

PROCESSO - A. I. Nº 299762.0027/05-4
RECORRENTE - AUTO POSTO COMBUSTÍVEIS MOREIRA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0476-03/05
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 12/05/2006

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0167-11/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ÓLEO DIESEL, GASOLINA. 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, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações subsistentes. Rejeitados o requerimento de perícia e a preliminar de nulidade argüida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado contra o Acórdão nº 0476-03/05, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, que foi lavrado em 30/06/2005, para exigir o ICMS no valor de R\$39.981,64, acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, 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 ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado –2004- Valor do débito R\$27.783,60;
2. Falta de recolhimento do imposto, 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, 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 em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado -2004- Valor do débito R\$12.198,04;

O autuado argüiu que no Auto de Infração não há embasamento fático para o lançamento, já que não guarda conformidade com as previsões legais dos artigos 114, 141, e 142 e seu parágrafo único do CTN e o art. 1º.- II do Dec. Lei 406/68.

Argumentou que não basta afirmar que houve infração à norma, sendo preciso que a ocorrência seja caracterizada de forma inequívoca, e que a ausência flagrante desses requisitos viola direitos do contribuinte, tais como o da segurança, o da proibição da arbitrariedade e o da ampla defesa. Transcreveu doutrina de HELLY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição, RT, SP, 1990, pp. 174/175).

Alega ainda nulidade do Auto de Infração por entender que o mesmo não está de acordo com as previsões legais pertinentes, dizendo que fere os princípios do art. 37, *caput* da CF/88, pois foi lavrado com objetivo ilícito e imoral.

Assevera que há ineficácia do procedimento fiscal pelo fato do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento do autuado, demonstrando que o autuante não se deu ao trabalho de

fiscalizar a empresa, em seu estabelecimento. Aduz que o RICMS/97 é omissivo em relação a este fato, logo, devia o autuante ter observado, analogicamente, o art. 108, inc. I, do CTN. Disse que o Decreto nº 70.235/72, no seu art. 10 e o Regulamento de Processo Administrativo Fiscal – Estadual obrigam que a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, porque qualquer infração cometida por este somente poderia ocorrer dentro do estabelecimento, excetuando feiras, exposições, mostras e operações semelhantes e que nesse sentido é o que dispõe o art. 196 e seu parágrafo único, do CTN. Transcreveu trecho de lição do tributarista Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes (Compêndio de Direito Tributário, 1ª, Ed. Forense, Rio, 1984, p. 872).

Sustenta que houve ofensa ao artigo 37, “caput” da CF relativo ao princípio da impessoabilidade do ato administrativo.

Afirma que *“o lançamento e a cobrança do imposto lastreado em mera afirmação/presunção, sem a anterior e necessária prova do preenchimento dos pressupostos fáticos e materiais exigidos pelos dispositivos da legislação em vigor, é ilegal e inconstitucional frente as normas do artigo 145, II da !Lex Legum”*...porque:

- a) por ser microempresa não tem suporte fiscal/financeiro para fazer frentes às supostas quantidades apuradas;
- b) inexistente comprovação do recebimento das mercadorias;
- c) como empresa de pequeno porte não tem suporte para transações de grande quantidade de mercadorias conforme apuração levantada;
- d) por ser um pequeno revendedor de combustível, num município pequeno no interior do Estado, não possui estrutura para comercializar grande quantidade de produtos.

Mencionou, ainda, o art. 333, I, do CPC para afirmar que segundo este dispositivo cabe ao Estado da Bahia o ônus da prova da ocorrência do fato gerador.

Conclui, requerendo com base nas Súmulas 346 e 473 - STF, que o Auto de Infração seja julgado insubsistente, alegando a inexistência de causas legais e legítimas que lhe dê embasamento.

Após a constatação de que não havia assinatura confirmando o recebimento, pelo autuado, dos demonstrativos referentes aos levantamentos efetuados, a JJF, mediante pauta suplementar, converter o PAF em diligência para que fossem entregues ao autuado, mediante recibo, as cópias de todos os demonstrativos juntados ao processo (fl. 50), e que fosse concedido um prazo de 30 dias para o autuado apresentar nova defesa.

Tendo recebido as cópias dos demonstrativos juntados ao processo, com a reabertura do prazo de defesa, conforme conta na intimação à fl. 53, o autuado não se manifestou.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com o voto a seguir transcrito:

“Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista, ainda, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Rejeito também as arguições de nulidade levantadas pelo defendente, em relação ao local da lavratura do Auto de Infração, a saber:

- a) *com base na determinação descrita no art. 39, § 1º do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do autuado, na Repartição Fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. O presente Auto de Infração foi lavrado na Repartição Fazendária desta SEFAZ em Jacobina, de acordo com as determinações legais.*
- b) *a alegação de que deveria ter sido intimado a tomar conhecimento das irregularidades identificadas durante a ação fiscal, não tem pertinência, haja vista que iniciada a ação fiscal o contribuinte perde a espontaneidade do recolhimento do imposto decorrente de*

irregularidades apuradas na realização dos roteiros de fiscalização, em relação ao período fiscalizado, tendo o autuado após a lavratura do Auto de Infração o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias para apresentar impugnação no todo ou em parte do que entender descaber o lançamento de ofício.

No mérito, constato que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 05 a 22).

O autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, na situação em análise, exige-se corretamente o imposto devido, por antecipação e por solidariedade, em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de óleo diesel e gasolina ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento de estoques.

Ademais, constato que as exigências contidas no Auto de Infração, é clara, acato todos os demonstrativos de débito do levantamento quantitativo elaborados pelo autuante, anexos aos autos às fls. 05/22, e verifico que estão de acordo com os critérios normais de apuração utilizados pelo corpo técnico da Secretaria da Fazenda e indicados com planilha padronizada, criada pela SEFAZ, para a auditoria de estoque especificamente de combustíveis. Verifico que foi identificada falta de recolhimento de ICMS referente ao imposto devido na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, apurado na realização de auditoria dos Estoques, no exercício de 2004, tendo sido apuradas diferenças de quantidades de entrada de mercadorias (combustíveis), sem documentação fiscal.

“512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 03/99):

1 - nas operações internas:

...

b) o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, tratando-se de:

...

1 - álcool etílico (etanol) hidratado para fins carburantes - NCM 2207.10.00 e 2207.20.10;

2 - lubrificantes derivados ou não de petróleo - NCM 2710.19.3;”

Em relação a alegação de que o autuado é microempresa, observo que o mesmo está inscrito na condição “normal” no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda.

Saliento que, de acordo com o artigo 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 alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (artigo 143 do RPAF/99).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente alega, em síntese, que o Auto de Infração é nulo pois foi lavrado em desacordo com a legislação federal, que determina que a lavratura deva ser efetivada no estabelecimento do contribuinte, assim houve desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, com o envio pelos correios.

Apreciando o Recurso Voluntário interposto pelo autuado, a PGE/PROFIS, na figura de sua ilustre Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu Parecer à folha 74, Negando Provimto ao Recurso Voluntário, observando que o Auto de Infração fora lavrado em conformidade com a legislação estadual vigente, de acordo com o art. 39 do RPAF, e que o princípio ao contraditório foi efetivamente posto à disposição do autuado, quando intimado a apresentar livros e

documentos fiscais e tendo acompanhado a ação fiscal, tendo naquele momento a oportunidade quanto no presente Recurso Voluntário de apresentar e produzir provas que lhe cabiam.

VOTO

Verificamos que o Auto de Infração foi lavrado observando a legislação estadual aplicável, notadamente o art. 39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, ou seja, o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do autuado, na Repartição Fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. O presente Auto de Infração foi lavrado na Repartição Fazendária desta SEFAZ em Jacobina, de acordo com as determinações legais.

Observamos ainda que o autuado foi compelido por intimação a apresentar livros e documentos fiscais, tendo acompanhado a ação fiscal, tendo oportunidade, portanto de apresentar contestações dentro do curso da ação e também posteriormente, após a lavratura do Auto de Infração no prazo regulamentar de 30 (trinta) dias o que não o fez.

Que os quantitativos dos estoques foram levantados, observada a legislação vigente, através das notas fiscais de entradas e saídas escrituradas e lançadas pelo contribuinte, tendo ainda a situação dos estoques iniciais e finais do período objeto da fiscalização terem sido obtidos pelo registro de inventário escriturado e apresentado pelo próprio contribuinte.

Saliento que, de acordo com o artigo 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deveria ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, incluindo documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (artigo 143 do RPAF/99, que os levantamentos foram feitos segundo o regulamento em vigor; b) que as tipificações legais fundamentadas de acordo com o regulamento em vigor; c) as cópias dos livros apresentados não servem como elementos de provas se não estiverem acompanhados dos documentos que confirmem seus registros; d) isonomia fiscal não significa a fiscalização, ao mesmo tempo, de todas as empresas no mesmo ramo de atividade; e) é na fiscalização que se verifica a atividade real da empresa e o seu montante, a declaração ou aparência externa não basta.

Desta forma entendo perfeitamente lavrado o Auto de Infração em referência.

Constato que o presente Auto de Infração foi lavrado dentro dos princípios legais, para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 05 a 22) fornecidos pelo próprio autuado. Que o Recurso Voluntário não apresenta fato novo, ou provas documentais que modifiquem o lançamento. Desta forma, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo a autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** do Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299762.0027/05-4**, lavrado contra **AUTO POSTO COMBUSTÍVEIS MOREIRA LIMA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.981,64**, acrescido das multas de 70% sobre R\$27.783,60 e 60% sobre R\$12.198,04, previstas no art. 42, II e III, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

GILBERTO FREIRE LEAL FILHO – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS –REPRES. PGE/PROFIS