

A. I. N° - 269610.0004/08-7
AUTUADO - POSTO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO ITAETÉ LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET 10.06.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-05/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Ajuste no lançamento em face de apresentação de documentos fiscais. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/09/2008, apura seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2004, 2005, 2007 e 2008), lançando-se imposto no valor de R\$32.940,46, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2004, 2005, 2007 e 2008), lançando-se imposto no valor de R\$16.878,21, com multa de 60%.

O autuado, em Defesa (fls. 200 a 204), negando cometimento das infrações e juntando cópias de DMA's e 336 notas fiscais - entre as quais, originais relativos aos exercícios 2004, 2005 e 2007 - traz preliminar que denomina "carência da ação" pedindo a nulidade do Auto de Infração, dizendo que o levantamento fiscal deixou de observar a totalidade da documentação fornecida, atendo-se somente aos livros de movimentação sem, contudo, conferir as notas fiscais de entrada.

Quanto ao mérito, ressalta que não cometeu as infrações, pois não adquiriu mercadoria desacompanhada de notas fiscais de acordo com demonstrativos e DMA's que anexa.

Aduz que só adquiriu mercadorias em operações internas de fornecedores localizados em Jequié e Itabuna e que, segundo o art.512, §1º do RICMS que transcreve, os combustíveis estão sujeitos à substituição tributária, cuja responsabilidade de recolhimento do imposto é do industrial refinador, e quando este tiver recolhido a menor passa a ser do distribuidor, com o que expressa

que quando os adquiriu, os combustíveis que adentraram em seu estabelecimento já tinham sua fase de tributação encerrada não havendo falar em falta de recolhimento de imposto.

Concluindo, requer que o Auto de Infração seja declarado nulo por carecer de fundamento fático e que, sendo diverso o entendimento, no mérito, seja julgado improcedente.

Em Informação Fiscal nas fls. 1050 a 1051, o autuante diz que não se equivocara no levantamento, mas admitindo que o autuado inicialmente não lhe entregara todas as notas fiscais, elabora novos demonstrativos resultantes das informações juntadas pelo autuado o que implicou na redução do valor autuado de R\$49.818,68 para R\$24.473,04.

Intimado para tomar ciência da Informação Fiscal conforme fls. 1067 e 1068, o autuado não mais se apresenta nos autos.

VOTO

Este Auto de Infração cuida da falta de pagamento de ICMS, relativamente a compras de combustíveis efetuadas sem documentos fiscais apurada por levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados. Foi lançado o imposto devido a título de responsabilidade solidária (item 1º), e mais o tributo relativo à parcela do valor acrescido, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (item 2º).

O autuado negou cometimento das infrações e juntou cópias de DMA's e 336 notas fiscais - entre as quais, originais relativos aos exercícios 2004, 2005 e 2007 - trazendo preliminar que denomina "carência da ação" pedindo a nulidade do Auto de Infração, dizendo que o levantamento fiscal deixou de observar a totalidade da documentação fornecida.

Quanto ao mérito, ressaltou que não cometeu as infrações, pois não adquiriu mercadoria desacompanhada de notas fiscais de acordo com demonstrativos e DMA's que anexou.

Aduziu que só adquiriu mercadorias em operações internas e que, segundo o art.512, §1º do RICMS, os combustíveis estão sujeitos à substituição tributária, cuja responsabilidade de recolhimento do imposto é do industrial refinador, e quando este recolher menos passa a ser do distribuidor, com o que entende que quando os adquiriu, os combustíveis que adentraram em seu estabelecimento já tinham sua fase de tributação encerrada nada mais sendo devido.

O autuante disse que não se equivocou no levantamento, mas admitindo que o autuado inicialmente não lhe entregara todas as notas fiscais, elaborou novos demonstrativos resultantes das informações juntadas pelo autuado o que implicou na redução do valor autuado de R\$49.818,68 para R\$24.473,04.

Analisando as peças processuais, inicialmente, resalto que não acolho a nulidade suscitada pelo contribuinte vez que não se ampara em nenhuma das situações previstas no art. 18, do RPAF-BA. Ademais, em momento algum ficou impedido o sujeito passivo de exercer a ampla defesa e o contraditório, estando todas as infrações descritas com bastante clareza e apoiadas nos documentos fornecidos pelo próprio contribuinte, estando providas de demonstrativos e levantamentos quantitativos com base em documentos, nos valores reais escriturados pelo estabelecimento, sendo que o roteiro de fiscalização de Auditoria de Estoques está em perfeita consonância com os princípios contábeis, servindo de elemento de prova da apuração do crédito tributário.

No mérito, observo que a autuação se deu por ter o sujeito passivo adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, atribuindo-lhe a responsabilidade solidária e por antecipação tributária. No que se refere às infrações 1 e 2, constatei que os procedimentos conduzidos pela fiscalização apresentam sintonia com as regras estabelecidas na Portaria 445/98.

Ressalto que quanto à alegação da defesa de que o ICMS já havia sido pago antecipadamente, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a prova de que o imposto já teria sido antecipado e, portanto, de que estaria encerrada a fase de tributação, depende da regularidade da documentação de origem das mercadorias. Se a empresa não dispõe dos documentos relativos à aquisição das mercadorias, em sua totalidade, não pode alegar que o imposto foi pago anteriormente.

Está provada, documentalmente, a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal, de modo que o adquirente assume, por isso, a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária), nos termos do art. 39, V, do RICMS/97 – item 1º do Auto de Infração.

Além disso, como a empresa adquiriu combustíveis sem documentos fiscais, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, de acordo com a previsão do art. 512-A do RICMS/97 – item 2º do Auto de Infração.

Por outro lado o contribuinte disse que no levantamento fiscal inicial o autuante deixou de observar a totalidade das notas fiscais de entrada juntando documentos fiscais à sua Defesa. Por conta disso, o autuante, admitindo este fato, na Informação Fiscal, em face dos documentos apresentados pelo autuado refez o levantamento fiscal apresentando os novos demonstrativos de fls. 1052 a 1066 reduzindo o lançamento de R\$49.818,68 para R\$24.473,04.

Tendo em vista que o contribuinte foi intimado e cientificado dos novos valores do lançamento de ofício na forma regulamentar deixando transcorrer o prazo para sobre eles, querendo, se pronunciar, não o fazendo e não havendo nos autos outros elementos capazes de elidir a acusação, constato a subsistência do lançamento no valor ajustado, com o que voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito passa a ser o seguinte:

| INFRAÇÃO 1 | | | | | |
|--------------------|--------------------|--------------------|--------|-----------|-------------------------|
| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Aliq % | Multa (%) | Valor ICMS DEVIDO |
| 31/12/2004 | 09/01/2005 | 56.926,82 | 17 | 70 | 9.677,56 |
| 31/12/2005 | 09/01/2006 | 7.492,71 | 17 | 70 | 1.273,76 |
| 31/12/2007 | 09/01/2008 | 1.040,76 | 17 | 70 | 176,93 |
| 31/12/2008 | 09/01/2009 | 29.348,59 | 17 | 70 | 4989,26 |
| TOTAL | | | | | 16.117,51 |

| INFRAÇÃO 2 | | | | | |
|--------------------|--------------------|--------------------|--------|-----------|---------------------|
| Data Ocorrência | Data Vencimento | Base de Cálculo | Aliq % | Multa (%) | Valor Real (R\$) |
| 31/12/2004 | 09/01/2005 | 28.082,83 | 17 | 60 | 4.621,08 |
| 31/12/2005 | 09/01/2006 | 25.319,94 | 17 | 60 | 409,56 |
| 31/12/2007 | 09/01/2008 | 9,64 | 17 | 60 | 56,07 |
| 31/12/2008 | 09/01/2009 | | | | 3268,82 |
| TOTAL | | | | | 8.355,53 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0004/08-7**, lavrado contra **POSTO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO ITAETÉ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$24.473,04**, acrescido das multas de 70% sobre R\$16.117,51 e 60% sobre R\$8.355,53, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, desentranhando-se as notas fiscais originais para serem entregues ao contribuinte, as substituindo por cópias no processo.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR