

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0001/12-2
RECORRENTE - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMUBUSTÍVEIS LTDA. (POSTO 4)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0097-05/14
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 06/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-12/15

EMENTA: ICMS. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. NOVA DECISÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. A análise da questão prejudicial arguida pelo sujeito passivo, no que se refere à preliminar de nulidade da Decisão recorrida, devido à omissão dos argumentos defensivos em fase de primeiro grau, no qual fora acatada pela PGE/PROFIS, não poderia ser feita por esta CJF sob pena de incorrer supressão de instância. Retornam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento para manifestação de todos os argumentos e as novas provas anexadas nas fls. 683 a 685. Acolhida a preliminar de nulidade da decisão suscitada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 22/05/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2012, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 183.185,77 (cento e oitenta e três mil cento e oitenta e cinco reais e setenta e sete) em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

Infração 01. RV– 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008 em relação aos produtos: ALCOOL no valor de R\$16.833,53 (dezesseis mil oitocentos trinta três reais e cinquenta três centavos); DIESEL COMUM, no valor de R\$71.054,83 (setenta e um mil cinquenta quatro reais e oitenta três centavos); GASOLINA ADITIVADA no valor de R\$6.420,89 (seis mil quatrocentos vinte reais e oitenta nove centavos); GASOLINA COMUM no valor de R\$47.087,85 (quarenta sete mil oitenta sete reais e oitenta cinco centavos). Perfazendo um total de débito de R\$141.397,10 (cento quarenta um mil trezentos noventa sete reais e dez centavos). Multa de 70%;

Infração 02. RV– Falta de recolhimento, por antecipação ou substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido 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 sujeito ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008 em relação aos produtos: ALCOOL no valor de R\$5.334,55 (cinco mil trezentos trinta quatro reais cinquenta e cinco centavos); DIESEL COMUM, no valor de R\$19.781,67 (dezenove mil setecentos oitenta um reais e sessenta sete centavos); GASOLINA ADITIVADA no valor de R\$1.700,31 (hum mil setecentos reais e trinta e um centavos); GASOLINA COMUM no valor de R\$14.922,14 (quatorze mil novecentos vinte e dois reais e quatorze centavos). Perfazendo um total de débito de R\$41.738,67 (quarenta um mil setecentos trinta oito reais e sessenta sete centavos). Multa de 60%;

Infração 03. RV – Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Infração detectada no exercício fechado de 2007 relativamente ao produto GASOLINA COMUM. Multa fixa no valor de R\$ 50,00.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.500/504), alegando preliminar de nulidade, bem como atacou o mérito das infrações.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls. 597/599), em que manteve o Auto de Infração em seu inteiro teor.

O processo fora convertido em diligência à ASTEC (fls.604), para que o contribuinte apresentasse alguns documentos faltantes, com o consequente refazimento do levantamento quantitativo de estoque.

A ASTEC apresentou o Parecer nº 03/2013 (fls. 606/607), em que considerou que as notas fiscais apresentadas pelo autuado já estavam lançadas na Relação das Entradas de 2007 e 2008, não sendo refeito, portanto, o levantamento do quantitativo de estoque.

O contribuinte apresentou nova manifestação (fls. 625/626), reiterando seus argumentos defensivos, além de pedir a juntada da Nota Fiscal nº 301485.

Em seguida, fora determinada nova diligência à ASTEC (fls.641), para nova apuração nos documentos.

A ASTEC elaborou novo Parecer (fls.643/644), mantendo seu entendimento anterior.

O autuado realizou nova manifestação (fls. 650/651), em que reafirma seus posicionamentos anteriores, tratando-se de cópia quase que idêntica da manifestação de fls. 606/607.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, em Decisão unânime, procedente o Auto de Infração nº 060624.0001/12-2, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$183.135,77**, acrescido da multa de 60% sobre R\$41.738,67 e 70% sobre R\$141.397,10, previstas no art. 42, incisos II, "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla três infrações, já devidamente relatadas, sendo a primeira e a segunda, por descumprimento de obrigação principal e a terceira por descumprimento de obrigação acessória, todas apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

No que tange a arguição de inexistência de Termo de Início de fiscalização, cabe observar o disposto no art. 26 do RPAF/BA, visto que além do Auto de Infração conter tal termo, consta nos autos intimação para o autuado apresentar livros e documentos fiscais.

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado

Verifico que o levantamento quantitativo, por espécie de mercadorias, foi efetuado em conformidade com o disposto na Portaria nº 445/98 e, tendo em vista que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, o autuante aplicou, em relação às infrações 1 e 2, os procedimentos previstos no art. 10 do aludido ato normativo:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto 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 previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d");

II - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, se ficar comprovado que, não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação, a operação de saída posterior foi tributada normalmente, observar-se-á o seguinte:

a) não se exigirá o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a multa de 60% (RICMS/97, art. 915, § 1º, I);

b) a providência de que cuida a alínea anterior não dispensa a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, nos termos da alínea "a" do inciso anterior.

Conforme se pode extrair do aludido dispositivo, diferente do alegado, não se trata de presunção legal, prevista do art. 4º, §4º da Lei nº 7014/96, pois as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, cabendo a exigência tributária ao autuado, apurada omissão de entrada, na condição de responsável solidário, na medida em que adquiriu mercadorias sem emissão de notas fiscais, concernente a infração 1 e na condição de responsável por substituição tributária, tendo em vista que essas mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, cabendo-lhe a responsabilidade por retenção e recolhimento do imposto devido, conforme base de cálculo corretamente apurada na forma da aludida portaria, concernente à infração 2.

Quanto à infração 2, foi apurada a falta de recolhimento, por antecipação ou substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido 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 sujeito ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008.

No que tange às alegações defensivas relativas ao mérito das infrações 1 e 2, bem como a específicas notas fiscais alinhadas na defesa, foi destinada diligência a ASTEC/CONSEF, que apresentou Parecer adiante alinhado.

No Parecer nº 03/2013 da lavra da Auditora Fiscal MARIA DO SOCORRO, às fls. 606/607, em cumprimento à diligência solicitada pela JJF, afirmando que foram realizados os seguintes procedimentos fiscais:

1. No dia 03/01/2013, o autuado foi intimado a apresentar as "ORIGINAIS E CÓPIAS DAS NOTAS FISCAIS Nº 289612, 318915, 318733, 311323, 294364, 295340, 305678, 324088, 324270, 22479, 22409, 319029, 301488, 5077, 325156, 322010, 320331, 320390 e 523 para que comprovem as alegações da defesa" ficando agendado para o dia 23/01/2013, conforme Intimação fiscal às fls 612 a 621.

2. No dia 15/01/2013, o autuado solicitou prorrogação de prazo para a entrega dos documentos solicitados, ficando agendado, para o dia 23/01/2013 (fls. 610/611).

3. No dia 23/01/2013, como combinado, o autuado apresentou as originais e cópias das notas fiscais nº 294364 (fl. 612), 295340 (fl. 613), 305678 (fl. 614) , 311323 (fl. 615) , referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (fl. 616) , 320390 (fl. 617), 322010 (fl. 618), 324088 (fl. 619) , 324270 (fl. 620) , 325156 (fl. 621), referentes ao exercício de 2008, as quais após confrontos com as cópias apresentadas foram devolvidas.

4. Após as análises e devidos confrontos das notas fiscais nº 294364 (fl. 612), 295340 (fl. 613), 305678 (fl. 614), 311323 (fl. 615) , referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (

fl. 616) 320390 (II. 617), 322010 (fl. 618), 324088 (fl. 619) , 324270 (fl. 620) 325156 (fl. 621), referentes ao exercício de 2008, apresentadas pelo autuado com as Relações das Notas Fiscais de Entradas de 2007 e 2008, às fls. 49, 77, 27 , 28, 79, 53, 92, 79, 92, relacionadas pela autuante, constata-se que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas como indicadas nas referidas notas fiscais.

O sujeito passivo, volta a se manifestar afirmando que as notas fiscais, por ele indicadas, efetivamente devem ser incluídas no levantamento quantitativo e/ou ocorreram os equívocos alegados nos lançamentos das notas fiscais enumeradas pela defesa.

Solicitada, mais uma vez, diligência para examinar os argumentos defensivos quanto às notas apontadas pelo autuado, a ASTEC/CONSEF, apresenta novo Parecer aduzindo que as mesmas foram analisadas e os devidos confrontos das Notas Fiscais de nºs 301.485 fls. 627 e 0005.077 fls. 630, referentes ao exercício de 2007 e 2008, apresentadas pelo autuado, com as relações das notas fiscais de entradas de 2007 e 2008, e ficou comprovado que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas pelo autuante no levantamento das respectivas entradas como se verifica nas referidas notas fiscais, às fls. 50, 77, 54, 93 e 29 dos autos, como abaixo indicadas.

Notas fiscal 301485, fls. 627, 5.000 diesel aditivado, fl. 50, e gasolina aditivada 5.000, fl. 77.

Nota fiscal 5077, fl. 630, Diesel aditivado, fl. 54, Gasolina comum fl. 93, 5.000, Álcool 5.000, fl. 29.

Conclui o Parecer da ASTEC que, considerando que as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão corretamente lançadas na relação das entradas de entradas de 2007 e 2008, não foi refeito o levantamento.

Quanto aos demais argumentos defensivos de que não foram analisados os lançamentos no LMC ou de que não foi indicado o lançamento pelo Parecer, não tem amparo, pois além do Parecer indicar às folhas dos autos a que alude as notas, quanto ao LMC, cabe observar que se foram lançadas no levantamento efetuado pelo autuante, mesmo sem ter havido lançamento no LMC, caberia constar ou considerar as mesmas no levantamento de estoque realizado pelo autuante, em relação ao qual ficou demonstrado que o autuante efetuou corretamente o registro das quantidades constantes nas notas aludidas pelo impugnante. Cabe, ainda, observar que o sujeito passivo não anexou para prova de sua arguição a Nota Fiscal nº 289612.

Quanto à infração 3, não foi apresentada impugnação de mérito, cabendo a manutenção da exigência fiscal por descumprimento de obrigação acessória. Infração mantida.

Assim, diante das diligências efetuadas, bem como o fato de o levantamento estoque ter atendido ao disposto na Portaria nº 445/98, além de não ter havido violação ao devido processo legal, considero mentida as exigências tributárias constantes nas infrações 1, 2 e 3.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) No que tange às preliminares de nulidade, rejeitou-as, por entender que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, bem como fora obedecido o devido processo legal. Além disso, afirmou que o Termo de Início de Fiscalização se encontra nos autos, havendo inclusive, intimação para o autuado apresentar livros e documentos fiscais;
- b) Verificou ainda, que o levantamento quantitativo fora realizado com base no art. 10 da Portaria nº 445/98, e não no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, como arguido pelo autuado;
- c) Em relação ao argumentado de que algumas notas fiscais não teriam sido utilizadas quando da elaboração do lançamento, observou a junta que, conforme Pareceres da ASTEC, as notas fiscais apresentadas pelo autuado encontram-se corretamente lançadas na relação de entradas de 2007 e 2008;
- d) Quanto à arguição de que os lançamentos no LMC não teriam sido analisados, entendeu a Junta, que tal argumento não mereceria amparo, já que as notas embasadoras do lançamento que não constam no LMC do autuado, são aquelas que este deveria ter lançado, mas não o fez;
- e) Por fim, observou que o mérito da 3ª infração não fora atacado, e, portanto, julgou-a procedente, junto com os demais lançamentos.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls.**

675/677) em relação à Decisão da junta, argumentando que:

- i. A Decisão recorrida seria nula, por cerceamento do direito de defesa, e por supressão de instância, já que a 5^a JJF não teria se pronunciado sobre sua alegação relativa ao art. 125, §1º, I, do RICMS, que tem como matriz o art. 129, II, “e”, do COTEB;
- ii. Reitera ainda, as questões prejudiciais inseridas na defesa, inclusive quanto ao “termo de fiscalização”, na medida em que não teria sido indicada a folha da intimação, bem como alegou que não teria como saber se a mesma teria atendido a questão do prazo de validade, que o recorrente considera como sendo de 30 dias;
- iii. Arguiu que a junta teria cometido uma “ilegalidade” ao julgar que seria possível extrair da Portaria nº 445/98 que o caso, ora discutido, não se trata da presunção legal prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96;
- iv. Repisou o alegado, ao afirmar que a lei não fez distinção do uso da presunção nas mercadorias de regime normal e de substituição tributária;
- v. Afirmou que no caso em tela, não se pode dizer que houve aquisições sem notas, mas sim de entradas não registradas, e que nesse caso seria aplicável, apenas, multa formal de 1% ou a dedução do imposto, pela alíquota interna, pertinente às aquisições incidentes sobre as entradas cujos registros teriam sido omitidos.

Após, o recorrente requereu através de petição simples (fls.683) que fossem juntadas as cópias das Notas Fiscais Eletrônicas de nºs 000022409 e 000022479.

Em Parecer, a PGE/PROFIS através da Dra. Maria José Sento Sé (fls.687/689) opinou pelo provimento do Recurso, alegando que:

- i. A JJF teria se omitido quanto à apreciação específica de questão lançada pelo contribuinte, relativamente à demonstração, por parte do fisco, do esgotamento das possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição. Dessa forma, considerou que houve o prejuízo do duplo grau de jurisdição e o cerceamento do direito de defesa;
- ii. Pugnou então, nos termos do art. 119, §1º do COTEB, pelo reconhecimento da nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF/99.

Em despacho de fl. 693 a Procuradora Assistente ratificou o opinativo da PGE/PROFIS.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, cumpre analisar questão prejudicial arguida pelo Recorrente, no que se refere à sua preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

Aduz o Recorrente que a JJF não se pronunciou *sobre a alegação contida no item 07, da defesa, relativa ao art. 125, §1º, inciso I, do RICMS, que tem como matriz o art. 129, inciso II, “e”, do COTEB.*

A PGE/PROFIS emitiu opinativo em que acata a preliminar suscitada pelo contribuinte.

Analizando o presente PAF, em especial a impugnação administrativa e a Decisão recorrida, entendo assistir razão ao Recorrente.

Entre seus argumentos defensivos, o impugnante no item 07 aduz que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do fornecedor, e que caberia ao Fisco demonstrar que as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição foram esgotadas.

De fato, sobre esse argumento omitiu-se a JJF, e entendo que a análise de tal argumento não pode ser feita por esta CJF sob pena de incorrer em supressão de instância.

Assim, alinho-me ao posicionamento exarado pela PGE/PROFIS e acolhendo a preliminar arguida pelo recorrente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão

recorrida, devendo o presente PAF retornar para novo julgamento, oportunidade em que o Relator poderá se manifestar sobre as novas provas trazidas pelo contribuinte às fls. 683 a 685.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **060624.0001/12-2**, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMUBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento e se manifestar sobre todos os argumentos defensivo exposto, consequentemente, sobre as novas provas juntadas nas fls. 683 a 685.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGF/PROFIS