

A. I. Nº - 298963.0051/03-8
AUTUADO - WELLINGTON NUNES DA HORA
AUTUANTE - ANTONIO CALMON ANJOS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 29.06.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. É devida a multa relativa à falta de cumprimento de obrigação acessória pelas saídas sem documentação fiscal de mercadorias não tributáveis. Autuado não contestou. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **c)** MERCADORIA EXISTENTE FISICAMENTE EM ESTOQUE. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária, estando ainda as mercadorias fisicamente em estoque ou saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Refeitos os cálculos mediante comprovação apresentada pelo autuado, ficou reduzido o imposto reclamado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/12/2003, refere-se à exigência de R\$6.524,91 de ICMS, e multa, conforme levantamento quantitativo de estoques, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, nos exercícios de 2001 e 2002, sendo exigida a multa de R\$90,00
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$2.055,76, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, 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, exercício de 2002.
3. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 06/10/2003, sendo exigida a multa de R\$50,00.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$949,83, 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 a substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 06/10/2003.

5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$3.379,32, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 06/10/2003.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 41 a 52 dos autos, alegando que o autuante equivocou-se ao imputar ao autuado as infrações, uma vez que todas as operações efetuadas foram devidamente escrituradas e o imposto decorrente das operações realizadas pelo estabelecimento foi objeto de antecipação tributária. Por isso, entende que os roteiros de fiscalização utilizados foram maculados com vícios diversos, portanto, pede que seja declarada a total nulidade do Auto de Infração. O defendente alegou que o CONSEF já se pronunciou no sentido de que o preceito contido no art. 4º da Lei nº 7.014/96 não pode agir por simples indício, sendo que o ônus da prova é do Fisco. Disse que é imprescindível que as provas do cometimento de uma de suas irregularidades sejam anexadas aos autos, uma vez que em Direito Tributário a prova é de quem alega, e no caso em tela o autuante formulou demonstrativos confusos, que destoam dos documentos apresentados pelo autuado quando da fiscalização, e nos demonstrativos o autuante deixou de considerar diversos documentos apresentados pelo contribuinte, atribuindo falta de legitimidade a documentos fiscais, inexistindo qualquer critério objetivo ou legal. Argumentou que no PAF não existe nenhuma documentação que indique ou prove a presunção, uma vez que o autuante limitou-se a confrontar as compras com os registros da bomba de combustível, detectou uma suposta omissão de saídas. Disse que foram contrariados princípios que regem os atos administrativos, como o princípio da segurança e da moralidade, e no momento em que o autuado apresenta elementos suficientes para que se proceda a fiscalização, não se admite presunção. Nesse sentido, citou o Acórdão JJF Nº 2096/00, e ensinamentos do Prof. Clélio Berti, além de decisões do próprio CONSEF.

Quanto ao mérito, o defendente alegou que os valores apurados no levantamento fiscal não poderiam e nem podem ser considerados reais, porque não refletem a realidade, o lançamento possui erro de metodologia em relação às quantidades contabilizadas pelo autuante, uma vez que essas quantidades destoam do quanto efetivamente comercializado no estabelecimento, o que ficará demonstrado com a juntada das notas fiscais de saída de álcool dos exercícios de 2002 e 2003, na assentada de audiência. Disse que tudo decorre fundamentalmente de erro na elaboração do demonstrativo de estoque. Ressaltou que neste tipo de auditoria são bastante comuns erros por parte de prepostos fiscais, sendo muitas vezes revisto pelo próprio órgão administrativo, conforme Acórdão JJF N 2505/98 e Acórdão JJF Nº 0523/01. Citou ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles nesse sentido. Por fim, o defendente pede que seja decretada a nulidade total do Auto de Infração, e se assim não for entendido, o autuado postula pela improcedência total.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 60 dos autos, dizendo que o levantamento quantitativo foi efetuado com a utilização do SAFA, que é um sistema automatizado aplicativo da SEFAZ, reconhecido por todos como simples e de claro entendimento, e nenhum documento idôneo foi desconsiderado. Mesmo assim, o autuado poderia ter trazido aos autos os supostos documentos não computados, e através do simples confronto com os dados lançados no levantamento fiscal, se poderia afastar as alegações apresentadas pelo defendente. Disse que o autuado insinuou que houve perdas em função de fenômenos extraordinários, mas não foi apresentada qualquer prova do acontecido. Ressaltou que se alguém vende mais do que aquilo que compra, é porque vende o que não comprou, ou vende o que comprou sem os documentos que acobertem sua compra.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou novas razões de defesa alegando que não adquiriu mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais. Disse que apresenta algumas notas fiscais de entrada desconsideradas pelo autuante quando da lavratura do Auto de Infração, e que não estão presentes na autuação os pressupostos que autorizam a presunção, pois o levantamento fiscal não se presta para sustentar a autuação em face da falta de critério, o que cerceia o direito de defesa. Assim, entende que não restou demonstrado pela autoridade fiscal qualquer omissão de mercadorias e a juntada aos autos das notas fiscais de entrada de álcool, fica comprovado que não houve a diferença apontada pelo autuante. Reitera o pedido para que seja julgada improcedente a autuação fiscal em questão.

Considerando as alegações do autuado de que constatou inconsistências no levantamento fiscal, anexando aos autos fotocópias de notas fiscais, fls. 72 a 76, esta JJF, mediante pauta suplementar, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante se pronunciar quanto aos documentos apresentados pela defesa, sendo atendido através da informação fiscal à fl. 84, na qual o autuante disse que não foram consideradas as notas fiscais de fls. 72, 73, 75 e 76, emitidas pelo contribuinte Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, por serem inidôneas, tendo em vista que a inscrição estadual do remetente encontrava-se cancelada, de acordo com os dados da própria SEFAZ. Quanto à NF nº 386, fl. 74 dos autos, não foi computada porque a sua emissão é posterior ao levantamento de estoque, conforme Declaração de Estoque de Combustível, datado e assinado pelo autuado.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da nova informação fiscal prestada pelo autuante, cuja ciência, datada de 27/04/2004, foi consignada na própria intimação à fl. 87 do presente processo, entretanto, não houve qualquer pronunciamento pelo sujeito passivo no prazo regulamentar.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa sob a alegação de que é imprescindível que as provas do cometimento de uma de suas irregularidades sejam anexadas aos autos; que o autuante formulou demonstrativos confusos, destoando dos documentos apresentados pelo autuado quando da fiscalização, observo que a autuação fiscal foi efetuada de forma compreensiva, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada. Ademais, da leitura da peça defensiva constato que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada e a base de cálculo do imposto exigido. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99 para decretar a nulidade do Auto de Infração.

A exigência fiscal é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/2001 a 06/10/2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto e multa, relativamente às diferenças encontradas.

Inconformado, o autuado alegou em sua defesa que constatou inconsistências no levantamento fiscal, conforme apontou nas razões de defesa, anexando aos autos, fls. 72 a 76, xerocópias de notas fiscais que não foram consideradas no levantamento fiscal.

Em relação à nota fiscal 0386, emitida em 22/10/2003, fl. 74, concordo com a informação do autuante de que o mencionado documento não deve ser considerado no levantamento fiscal, haja vista que foi emitido em data posterior à de apuração do estoque, conforme Declaração de Estoque datada de 06/10/2003, sendo essa a data do estoque final no levantamento em exercício aberto.

Quanto às notas fiscais de números 5109, 5239, 4803 e 4782, fls. 72, 73, 75 e 76 dos autos, emitidas pelo contribuinte Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, não foram computadas no levantamento fiscal porque a inscrição estadual do remetente encontrava-se cancelada.

Essa questão foi objeto de apreciação pela instância superior deste CONSEF, e de acordo com as decisões tomadas através da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdãos CJF 0086-11/04 e CJF 0087-11/04), mesmo que o remetente estivesse com sua inscrição cadastral cancelada no cadastro estadual desta SEFAZ nas datas da emissão das notas fiscais em análise, ainda assim, entende-se que a mercadoria foi adquirida com a respectiva nota fiscal.

Em razão disso, a mencionada CJF decidiu que não há que se falar em aquisição de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, mas sim, acompanhada de nota fiscal inidônea, podendo ou não, gerar a responsabilidade supletiva do autuado, quanto ao recolhimento do imposto.

Tomando como paradigma a decisão acima comentada, entendo que devem ser incluídas no levantamento quantitativo de estoques as quantidades de álcool consignadas nas notas fiscais de números 5109, 5239, 4803 e 4782, apresentadas pelo autuado em sua impugnação. Assim, o cálculo do imposto devido fica alterado conforme quadro abaixo:

ÁLCOOL										
ANO	EST INIC	ENTR C / NF	EST FINAL	SAIDAS REAIS	SAIDAS C/ NFs	OMISSÃO ENTRADAS	PREÇO UNIT MÉDIO	DIF VALORES MONETÁRIOS		
								OMISSÃO DE ENTRADAS		
								BASE DE CÁLCULO	ALIQ	IMP R. SOLID
	1	2	3	4 = 1+2-3	5	7 = 5 - 4	9	10 = 7 x 9	11	12 = 10 x 11
2002	9.879,60	49.500,00	1.651,00	57.728,60	64.994,90	7.266,30	1,05	7.629,62	27%	2.060,00

OBS: Entradas computadas no lev fiscal mais NF 5109

ANTECIPAÇÃO					
ANO	VALOR	MVA	B. C.	ALIQ	ICMS
2002	7.629,62	31,69%	2.417,82	27%	652,81

ÁLCOOL										
ANO	EST INIC	ENTR C / NF	EST FINAL	SAIDAS REAIS	SAIDAS C/ NFs	OMISSÃO ENTRADAS	PREÇO UNIT MÉDIO	DIF VALORES MONETÁRIOS		
								OMISSÃO DE ENTRADAS		
								BASE DE CÁLCULO	ALIQ	IMP R. SOLID
	1	2	3	4 = 1+2-3	5	7 = 5 - 4	9	10 = 7 x 9	11	12 = 10 x 11
2003	3.143,40	27.000,00	2.770,00	27.373,40	33.896,20	6.522,80	1,27	8.283,96	27%	2.236,67

OBS: Entradas computadas no lev fiscal mais NFs 5239, 4803 e 4782

ANTECIPAÇÃO					
ANO	VALOR	MVA	B. C.	ALIQ	ICMS
2003	8.283,96	31,69%	2.625,19	27%	708,80

Vale ressaltar, que em relação às notas fiscais emitidas pelo contribuinte Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda, cuja inscrição estadual do remetente encontrava-se cancelada, a exemplo da decisão proferida pela CJF, tomada como paradigma neste voto, recomendo a renovação do procedimento fiscal referente à citada distribuidora na condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto que deve ser substituído do contribuinte autuado, ou até, conforme o caso, ser exigido o imposto do autuado por supletividade.

As infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- As infrações 01 e 03 se referem a operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, sendo exigida a multa correspondente. Como se trata de

levantamento quantitativo de estoques, sendo apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII.

- É devido o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (INFRAÇÕES 2 e 5), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98, ficando alterados os valores exigidos de acordo com as modificações nos cálculos efetuadas neste voto.
- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 4), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e art. 39, V do RICMS/97, ressaltando-se que não foi exigido o imposto do autuado na mencionada condição de responsável solidário relativo ao exercício de 2002. Quanto ao exercício de 2003 houve agravamento do valor exigido, tendo em vista o equívoco no cálculo efetuado à fl. 31 dos autos, cujo demonstrativo levou em consideração somente o total em estoque. Assim, permanece o total originalmente apurado devendo ser exigido o valor remanescente ($R\$2.236,67 - 949,83 = R\$1.286,84$). Deve ser renovado o procedimento fiscal para a necessária cobrança do tributo devido, no valor de R\$2.060,00 (exercício 2002) e R\$1.286,84 (exercício 2003).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando as alterações quanto ao débito apurado, de acordo com o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO	MULTA	TOTAL
01	PROCEDENTE		90,00	
02	PROCEDENTE EM PARTE	652,81		
03	PROCEDENTE		50,00	
04	PROCEDENTE	949,83		
05	PROCEDENTE EM PARTE	708,80		
TOTAL	-	2.311,44	140,00	2.451,44

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298963.0051/03-8**, lavrado contra **WELLINGTON NUNES DA HORA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.311,44**, acrescido das multas de 70% sobre R\$949,83, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, 60% sobre R\$1.361,61, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR