

PROCESSO - A. I. Nº 141596.0014/03-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
RCEURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0009-01/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 06/04/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0095-12/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXERCÍCIO ABERTO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações parcialmente caracterizadas. Efetuadas correções nos levantamentos quantitativos. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/11/03, para exigir ICMS no valor total de R\$119.153,05, em decorrência das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$66.593,76, 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.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$52.559,29, 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 mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, alem de outras irregularidades elencadas posteriormente pela fiscal autuante.

O autuado apresentou defesa alegando: (I) que comercializa gasolina, álcool e óleo diesel na condição de comércio varejista, cujas mercadorias são adquiridas através de notas fiscais idôneas e com ICMS já substituído pela distribuidora; (II) que houve aplicação de método errado por parte da autuante na realização dos seus trabalhos de auditoria, que culminou num resultado falso de falta de registro de entradas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, resultando na cobrança de ICMS não devido pela defendant; (III) que examinando o conteúdo das planilhas, verificou que a autuante usou indevidamente o método contábil para se detectar “*saldo credor de caixa*”, o que não se aplica ao caso em concreto, transcrevendo o § 3º e o inciso IV, do art. 2º, do

RICMS/97; (IV) que o levantamento fiscal não tem eficácia, pois não condiz com a realidade, por inexistir previsão legal para o método aplicado e, se a legislação do ICMS assim o permitisse, mesmo no levantamento diário, além do estoque inicial e das entradas e saídas, teria de considerar o estoque final, o que não foi feito, transcrevendo os artigos 1º, 2º e 3º da Portaria nº 445/98; (V) que examinando as planilhas do levantamento, verifica-se que a autuante não observou o inciso I, do artigo 3º, da referida portaria, pois em momento algum considerou o estoque final da defensora, escriturado nos LMC's; (VI) que possui filiais no Estado da Bahia e realiza compras para cada estabelecimento, mas em decorrência da demora no carregamento, às vezes transferia os produtos entre as Filiais, emitindo as respectivas notas fiscais; (VII) que refez os levantamentos com base na Portaria nº 445, considerando o estoque inicial, as entradas, as saídas e o estoque final, não tendo resultado em entradas sem notas nos períodos de 2001, 2002 e 2003; (VIII) que o resultado encontrado foi omissão de saídas, devendo ser aplicada a multa prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97; (IX) que outro erro da autuante foi a inclusão, no levantamento quantitativo de exercício fechado, do exercício de 2003, exercício aberto.

Requer a realização de diligência, para apuração de suas alegações.

Ao finalizar, requereu a Improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 398 e 399, a autuante não acatou as alegações defensivas, tendo informado que adotou o procedimento aplicado no levantamento realizado na empresa, por ter constatado que em determinado dia de um mês, a empresa não dispunha de estoque suficiente para realizar determinada venda de combustível, motivo pela qual antecipava os registros das notas fiscais de aquisições, a fim acobertar a falta do referido estoque de mercadoria, o que impediria a operação de vendas naquele dia, cujas saídas foram registradas no bico da bomba e de notas fiscais de sua emissão.

Diz que só não pôde aproveitar os estoques iniciais e finais registrados nos LMC's, cujos saldos mostraram-se prejudicados nos seus registros em face dos lançamentos fictícios, efetuados em desacordo com as efetivas datas de entradas dos combustíveis e que constavam nos campos próprios dos documentos fiscais de aquisição.

Ao finalizar, salienta que ao alegar que sua filial dava entrada de mercadorias no estoque e posteriormente a transferia para esta matriz (autuado), a empresa confessa que praticava operação não permitida pela ANP.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse efetuada a adequação do levantamento quantitativo de estoque realizado pela autuante ao disposto na Portaria nº 445/98, elaborando novos demonstrativos, entregando cópia ao autuado e reabertura do prazo de defesa (30 dias).

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0139/2004 às fls. 406 e 408 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim conclui:

“A adequação do levantamento quantitativo elaborado pelo autuante às normas da Portaria nº 445/98, resultou na aplicação de multa formal para os exercícios de 2001 e 2002, e quanto ao exercício de 2003, foi apurada omissão de saída e entrada. Considerando que o levantamento em 2003 foi feito em exercício aberto, sugerimos a cobrança do imposto relativo às omissões de entradas e a multa formal pelas omissões de saídas, conforme já relatado.

O Auto de Infração reclamava originalmente R\$119.153,05, restando par ser reclamado, caso sejam aceitos os ajustes por nós elaborados, o imposto no valor de R\$3.503,57.”

A INFRAZ-Simões Filho cientificou o autuado e o autuante, para se manifestarem com relação ao Parecer da ASTEC. Entretanto, eles não se pronunciaram.

O relator do processo emitiu o seguinte voto:

Trata o presente lançamento da exigência de imposto apurado mediante levantamentos quantitativos de estoques, tendo sido detectadas omissões de entradas de combustível, o qual foi adquirido pelo sujeito passivo sem documentação fiscal.

Em sua defesa, o autuado argumenta que os combustíveis já tiveram o imposto pago na fonte pelo regime de substituição tributária. O argumento não pode ser acolhido, pois essa alegação só é verdadeira quando a entrada do combustível está respaldada em documentação fiscal. No caso em lide, está comprovada a ocorrência de entradas de combustíveis desacompanhadas da devida documentação fiscal, portanto, não se pode afirmar que o imposto já foi pago por substituição tributária. Do mesmo modo, não se pode atribuir às distribuidoras a responsabilidade pelo pagamento do imposto como sugere o autuado, uma vez que as entradas de combustíveis ocorreram desacompanhadas de documentação fiscal.

As alegações defensivas em relação à existência de erros nos levantamentos do autuante e em relação ao pedido de diligência, esclareço que o PAF foi convertido em diligência à ASTEC, para sanar as falhas existentes, o que foi atendido pelo auditor estranho ao feito, o qual concluiu que o débito deveria ser reduzido para o valor de R\$ 3.503,57, em relação ao exercícios de 2003.

Concordo com o valor apresentado pelo diligente, pois além de estar embasado nos demonstrativos e levantamento acostados ao Parecer, os quais foram entregues ao autuado e a autuante, os mesmos foram acolhidos tacitamente por ambos. Assim, às infrações 1 e 2 restaram parcialmente caracterizadas nos valores respectivos de R\$2.628,61 e R\$734,96.

Entretanto, não acolho o Parecer da ASTEC em relação a sugestão de cobrança de multas nos exercícios de 2001 e 2002, uma vez que a mesma somente seria cabível na forma do Art. 157 do RPAF, se a infração fosse insubstancial, o que não ocorreu na presente lide.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercício de 2003 (infrações 1 e 2) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 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”).*

Portanto, as infrações 1 e 2 estão parcialmente caracterizadas, nos valores de, respectivamente, R\$2.628,61 e R\$ 734,96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 3.503,57.

A JJF recorre de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF/BA.

Intimados, o autuado e a autuante não se manifestam.

VOTO

Nada a acrescentar à Decisão da JJF, que acatou os levantamentos efetuados pela ASTEC, com redução da base de cálculo, descartando, porém, corretamente, a sugestão de aplicação de multa, incabível no caso presente, já que subsistiu a infração. A não manifestação das partes, apesar de intimadas, importa em tácita concordância com a Decisão.

Por todas essas razões, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0014/03-8, lavrado contra **SOCOMBUSTÍVEIS COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.363,57**, acrescido das multas de 70% sobre R\$2.628,61 e de 60% sobre R\$734,96, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS