

A. I. N° - 294888.0038/03-1
AUTUADO - PAPY COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 24. 08. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0307-04/04

EMENTA. ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2003, cobra ICMS no valor de R\$278.891,73 acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício fechado de 2002 e exercício aberto do período de 1/1/2003 a 14/10/2003) – R\$179.757,21;
2. Falta de recolhimento do imposto, 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 calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque (exercício fechado de 2002 e exercício aberto do período de 1/1/2003 a 14/10/2003) – R\$99.134,52.

O autuado, impugnando o lançamento fiscal (fls. 252/255), apresentou duas razões que entendeu levaria o Auto de Infração à nulidade.

A primeira, por cerceamento de defesa. Disse, alicerçando-se no art. 46, do RPAF/99, de que não lhe foram entregues, juntamente com Auto de Infração, os documentos de prova que norteariam a ação fiscal, ou seja, faltou à apresentação e entrega de cópias de todas as notas fiscais indicadas nos demonstrativo, de forma que pudesse averiguar junto aos seus fornecedores emitentes das ditas notas fiscais, a veracidade das transações comerciais e sua autoria.

A segunda, a ciência do Auto de Infração foi realizada por pessoa que não era seu representante

legal.. Desta forma, concluía que todos os documentos necessários para realizar sua ampla defesa não lhe foram entregues, nem apontados pelo autuante, o que dificultou sua ampla defesa.

No mérito, reafirmando que o preposto fiscal não anexou ou apontou os documentos que respaldaram o levantamento fiscal, disse que a vista dos lançamentos no livro Registro de Entrada de Mercadorias, não houve a ocorrência de aquisições nos valores apontados pelo fisco.

Em seguida, informou que é arrendatário do estabelecimento comercial denominado Posto Lorena, conforme provava contrato que disse estava anexando aos autos. Deste fato, decorria de que os equipamentos de medição, bombas, encerrantes e outros equipamentos utilizados no Posto Lorena, cujo funcionamento encerrava o movimento acumulado com o tempo de utilização pelo impugnante, não lhe podendo ser atribuída a responsabilidade direta do quantitativo levantado. Desta forma, era urgente que fosse realizada diligência no sentido de efetuar levantamento pericial nas bombas e equipamentos, apurando-se as quantidades e os valores comercializados em cada um dos exercícios anteriores explorados pela empresa “Arrendante”.

Requeru diligência, a nulidade ou a improcedência da ação fiscal.

O autuante prestou informação (fls. 272/276) entendendo descaber a nulidade da ação fiscal com base no art. 46, do RPAF/99, pois o levantamento foi realizado calcado na documentação apresentada pela empresa. Que não foram entregues, ao autuado, cópias das notas fiscais mencionadas nos demonstrativos, vez que são documentos que constam dos arquivos da empresa e lhe foram devolvidas juntamente com cópia do Auto de Infração e os demonstrativos constantes dos levantamentos. Ressaltou que consta nos autos, como amostragem, cópias reprográficas dos livros e notas fiscais da empresa que serviram de base para a realização destes levantamentos;

Quanto à argüição de nulidade por cerceamento de defesa exposta pelo impugnante, informou que a empresa foi intimada, por três vezes, para apresentação de Livros e Documentos Fiscais (14/0/2003; 3/11/2003 e 18/12/2003). Após várias tentativas e contatos telefônicos compareceu à Inspetoria, no dia 23/12/2003, o Senhor Jorge Assunção que se apresentou como preposto da empresa, trazendo a documentação solicitada. Esta documentação, após ação fiscal foi devolvida ao referido senhor, conforme prova o Termo de Arrecadação, anexado ao PAF à fl. 277. Entendeu inadmissível que o autuado confiasse a pessoa estranha seus livros e documentos fiscais e o apresentasse perante o fisco como seu representante, inclusive acompanhando o desenvolvimento dos trabalhos e assinando o respectivo Auto de Infração.

Ressaltou que os levantamos foram realizados obedecendo aos procedimentos previstos na legislação fiscal e a empresa tinha conhecimento do levantamento da contagem física do estoque e tomou ciência da declaração de estoque, através do Sr. Lucas A. A. de Pinho, gerente do estabelecimento comercial, que recebeu cópia desta, no ato da assinatura (fl. 9).

Informou, ainda, que a empresa foi constituída em 09/05/2001 e desde esta data os sócios participam da empresa, como responsáveis, conforme poderia ser verificada pelo documento anexado aos autos às fls. 10/11. Portanto, descabia a argüição quanto à atribuição da responsabilidade, considerando que os períodos fiscalizados foram os exercícios de 2001, 2002 até 14/10/2003.

VOTO

O impugnante levantou questões, por cerceamento do seu amplo direito de defesa, que considerou motivadora de nulidade da ação fiscal . Neste contexto passo a apreciá-las.

Primeiramente, alicerçado no art. 46, do RPAF/99, disse que não lhe foi entregue cópias das notas fiscais que embasaram os levantamentos realizados pela fiscalização. Este é um argumento que não

contém qualquer respaldo, nem mesmo legal, para se sustentar. Os documentos fiscais de aquisições foram entregues à fiscalização pela própria empresa e a ela pertencem. Ou seja, são documentos que se encontram na posse do próprio autuado. O fisco apenas analisou-os e os devolveu ao seu dono, precisamente, ao autuado.

Em segundo lugar, o impugnante alegou que quem assinou o Auto de Infração não era seu representante legal. Desta forma, concluía que todos os documentos necessários para realizar sua defesa não lhe foram entregues. Analisando as peças processuais, constam três intimações ao sujeito passivo para entrega de livros e documentos fiscais. A primeira (14/10/2003) e a terceira (18/12/2003) assinadas pelo gerente da empresa, inclusive quem acompanhou e assinou a contagem física dos estoques (fl. 9 do PAF) e a segunda, em 3/11/2003, assinada pelo contador da empresa. Estas intimações não foram cumpridas até o dia 23/12/2003, quando o Sr. Jorge Assunção se dirigiu à Repartição Fiscal com os documentos solicitados. Nesta data foi lavrado Termo de Arrecadação de Livros e Documentos (fl. 277) e assinado pela citada pessoa. Pela informação prestada pelo autuante, este senhor acompanhou os trabalhos de fiscalização, quando após ciência ao Auto de Infração. No prazo legal o sujeito passivo se defendeu, impugnando o levantamento fiscal com conhecimento do seu teor. Com este relato pergunto como o autuado pode alegar cerceamento de defesa se:

1. por três vezes intimado não atendeu as intimações nos prazos regulamentares previstos;
2. após cinco dias da terceira intimação encaminhou à Repartição Fiscal o Sr. Jorge Assunção, pessoa que além de ter entregado toda a sua documentação ao fisco, a recebeu de volta, quando do término da auditoria fiscal, como se comprova pelo documento á fl. 277 dos autos, tomando ciência da autuação;
3. no prazo legal (30/04/04) apresentou defesa, demonstrando ter conhecimento de todas as infrações a ele imputadas.

Entendo, no mínimo, irresponsabilidade da empresa, entregar e receber de volta documentos fiscais a ela pertencente e, principalmente, atender através de pessoa não autorizada e após três intimações, a autoridade fiscal. Juntada a estes fatos, a defesa apresentada, não vejo qualquer motivo para a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto à solicitação de diligência fiscal, com base no art. 147, I, “b”, do RPAF/99 a indefiro, tendo em vista meu convencimento sobre a decisão da lide.

Adentrando no mérito do lançamento, as infrações 1 e 2 cuidam da cobrança do ICMS que foi apurado através da auditoria de levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias em exercício findo (2002) e exercício não findo (01/01/2003 a 14/10/2003), ou seja, em exercício aberto. O autuante detectou a falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhada de documento fiscal, sendo atribuído ao seu detentor (o autuado) o pagamento do imposto por responsabilidade solidária. Também cobrou o imposto por substituição tributária, vez que as mercadorias levantadas neste regime se encontram enquadradas.

O autuado trouxe como razão de defesa para desconstituir o lançamento de que antes de ser realizado o levantamento fiscal, deveria ter sido realizada diligência para se verificar as bombas, encerrantes, medições, etc, do posto, vez que era arrendatário do mesmo. Assim, não poderia ser responsabilizado por aquisições e vendas que não tinha realizado antes de iniciar suas atividades comerciais.

Quanto a este argumento, observo que o fato não ficou provado nos autos. O impugnante, quando da defesa, afirmou que estava anexando um contrato, porém não o fez. Porém, mesmo provada, a questão não invalida o levantamento fiscal. Se o contribuinte, em algum tempo anterior tenha arrendado o porto de combustível, naquele momento deveria ter procedido a leitura dos encerrantes

das bombas, visando sua proteção legal, contábil, fiscal e financeira. Acaso não feito, como deveria, esta não é obrigação do fisco estadual. Além do mais, se acaso tenha havido o arrendamento, este se deu a partir de 9/5/2001, quando da ativação da empresa (Papy Comércio e Derivados de Petróleo Ltda. – Posto Lorena) conforme consta no cadastro desta Secretaria da Fazenda (fls. 10/11), com os mesmos sócios até a presente data. O levantamento fiscal compreendeu o período de 2001 a 2003. No ano de 2001, para as três mercadorias levantadas (álcool, gasolina comum e diesel comum) foram detectadas omissões de saídas e não de entradas. Esta situação lança por terra o argumento de defesa, pois as aquisições sem comprovação de notas fiscais somente começaram a acontecer a partir de 2002 para o diesel e a gasolina. Somente em 2003 é que também o álcool apresentou entradas desacompanhadas de notas fiscais. Por estas razões foi indeferido o pedido de diligência.

No mais, o levantamento fiscal foi desenvolvido com base nas notas fiscais de aquisições, no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, bem como da análise do livro Registro de Entradas. O estoque final do exercício de 2003 foi apurado pela leitura dos encerrantes em 14/10/2003 na presença do representante legal do estabelecimento que o assinou.

O autuado apenas contestou que no livro Registro de Entradas não constava a escrituração de todas as notas fiscais elencadas, nos dois períodos levantados, portanto as quantidades e valores apresentados pela fiscalização não espelhavam a realidade. A este respeito tenho a dizer que, se no livro fiscal não foram escrituradas todas as aquisições feitas no período, cujos documentos foram entregues pelo próprio impugnante, isto poderá se constituir em outra irregularidade que aqui não estar em discussão. As aquisições de mercadorias são provadas através das notas fiscais e não do livro Registro de Entradas.

Pelo exposto, voto pela procedência da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0038/03-1**, lavrado contra **PAPY COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$278.891,73**, acrescido da multa 70% sobre o valor de R\$179.757,21 e de 60% sobre o valor de R\$99.134,52, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 agosto de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR