

A. I. Nº - 088502.0011/03-2
AUTUADO - POSTO MODELO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ANÍBAL BASTOS TINÔCO
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET - 02. 04. 2004

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-04/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Descabe a exigência fiscal face ao disposto no art. 10 da Portaria 445/98. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve ser exigido o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração caracterizada em relação a infração 2 e parcialmente em relação a infração 5. **c)** MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE OU QUE TENHA SAÍDO SEM TRIBUTAÇÃO. Deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Foram efetuadas correções nos levantamentos quantitativos. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/08/03, exige ICMS no valor total de R\$ 38.248,41, em decorrência das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, sendo as duas primeiras em exercício fechado e as três últimas em exercício aberto:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 2.334,67, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 739,86, devido 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 a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadoria enquadrada na substituição tributária.

3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 24.780,73, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas, sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas.

4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 1.928,88, pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de registro de entradas de mercadoria.

5. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 8.464,27, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado apresentou defesa tempestiva, fls. 55 a 60, e referindo-se ao levantamento quantitativo de estoques do exercício fechado de 2002 (infrações 1 e 2), alega que as omissões de entradas encontram-se justificadas pelas Notas Fiscais de Entradas nºs 1.433, 1.456, 17.283 e 16.170. Assevera que não pode ser responsabilizado pelo fato de o TRR – Juazeiro Com. Derivados de Petróleo estar com a inscrição cadastral cancelada, pois não havia como saber dessa condição da empresa. Diz que o fisco estadual deveria ter apreendido os talonários fiscais que estavam em poder da referida empresa. Frisa que adquiriu a mercadoria de boa-fé e que efetuou o pagamento da mesma (fls. 62, 62-A e 62-B). Salienta que apenas a Nota Fiscal nº 1.433 foi emitida após a baixa do TRR – Juazeiro Com. Derivados de Petróleo, que ocorreu em 29/10/02 (fls. 64 a 67).

No que tange ao levantamento quantitativo de estoque referente ao exercício aberto de 01/01/03 a 10/06/03 (infrações 3, 4 e 5), o defensor diz que a infração 3 não delimita a causa de pedir, pois não especifica em qual período anterior ocorreram as omissões de saídas, o que cerceou o seu direito de defesa e implica nulidade da infração.

De acordo com o defensor, não ocorreu qualquer omissão no levantamento quantitativo em exercício aberto, pois no citado período não houve a compra de 60.381,9 litros de álcool. Afirma que o demonstrativo de fl. 19 não retrata a verdade dos fatos. Explica que, no período de 01/11/02 a 21/05/03, não houve registro no LMC, uma vez que a vendagem de álcool carburante caiu em razão do aumento de preço. Assevera que o LMC apresentava em 06/10/03 a leitura de 268.251 litros, conforme declarações e vídeos anexados às fls. 69/70 e 261. Além dos documentos já citados, às fls. 72 a 78, foram anexadas cópias de notas fiscais de entradas e, às fls. 82 a 260, cópias de páginas de LMCs. Ao final, solicita a nulidade da infração 3, pede a realização de perícia e apresenta quesitos a serem respondidos pelo perito.

Na informação fiscal, fl. 264, o autuante não acata a alegação defensiva pertinente ao erro da leitura do encerrante de álcool hidratado, uma vez que já decorreram mais de quatro meses da autuação. Diz que a leitura constante na fita de vídeo deveria ser feita na presença de preposto do fisco para poder servir como prova. Quanto às Notas Fiscais de Entradas nºs 440 (fl. 76) e 608 (fl. 72), diz que as mesmas estão fora do período fiscalizado e que as de nºs 20272 e 20214 não são referentes a álcool. Em relação às notas fiscais emitidas pelo TRR – Juazeiro, diz que elas não podem ser aproveitadas porque foram emitidas por contribuinte que se encontrava com a inscrição cadastral cancelada desde 31/10/00. Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado relativamente à infração 3, pois como se trata da exigência de imposto com base em uma presunção, não há como se indicar quando ocorreram as saídas anteriores.

Indefiro a solicitação de perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, nos termos do art. 147, II, “b”, do RPAF/99.

No mérito, observo que, relativamente ao levantamento quantitativo do exercício fechado de 2002 (infrações 1 e 2), o autuado diz que a omissão de entrada apurada é justificada pelas Notas Fiscais de Entradas nºs 1.433, 1.456, 17.283 e 16.170. Todavia, essa alegação defensiva não procede, uma vez que as Notas Fiscais de nºs 1.433 e 1.456, segundo o art. 209, VII, “b”, do RICMS-BA/97, são inidôneas, já que foram emitidas por uma empresa que se encontrava com a inscrição cadastral cancelada desde 31/10/00 e foi baixada em 29/10/02. Não acato as alegações que o autuado desconhecia a situação cadastral da vendedora, que agiu de boa-fé e que efetuou o pagamento da compra realizada, pois, de acordo com o art. 142, I, do RICMS-BA/97, os contribuintes do ICMS estão obrigados a “exigir do outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE)”. Quanto às Notas Fiscais nºs 17.283 e 16.170, as mesmas já foram devidamente consideradas pelo autuante.

Considero, portanto, que está caracterizada a omissão de entrada de 10.418 litros de álcool hidratado, conforme apurado pelo autuante no demonstrativo à fl. 39. Tendo em vista que o álcool hidratado está enquadrado no regime de substituição tributária, a exigência do imposto deve ser efetuada com a observância do disposto no art. 10 da Portaria nº 445/98, cujo teor transcrevo abaixo para um melhor entendimento do meu voto:

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.

Na infração 1 foi exigido imposto “com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas”. Com o devido respeito ao posicionamento do autuante, entendo que deveria ter sido exigido o imposto devido pelo autuado na condição de responsável solidário, conforme determina o artigo 10, inciso I, alínea “a”, da Portaria nº 445/98.

Saliento que este órgão julgador não pode exigir o imposto devido pelo autuado na condição de responsável solidário, pois haveria mudança no fulcro da autuação. Portanto, apesar de caracterizada a omissão de entrada de álcool hidratado, considero que a infração 1, da forma como foi exigido o imposto, não subsiste, devendo ser excluída da autuação.

Quanto à infração 2, a mesma está em consonância com o previsto no art. 10, I, “b”, da Portaria nº 445/98. Dessa forma, considero caracterizada a infração, sendo devido o valor nela exigido.

Relativamente ao levantamento quantitativo de estoque referente ao exercício aberto de 01/01/03 a 10/06/03, entendo que a leitura do contador de saída de álcool constante no “Mapa de Apuração de Entradas de Álcool Carburante” (fl. 19), apesar de assinada pelo representante do autuado, não reflete a verdade dos fatos. Ao analisar as fotocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (fls. 82 a 260), observo que as leituras posteriores ao dia 10/06/03 nele consignadas não ultrapassam a 268251, portanto, concluo que a leitura feita pelo autuante deve ser retificada. Adoto a primeira leitura feita após o dia 10/06/03 como a correta, isso é, 257107 (fl. 143V). Assim, a saída de álcool no período passa a ser de 1.999 litros (257107 - 255108).

No tocante às Notas Fiscais de Entradas nºs 440, 608, 20272 e 20214, as mesmas não devem ser consideradas, porque as duas primeiras são referentes a aquisições posteriores ao período fiscalizado e as duas últimas tratam de mercadorias estranhas ao levantamento.

O levantamento quantitativo elaborado pelo autuante deve ser retificado, para que se corrija a quantidade das saídas registradas de álcool de 65.381,9 litros para 1.999 litros, da seguinte forma:

DESCRÍÇÃO DAS MERCADOR. 1	UNID 2	QUANTIDADE						DIFERENÇAS		PREÇO MÉDIO R\$ 11	BASE DE CÁLCULO	
		ESTOQ INIC 3	ENTR c/ N.F. 4	TOTAL 3+4=5	ESTOQ FINAL 6	SAÍDAS REAIAS c/ N.F. 5-6=7	SAÍDAS c/ N.F. 8	ENTR s/ N.F. 8-7=9	SAÍDAS s/ N.F. 7-8=10		ENTRAD R\$ 9x11=12	SAÍDAS R\$ 10x11=13
ÁLCOOL	L	0	5.000	5.000	4.700	300	1.999	1.699	0	1,52	2.582,48	0,00

De acordo com o demonstrativo acima, o levantamento quantitativo de estoque passou a apresentar uma omissão de entrada de 1.699 litros de álcool hidratado. Tomando por base o demonstrativo acima e o artigo 10 da Portaria nº 445/98, passo a analisar as infrações 3, 4 e 5.

Infração 3 – Conforme o art. 10, da Portaria nº 445/98, transscrito acima, não há amparo legal para a exigência fiscal. Portanto, apesar de comprovada a omissão de entrada de 1.699 litros de álcool, a infração em tela não ficou caracterizada, devendo a mesma ser excluída da autuação.

Infração 4 – A infração está parcialmente caracterizada, sendo devido, por responsabilidade solidária, o ICMS referente às mercadorias encontradas em estoques ou que já saíram sem tributação (art. 10, I, “a”, da Portaria 445/98), no valor de R\$ 697,26, conforme demonstrado abaixo:

Mercadoria em estoque ou que já saída sem tributação: R\$ 2.582,48 (1.699 litros x R\$ 1,52).

(x) Alíquota: 27%

(=) ICMS devido: R\$ 697,26.

Infração 5 – Conforme disposto no art. 10, I, “b”, da Portaria 445/98, deve ser exigido do autuado, o 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”). Desse modo, na infração 5 está parcialmente caracterizada, sendo devido ICMS no valor de R\$ 220,97, conforme demonstrado abaixo:

Omissão de entrada: R\$ 2.582,48 (1.699 litros x R\$ 1,52)

(x) MVA: 31,69 %

(=) Base cálculo da substituição tributária: R\$ 3.400,86

(x) Alíquota: 27%

(=) ICMS devido: R\$ 918,23

(-) Crédito fiscal: Como a infração 4 não subsiste, não há crédito fiscal a utilizar.

(=) ICMS devido por antecipação tributária: R\$ 918,23.

Ressalto que as datas corretas de ocorrência e de vencimento da infração 2, são, respectivamente, 31/12/02 e 09/01/03 e não as indicadas pelo autuante.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 2.355,35, ficando o Demonstrativo de Débito, após as devidas correções, da seguinte forma:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
INFR.	CÓD. DO DÉBITO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA		VALOR DO DÉBITO (REAIS)
						UPF	%	
2	10	31/12/2002	09/01/2003	2.740,22	27%		60	739,86
4	10	10/06/2003	09/07/2003	2.582,48	27%		70	697,26
5	10	10/06/2003	09/07/2003	3.400,86	27%		60	918,23
VALOR TOTAL DO DÉBITO								2.355,35

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088502.0011/03-2, lavrado contra **POSTO MODELO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 2.355,35**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 697,26 e de 60% sobre R\$ 1.658,09, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR