

PROCESSO - A.I. Nº 0362981-3/97
RECORRENTE - SPORT CAR COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (DELSON A. MARTINS & CIA. LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0127-03/03
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 01.08.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0408-11/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. ENTRADAS DE MERCADORIAS (ÓLEOS LUBRIFICANTES E GRAXAS) SEM DOCUMENTOS E OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Efetivamente, por se tratar de mercadoria sujeita à substituição tributária, a responsabilidade do pagamento do imposto seria do substituto tributário desde que fosse possível a sua identificação, e as operações estivessem acobertadas por notas fiscais idôneas. Como não constam no PAF quaisquer elementos que comprovem o efetivo recolhimento antecipado do ICMS, este é devido pelo estabelecimento que adquiriu tais mercadorias, desacompanhadas de documentação fiscal. Diligente apura o cometimento de equívocos no levantamento fiscal, reduzindo o montante do débito exigido. Razões recursais desprovidas de provas capazes de reformar a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de advogado devidamente habilitado nos autos do processo, respaldado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, em face ao julgamento proferido na 1ª Instância ter julgado o item 1, Procedente em Parte, mediante o Acórdão nº 0127-03/03.

A acusação fiscal aponta as seguintes infrações:

1. Omissão de entradas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, detectada através de levantamento físico dos estoques no valor de R\$86.643,47 – (Base de Cálculo – R\$509.677,44);
2. Omissão de entradas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária, verificadas através do levantamento físico de nos meses de fevereiro/96 – R\$2.511,09, março/96 – R\$1.883,53, abril/96 – R\$1.165,43, maio/96 – R\$700,38, junho/96 – R\$780,19, julho/96 – R\$1.116,27, agosto/96 – R\$710,32, setembro/96 – R\$136,02, outubro/96 – R\$292,90, novembro/96 – R\$901,38 e dezembro/96 – R\$792,29;

3. Omissão de entradas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária evidenciada pela emissão irregular de notas fiscais de entradas, relativo a Nota Fiscal nº 0203 da C&D Comercial de Produto automotivo e Industriais Ltda., ICMS de R\$5.967,00.
4. Omissão de entradas de mercadorias detectadas em levantamento quantitativo de estoque no valor de R\$48.754,32, referente ao exercício de 1997, em estoque aberto.

A Decisão recorrida proferida no julgamento da 3ª JF - Acórdão nº 0127-03/03 tomou por base os valores apurados pelo diligente da ASTEC às fls. 586 a 592 onde aponta omissão de entradas através de levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 1996 no valor de R\$85.651,79 (exercício fechado) e manteve o valor de R\$48.754,32 de 1997 (exercício aberto 01/01 a 04/02/97), e quanto aos itens 2 e 3, o julgamento da 3ª JF Acórdão nº 0043/99 foi mantido na 2ª CJF através do Acórdão nº 0258/00 que considerou Improcedente os itens 2 e 3. Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração (item 1), e o valor do item 4, cujo valor do débito remanesceu no total de R\$134.406,11, (R\$85.651,79 + R\$48.754,32).

O autuado ao tomar ciência da Decisão da 1ª Instância, se mostrou irredimido, com a mesma e apresentou o Recurso Voluntário onde diz que a exigência fiscal não pode prosperar porque o imposto estaria sendo exigido pela 3ª vez.

Alega que as mercadorias tidas como “entradas omitidas” são submetidas ao regime de substituição tributária e já foram tributadas no estabelecimento remetente (DISLUBRE) e que a mesma enviou as mercadorias ao recorrente, em estado de emergência, devido a uma inundação que alagou as instalações daquela empresa sendo que essa foi a razão da não emissão dos documentos, ou sem que os documentos fiscais houvessem sido emitidos.

Assevera que o imposto já teria sido pago antecipadamente pela substituição tributária, e a fiscalização lavrou o Auto de Infração nº 5566451/95, que teria atendido a uma denúncia, e o mesmo já foi julgado Procedente pelo CONSEF, o que coube à empresa a pagar pela 2ª vez pelo ICMS, incidente sobre a mesma mercadoria.

Alega que o Fisco busca cobrar pela 3ª vez o imposto sobre as mesmas mercadorias e este aspecto não foi observado pelo diligente, que se limitou a assinalar que a autuação anterior era de 1995, enquanto que a autuação que se referia era de 1996/97.

Afirma que as mercadorias referentes a 1995 ou foram vendidas em 1996 ou em 1997, e para que a Junta de Julgamento Fiscal mantivesse subsistente a autuação deveria excluir a parcela já tributada (1995) anteriormente.

Impugna a adição ao CMV de 30% de MVA onerando a base cálculo, porque não houve omissão de saída e o que se apurou foi omissão de entrada.

Conclui requerendo reforma da Decisão para julgar o item 1 Improcedente.

A PGE/PROFIS solicitou diligência à fl. 652, porque considera que sendo a matéria eminentemente fática, diante das dúvidas suscitadas pelo recorrente, em sede recursal, não foram totalmente dirimidas, e sugere que mais uma vez o processo retorne à ASTEC para complementar a diligência fiscal esclarecendo o questionamento que considera indispensável para que possa exarar o Parecer conclusivo, “se a exigência fiscal relativa ao item 1 (omissão de entradas de mercadorias) já foi objeto de regularização através de ação fiscal anterior”.

A diligência foi indeferida sob o fundamento de que a resposta à indagação da representante da PGE/PROFIS, já foi esclarecida na diligência realizada pela ASTEC, à fl. 586 dos autos. O

indeferimento da diligência foi votado na sessão realizada, em pauta suplementar, onde a então relatora do PAF, expôs as razões que ensejavam o indeferimento que foram acatadas pelo demais membros dessa Câmara de Julgamento Fiscal.

A PGE/PROFIS exarou Parecer, onde conclui que os argumentos jurídicos expendidos nas razões recursais não são capazes de provocar revisão no Acórdão recorrido.

Considerou que as infrações constatadas pelo preposto fiscal restaram identificadas e comprovadas no lançamento *sub judice*. Observou que o lançamento se reporta a omissão de entradas apuradas no levantamento quantitativo de estoques do exercício de 1996, e o argumento do recorrente foi dirimido e rechaçado pela diligente da ASTEC. Opinou pelo Não Provitimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente devo assinalar que não se trata de Recurso de Ofício, uma vez que o Acórdão aprecia apenas o item 1 do Auto de Infração, tendo em vista que os itens 2 e 3 foram considerados Improcedentes na apreciação de Recurso de Ofício, pela 2ª CJF, através do Acórdão nº 0258/00. Logo, apenas o item 1 é objeto deste processo, cujo valor inicial do débito era de R\$86.643,47 referente ao exercício de 1996 e R\$48.754,32 relativo ao período de janeiro a fevereiro de 1997, totalizando R\$135.397,79. E os valores que foram objetos de nova Decisão na 1ª Instância foram os itens 1 e 4 que se referem a levantamento quantitativo.

Assim, o valor remanescente de R\$134.406,11, em razão da sucumbência do crédito em R\$991,68, não requer o reexame obrigatório através de Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “a” do RPAF/99, nem se constitui na hipótese do art. 23, VI do Regimento Interno (Decreto nº 7592/99), como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal.

Verifico que o julgamento do Recurso de Ofício pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão nº 0258/00 foi Provido, devolvendo os autos à 1ª Instância para proferir a Decisão de mérito, referente ao item que foi considerado Nulo no julgamento proferido pela 3ª JJF mediante o Acórdão nº 0043/99, e foi determinando que fosse aplicado o art. 372, I do RICMS/96, que prevê para hipótese de aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado havendo convênio ou protocolo determinando a substituição tributária entre a unidade federativa de onde proveu as mercadorias e a Bahia, que o ICMS a ser retido será calculado com a aplicação dos percentuais de margens de lucro, previstos no acordo interestadual, e caso o remetente não tenha feito a retenção ou tenha feito em valor inferior ao devido, o adquirente ficará obrigado a efetuar o pagamento do imposto ou sua complementação, adotando-se o previsto no inciso I do mesmo artigo, no prazo do art. 125, I, “c”, item 1 e 2 do mesmo regulamento.

Neste sentido, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal promoveu diligência para verificar a procedência das alegações do autuado conforme fls. 582 a 585 dos autos, sendo a referida diligência levada a efeito conforme fls. 586 a 592, tendo a Decisão da 1ª Instância, se pautado na diligência e considerado o item 1 Procedente em Parte, e quanto os itens 2 e 3 que já tinham sido julgados no Acórdão nº 0043/99 e mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão nº 0258/00, votou pela Improcedência dos mesmos.

Logo, o presente processo trata apenas do item 1. Assim, passo ao exame de mérito do referido item que se constitui o objeto do Recurso Voluntário

O argumento do recorrente de que a exigência fiscal já teria sido objeto de outro Auto de Infração além do imposto já ter sido antecipado por substituição tributária, e que essa acusação

prevalecendo demandaria em uma terceira cobrança de imposto, não prospera, uma vez que não se trata da mesma mercadoria, porquanto o lançamento *sub examine*, foi apurado mediante a constatação de diferenças de entradas, através de levantamento quantitativo de estoques relativo ao exercício de 1996, conforme constam de fls. 34 a 38 e 39 a 352 dos autos. E a infração 4 se refere a estoque aberto no exercício de 1997, conforme fls. 18 a 22 e o Termo de Apreensão nº 012201 à fl. 17 dos autos.

Entendo que não prevalecem as alegações aduzidas pelo recorrente porque o objeto da lide é levantamento quantitativo do exercício de 1996, em que o autuante tomou por base os estoques inventariados em 31/12/95 como estoque inicial, e as entradas, saídas e o estoque final existente em 31/12/96. Por outro, lado o contribuinte não demonstra que as mercadorias sem emissão dos documentos fiscais regularizados como o citado Auto de Infração de nº 0556451/95, lavrado no mês de abril de 1995, sejam os mesmos inventariados em 31/12/95, ou seja que não comercializou mercadorias no decorrer desse exercício.

Considero acertado o julgado recorrido ao acolher os valores apurados pelos diligentes da ASTEC que apontou o valor da omissão de entradas do exercício de 1996 no valor de R\$85.651,79.

Entendo que ao recorrente não assiste razão quando contesta a aplicação da MVA de 30%, embora se trate de omissão de entrada apurada através de levantamento físico, e de acordo com o art. 60, inciso I, alínea “b” do RICMS/96 (Decreto nº 5444/96), o valor do custo corresponderá ao preço médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie da mercadoria.

Ressalte-se, ainda, que a Portaria nº 445/98 que orienta o procedimento na realização de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, dispõe no art. 8º, inciso I que a determinação da base de cálculo na presunção de receita não contabilizada (art. 2º, §3º do RICMS) será feita em função dos preços médios das compras efetuadas no último mês de aquisição, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicional (art. 6º, II, “b” do RICMS/97).

Ocorre que as mercadorias em questão, estão sujeitas à antecipação do imposto, e a diligência levada a efeito pela ASTEC corrigiu os erros existentes. Mas, o caso em tela, não se trata, ainda que apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, de aplicação da regra acima referida, por que para a hipótese de mercadorias enquadradas na substituição tributária, e sujeitas à antecipação, dever-se-á dar às mercadorias o tratamento fiscal previsto no art. 372, inciso II do RICMS/97 que determina a aplicação dos percentuais de margens de lucros constantes do acordo interestadual, na hipótese da não comprovação da retenção, pelo remetente, ou quando feito em valor inferior ao devido. Neste caso, não obstante a apuração feita através de levantamento quantitativo de estoques, a determinação da base de cálculo do imposto é feita consoante o artigo supra referido.

Cito o voto discordante proferido pelo Conselheiro Ciro Roberto Seifert, na Decisão prolatada no Acórdão nº 0043/99, que considerou Procedente, relativamente ao item 1, objeto deste Recurso Voluntário, que ora transcrevo parte do referido voto:

“Item 1 – Discordo do Voto do Relator, quando, pelo fato de se tratar de mercadoria sujeita a substituição tributária, afirma que a responsabilidade do pagamento seria do sujeito passivo por substituição, no caso a Distribuidora.

O fulcro desta acusação é entrada de mercadoria (lubrificantes e graxas) sem documentação fiscal – apurada através de levantamento quantitativo por espécie. Por se tratar de mercadoria sujeita à substituição, o pagamento do imposto se daria pelo substituto tributário, desde que houvesse como identificá-lo e a operação estivesse

acobertada por nota fiscal idônea. No caso, uma vez que no processo não constam quaisquer elementos que possam comprovar o efetivo recolhimento antecipado, este é devido pelo estabelecimento que adquiriu tais mercadorias desacompanhadas dos respectivos documentos fiscais. Portanto, meu voto é pela procedência deste item da autuação...”

Deste modo, considero que a infração restou caracterizada e a Decisão proferida na 1ª Instância no Acórdão ora recorrido deve ser mantida, sendo o meu voto pela NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **0362981-3/97**, lavrado contra **SPORT CAR COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA. (DELSON A. MARTINS & CIA. LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.406,11**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

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