

A. I. Nº - 269610.0027/09-5
AUTUADO - ORLANDO NETO GRASSI
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 30.07.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-04/10

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. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido os produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Caracterizadas as infrações 01, 02, 04, 05, 07 e 08. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. No caso de penalidade não prevista na Lei nº 7.014/96, aplica-se o apenamento previsto no art. 42, XXII do citado diploma legal. Infrações 03 e 06 caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Negado o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$ 83.284,09, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2004 a 2007, álcool). Valor exigido de R\$ 14.294,15 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão dos registros de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2007, álcool). Valor exigido de R\$ 4.529,82 e multa de 60%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

- 3- Omissão de saídas de mercadorias isentas e / ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício fechado (2008, álcool). Multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2005 e 2008, diesel). Valor exigido de R\$ 11.427,78 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.
- 5- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão dos registros de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2005 e 2008, diesel). Valor exigido de R\$ 3.181,49 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.
- 6- Omissão de saídas de mercadorias isentas e / ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2004, 2006 e 2007, diesel). Multa de R\$ 50,00 por exercício, no total de R\$ 150,00, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.
- 7- Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2004 a 2008, gasolina). Valor exigido de R\$ 38.490,11 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 8- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, calculado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão dos registros de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercícios fechados (2004 a 2008, gasolina). Valor exigido de R\$ 11.160,74 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 2.380 a 2.383, através de advogada constituída por meio do instrumento de mandato de fl. 2.384.

Inicialmente, com fundamento no art. 173 do CTN, aponta a decadência do direito do Fisco lançar imposto referente ao exercício de 2004.

Em seguida, transcrevendo o art. 46 do RPAF/99, afirma que o autuante não lhe entregou todos os documentos que compõem os autos.

No mérito, observa que – conforme notas fiscais de entrada –, sempre adquiriu combustíveis dentro do próprio Estado, o que significa que as mercadorias já possuem a fase de tributação encerrada, “ou que tem abatido o crédito na operação anterior, fato não observado pelo autuante”, que, ao aplicar a alíquota de 17%, incorreu em “bis in idem”.

Outro fato que não foi percebido na fiscalização, em detrimento de seus interesses, é que, em cada aquisição, quando do transporte, carga e descarga, há uma perda de 60 litros de combustíveis.

Requer revisão fiscal, com o fim de excluir os débitos relativos a 20 imposto retido na fonte e consideração das perdas.

Conclui pedindo conhecimento dos elementos que compõem o PAF, sob pena de nulidade.

Na informação fiscal de fls. 2.387 e 2.388, o autuante discorda da tese da decadência, uma vez que o contribuinte foi notificado por edital em 16/12/2009. A data de 06/01/2010, constante do Auto de Infração, é de protocolo de entrega de uma de suas vias, mas não de ciência, que se deu em 2009.

O contribuinte, apesar de alegar não ter recebido cópias dos levantamentos produzidos, teve pleno acesso aos autos através da Inspetoria. Inclusive, na defesa, fez inúmeras referências a tais documentos, impugnando os mesmos e demonstrando ter total ciência do seu conteúdo.

Com relação à aquisição de combustíveis no próprio Estado, diz que foram autuadas operações de entradas sem origem determinada, identificadas na auditoria de estoques. Para essas operações, não são documentadas as origens, nem se comprovou a prévia tributação, descabendo, assim, o abatimento pretendido.

As eventuais perdas por evaporação são suportadas pelo fornecedor, pois o caminhão tanque é pesado depois de cheio. Na viagem, não ocorrem perdas significativas por evaporação, pois o caminhão segue cheio e lacrado, e o volume gasoso acima do líquido é mínimo. Por fim, as perdas na descarga são consideradas quando da medição do tanque, já que o levantamento considera o estoque real medido, e não o estoque escritural. Por outro lado, uma eventual consideração de perdas na aquisição agravaria o resultado em desfavor do autuado, uma vez que majoraria as omissões de entrada.

Requer a procedência do lançamento de ofício.

VOTO

Fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica a base jurídica. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

No tocante à ciência dos demonstrativos constantes dos autos (fls. 09 a 34), vejo que há aposição de assinatura do representante do sujeito passivo nos mesmos, o que demonstra que tomou conhecimento dos respectivos conteúdos.

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte de a doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer prazos menores do que o do art. 150, § 4º, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo do CTN, confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de decadência.

O pedido do impugnante de que seja revisto o lançamento, para excluir da cobrança o período que já entende alcançado pela decadência, em verdade, é um pleito de diligência, e não pode ser acatado. Não há razões para o seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não existem equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico.

No mérito, nenhuma repercussão traz a afirmação do defendente de que “sempre adquiriu combustível de dentro do próprio Estado, o que significa que as mercadorias já possuem a fase de tributação encerrada”, isto porque quando se constata omissão de entradas em uma auditoria de estoques, que, por autorização legal, leva à presunção de omissão de saídas, por motivos óbvios, não se pode determinar a origem dos produtos cujas entradas foram omitidas.

Quanto às supostas perdas, é necessário observar que, das oito infrações capituladas, seis são por omissão de entradas, onde restam declaradas as obrigações principais às mesmas relativas. Apenas duas são por omissão de saídas, onde se exige penalidades por descumprimento de obrigações acessórias.

Muito bem, uma vez que as perdas possuem natureza idêntica à de saídas, a sua consideração nos cálculos apenas agravaria as seis infrações em que se exige imposto, o que não se pode conceber, pois não há, relativamente à obrigação principal, como reformar um Auto de Infração para pior no seu julgamento.

No que se refere às outras duas infrações, o cômputo das perdas em nada as modificaria, apesar de serem oriundas de omissão de saídas, pois o que se exige são valores fixos, referentes a penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, que não restariam diminuídas se as omissões de saídas fossem registradas em menor montante.

Não há previsão legal para a consideração de crédito presumido, como pretende o contribuinte. Assiste razão ao autuante ao aduzir que foram autuadas operações de entradas sem origem determinada, identificadas na auditoria de estoques. Para essas operações, não são documentadas as origens, nem se comprovou a prévia tributação, descabendo, assim, o abatimento pretendido.

Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido os produtos de terceiros desacompanhados de documentação fiscal, e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo.

Infrações 01 a 08 caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269610.0027/09-5**, lavrado contra **ORLANDO NETO GRASSI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 83.084,09**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 64.212,04 e de 60% sobre R\$ 18.872,05, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 200,00**, previstas no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – DELEGADO

FRANCISCO ATANÁ