

A. I. Nº - 232853.0010/03-8
AUTUADO - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - NILZA CRISPINA MACEDO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 22.07.04

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0265-02/04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, diferenças de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias estão fisicamente em estoque ou já saíram 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. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **c)** MERCADORIAS SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Quanto às 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. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2003, refere-se à exigência de R\$118.039,08 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades, mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, nos exercícios de 1998 a 2002, sendo exigida a multa de R\$209,13.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$95.571,09, na condição de responsável tributário, por adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, nos exercícios de 1998 a 2001.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$19.923,31, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de MVA, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, nos exercícios de 1998 a 2002.

4. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 16/09/2003, sendo exigida a multa de R\$50,00.
5. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.732,27, na condição de responsável tributário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 16/09/2003.
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$553,28, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de MVA, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2003 a 16/09/2003.

O autuado apresentou impugnação, fls. 209 a 222, se insurgindo contra o Auto de Infração, informando inicialmente que a sua atividade é de comércio a varejo de combustíveis e lubrificantes para veículos automotores, especialmente gasolina, óleo diesel e álcool, mercadorias adquiridas através de notas fiscais idôneas. Alegou que o Auto de Infração contém falhas grotescas, considerando que nas infrações 01 e 04 houve aplicação de multa formal, afirmando a autuante se tratar de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, já nas infrações 2, 3, 5 e 6 é exigido o ICMS por falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário e direto, por ter adquirido mercadorias de terceiros enquadradas no regime de substituição tributária. Citou o art. 356 do RICMS/97, ressaltando que a autuante prejudicou o direito Constitucional do contraditório e da ampla defesa, uma vez que na data de ciência do Auto de Infração apreendeu 86 folhas originais dos livros de Movimentação de Combustíveis, por isso, entende que houve cerceamento do direito de defesa porque deixou de ter em seu poder a seqüência lógica dos LMCs, acrescentando ainda, que foi concedido o prazo de 48 horas, e ainda que solicitado prazo maior, a autuante não admitiu que o deficiente concluísse a escrituração dos LMCs, bem como não aguardou a realização de seu encadernamento. Solicitou a reabertura do prazo de defesa, e além desse pedido, requereu a realização de diligência para que outro técnico da SEFAZ examine a veracidade dos fatos.

O deficiente argumentou ainda que no levantamento fiscal não foram observadas as exigências previstas na Portaria 445, além de não considerar as notas fiscais registradas nos LMCs, e não levou em consideração a perda de 0,6%, em razão da evaporação, conforme Portaria 283, de 02/06/1980. Citou decisão da 2ª CJF, destacando que as mercadorias comercializadas pelo autuado estão enquadradas no regime de substituição tributária cujo imposto é retido e recolhido pela Distribuidora, não cabendo ao autuado o pagamento de tributo. Citou o art. 354 e ensinamentos do tributarista Alfredo Augusto Becker.

Por fim, o deficiente aduziu que se for afastada a preliminar de nulidade e examinado o mérito, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, considerando que o imposto e a multa nele cobrados são indevidos, havendo ainda efeito confiscatório na imposição do ICMS e da multa pelo fato de que os valores e percentuais são vultosos e dessa forma estaria penalizando as atividades da empresa que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfação da pesada autuação.

A autuante apresentou informação fiscal, dizendo que as infrações foram apuradas de acordo com os demonstrativos acostados aos autos, cujos dados foram transcritos dos próprios registros constantes nos documentos e livros fiscais, inclusive nos LMCs apresentados, pertencentes ao

autuado. Disse que não tem procedência a alegação de cerceamento do direito de defesa por entender que a apreensão das folhas dos LMCs anexadas ao Auto de Infração, ocorreu para comprovar a veracidade dos fatos e lançamentos registrados na apuração do estoque e por estarem em folhas soltas, sem o devido encadernamento, podem ser emitidas novamente, uma vez que os registros encontram-se na base de dados da própria empresa, foram fornecidas photocópias ao representante da empresa juntamente com outros documentos arrecadados para a fiscalização.

Em relação ao prazo de 48 horas para apresentação dos livros e documentos fiscais disse que a empresa cumpriu durante todo o período da ação fiscal, a obrigação de encadernamento dos LMCs deveria ter sido cumprida há pelo menos quatro anos, uma vez que os documentos se referem a exercícios fechados, a partir de 1999, salientando que o inicio da ação fiscal se deu em 16/09/2003 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 29/12/2003, num período de 90 dias, ficando a fiscalização “a mercê da boa vontade da empresa para entrega de toda documentação”; a empresa teve 30 dias para conferir os termos constantes do Auto de Infração e elaborar a sua defesa, não podendo ser imputado ao Estado nenhum prejuízo pelo não cumprimento de obrigações principal e acessória.

Quanto às aferições relativas às saídas de evaporação, foram todas consideradas a favor do autuado, conforme planilha à fl. 14 dos autos, cujos dados foram extraídos dos registros no LMC, ressaltando que em relação à alegação de não considerar notas fiscais de saídas, modelo 1, se ocorreu emissão de NFVC é porque houve venda de combustível cuja saída do produto ocorreu pelo bico da bomba, por isso deve ser considerado na apuração do estoque apenas o que está registrado nos LMCs, caso contrário haveria duplicidade de saída, o que aumentaria a quantidade de entrada de mercadoria desacompanhada de documentos fiscais.

Considerando que não se encontram nos autos os demonstrativos referentes aos exercícios de 2001 a 2003, o presente processo convertido em diligência à Infaz Iguatemi para a autuante anexar os mencionados demonstrativos e ser providenciada a entrega de suas cópias ao autuado ou seu representante legal, e de acordo com a informação fiscal à fl. 232 a autuante juntou aos autos os elementos solicitados, ressaltando que não há necessidade de reabertura do prazo de defesa, uma vez que o autuado recebeu cópia de todo o levantamento fiscal quando da ciência ao Auto de Infração, conforme assinatura nos documentos que a autuante anexou ao PAF.

Conforme intimação à fl. 281 dos autos, foi encaminhada ao contribuinte cópia da informação fiscal e reaberto o prazo de defesa, cuja ciência consta na própria intimação, assinada pelo Sr. Nivaldo Santos, Gerente. Entretanto, decorrido o prazo regulamentar, não foi apresentado qualquer pronunciamento.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar a preliminar de nulidade suscitada na defesa do autuado sob a alegação de que houve cerceamento do direito de defesa, porque na data de ciência do Auto de Infração foram apreendidas 86 folhas originais dos livros de Movimentação de Combustíveis, por isso, alegou deixou de ter em seu poder a seqüência lógica dos LMCs, acrescentando ainda, que foi concedido o prazo de 48 horas, e ainda que solicitado prazo maior, a autuante não admitiu que o deficiente concluisse a escrituração dos LMCs, bem como não aguardou a realização de seu encadernamento.

Quanto às folhas do LMC, a autuante justificou que a apreensão e juntada aos autos ocorreu devido à possibilidade de a empresa emitir novas folhas idênticas, considerando que as

informações encontram-se na base de dados e arquivos do autuado, inexistindo qualquer prejuízo para o contribuinte que tomou conhecimento, conforme ciência no Termo de Apreensão à fl. 119 dos autos.

Em relação ao prazo de 48 horas para apresentação dos livros e documentos fiscais, questionado como preliminar, observo que o mencionado prazo está de acordo com a legislação, e a falta de atendimento ao solicitado implica na exigência de multa prevista no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96. Assim, fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, constatei que o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS e multa, tendo em vista que foram constatadas omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, exercícios fechados, de 1998 a 2002 e exercício aberto, período de 01/01/2003 a 16/09/2003.

O autuado alegou em sua defesa que não foram observadas as exigências previstas na Portaria 445, além de não considerar as notas fiscais registradas nos LMCs, e não levou em consideração a perda de 0,6%, em razão da evaporação.

Entretanto, pelos demonstrativos acostados aos autos constata-se que o levantamento fiscal foi realizado com base nos LMCs e notas fiscais de entradas lançadas no Sistema SAFA, sendo consideradas as aferições realizadas e registradas nos LMCs.

A autuante esclareceu na informação fiscal, fls. 225 a 227, que as aferições relativas às saídas de evaporação, foram todas consideradas a favor do autuado, conforme planilha à fl. 14 dos autos, cujos dados foram extraídos dos registros nos LMCs, ressaltando que não poderia considerar notas fiscais de saídas, e se houve emissão de NFVC é porque houve venda de combustível cuja saída do produto ocorreu pelo bico da bomba, por isso deve ser considerado na apuração do estoque apenas o que está registrado nos LMCs. Assim, se a autuante computasse as saídas através das bombas e pelas notas fiscais emitidas, neste caso, haveria duplicidade de saída computada no levantamento fiscal.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, sendo reaberto o prazo de defesa, cuja ciência consta na própria intimação, assinada por preposto da empresa. Entretanto, decorrido o prazo regulamentar, não foi apresentado qualquer pronunciamento.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos, além de xerocópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), ressaltando-se que não houve a juntada de qualquer elemento pelo autuado para contrapor o levantamento fiscal, e os fatos descritos no Auto de Infração estão vinculados à escrituração e documentos que estão na posse do autuado, cuja prova do equívoco alegado poderia ter sido juntada ao presente processo.

A legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

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

- Considerando que foram 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, (INFRAÇÕES 01 e 04) conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII.

- Considerando que ainda existia mercadoria em estoque, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 02 e 05), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, 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 e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (INFRAÇÕES 03 e 06), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Vale ressaltar, que não foi constatada a necessidade de diligência fiscal, tendo em vista que os elementos acostados aos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, por isso, fica indeferida a solicitação nesse sentido, formulada pelo autuado em seu recurso.

Face ao 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 232853.0010/03-8, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$117.779,95**, sendo R\$ 87.341,65, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$72.282,24, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e 60% sobre R\$15.059,41, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$30.434,30, acrescido das multas de 70% sobre R\$25.021,12, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e 60% sobre R\$5.417,18, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas de 3 UPFs-BA, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96 e no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, alterada pelas Leis nºs 7.753/00 e 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2004.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR