deslinde das manifestações promovidas pelo recorrente, no afã de tornar líquida e acertada a acusação fiscal, e nas fls. 189 resultando Demonstrativo analítico de Débito, com o qual concordo:

Infração 01 - R\$17.585,24;
Infração 02 - R\$ 4.988,30;
Infração 03 - R\$ -0-
Infração 04 - R\$ -0-
Infração 05 - R\$ 3.500,00;
Infração 06 - R\$ 2.760,00.
TOTAL.....R\$28.833,54.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 233014.0173/11-2, lavrado contra **JOÃO FILHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA. (AUTO POSTO E P.PORTAL DA CHAPADA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.573,54**, acrescido das multas de 70% sobre R\$17.585,24 e 60% sobre R\$4.988,30, previstas no art. 42, incisos III e II, “d”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$6.260,00**, previstas no art. 42, incisos XIX e XIII-A, “i”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR