

PROCESSO - A. I. Nº 298938.0302/13-6
RECORRENTE - POSTO FIDELIDADE LTDA. (POSTO AVENIDA 2)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF Nº 0008-06/14
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 16/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Fatos demonstrados nos autos. O Recorrente não logra êxito em apontar equívocos no lançamento. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 6ª JJF, constante no Acórdão nº 0008-06/14, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 31/03/2013, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor Histórico: R\$93.773,23 – Multas de 70% e 100%; Exercícios de 2008 a 2011.

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 percentuais de margem de valor adicionado, deduzida 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 estoque, em exercício fechado. Valor Histórico: R\$34.562,44 – Multa de 60%; Exercícios de 2008 a 2011.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 6ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 1.107/1.113):

Nego o pedido de diligência haja vista que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor, e o próprio autuante procedeu às retificações necessárias no levantamento quantitativo de estoque, com a conseqüente adequação da base de cálculo, conforme a previsão legal.

Inicialmente constato que o presente Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, foram observadas as disposições do RPAF na sua lavratura (arts. 39, 40, 41), e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não constato a ocorrência de fatos que o iniquem de nulidade, e não houve prejuízo ao contribuinte que pode exercer o seu direito de defesa de forma ampla, sem prejuízo do contraditório, mormente quando recebeu todos os demonstrativos que fazem parte integrante deste Auto de Infração.

No mérito, no presente Auto de Infração está sendo exigido ICMS detectado por meio do levantamento quantitativo de estoque, na condição de responsável solidário, de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, tomado por base os estoques inventariados (inicial e final), as compras e as saídas declaradas pelo sujeito passivo. As mercadorias objeto da autuação foram gasolina, álcool, e óleo diesel, nos exercícios de 2008 a 2011.

A Portaria nº 445/98, que disciplina o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos

de estoques por espécie de mercadorias, estabelece no art. 10, que no caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurados na forma prevista no art. 10, I, “a” e “b” daquela Portaria.

O sujeito passivo aponta que teriam ocorridos equívocos no levantamento, que foram analisados pelo autuante, que os acolheu em parte, expondo que na determinação da base de cálculo do lançamento fiscal em apreço, erroneamente, utilizou o preço médio das entradas de gasolina e óleo diesel praticados por distribuidoras, para, em seguida, aplicar a MVA estabelecidas nos Atos Cotepe. Retificou o lançamento, tendo em vista que nos preços praticados por distribuidoras de combustíveis já estão embutidos o ICMS de toda cadeia de comercialização, do produtor ao consumidor final. Nesse sentido, conservou os volumes das omissões de entradas, apurados mediante levantamento de estoque, elaborou novos demonstrativos, desta vez, com os valores médios praticados pela refinaria de petróleo, informados pela COTEPE, e aplicadas as MVA estipuladas nos Atos COTEPE, para os produtos Gasolina Comum e Óleo Diesel, cf. fls. 1077 a 1091. Em face de o erro cometido na apuração do ICMS ser de natureza sanável, novos demonstrativos foram elaborados, estão anexos ao PAF, às fls. 1077, 1078, 1084 e 1086, retificando a base de cálculo e os ICMS normal e antecipado cobrados originariamente. Diante dessas retificações, a infração 1 resultou no valor total de R\$ 76.193,68, (R\$ 32.084,11 em 2008; R\$ 11.439,18 em 2009; R\$ 25.056,72 em 2010 e R\$ 7.613,67 em 2011. A infração 2, no exercício de 2008 passo a ser de R\$ 19.838,42; R\$ 7.402,48 em 2009; R\$ 12.722,17 em 2010; e em 2011, de R\$ 4.813,35, totalizando R\$ 44.776,42.

No que pertine às perdas com evaporação, o autuante, de forma acertada, não aceitou os valores estratosféricos, consecutivos, inexplicáveis, conforme demonstrados às fls. 236, 250, 267, 469, 478, 707, 725, 741, 90 e 1024, seguidas das respectivas cópias do LMC — Livro Movimentação de Combustíveis. Fundamenta a sua Decisão com relação às glosas, no sentido de que:

Às fls 237. O LMC apresenta um estoque de abertura de 430 litros de Álcool Comum; não entrada por compra; vende 1.386 lts. e encerra o dia com um estoque zerado, quando deveria apresentar um estoque negativo de 956 lts.

Às fls. 266. Estoque inicial de 900 litros de Gasolina; vendas de 254 lts.; estoque final de 3.600 lts., quando deveria ser de 646 lts. Ou seja, estranhamente apareceu, 2.954 lts. de Gasolina; c) Às fls. 273. Estoque inicial de 2.100 l. de Óleo Diesel; entrada de 15.000 lts.; vendas de 6.120 lts.; estoque final de 18.850 l., quando na realidade deveria ser de 10.890 lts. Mais um ganho injustificável de 7.800 lts. de Óleo Diesel. E assim sucessivamente.

Ademais, concordo com o autuante quando explica que ganhos podem ocorrer, vez ou outra, como foram considerados, observando a coluna Perda/Ganho do Demonstrativo das Saídas de Combustíveis, mas são variações pequenas e não os volumes declarados pelo autuado.

Quanto ao argumento de que notas fiscais não foram consideradas no levantamento, referentes à gasolina, óleo diesel e álcool, o autuante considerou todas as que estavam registradas no LMC. Ademais, o contribuinte não apontou quais seriam essas notas e nem as trouxe aos autos.

Constato que na coluna Perda/Ganho dos Demonstrativos de Saídas de Combustíveis, conforme fls. 185, 426, 647 e 919, estão presentes as aferições, as perdas e os ganhos, e, nesse sentido, não há necessidade de revisão fiscal conforme pleiteia o autuado.

O autuante também aplicou a redução de base de cálculo relativa ao óleo diesel, no percentual de 40%, tanto nos demonstrativos originário quanto nos demonstrativos retificados.

Com a retificação da infração 2, a mesma foi agravada, e passou de R\$ 34.562,44 para R\$ 44.321,42. Contudo, consoante o art. 156 do RPAF/99, “ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.” Neste caso, o valor de ICMS a ser mantido nesse Auto de Infração é limitado ao originariamente exigido, qual seja de R\$ 34.562,44. Represento à autoridade competente para que, em nova ação fiscal, a diferença do ICMS apontada pelo autuante possa ser exigida.

Diante dos novos demonstrativos retificados, às fls. 1077, 1078, 1084 e 1086, as infrações 1 e 2 assumem a configuração abaixo, sendo que a 1 totaliza R\$ 76.193,68, o que resulta na sua procedência em parte, e a infração 2 procedente no valor de R\$34.562,44, conforme o demonstrativo de débito:

Infração 1:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíq. %.	ICMS Devido
31/12/2008	09/01/2009	188.730,06	17	32.084,11
31/12/2009	09/01/2010	67.289,29	17	11.439,18

31/12/2010	09/01/2011	147.392,47	17	25.056,72
31/12/2011	09/01/2012	44.786,29	17	7.613,67
Total				76.193,68

Infração 2

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Alíq. %	ICMS Devido
31/12/2008	09/01/2009	58.878,82	17	10.009,40
31/12/2009	09/01/2010	47.934,17	17	8.148,81
31/12/2010	09/01/2011	64.697,05	17	10.998,50
31/12/2011	09/01/2012	31.798,41	17	5.405,73
Total				34.562,44

Saliento que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, fls. 1.122/1.130, com o propósito de reformar o Acórdão guerreado.

Suscita nulidade da Decisão de piso, em razão de ter constatado que não foram apreciadas as alegações do contribuinte em relação aos valores para produtos pagos à vista ou a prazo bem como, não houve análise das questões relacionadas ao teor de enxofre do óleo diesel.

Diz ser imprescindível a análise dos pontos formulados na defesa, pelo que deveria ser sanadas as omissões, sob pena de seu direito de defesa do contribuinte e, por conseguinte, desrespeitando o Princípio da Ampla defesa e contraditório.

Reitera que restou incompreensível os novos demonstrativos elaborados, pois não se conhece qual a origem da base de cálculo, tampouco, a MVA utilizada pelo autuante para apurar os novos valores, não identificando a origem dos documentos apensados como fonte de cálculo.

Ressalta que a COTEPE - Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, não é órgão competente para determinar preços de combustíveis, muito menos, a MVA aplicada.

Assim, requer a nulidade da Decisão de 1ª Instância, retornando os autos à origem para realização de diligência com intuito de esclarecer os vícios insanáveis que resultam em exigências fiscais não albergadas pela legislação vigente.

Quanto ao mérito, aduz que a multa aplicada é confiscatória e afronta às garantias constitucionais, requerendo sua correção.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, em Parecer de fl. 1.208/1.209, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, pelas razões a seguir expostas:

Assevera que a Decisão recorrida apreciou todas as alegações defensivas, tendo negado de forma fundamentada a diligência solicitada.

Ressalta que a fiscalização refez a base de cálculo do ICMS devido, tendo se manifestado sobre todos os aspectos defensivos.

Destaca que a JJF seguiu os mesmos fundamentos constantes na informação fiscal de forma clara e fundamentada.

Observa que o fundamento para alteração da base de cálculo consta nos novos demonstrativos, dos quais o Recorrente recebeu cópia, bem como a tabela da MVA fixada pelo COTEPE.

Quanto a multa aplicada, chama atenção que está prevista em Lei para a infração imputada, não cabendo ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade, na forma do art. 167 do RPAF.

Por fim, verifica que o Recorrente não trouxe aos autos qualquer novo argumento de mérito, que justifique diligência ou adoção de outra providência.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0008-06/14, prolatado pela 6ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, em razão do cometimento de duas irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, sendo que a primeira infração versa sobre a responsabilidade por solidariedade relativamente ao imposto por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e a segunda a cobrança do imposto por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente às operações subsequentes das mesmas mercadorias objeto da infração 01, por tratarem-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de decretação de nulidade do presente processo administrativo fiscal, constato que não restou demonstrado nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, ficando, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade requerida na defesa, por não estar fundada em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Especificadamente quanto a preliminar de nulidade da Decisão de piso, ao argumento de que o Julgador não teria se manifestado sobre todas as alegações defensivas, cumpre observar que a Decisão de primeiro grau enfrentou sim o mérito da questão, apreciando os argumentos defensivos, haja vista que o julgador não precisa se manifestar sobre todas as alegações defensivas, rebatendo, um a um, todos os argumentos, se já tiver encontrado fundamentação para a sua Decisão.

Neste sentido a jurisprudência pacífica do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA.

INCLUSÃO DO NOME DO CÔNJUGE COMO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Não há omissão na Decisão recorrida que tivesse por consequência a violação do art. 535, II, do CPC. As questões apresentadas na apelação não foram decididas conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.

2. Dessarte, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a Decisão, o que de fato ocorreu.

3. O recorrente pretende a interpretação da Lei Complementar Estadual n. 12/99 e da Lei Estadual n. 13.875/2007; todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do Recurso especial, em face da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013)

Frise-se que a Decisão relata, uma a uma, todas as alegações defensivas, e concluiu por acatá-las em parte. Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

Passo a análise do mérito.

As infrações 1 e 2 foram apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, sendo na primeira infração imputada ao Recorrente a responsabilidade por solidariedade relativamente ao imposto por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal.

Já na segunda infração está sendo cobrado o imposto por antecipação, sobre o valor acrescido, relativamente às operações subsequentes das mesmas mercadorias objeto da infração 1, por tratarem-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Provadas as aquisições de produtos sem documentação fiscal, o adquirente assume a

responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias de forma irregular, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária).

A empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de produtos enquadrados no regime de substituição tributária.

O argumento recursal de que as planilhas refeitas estão incompreensíveis não merece prosperar, haja vista que as retificações foram feitas com base nas alegações do próprio sujeito passivo de que não deveria ser utilizado o preço médio das entradas de gasolina e óleo diesel praticados por distribuidores, mas sim os valores médios praticados pelas refinarias de petróleo.

Pelo recibo de fls. 1092/1093, verifica-se que o Recorrente recebeu cópia da informação fiscal e demonstrativos bem como tabelas do COTEPE onde verifica-se qual foi a MVA aplicada.

Na hipótese concreta dos autos, o que se depreende dos elementos informativos deles constantes, é que nenhuma razão assiste ao recorrente, pois, tratando o caso de matéria eminentemente fática, o sujeito passivo não apresentou, em sede recursal, qualquer elemento probatório capaz de modificar o julgamento hostilizado.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, II, "d" e III da Lei, nº 7.014/96.

Por fim, deixo de apreciar pedido de inconstitucionalidade, por falecer a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **298938.0302/13-6**, lavrado contra **POSTO FIDELIDADE LTDA. (POSTO AVENIDA 2)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$110.756,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$34.562,44, 70% sobre R\$43.523,29 e 100% sobre R\$32.670,39, previstas no art. 42, incisos II, "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade competente para que, em nova ação fiscal, a diferença do ICMS apontada pelo autuante possa ser exigida.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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