

A. I. Nº - 298576.0006/03-0
AUTUADO - LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO
AUTUANTE - LUÍS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAC BRUMADO
INTERNET - 29.07.03

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0276-02/03

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO ABERTO. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO IMPOSTO, DEVIDO PELO FORNECEDOR, DA MERCADORIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, ENCONTRADA FISICAMENTE EM ESTOQUE OU SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte é responsável solidário pelo pagamento do imposto, devido pelo fornecedor, das mercadorias recebidas sem documentação fiscal, encontradas fisicamente em seu estoque, bem como do imposto de sua responsabilidade direta relativo à omissão de saídas. Exigências subsistentes; **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tais diferenças indicam que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as entradas, efetuou os seus pagamentos com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/05/03, refere-se a exigência do ICMS no valor de R\$13.625,47, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo ao período de 01/01/02 a 05/04/02, conforme documentos às fls. 8 a 68 dos autos, em razão da falta de recolhimento do imposto:

1. no valor de R\$1.068,04, inerente às mercadorias fisicamente em estoque, sujeitas ao regime normal de tributação, desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto devido pelo fornecedor, nos termos do art. 9º, I, e art. 15, I, da Portaria nº 445/98;
2. no valor de R\$316,07, decorrente de entradas de mercadorias sem documentação fiscal, com base na presunção legal de que os pagamentos de tais mercadorias, não contabilizados, foram efetuados com recursos provenientes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem emissão de documentos fiscais e também não contabilizadas, conforme art. 13, II, e art. 15, II, da Portaria nº 445/98, e
3. no valor de R\$12.241,36, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante art. 10, I, da Portaria nº 445/98.

O autuado, através de seus advogados, às fls. 71 a 93 do PAF, preliminarmente, requer que o Auto de Infração seja considerado nulo, sob a alegação de existir duplicidade da exigência fiscal, por considerar que todas três acusações referem-se a uma mesma infração, ressaltando que o enquadramento legal das mesmas reportam-se a prazo de recolhimento, base de cálculo, responsabilidade por substituição tributária e obrigação de emissão de notas fiscais, sem caracterizar, portanto, situações diversas que pudessem sofrer imputação de obrigação também diversa, vez que se referem ao mesmo período. Cita decisão da JJF nº 043/99 neste sentido.

Em seguida, ainda como preliminar de nulidade do lançamento, argüi cerceamento do direito de defesa em razão:

- da falta de fundamentação legal, uma vez que o autuante deixou de apresentar ao autuado os demonstrativos e os levantamentos quantitativos de estoque, os quais são meios de prova essenciais à materialidade da infração;
- da falta de clareza na imputação das infrações à legislação tributária estadual, restringindo o direito de defesa do autuado, em face da omissão de prova das aludidas infrações, o que impele na falta de clareza nos termos utilizados, tornando o lançamento eivado de vício insanáveis que acarretarão em sua nulidade, como tem entendido os membros do CONSEF;
- do princípio da territorialidade, visto que a atividade administrativa de um Estado não interfere em outra unidade, do que se conclui que a legislação produzida pelo ente político vigora no seu território e, fora dele, tão somente nos estritos limites em que lhe reconheça, por extraterritorialidade, os convênios/protocolos de que participem. Assim, conclui que há convênios firmados entre o Estado da Bahia e os Estados remetentes, que são legítimos para regulamentar a incidência do ICMS nas operações interestaduais entre estes Estados;
- da ilegitimidade passiva, por não se considerar responsável pela suposta obrigação diante da vigência dos infracitados convênios, uma vez que a obrigação de responder pelo pagamento do imposto antecipado cabe aos remetentes, os quais já foram recolhidos através de DAE. Cita jurisprudência.

No mérito, reitera que as mercadorias são objeto de substituição tributária e em razão disso já tiveram seu imposto pago antecipadamente, não restando qualquer responsabilidade ao destinatário, cuja exigência acarretará o enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia decorrente da dupla exigência do mesmo imposto do remetente e do destinatário numa flagrante ilegalidade. Assim, pede que se decrete a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 106 e 107 dos autos, ressalta que foram entregues ao autuado cópias dos demonstrativos e levantamentos elaborados, nos quais consignam as diferenças apuradas das diversas mercadorias arroladas na auditoria de estoque, possibilitando ao contribuinte, caso fosse seu desejo, exercitar em sua plenitude o direito de ampla defesa, cujas infrações apuradas foram enquadradas com base no Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Entende não proceder o princípio da territorialidade, visto que foi verificado omissões de entradas e omissões de saídas, com conseqüente falta de recolhimento do ICMS, como também não ter pertinência a alegação de ilegitimidade passiva, pois as infrações exigidas são de responsabilidade do autuado, conforme prevê a legislação, logo descabe o pleito da nulidade do lançamento fiscal. Por fim, conclui que o autuado não apresenta nenhum levantamento para contraditar com os elaborados pelo autuante, no sentido de apontar eventual erro incorrido, o que conforme previsto no 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 fiscal. Assim, mantém na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$13.625,47, apurado mediante auditoria de estoque no período de 01/01/02 a 05/04/02, conforme documentos às fls. 8 a 68 do PAF.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade argüidas às razões de defesa, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, sendo impertinente as alegações de que ocorreu:

- duplicidade entre as exigências consignadas no lançamento do crédito tributário por se tratar de repetição do fato gerador no mesmo período. Tratam-se de infrações diversas e relativas a mercadorias também diversas, conforme será posteriormente analisado, não existindo cobrança do imposto em duplicidade;
- cerceamento do direito de defesa em razão do autuado não ter recebido os demonstrativos e os levantamentos quantitativos de estoque. Constata-se, às fls. 26, 28, 51, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 67 e 68 dos autos, que o contribuinte declara o recebimento de todos os demonstrativos, analíticos e sintéticos, da auditoria fiscal procedida;
- cerceamento do direito de defesa decorrente da falta de clareza na imputação das infrações à legislação tributária estadual, em face da omissão de prova das aludidas infrações. Os aludidos demonstrativos consubstanciam as irregularidades apuradas, os quais foram comprovadamente entregues ao autuado, proporcionando-lhe, plenamente, o exercício do seu direito de defesa;
- cerceamento do direito de defesa em razão da existência de convênios firmados entre a Bahia e os Estados remetentes, que responsabilizam os fornecedores pelo pagamento do imposto antecipado, os quais já foram recolhidos através de DAE, acarretando na ilegitimidade passiva do autuado. O Auto de Infração exige o imposto relativo às mercadorias entradas no estabelecimento do contribuinte sem documentação fiscal que comprove sua origem ou o pagamento do imposto devido, sendo consideradas em situação irregular no território baiano, conforme §2º do art. 911 do RICMS/BA, e, consequentemente, de responsabilidade do autuado. Portanto, tais mercadorias não se confundem com as mercadorias recebidas com documento fiscal, as quais foram devidamente consideradas no levantamento fiscal e, mesmo assim, resultou nas diferenças apuradas.

Quanto ao mérito, observa-se que a impugnação do sujeito passivo limita-se a reiterar as preliminares de nulidade, já afastadas, sem que apresentasse qualquer demonstrativo que viesse a contrariar os números apurados pela fiscalização. Portanto, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, consoante o art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Contudo, de forma didática, deve-se ressaltar que a primeira infração diz respeito ao desdobramento das omissões de entradas apuradas, consoante demonstrativo às fls. 60 a 62 dos autos, relativas às mercadorias tributadas pelo regime normal de apuração do ICMS, as quais ainda faziam parte do estoque físico apurado, conforme “Declaração de Estoque” às fls. 08 e 09 do PAF. Assim, à fl. 63 dos autos, foi demonstrado que das 176 caixas de “Extrato de Tomate CPS 24x260” entradas sem notas fiscais (fl. 60), 64 caixas ainda se encontravam no estoque do autuado, sendo o mesmo responsável solidariamente, na condição de detentor, pelo imposto devido pelo fornecedor, cuja operação de aquisição ocorreu sem documento fiscal e sem recolhimento do tributo, nos termos do art. 39, inciso V, do RICMS/BA e do art. 9º, inciso I, da Portaria nº 445/98. O mesmo verifica-se para os demais produtos relacionados à fl. 63 do PAF.

Relativo à segunda infração, por consequência, decorre da parte remanescente do citado desdobramento das omissões de entradas das mercadorias tributadas, acima referidas, conforme demonstrado à fl. 64 dos autos, por não mais se encontrarem no estoque físico do contribuinte. No exemplo acima inerente à omissão de entradas das 176 caixas de “Extrato de Tomate CPS 24x260”, das quais 64 caixas ainda se encontravam no estoque, a exigência é relativa às 112 caixas. Assim, nos termos do art. 9º, inciso II, da aludida Portaria nº 445/98, e consubstanciado na presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujas receitas não contabilizadas foram empregadas no pagamento das entradas não registradas, conforme apurado no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu, é procedente a exigência do ICMS reclamado.

Finalmente, a terceira infração diz respeito a exigência do imposto, na condição de responsável solidário, inerente as omissões de entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante demonstrativo à fl. 65 dos autos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298576.0006/03-0, lavrado contra **LÍVIA OLIVEIRA CARNEIRO CARDOSO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.625,47**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

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

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/ RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR