

A. I. Nº - 088502.0012/04-7
AUTUADO - SINÉSIO SEBASTIÃO LELIS
AUTUANTE - ANTONIO ANIBAL BASTOS TINOCO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 23/09/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0327-03/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. COMBUSTÍVEIS. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias 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 não elididas. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto em lide, lavrado em 20/12/04, exige ICMS no valor de R\$16.221,85 acrescido das multas de 60% e 70%, relativamente as seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$ 3.692,34 (2002);

02. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido 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 sujeita ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, no valor de R\$1.170,10 (2002);

03. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, no valor de R\$ 8.625,87 (2003);

04. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido 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 sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, no valor de R\$2.733,54 (2003).

O autuado na defesa apresentada às fls. 96 a 104, inicialmente discorre sobre a autuação e esclarece que “este auto substitui o de número 088502.0010/03-6, lavrado em 28/08/2003, julgado nulo pelo Consef em sessão realizada no dia 06/07/2004”.

Diz que, em se tratando da mesma matéria, partes e causa de pedir, operou-se o instituto da litispendência, perfeitamente aplicável no direito administrativo. Afirma que, já tendo sido a matéria objeto da autuação apreciada e julgada, diz que no seu entendimento não poderá vir a ser apreciado novamente, motivo pelo qual requer que seja declarada a nulidade da autuação.

No mérito, diz que se for não acatada a nulidade suscitada, continua não concordando com a autuação. Ressalta que a suposta infração 03 do Auto de Infração anulado, indicava um custo médio do litro de Álcool de R\$0,57, enquanto que na presente autuação foi indicado custo médio para o mesmo produto de R\$0,7226 (fl. 85), relativo ao exercício de 2002 nas infrações 01 e 02, sem que o autuante apresentasse qualquer justificativa para a majorar o custo médio.

Assegura que as supostas infrações 02 e 04, não guardam nenhuma pertinência com os fatos reais, tendo em vista que o imposto ora exigido já foi devidamente pago por antecipação.

No que se refere às supostas infrações 02 e 04, diz que discorda dos percentuais de MVA (margem de valor agregado) aplicados pelo autuante, no cálculo do imposto por antecipação. Afirma que o Código Comercial Brasileiro dispõe sobre a escrituração dos livros mercantis e os lançamentos contábeis em perfeita sintonia com os Princípios Fundamentais de Contabilidade, aprovado pela Resolução de nº 530/81, nos termos do art. 113 do CTN e que só pode ser desconsiderada se a contabilidade se tornasse imprestável.

Afirma que a utilização da MVA implica em arbitramento do imposto, elevação da margem de lucro, o que configura uma verdadeira ingerência na atividade privada onde os preços são regulados pelo mercado de acordo com a milenar lei da oferta e da procura. Alega que o Estado na condição de consumidor faz compras através de processos de licitação para poder comprar pelo menor preço que proporciona o menor lucro e não pode utilizar regra contrária do maior preço e maior lucro para cobrar imposto, sendo, portanto, arbitrária a utilização da MVA.

Diz que as margens de lucros reais giram em torno de 12,7% e que é “uma pura ficção imaginar uma margem de lucro (MVA) de 32%”.

Alega que o erro involuntário é perfeitamente corrigível e espera que a Fazenda Estadual venha corrigir os erros cometidos pelo seu preposto fiscal.

Quanto à infração 03, diz que o autuante reduziu a base de cálculo para R\$31.947,66 em relação ao Auto de Infração anulado, mas que cometeu os mesmos erros em relação ao anterior.

Afirma que na constituição da base de cálculo, o autuante:

- a) computou de forma indevida 18.187,40 litros de óleo diesel e 1.398,70 litros de gasolina na apuração dos estoques de álcool;
- b) deixou de computar as quantidades de álcool indicadas na nota fiscal de entrada de nº 20.389, da Cia Brasileira de Petróleo Ipiranga.

Ressalta à fl. 101, “que a parte devida e reconhecida em relação à matéria discutida neste tópico, já foi devidamente recolhido conforme se depreende do documento incluso, destarte, foi cumprida a obrigação principal, protestando, neste ato, pela devida homologação”.

Assevera que para demonstrar a boa fé, junta ao processo as cópias das notas fiscais de entradas e de saídas e Livros: REM, RSM, LMC, Diário, Razão e anexa também “demonstrativos, pedidos de transferências de créditos tributários, nos valores de R\$12.700,00 e R\$ 1.759,25, para pagamento da parte reconhecida do Auto, e o DAE no valor de R\$ 415,58, referente adicional de pobreza”.

Transcreve trechos de autoria do Professor Hely Lopes Meirelles, quanto ao entendimento de que os atos administrativos são vinculados à lei e que conforme disposto no art. 37 da CF/88, deve ser apurada a realidade dos fatos e não pode ser condenada com base em simples indícios de ilegalidade.

Requer que:

- a) Seja expurgada da infração 03, as inclusões indevidas das quantidades de óleo diesel e gasolina, e incluído indevidamente no levantamento quantitativo de álcool e seja incluído as quantidades contidas na nota fiscal de nº 20389 da empresa Ypiranga;
- b) Que seja corrigido o percentual da MVA aplicada para 12,7%;
- c) Que seja afastada qualquer cobrança a título de antecipação tributária;
- d) Que seja homologado o valor recolhido, conforme documentação anexa;
- e) Que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Por fim, “Protesta provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, mormente, pela junta de novos documentos, aditamento da presente, é o que, desde já, fica requerido”.

Juntou à fl. 108 uma declaração de que ficou “impossibilitado de anexar cópia dos livros e documentos citados na presente defesa, visto que os mesmos estão em poder do auditor fiscal, conforme intimação para apresentação de livros e documentos, os quais foram recebidos por preposto da inspetoria fiscal em Guanambi na data de 15/12/2004” e que assim que forem devolvidos os documentos e livros, fará o encaminhamento para juntada ao processo.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 114), discorre sobre os argumentos apresentados na defesa e diz que o Auto de Infração foi lavrado para adequá-lo a Port. 445/98, pelo fato de que o Auto de Infração de nº 088502.0010/03-6 foi julgado nulo pelo CONSEF e recomendado a renovação do procedimento fiscal. Diz que não há do que se falar no instituto da litispêndência.

Quanto à alegação do autuado de que a nota fiscal de nº 20389 não foi computada no levantamento quantitativo, afirma que, conforme cópia do livro REM juntado à fls. 67, a referida nota fiscal não havia sido registrada no citado livro, motivo pelo qual não acata.

Relativo à MVA utilizada de 31,69%, diz que o percentual é instituído por Convênio/ICMS e não pode ser acatada a alegação defensiva, por está fora de sua competência.

Quanto à alegação de que foram incluídos no levantamento quantitativo de álcool as saídas de óleo diesel e gasolina, afirma que os documentos juntados às fls. 28 a 55 e 69 a 82, diz respeito, tão somente a álcool carburante.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Esta 3^a JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 116) para que fosse entregue ao autuado os demonstrativos produzidos pelo autuante acostados às fls. 02, 26, 56, 68, 84 e 85, de forma que

tomasse conhecimento de como foi apurado o preço médio, e dar a oportunidade de juntar os documentos que alegou não ter juntado com a defesa, pelo fato de que naquele momento se encontravam com o autuante, reabrindo prazo de trinta dias para apresentar nova defesa.

A Inspetoria Fazendária, conforme documento juntado à fl. 121, fez a entrega dos demonstrativos acima indicados, através de AR de 14/06/05 e concedeu prazo de trinta dias para apresentar nova defesa. Não tendo o autuado se pronunciado no prazo concedido o processo retornou ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Rejeito o pedido de nulidade formulado pelo defendant sob à alegação de que a matéria objeto da autuação foi apreciada e julgada, tendo em vista que a nulidade declarada da autuação anterior não teve como causa a apreciação da matéria e sim a inadequação a Port. 445/98 e, recomendada a instauração de novo procedimento fiscal a salvo dos equívocos cometidos naquela autuação.

Quanto à alegação de que ocorreu mudança no custo médio do litro de Álcool em relação à primeira autuação, essa JJF determinou que fosse entregue ao autuado o demonstrativo de apuração do preço médio, juntado pelo autuante à fl. 06. Não tendo se manifestado no prazo que lhe foi concedido, entendo que o autuado tacitamente acatou o valor indicado e considero sanada esta demanda.

Em relação à alegação de que o ICMS exigido nas infrações 02 e 04, já foram pagos por antecipação, não pode ser acatada, tendo em vista que o roteiro de auditoria de estoques foi feito com base nos livros e documentos fiscais do estabelecimento do autuado e ficando comprovada a ocorrência de entradas não registradas, não há prova de que o imposto normal ou substituto das mercadorias objeto da autuação tenha sido pago.

No que se refere à alegação de que os percentuais de MVA aplicados pelo autuante, no cálculo do imposto por antecipação foram elevados, observo que os mesmos são fixados com base em Convênios de ICMS com respaldo na Lei 7.014/96, portanto, são legais.

Quanto à alegação defensiva de que foram incluídos indevidamente 18.187,40 litros de óleo diesel e 1.398,70 litros de gasolina na apuração dos estoques de álcool, o autuante rebateu tal alegação afirmando que o seu levantamento fiscal se ateve apenas aos estoques de álcool. Verifico que nos demonstrativos juntados às fls. 26, 56, 68 e 85 trata apenas de álcool e não tendo o autuado indicado em quais notas fiscais foram computadas as quantidades indevidas, não pode ser considerada tal alegação.

Em relação ao argumento defensivo de que não foi computado as quantidades constantes da NF 20389, constato que o contribuinte não trouxe aos autos a referida nota fiscal, o que impossibilitou o confronto com o demonstrativo elaborado pelo autuante. Vale ressaltar que de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, fato que não ocorreu na defesa 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).

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088502.0012/04-7** lavrado contra **SINÉSIO SEBASTIÃO LELIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.221,85** acrescido da multa de 70% sobre R\$12.318,21 e 60% sobre R\$3.903,64 previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR -JULGADOR