

A. I. Nº - 299134.0107/03-2
AUTUADO - POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR MOITINHO ANDRADE
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET - 15/12/2006

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0396-03/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia indeferido. Reduzido o valor do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/12/2003, reclama ICMS no valor total de R\$17.426,11, com aplicação das multas de 60% e 70%, assim discriminados:

Infração 01- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem 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. (Exercício de 2002). Total do débito R\$ 8.409,44, com aplicação da multa de 70%.

Infração 02- 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, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. (Exercício de 2002). Total do débito R\$2.664,95, com aplicação da multa de 60%.

Infração 03- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, e, consequentemente, sem 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. (Exercício de 2003). Total do débito R\$ 4.823,24, com aplicação da multa de 70%.

Infração 04- 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, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. (Exercício de 2003). Total do débito R\$1.528,48, com aplicação da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, tempestivamente, (fls. 60/67), requerendo preliminarmente a nulidade do lançamento de ofício, alicerçado do quanto capitulado no artigo 18, II e 46 do RPAF, reproduzindo *Ipsis literis*, os termos dos aludidos artigos. Diz que não tomou conhecimento de nenhum documento ou demonstrativo fiscal acostado aos autos sendo preterido no seu direito de defesa. No mérito, aduz que em relação ao exercício de 2002, o autuante deixou de computar na sua relação as notas fiscais nºs 4078, 4247, 4807, 4916, 5042, 5129 e 5220 que totalizam 35.000 litros de álcool, tendo em vista que as referidas notas fiscais já foram integrantes do Auto de Infração nº 927377-8/02, lavrado em julho de 2003, sendo este julgado nulo pelo CONSEF, como também o Auto de Infração nº 271351.009/03-01, lavrado em setembro de 2003, que se encontra tramitando neste colegiado. Diz que na defesa do 1º Auto de Infração, julgado nulo, o autuado argüiu que o autuante deixou de apresentar as notas fiscais de entradas, objeto da autuação, em virtude das mesmas se encontrarem em poder do fisco estadual, por terem sido apreendidas. Acrescenta que na presente autuação as notas fiscais acima relacionadas foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas e no LMC, e foram entregues a preposto do fisco em decorrência de Intimação Fiscal e Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 97 e 98). Entende que não houve a suposta omissão de entradas de 34.995,6 litros de álcool, uma vez que o autuante chegou a esta conclusão por falta de interação com seu subordinado que apreendeu as notas fiscais, não as devolvendo ao deficiente. Ressalta que está acostando aos autos demonstrativo (fls. 63/64), indicando as notas fiscais e os respectivos registros. Declara que o somatório das referidas notas fiscais aponta a aquisição de 40.000 litros de álcool, tendo sido computado pelo autuante apenas 5.000 litros do referido produto, constante da nota fiscal nº 4638. Conclui, dizendo que devem ser anuladas as infrações 01 e 02. Quanto à infração 03, relativo ao período de 2003, diz que as notas fiscais 5181, 4856 e 4820 no total de 15.000 litros de álcool não foram computadas pelo autuante, acostando na sua peça defensiva demonstrativo para comprovar suas alegações. Argumenta que a autoridade fiscal apenas computou as quantidades constantes das notas fiscais nºs. 134, 282 e 390, o que ocasionou um erro no seu levantamento quantitativo, devendo as infrações 03 e 04, serem julgadas improcedentes. Cita o artigo 962 do RICMS-BA, e ensinamentos do mestre Aurélio Buarque de Holanda para definir o conceito da palavra “verificar”, sendo sinônima de investigar a verdade ou provar. Conclui, requerendo preliminarmente a nulidade da autuação, se ultrapassada, a sua improcedência, e a realização de perícia.

O autuante, por sua vez, na sua informação fiscal (fls.149/153), diz que não assiste razão ao autuado para requerer a nulidade do lançamento de ofício por cerceamento do direito de defesa, uma vez que, todos os demonstrativos foram apresentados ao deficiente, e que em nenhum momento o autuado deixou de elaborar sua peça defensiva pela falta de documentos ou demonstrativos. Cita o artigo 18 § 2º do RPAF, informando que não será declarada a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa, ou se o ato praticado de forma adversa houver atingido a sua finalidade. No mérito, aduz que o autuado dificultou a fiscalização, não entregando toda a documentação requerida, conforme faz provas a declaração do deficiente, acostada aos autos à folha 11. Diz que diante desta situação não pode realizar a fiscalização relativa aos períodos de 1998 a 2001. Quanto aos exercícios de 2002 e 2003, alega que o impugnante não apresentou as notas fiscais de entrada, e que as aludidas notas fiscais pertencem a fornecedor com inscrição cancelada, como também não estava indicado o recolhimento do imposto por antecipação tributária. Diz que o autuado prova a escrituração de tais notas, porém lançadas como operações sem crédito do imposto (outras). Entende que tais lançamentos só são

permitidos quando as mercadorias constantes nas notas fiscais já têm o imposto substituído ou antecipado. Reproduz o voto prolatado pelo relator da 4^a JJF conforme folha 83 que reconheceu a nulidade de processo anterior. Declara que mantém na íntegra as infrações 01 e 02 correspondentes ao exercício financeiro de 2002, tendo em vista que o deficiente em momento nenhum apresentou as notas fiscais e que somente de posse dos referidos documentos fiscais poderia verificar o produto comercializado, a idoneidade do documento e o imposto lançado, caso tenha sido antecipado. Com relação às infrações 03 e 04, diz que nas notas fiscais arroladas pelo autuado não constam os recolhimentos do imposto por antecipação tributária, e que está apresentando nova planilha, denominada DEMONSTRATIVO DE ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO, na qual consta o tributo devido pelo deficiente.

Em razão dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, a Inspetoria Fazendária de Itapetinga, intimou o autuado para tomar ciência da informação fiscal, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para sua manifestação (fl. 159).

O autuado apresenta manifestação (fls. 167/172), argüindo que reitera o pedido de nulidade por cerceamento do direito de defesa, insculpido no art. 5º, LV da Constituição Federal. Diz que requereu na Inspetoria Fazendária de Itapetinga, a retirada do processo para reprodução de cópia, sendo o seu pleito indeferido e disponibilizado pela repartição fiscal as cópias solicitadas ao preço de R\$ 2,70 por folha, o que considera extorsão se comparada ao serviço prestado por copiadoras que cobram o valor de R\$0,10 por folha. Declara que houve um óbice ao amplo direito de defesa ao impedir ao mais fraco econômico e financeiro de exercer o contraditório. Salienta que para isso a Secretaria da Fazenda se amparou em legislação em causa própria em desrespeito à Lei Maior, e da Lei Adjetiva Civil (CPC), em prol da lei menor (RPAF). Diz que o objetivo era fazer-se acompanhar pelo supervisor da Inspetoria de Itapetinga, até uma empresa de reprodução de cópias e não levar o processo para guarda de terceiros. Confirma que o autuante reconhece que não lhe foram entregues as notas fiscais, e com isso, desconsiderou os documentos fiscais das empresas atacadistas que recolheram ou deveriam ter recolhido os impostos correspondentes, na qualidade de sujeitos passivos por substituição. Acrescenta que o autuante recusou as referidas notas fiscais em razão do fornecedor encontrar-se com a inscrição cancelada, e que tal fato não desvirtua a nota fiscal, que tem valor probante por si mesma, além do adquirente não ter o dever de conferir a situação fiscal do fornecedor. Cita o artigo 18, II do RPAF, para suscitar a nulidade da autuação. Entende que o fiscal autuante não trouxe aos autos as provas das suas alegações. Conclui, reiterando a nulidade do Auto de Infração, ou assim não entendendo o colegiado, que se devolva o prazo para a completa manifestação ou que seja improcedente a imputação fiscal.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, encaminhou o processo à Inspetoria de origem para que fosse providenciada a entrega de cópias de todos os documentos e demonstrativos acostados ao PAF, ao autuado, reabrindo-se o prazo de defesa em 30 dias, e havendo manifestação do deficiente, encaminhar o processo ao autuante para produzir nova informação fiscal (fl. 184).

Inspetoria Fazendária de Itapetinga, intimou o autuado para receber cópias das páginas 01 a 187 do PAF, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para manifestação (fl. 188).

O autuado produziu nova manifestação, reiterando os argumentos defensivos articulados na peça inicial, sem suscitar questões de fato ou de direito supervenientes (fls. 191/207).

O autuante, por sua vez, produziu nova informação fiscal (209/211), dizendo que não há qualquer fato novo na manifestação do autuado. Aduz que o deficiente insiste na alegação de que as notas fiscais não foram consideradas no levantamento quantitativo refeito. Argüi que o impugnante está equivocado, pois, as referidas notas fiscais que só foram apresentadas juntamente com a peça defensiva, foram consideradas nos demonstrativos que acompanham a informação fiscal, todavia apenas foi exigido o imposto devido por antecipação (fl. 157). Solicita que os julgadores leiam atentamente a primeira informação fiscal, constante das páginas 149 a 157 do PAF e o voto da 4^a Junta de Julgamento Fiscal (fls. 82 e 83). Diz que as notas fiscais apresentadas pelo

contribuinte foram acrescentadas ao quantitativo de estoque, reduzindo, portanto, a omissão de entradas, mas, em contrapartida, percebe-se que o sujeito passivo está totalmente irregular quanto ao cumprimento da obrigação tributária principal e que foram refeitos os demonstrativos sendo acostados aos autos (fls. 154/156).

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. Os demonstrativos elaborados pelo autuante foram entregues mediante recibo pela Inspetoria Fazendária de Itapetinga sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias, portanto não há que se falar em cerceamento do direito de defesa do impugnante.

Indefiro, também, o pedido de perícia requerido pelo autuado, tendo em vista que o seu pleito não atendeu o disposto no parágrafo único do artigo 145 do RPAF e a prova do fato não requer o conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, II, "a" do mencionado diploma legal.

No mérito, o presente Auto de Infração reclama ICMS pela falta de recolhimento do referido imposto, na condição de responsável solidário e também a falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo relativo ao levantamento quantitativo de estoques do produto "álcool hidratado", correspondentes aos exercícios de 2002 e 2003.

Verifico que com relação à infração 01, caracterizada pela omissão de entradas de 34.995,60 litros da mercadoria "álcool hidratado" apurado pelo autuante (fl. 154), não pode subsistir tendo em vista que o impugnante comprovou na peça defensiva a aquisição de 35.000 litros, do citado produto junto à SAMPAIO COMERCIAL DE LUBRIFICANTES E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, através das notas fiscais 4638, 4078, 4247, 4807, 4916, 5042, 5129 e 5220, devidamente registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias e no Livro de Movimentação de Combustíveis, pertencentes ao autuado conforme cópias acostadas ao presente processo às folhas 50 a 67. Verifico que a empresa fornecedora estava inscrita no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia em situação regular até o mês de outubro de 2002, conforme constatei em consulta ao Sistema INC (Informações do Contribuinte) da SEFAZ-BA. Quanto à nota fiscal de nº 5220, emitida após a data de cancelamento da inscrição, este CONSEF, tem decidido que as quantidades consignadas nesta condição, devem ser computadas no levantamento quantitativo de estoques, salvo se comprovado que a operação mercantil não ocorreu, consoante Acórdão CJF 0225-11/05 e Acórdão CJF 0086-11/04. Computada a entrada de 35.000 litros através das referidas notas fiscais no demonstrativo à folha 154, observa-se que houve alteração de omissão de entradas para omissão de saídas de 4,4 litros de álcool. Em se tratando de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, não se deve exigir imposto por omissão de saídas, tendo em vista que a mercadoria já se encontrava com a fase de tributação encerrada. Outrossim, as referidas notas fiscais foram apreendidas pela fiscalização, conforme faz prova o "TERMO DE APREENSÃO DE MERCADORIAS E DOCUMENTOS", lavrado em 17/07/2003 (fl. 98). Portanto, julgo improcedente este item do Auto de Infração.

Quanto à infração 02, trata-se de consectário lógico da infração 01, uma vez que foi exigido o imposto por responsabilidade solidária naquela infração e o imposto devido por antecipação tributária para este item do Auto de Infração, nos termos do artigo 10, I, da Portaria nº 445/98. Entendo que não há que se falar em atribuição de responsabilidade por antecipação tributária de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária quando não se constata a ocorrência de omissão de entradas. Por conseguinte, também julgo insubstancial este item da autuação.

No que concerne à infração 03, verifico que o autuante acatou as razões de defesa e adicionou ao

seu demonstrativo original (fl. 12), a quantidade de 15.000 litros de “álcool hidratado” correspondentes às aquisições realizadas junto à SAMPAIO COMERCIAL DE LUBRIFICANTES E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, através das Notas Fiscais de nºs 5181, datada de 06/01/2003, 4856 com data de 28/03/2003 e 4820 datada de 13/05/2003 (fls. 94/96). Observo que as quantidades correspondentes às referidas notas fiscais podem ser consideradas no levantamento fiscal retificado pelo autuante (fls. 154/155), salvo se comprovado que a operação mercantil não ocorreu, tendo em vista que nesta época a empresa fornecedora encontrava-se com a inscrição estadual cancelada, sendo considerado “inapto” fato este ocorrido em 23/10/2002, conforme se depreende da consulta ao Sistema INC (Informações do Contribuinte), da SEFAZ-BA. Por conseguinte, julgo parcialmente procedente este item da autuação. Diante deste fato, verifica-se a omissão de entradas no valor de R\$ 53,80.e o imposto devido de R\$ 17,84.

Quanto à infração 04, deve ser exigido o imposto 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, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. Portanto, sendo consectário lógico da infração 03, julgo parcialmente subsistente este item do Auto de Infração no valor de R\$ 5,65.

O demonstrativo abaixo, resume o julgamento deste relator:

INFRAÇÃO N°	JULGAMNETO	IMPOSTO
01	IMPROCEDENTE	-
02	IMPROCEDENTE	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	17,84
04	PROCEDENTE EM PARTE	5,65
	TOTAL	23,49

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299134.0107/03-2, lavrado contra **POSTO ITARANTIM DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de R\$23,49, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.65 e 70% sobre R\$17,84, acrescido da multa de 70%, previstas nos artigo 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR