

A. I. Nº - 147023.0016/06-7
AUTUADO - BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.
AUTUANTE - ARIOSVALDO AILTON DOS SANTOS MOREIRA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 11.12.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0362-04/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTAVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **c)** FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Diligência fiscal refez o levantamento fiscal, o que culminou com redução do débito da infração, não comprovado a emissão de notas fiscais da infração 2 e regularidade das entradas da infração 3. Elidida em parte a primeira infração e subsistente a segunda e terceira infrações. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO RAICMS E O RECOLHIDO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/06/2006, exige ICMS no valor de R\$37.245,61 acrescido de multas de 60% e 70%, alem de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizado R\$140,00, relativo às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis – (2001, 2002 e 2003) R\$25.846,60.

02. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, tendo sido aplicado multas (2001, 2002 e 2003) - R\$140,00.

03. 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 parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhado de documento fiscal decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2001 e 2002) - R\$6.450,47.

04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS - R\$46,64.

05. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (2001 a 2003) - R\$4.901,90.

O autuado apresenta impugnação às folhas 620 a 663, inicialmente transcreve as infrações, ressalta que sempre cumpre sua obrigação tributária perante o Estado da Bahia, decorrente do ICMS, em atendimento a legislação vigente. Diz que preza por boa parceria com o Fisco, no intuito de colaborar com os processos de fiscalização, contudo alega que o volume de operações é demasiadamente grande, dificultando a comprovação de sua boa-fé.

No mérito, quanto à infração 1, alega improcedência argumentando que houve uma falha no arquivo magnético que gerou inconsistência no seu relatório de controle de estoque. Afirma que se confrontado a quantidade de entrada versus quantidade de saída do referido relatório, não existe qualquer omissão seja de entrada ou de saída. Explica que a diferença apresentada pela fiscalização coincide com os valores apresentados no relatório da impugnante, onde constam todas as notas fiscais de entradas e saídas, de acordo com os quadros à folha 625 e documentos numerados de 7 a 39, juntados ao processo.

Afirma que tal infração desmerece maiores delongas, pois é transparentemente nula, uma vez que as omissões apontadas decorrem de falhas no arquivo magnético, conforme relação das notas fiscais de entrada e saída inerente a entrada e saída de estoque dos exercícios 2001, 2002 e 2003. Informa que, em virtude do grande volume de documentos, as respectivas notas fiscais estão fisicamente disponibilizadas no seu estabelecimento e, caso necessário, poderá ser apresentada à fiscalização.

No que tange à infração 2, alega que está pendente, pois depende da apreciação dos argumentos de defesa das infrações 1 e 3.

Relativo à infração 3, alega que igualmente à infração 1, encontra-se flagrantemente infundada e improcedente, devido a existência de falhas no arquivo magnético.

Diz que, ademais, tal infração, caso existisse, não representaria efeitos lesivos ao Erário Estadual, vez que o ICMS das operações de GLS é recolhido pelo regime de substituição tributária, no caso, pela Petrobrás e que tal fato constitui-se numa argüição de nulidade, calcado no entendimento da 3ª Câmara do Conselho Administrativo Tributário, contido no Acórdão 130/99, que transcreveu a fl. 627.

Com relação às infrações 4 e 5, afirma que demonstrando total idoneidade e compromisso com o Fisco bahiano, informa que providenciou os pagamentos dos respectivos débitos, conforme documentos juntados às fls. 812 a 816.

Afirma que busca com a presente impugnação, respeito e obediência ao princípio da verdade material, o que significa que somente os fatos alegados e provados pelas partes são verdadeiros, sendo características do processo judicial.

Transcreve parte de texto de autoria dos professores Luiz Henrique de Arruda e Paulo Barros de Carvalho, acerca da verdade material, ressaltando que ao contrário do processo judicial, no processo administrativo preza a verdade da conjuntura real e efetiva em que se encontram o Fisco

e o Contribuinte, ou seja, importam os verdadeiros fatos presentes (mesmo que não alegados) nos procedimentos fiscalizados.

Alega que no caso em tela, no seu entendimento ocorreu falha no arquivo magnético que acarretou nas supostas infrações e que obedecendo ao princípio da verdade material, da idoneidade e boa-fé, com base nos relatórios de controle de estoque, não há omissão de registros, seja de entrada ou de saída e, por consequência, o ICMS foi devidamente recolhido.

Assevera que não ocorreu prejuízo ao Erário, em razão de que cumpre regularmente todas as obrigações acessórias, bem como, a principal pertinente ao ICMS, comprovados através dos comprovantes de pagamentos das Infrações 4 e 5.

Com relação às infrações 1, 2 e 3, afirma que conforme anteriormente exposto, a primeira decorreu de falha dos arquivos magnéticos, a segunda é consequência das infrações 1 e 3, que merece revisão, sendo que a terceira trata de operação de entrada de GLP, cujo ICMS já foi recolhido pela Petrobrás, tendo em vista que a mercadoria é submetida ao regime de substituição tributária.

Por fim, requer a anulação das infrações 1, 2 e 3, ou sua improcedência, ressaltando que as infrações 4 e 5, foram reconhecidas e pagas com o benefício de redução de multa cabível. Requer a improcedência do Auto de Infração, em relação ao que foi impugnando.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 985 a 987 faz as seguintes contestações:

Em relação às infrações 1, 2 e 3, diz que o contribuinte admitiu erros nos arquivos magnéticos, mas não esclarece quais as consequências, tendo juntado relatórios de entrada e saídas de mercadorias (fls. 625, 719 a 811), mas não faz nenhum comparativo com levantamentos de estoques realizados pela fiscalização evidenciando as diferenças apuradas. Ressalta que também não juntou nenhuma nota fiscal.

Diz que constatou por amostragem, que as notas fiscais de saídas que fazem parte dos relatórios de estoque da empresa e não fazem parte dos relatórios da fiscalização tem como “Natureza da Operação – Remessa de mercadorias para instalação – que seguiram em comodato para posterior retorno – CFOP 5.99”, consequentemente não devem fazer parte do levantamento físico, assim considerado pela fiscalização. Para comprovar tal procedimento, afirma que os demonstrativos das notas fiscais de remessas para instalação em regime de comodato (docs. 818 e 819, 861 a 863, 950), cujas cópias das notas fiscais (docs. 833 a 860, 872 a 949, 956 a 984) dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, são tomadas como amostra. Ratifica o correto critério utilizado nos levantamentos dos estoques pela fiscalização, ou seja, não considerar como saídas efetivas das mercadorias.

Com relação às infrações 4 e 5, ressalta que foram reconhecidas e pagas pelo contribuinte, conforme documentos acostado às fls. 812 a 816, tendo observado que os DAEs de 12/03 (doc. 813) no valor de R\$920,94 e de 11/03 (doc. 814) no valor de R\$1.504,45 foram recolhidos no dia 13/06/06, período em que o contribuinte encontrava-se sob ação fiscal, pois a mesma foi intimada no dia 12/04/06 e não poderia realizar nenhum recolhimento espontâneo até 12/07/06, na forma do RPAF.

Conclui pela manutenção das infrações 1, 2 e 3 e pela manutenção das multas correspondentes das infrações 4 e 5.

O processo foi convertido em diligência pela 4ª Junta de Julgamento, tendo como Relator Marco Aurélio Andrade Souza, no sentido de que fossem analisados os relatórios e notas fiscais apresentados pelo autuado, e caso necessário, fosse elaborado novo demonstrativo de débitos das infrações 1, 2 e 3.

O diligente fiscal, em cumprimento da diligência determinada, no Parecer 118/07, afirma que após análise dos documentos apresentados, presta os seguintes esclarecimentos (fls. 993 a 995):

Em relação à infração 1:

- a) Exercício 2001, o autuado apresentou novas planilhas, das diferenças mais significativas. No confronto dos dados apresentados pelo autuante (fls. 37/200) com os dados do autuado e respectivas notas fiscais de entradas e de saídas, algumas anexas ao Auto de Infração, outras sendo juntadas nesta diligência, (fls. 872/984 e 1003 a 1068), foram comprovadas entradas e saídas de mercadorias com notas fiscais, que não foram consideradas pelo autuante, conforme demonstrativos às fls. 996 a 1002, refletindo nos resultados apurados, assim, os valores da base de cálculo e do ICMS a recolher, ficaram reduzidos de R\$11.973,54 e R\$2.035,51 para R\$2.454,14 e R\$417,20, respectivamente, conforme demonstrativo à fl. 996.
- b) No exercício de 2002, também foram apresentadas novas planilhas pelo autuado, das diferenças mais significativas e, que no confronto dos dados indicados pelo mesmo (fls. 1069/1082) versus dados do autuante (fls. 206/395) e respectivas notas fiscais de entrada e de saídas (fls. 872/984 e 1084 a 2317), foram comprovadas entradas e saídas de mercadorias através de notas fiscais que não foram consideradas pelo autuante, conforme demonstrativo às fls. 1070 a 1080, refletindo, assim, nos resultados apurados pelo autuante, nos valores da base de cálculo e no ICMS a recolher, ficando reduzidos de R\$130.654,87 e R\$22.211,33, respectivamente, para R\$5.289,23 e R\$899,17, conforme demonstrativo à fl. 1069.
- c) No exercício de 2003, novas planilhas foram apresentadas pelo autuado e no confronto dos dados indicados pelo autuado (fls. 2318/2322) com os dados indicados pelo autuante (fls. 398/589) e respectivas notas fiscais de entradas e de saídas (fls. 872/984 e 2324 a 2335), foram comprovadas entradas e saídas de mercadorias através de notas fiscais, que não foram consideradas pelo autuante, conforme demonstrativos às fls. 2318 a 2322, refletindo, assim, nos valores da base de cálculo e no ICMS a recolher, ficando reduzidos de R\$9.410,44 e R\$1.599,77, respectivamente, para R\$1.561,96 e R\$265,53, conforme demonstrativo à fl. 2318.

Com estes valores, o débito total apurado desta infração passou a ser de base de cálculo de R\$9.305,33 e ICMS devido de R\$1.581,90, tudo conforme demonstrativo à fl. 994.

Com relação à infração 2, afirma que o autuado não apresentou, em relação a estas mercadorias, nenhum documento ou demonstrativo que comprovasse que as referidas omissões não ocorreram, permanecendo, portanto, a multa aplicada.

Em relação à infração 03, afirma que esta infração decorre das omissões de entradas de mercadorias apuradas no levantamento quantitativo de estoques relativos aos exercícios de 2001 (fl. 198/199) e 2002 (fls. 391/392), relativo à GLP envasado. Afirma que o autuado, não apresentou, em relação a estas mercadorias, nenhum documento ou demonstrativo comprovando que estas omissões não ocorreram, permanecendo, deste modo, o mesmo demonstrativo de débito apurado pelo autuante.

O autuante e o autuado foram cientificados do resultado da diligência, conforme documentos acostados às fls. 1434 e 1435 e não se manifestaram dentro do prazo legal concedido.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 1437 a 1439, cópias do detalhe dos pagamentos efetuados no banco de dados da Secretaria da Fazenda em 11/07/06, totalizando R\$5.664,51 e em 12/07/01, totalizando R\$95,53.

VOTO

O Auto de Infração trata de diversas infrações: falta de recolhimento do ICMS, da omissão de saída de mercadorias tributáveis (infração 1); por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo (infração 3), além de aplicação de multa por falta de emissão de documentos relativos a mercadorias não tributáveis, tudo apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques. Também, pelo recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado e da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Com relação às infrações 1, 2 e 3, na defesa apresentada o autuado alegou que o levantamento quantitativo de estoques foi feito com base nos seus arquivos magnéticos, e que identificou inconsistências nos mesmos, tendo juntado diversos documentos fiscais para tentar provar o alegado, o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal prestada.

Em atendimento a diligência determinada por esta Junta de Julgamento, a diligente refez o levantamento quantitativo de estoque, fazendo a inclusão das notas fiscais não computadas pelo autuante no demonstrativo original. O autuante e autuado foram cientificados do resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF e não contestaram o seu resultado. Assim sendo, não existindo qualquer controvérsia, acato os demonstrativos juntados pelo diligente às fls. 996 a 1002; 1069 a 1082 e 1418 a 1422, bem como o demonstrativo de débito constante da fl. 994 e considero devido o valor de R\$1.581,90. Infração 1, parcialmente procedente.

Com relação às infrações 2 e 3, tendo sido apurado omissão de saída de mercadorias não tributáveis e omissão de entrada de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 198/199, 203, 391/392 e 396, o autuado não apresentou qualquer documento ou demonstrativo para comprovar a inexistência das omissões apurada pela fiscalização, tanto no momento da defesa, como no momento da realização da diligência, de acordo com o que foi afirmado pela diligente no seu Parecer 118/07 às fls. 990 a 995.

Conforme ressaltado pelo autuado na sua defesa, em obediência ao princípio da verdade material, o artigo 123 do RPAF/BA, determina que o autuado deve formular sua defesa por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não ocorreu em relação às infrações 2 e 3, e a simples negativa de cometimento da infração, nos termos do art. 143 do citado diploma legal, não desonera o autuado do cometimento das infrações.

Quanto à alegação de que o ICMS relativo a compra de GLP já foi pago por antecipação, observo que o imposto exigido decorre de levantamento quantitativo de estoques efetuado de acordo com as notas fiscais (entradas e saídas) e livro de Registro de Inventário (estoque inicial e final) do próprio contribuinte. Tendo sido apurado omissão de entrada de mercadorias, caberia ao recorrente comprovar a inconsistência dos dados constantes dos demonstrativos elaborados pelo autuante e tendo sido apurado omissão de entrada de mercadorias, não há prova no processo de que ocorreu o pagamento do ICMS por antecipação como alegou o autuado. Por isso, considerando a inexistência de provas em relação ao que foi alegado, considero totalmente procedente a infração 2, devendo ser mantida a multa aplicada e também a infração 3, sendo correto o imposto exigido. Infrações subsistentes.

Com relação às infrações 4 e 5, o autuado na defesa reconheceu o cometimento das mesmas e informou que providenciou o pagamento dos respectivos débitos. Por sua vez o autuante contestou na informação fiscal que o recolhimento foi feito após o início da ação fiscal. Verifico que conforme documento à fl. 9, o contribuinte foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais no dia 12/04/06 e conforme documentos juntados com a defesa às fls. 813 a 816, foram feitos diversos pagamentos nos dias 13/06/06; 11/07/06 e 12/07/06.

Conforme disposto no art. 28, II do RPAF/BA, tendo sido intimado pela fiscalização para apresentar Livros e Documentos, os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo foram feitos durante a ação fiscal, o que elimina o caráter de espontaneidade do pagamento que foi efetuado. Dessa forma, deve ser mantida integralmente os valores exigidos das infrações 4 e 5, acrescido da multa e acréscimos legais previstos no art. 42, II, “d” e “f” da Lei 7.014/96, devendo ser considerado os valores pagos quando da homologação do Auto de Infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o 147023.0016/06-7, lavrado contra **BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.980,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.399,01 e 70% sobre R\$1.581,90, previstas no art. 42, II “b”, “d”, e “f” e III da Lei n.^o 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, XXII da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei n^o 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n^o 7.629/99, alterado pelo Decreto n^o 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR