

**A. I. N.º** - 299689.0001/10-6  
**AUTUADO** - COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - ALBA MAGALHÃES DAVID KLINKSIEK  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 18/03/2011

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0017-03/11

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, além do imposto devido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Infrações caracterizadas. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Imputação não impugnada. Rejeitadas as arguições genéricas de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/03/2010, exige ICMS no valor total de R\$10.430,91, e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em razão de quatro imputações:

Infração 01. 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 no exercício fechado de 2009. Demonstrativo à fl. 14. ICMS no valor de R\$7.920,81.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício fechado de 2009. Demonstrativo à fl. 14. ICMS no valor de R\$2.510,10.

Infração 03 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 estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008. Multa no valor de R\$50,00.

**Infração 04.** 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Multa no valor de R\$50,00.

A autuante acosta, às fls. 06 a 28, e fl. 44, demonstrativos fiscais do levantamento fiscal realizado; às fls. 29 a 31, Termos de Intimações para apresentação de livros e documentos fiscais; às fls. 32 a 43, cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC do contribuinte; às fls. 45 a 47, e fls. 136 a 141, vias de documentos fiscais; às fls. 48 a 135, cópias de livros fiscais do contribuinte; às fls. 142 e 143, Termos de Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, com respectivos recibos de devolução.

O autuado ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 146 a 148, inicialmente reproduzindo as alegações defensivas e, em seguida, impugnando as imputações 01 e 02, afirmando que pagaria o débito relativo às infrações 03 e 04. Aduz que disponibilizou ao Fisco todos os documentos fiscais solicitados na ação fiscal, que descreve. Que ele, defendente, surpreendido com a diferença apontada relativa a 28.657,29 litros de álcool, conferiu os trabalhos apresentado pela autuante, e teria encontrado números diferentes. Que a Auditora Fiscal não teria considerado as notas fiscais de todo o mês de janeiro/2009, relacionadas na impugnação, o que teria comprometido o trabalho fiscal, pois não teriam sido computados 38.000 litros de álcool.

Quanto às infrações sob código 04.05.03, identificadas no SEAI como infrações 03 e 04, o contribuinte assevera que “Trata-se da diferença de perda e ganhos peculiares a operações com combustíveis (álcool), embora não concorde com método utilizado pela autuante, subsidiada pelo art. 5º da Portaria DNC n.º 26 de 13.11.1992, recolherá a multa aplicada.”

Em seguida, o autuado tece considerações acerca da existência de erros na apuração da base de cálculo, aduzindo que isto comprometeria a legalidade da constituição do crédito. Fala acerca da natureza do crédito tributário, da obrigação tributária e do fato gerador do ICMS, aduzindo que o mesmo, por excelência, é a saída de mercadorias. Que, no caso em tela, atribui-se a ele, recorrente, a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de nota fiscal. Que em momento algum teria ficado constatada essa infração. Que todas as mercadorias por si adquiridas já teriam sido tributadas pelo ICMS integralmente na fonte, conforme afirma que demonstram as notas fiscais escrituradas. Que a suposta infração apontada pela Auditora Fiscal, através do lançamento, teria sucumbido diante da constatação de falha na apuração do levantamento do estoque. Que o lançamento tributário teria ficado eivado de vícios diante da ausência do fato gerador. Que o erro cometido pela autuante não autoriza, no âmbito da legislação, a legalidade e legitimação do crédito tributário. Que a ocorrência de erro na identificação do fato gerador não assegura, de modo concreto, que o fato se enquadra no campo da incidência, configurando-se, assim a relação jurídico-tributária.

O sujeito passivo aduz que, em virtude de ter sido objeto de uma auditoria externa, motivada por parte de membro da administração, as notas fiscais relacionadas na impugnação (janeiro de 2009) no momento da apresentação da contestação ao lançamento de ofício não estavam disponibilizadas para a juntada aos autos, motivo pelo qual solicita o prazo de 10 dias úteis para anexá-las nos autos. Afirma que, diante de erro “objetivamente demonstrado que determinou o vício da constituição do crédito tributário”, solicita a anulação do Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 150 e 151, resume os termos da impugnação ao lançamento de ofício e, em seguida, aduz que na documentação apresentada pela sujeito passivo não se incluem as notas fiscais elencadas na impugnação, e que tais números de notas fiscais não se encontram registrados no livro registro de Entradas do sujeito passivo, cuja cópia está acostada pelo Fisco às fls. 48 a 124 dos autos. Indaga o motivo pelo qual tais documentos não foram entregues à Fiscalização, não foram juntadas à impugnação, e qual seria o fundamento

para o pedido de mais dez dias para apresentar tais documentos, uma vez que já decorridos meses do final da ação fiscal. Pergunta também o motivo de tais notas fiscais de entradas não estarem registradas no livro Registro de Entradas. A autuante expõe que a alegação defensiva, desacompanhada de provas, não elide a infração documentalmente comprovada nos autos. Afirma que, assim, inexistente motivo para declaração de nulidade da autuação. Conclui pedindo o julgamento pela procedência da autuação.

Às fls. 153 e 154, considerando a necessidade da busca da verdade material, e a alegação defensiva quanto à falta de condições de apresentar à Fiscalização, e de juntar a este processo, notas fiscais de entradas cujas quantidades de mercadorias, por conseguinte, não foram consideradas no levantamento fiscal realizado, esta 3ª Junta deliberou, em pauta suplementar, pelo encaminhamento deste PAF em diligência à INFAZ de origem para que a autuante intimasse o sujeito passivo para que este apresentasse todas as notas fiscais, em vias originais, que porventura possuísse, e que fossem relativas ao levantamento quantitativo de estoque realizado nos exercícios de 2008 a 2010, objeto do presente processo. Que, caso o contribuinte apresentasse as notas fiscais, a autuante computasse as respectivas quantidades de produtos no levantamento quantitativo realizado, independentemente da escrituração dos documentos nos livros fiscais próprios, elaborando, caso necessário, novo demonstrativo de débito para as imputações. Foi determinado, à INFAZ de origem, que fossem entregues ao contribuinte cópia dos levantamentos de fls. 06 a 28; daquela Diligência; e dos novos documentos acostados ao PAF em seu atendimento, reabrindo-lhe o prazo para impugnação ao lançamento de ofício.

À fl. 155, a autuante relata que, em atendimento à solicitação desta 3ª Junta, em 08/10/2010 intimou o contribuinte a apresentar todas as notas fiscais de entradas de mercadorias referentes ao período de 01/01/2008 a 12/01/2010, conforme Intimação para Apresentação de Livros e Documentos à fl. 156 dos autos. Que as notas fiscais citadas pelo contribuinte em sua impugnação não foram apresentadas, de modo que ela, autuante, não possuía elemento novo que justificasse refazimento dos demonstrativos fiscais originários.

Termos de Intimação e de arrecadação de documentos fiscais realizadas pela autuante às fls. 156 e 157, com respectivo recibo de devolução à fl. 157.

O autuado, conforme documentos acostados pela INFAZ de origem às fls. 158 e 159, cientificado da Diligência solicitada, dos levantamentos de fls. 06 a 28, e da nova informação fiscal, tendo sido reaberto o seu prazo para apresentação de impugnação, manteve-se silente, consoante consta no despacho administrativo de fl. 161, encaminhando o processo para julgamento.

## **VOTO**

Preliminarmente, no que tange às alegações genéricas de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, inclusive não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito, neste processo, reconhecido parte das imputações, e mantido-se silente após devidamente cientificado do seu novo prazo de impugnação. Arguição de nulidade rejeitada.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS no valor total de R\$10.430,91, e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em razão das quatro imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

O contribuinte não impugna as imputações 03 e 04, pelo que inexistente a ser apreciada por este Conselho a respeito das mesmas, e a ausência de sua contestação pelo sujeito passivo atesta o acerto do procedimento fiscal.

Quanto às Infrações 01 e 02, ambas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2009, tratam respectivamente de 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; e falta de recolhimento do ICMS 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária. O demonstrativo do levantamento fiscal realizado está anexado à fl. 14 dos autos.

Em relação aos fatos geradores de tais obrigações tributárias, estão devidamente descritos pelo Fisco, no Auto de Infração. O contribuinte pediu a dilação de prazo em acréscimo de dez dias úteis para apresentar notas fiscais de entradas que, segundo afirmou na impugnação acostada a este processo, elidiriam as imputações 03 e 04 e, tendo sido-lhe concedida a reabertura de seu prazo de defesa por determinação desta 3ª Junta, já depois de re-intimado pelo Fisco para a apresentar a alegada documentação, o contribuinte não mais se pronunciou nos autos deste processo, e não apresentou a documentação que descrevera em sua impugnação.

Assim, nos termos dos artigos 123, 142 e 143 do RPAF/99, não tendo provado o quanto alegado, e sendo o contribuinte o responsável pela guarda das suas notas fiscais, resta comprovado, pelo Fisco, o cometimento das infrações pelo sujeito passivo. Infrações 01 e 02 procedentes.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299689.0001/10-6**, lavrado contra **COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.430,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.510,10, e de 70% sobre R\$7.920,81, previstas no artigo 42, respectivamente nos incisos II, alínea “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores do tributo, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no artigo 42, inciso XXII, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR