

**PROCESSO** - A.I. Nº 298951.0714/03-0  
**RECORRENTE** - POSTO DE SERVIÇOS DOM EDUARDO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0488-04/03  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 12.03.04

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0036-11/04

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Efetuada a correção no cálculo do imposto. As razões aduzidas no recurso não modificam o julgamento de 1ª Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, em razão de o julgamento de 1ª Instância - 4ª Junta de Julgamento Fiscal ter proferido Decisão pela Procedência Parcial do Auto de Infração - Acórdão nº 0488-04/03.

A acusação fiscal aponta as seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$5.087,16, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo ao ano de 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$1.612,12, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo ao ano de 2002.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.828,15, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, relativos aos anos de 2003.

4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$579,34, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, relativo ao ano de 2003.

Consta no relatório da Junta de Julgamento Fiscal que o autuado, impugnou o lançamento tributário alegando que o combustível (álcool) é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da Distribuidora.

Alegou que referente ao exercício de 2002, o autuante não considerou a entrada de 15.000 litros de álcool, através das Notas Fiscais nºs 055106 e 052477, emitidas pela Petrobrás Distribuidora S/A, fato que anula a omissão de entradas.

Asseverou quanto ao exercício de 2003, que os autuantes também não levaram em conta a entrada dos 15.000 litros de álcool, através da Nota Fiscal nº 004818, emitida pela empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, pelo fato de a inscrição estadual da emitente se encontrar cancelada. E ao final requereu a Improcedência do Auto de Infração.

Foi relatado ainda que um dos autuantes ao prestar informação fiscal, justificou a não inclusão de notas fiscais de entradas que só foram apresentadas agora na defesa, relativamente ao exercício de 2002, e quanto ao exercício de 2003, confirmou o procedimento fiscal, alegando que referente às notas fiscais da empresa que se encontrava com inscrição cancelada, não levou em conta no levantamento fiscal, respaldado no art. 209, VII, “a” e “b” do RICMS/BA, tendo juntado novos demonstrativos com as correções devidas.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, tendo em relação às infrações 1 e 2, referente ao exercício de 2002, considerado que razão assistia ao contribuinte, pois, se trata de documentos emitidos pela Petrobrás Distribuidora S/A, os quais comprovam a entrada de 15.000 litros de álcool, através das Notas Fiscais nºs 055106 e 052477, fato que inclusive foi acatado pelo autuante.

E, tomando por base o demonstrativo do autuante de fl. 62, manteve os valores das referidas infrações em R\$119,23 (Infração 1) e R\$37,78 (Infração 2).

Em relação às Infrações 3 e 4, referente ao exercício de 2003, não acatou o argumento defensivo por entender que o emitente teve sua inscrição cancelada em 16/10/02, data anterior à emissão das notas fiscais (09/05/03), sendo, portanto, documento inidôneo para documentar a operação, em conformidade com o disposto no art. 209, VII, “a” e “b” do RICMS/97. Manteve integralmente os valores exigidos relativamente a estes itens, julgando assim, Procedente em Parte o Auto de Infração.

Eis na íntegra o voto do relator:

*“Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança do imposto, fl. 44, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.*

*Da análise das peças que compõem o presente PAF, constato que os auditores fiscais, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apuraram a falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a*

*respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infrações 1 e 3), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infrações 2 e 4).*

*Em sua peça defensiva o autuado argumentou que os autuantes deixaram de computar no levantamento fiscal algumas compras efetuadas pela empresa do produto álcool, juntando como prova, cópias das notas fiscais de aquisições. Ao prestar a Informação fiscal, um dos autuantes acatou parcialmente as notas fiscais apresentadas.*

*Em relação às Infrações 1 e 2, referente ao exercício de 2002, entendo razão assistir ao contribuinte, pois trata-se de documentos emitidas pela Petrobrás Distribuidora S/A, as quais comprovam a entrada de 15.000 litros de álcool, através das Notas Fiscais n<sup>º</sup> 055106 e 052477, fato que foi acatado pelo autuante.*

*Assim, conforme demonstrativo elaborado durante a Informação Fiscal, fl. 62, às referidas infrações restaram parcialmente caracterizadas em R\$ 119,23 (Infração 1) e R\$ 37,78 (Infração 2).*

*Em relação às Infrações 3 e 4, referente ao exercício de 2003, entendo que o argumento defensivo de que não foram computadas a compra de 15.000 litros de álcool, através da Nota Fiscal de n<sup>º</sup> 004818, de emissão atribuída a Sampaio Coml. Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., não pode ser acolhido, uma vez que o pseudo-emitente teve a sua inscrição cancelada em 16/10/2002, data anterior à emissão das notas fiscais (09/05/03), sendo, por tanto, documento inidôneo para documentar a operação, em conformidade com o disposto no art. 209, VII, “a” e “b”, do RICMS/97.*

*Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o autuado não tinha conhecimento do cancelamento da Inscrição Estadual da emitente, pois o disposto no art. 142, I, determina que é uma obrigação do contribuinte exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE), sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido.*

*Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercício de 2002 e 2003 e por ser o produto álcool mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria n<sup>º</sup> 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:*

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);*
- 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, 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”).*

*Com base na explanação acima, considero totalmente corretas as infrações 3 e 4.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de Infração na importância de R\$ 2.564,50 .”*

Intimado da Decisão AR fl. 81 dos autos, o contribuinte tempestivamente interpôs Recurso Voluntário – fls. 89 a 91 dos autos – onde pede a Improcedência do Auto de Infração com as seguintes razões aduzidas na peça processual:

1. que a exigência do pagamento do imposto e da antecipação tributária representa um verdadeiro confisco contra o autuado que pagou pelo produto à Distribuidora, com valor do imposto agregado ao preço, em face da substituição tributária.
2. que a responsabilidade de pagar o tributo devido é da Distribuidora, que já embute no valor da venda ao posto revendedor, a parcela do ICMS por expressa determinação legal, e que não pode o autuado ser responsabilizado pela sonegação se não houve pagamento por parte da Distribuidora.
3. Diz que agiu de boa-fé e não contribuiu para que a suposta infração pudesse acontecer.

A representante da PGE/PROFIS exarou Parecer onde considera que os argumentos apresentados no Recurso Voluntário são os mesmos já aduzidos na defesa inicial, de que o imposto seria indevidamente cobrado por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, onde já houve o recolhimento antecipado do tributo incidente na operação. Diz que essas razões não têm o poder de modificar a Decisão guerreada, e que estaria correta porque efetivamente o contribuinte não registrou entradas de mercadorias, e por essa razão foi exigido o imposto devido por substituição, e ainda o de responsabilidade própria do sujeito passivo. Conclui que a infração restou comprovada e que diante das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, as mesmas foram acatadas no julgamento tendo sido abatido o valor do imposto, Opinou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário e manutenção da Decisão recorrida.

## VOTO

Analisando os argumentos expendidos nas razões recursais, verifico que em se tratando de infração apurada através de levantamento quantitativo de estoque onde se constatou entrada de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, mercadorias essas sujeitas ao regime de substituição tributária nos exercícios de 2002 (fechado) e 2003 (aberto), foi exigido o imposto por responsabilidade solidária e o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Considero que a acusação fiscal procede, e as infrações apontadas, estão respaldadas na Portaria nº 445/98 no art. 10, inciso I, que determina a exigência do imposto, uma vez que, a responsabilidade solidária, neste caso, está respaldado no art. 39, inciso V do Regulamento vigente, e quanto à responsabilidade do próprio sujeito passivo respaldada no art. 915, II, “d” também do mesmo regulamento.

O art. 128 do CTN dispõe que a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, e a Lei Baiana (Lei nº 7014/96, no art. 6º, inciso IV) estabeleceu que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação inidônea.

Verifico que à fl. 12 dos autos, o levantamento tomou por base os valores constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis, onde se coletaram os estoques existentes nos exercícios autuados.

Assim, o recorrente não logra elidir a acusação com os frágeis argumentos de que cabe a Distribuidora o pagamento do imposto ao efetuar a venda da mercadoria, uma vez que, não traz comprovante de que o imposto foi efetivamente pago pelo emitente das referidas notas fiscais.

Ademais, consoante preconiza o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal.

Deste modo, considero que o julgamento recorrido apreciou corretamente as infrações, e quanto ao exercício de 2003 não acolhendo a Nota Fiscal Cancelada nº 4818 por se tratar de documento inidôneo nos termos no art. 209, inciso VII, alínea “a” e “b” do RICMS/BA, comungo do mesmo entendimento, uma vez que, nestas circunstâncias, o documento faz prova apenas a favor do Fisco. E assim, concordando com o opinativo da PGE/PROFIS voto pelo NÃO PROVIMENTO deste 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 **298951.0714/03-0**, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇOS DOM EDUARDO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.564,50**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.947,38 e 60% sobre R\$617,12, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS