

A. I. N° - 110427.0004/10-0
AUTUADO - POSTO DOS ALAGOANOS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 01/06/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES EM EXERCÍCIO FECHADO E EM EXERCÍCIO ABERTO. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do destinatário 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 de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Imputações reconhecidas pelo sujeito passivo, quanto ao levantamento de estoque em exercício fechado, e parcialmente elididas no quanto impugnado, relativamente às operações objeto do levantamento de estoque no exercício em aberto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2010 e exige ICMS no valor total de R\$7.726,12, acrescido das multas de 60% e 70%, pelo cometimento de quatro infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS, 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 em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que refere-se às entradas de 3.108 litros de álcool e 235 litros de gasolina comum, no exercício fechado de 2008, sem documentação fiscal, conforme planilhas anexas. Demonstrativos às fls. 31 e 34. ICMS no valor de R\$898,25, acrescido da multa no percentual de 70%.

Infração 02. Falta de recolhimento do 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, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que refere-se às entradas de 3.108 litros de álcool e 235 litros de gasolina comum, no exercício fechado de 2008, sem documentação fiscal, conforme planilhas anexas. Demonstrativos às fls. 31 e 34. ICMS no valor de R\$281,83, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Falta de recolhimento do ICMS, 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 em exercício aberto. Consta, na descrição dos fatos, que refere-se às entradas de combustíveis sem documentação fiscal, apuradas no período de 01/01/2010 a 09/02/2010, conforme planilhas anexas, sendo 2.438 litros de álcool – ICMS normal de R\$751,64; 5.046 litros de gasolina comum – ICMS normal de R\$3.174,68; e 2.524 litros de óleo diesel – ICMS normal de R\$1.092,58, totalizando R\$5.019,80. Data de ocorrência de 09/02/2010. Demonstrativos às fls. 37, 40 e 43. ICMS no valor de R\$5.018,90, acrescido da multa no percentual de 70%.

Infração 04. Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que refere-se às entradas de combustíveis sem documentação fiscal, apuradas no período de 01/01/2010 a 09/02/2010, conforme planilhas anexas, sendo 2.438 litros de álcool – ICMS/antecipação de R\$238,20; 5.046 litros de gasolina comum – ICMS/antecipação de R\$941,61; e 2.524 litros de óleo diesel – ICMS/antecipação de R\$347,33, totalizando R\$1.527,14. Data de ocorrência de 09/02/2010. Demonstrativos às fls. 37, 40 e 43. ICMS no valor de R\$1.527,14, acrescido da multa no percentual de 60%.

O autuante acosta cópias de documentos e demonstrativos às fls. 07 a 48.

O contribuinte ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 53 a 58, alegando, preliminarmente, que no Auto de Infração está dito que foi encontrada omissão de entradas de combustíveis, apurada através de levantamento de estoque, e falta de recolhimento de ICMS em substituição tributária total. Que é fato relevante e inafastável que se o agente do Fisco encontra qualquer falta de recolhimento do imposto, antes de autuar deveria intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, a prestar no prazo razoável todos os esclarecimentos necessários, da origem ou das causas dessa falta de recolhimento. Que isso seria obrigatório em face do princípio do contraditório assegurado pela Constituição da República, mesmo na fase que precede à lavratura do Auto de Infração e da imposição da multa, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio Fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a falta de recolhimento seria inútil. Que, no presente caso, nenhuma intimação foi feita nesse sentido, antes de ser lavrado o Auto de Infração, não se entendendo qual o motivo que orientou o autuante a não se utilizar da aludida intimação, além de não perceber que todos os produtos comercializados pelo autuado são enquadrados no regime de substituição tributária (combustíveis e lubrificantes), e todas as compras foram realizadas acompanhadas das devidas notas fiscais, e de que faltou a “glosa” de várias notas fiscais na contagem do estoque em aberto no período de 2010, o que aduz que ficará provado no julgamento. Que, portanto, não seria devida a exigência de imposto.

O sujeito passivo descreve as imputações e aduz que, no mérito, caso seja ultrapassada a preliminar suscitada, vem informar que é revendedor da PETROBAHIA Distribuidora de Petróleo da Bahia S/A, revendendo exclusivamente produtos da bandeira PETROBAHIA, e existe há mais de dois anos. Que recebendo todos os produtos através de notas fiscais idôneas, sob o regime de substituição tributária, conforme cópias das mesmas em anexo, o que afirma que comprovaria a origem dos produtos.

Aduz que, aproveitando os benefícios da Lei nº 11.908/2010, reconhece a procedência da autuação no que se refere ao débito integral das infrações 01 e 02, com ocorrência nos exercícios de 2008 e 2009, em função da não localização do livro Registro de Inventário, onde assevera que poderia provar os estoques iniciais dos combustíveis. Que o imposto será objeto de pagamento até 31/05/2010, e posteriormente o DAE será juntado ao presente PAF.

Afirma que todas as compras foram realizadas com emissão das notas fiscais de entradas, emitidas exclusivamente pela PETROBAHIA Distribuidora de Petróleo da Bahia S/A, com o ICMS pago por substituição tributária nas operações anteriores, conforme Convênio ICMS nº 03/99 e Regime Especial nº 2080/99, concedido em 14/10/99. Que, portanto, todos os produtos tiveram suas entradas de origem comprovadas, através de documentação hábil, com o recolhimento do ICMS, sob o regime de substituição tributária.

Assevera que o autuante teria cometido vários equívocos de boa-fé, quando deixou de consignar no levantamento físico, por ele elaborado, várias notas fiscais no exercício de 2010, principalmente entre o dia 01/02/2010 a 09/02/2010. Afirma que tais notas fiscais, quando computadas, referem-se justamente à diferença cobrada no Auto de Infração nesse período. Elabora, à fl. 57 dos autos, demonstrativo das notas fiscais “não glosadas”. Afirma que, como mostrado nesta planilha, o autuante teria cobrado o ICMS indevidamente, pois as notas fiscais que ele deixou de considerar seriam justamente relativas à diferença cobrada, e todas estão dentro do período fiscalizado. Que, de posse das notas fiscais anexadas (fls. 60 a 71), certamente o competente fiscal, deverá rever sua planilha, agora consignando as notas fiscais de entradas, no levantamento do estoque em aberto no período de 01/01/2010 a 09/02/2010, onde pequenas diferenças foram em função das perdas e/ou ganhos que são valores irrelevantes.

O contribuinte conclui pedindo que sejam analisadas e decididas as questões, dentro do princípio do contraditório assegurado pela Constituição da República, e obedecidos os prazos de vistas estabelecidos no RPAF/99, que as decisões sejam encaminhadas ao endereço dele, autuado. Pede o julgamento pela improcedência da autuação.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 75 e 76 aduzindo, em relação às alegações defensivas, que ainda que a legislação não obrigue o Fisco a intimação prévia à lavratura do Auto de Infração, ele, autuante, após detectar as omissões de entradas em ação fiscal, preocupou-se em realizar as intimações de fls. 17 e 18, solicitando a apresentação do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC de 2008, bem como o livro Registro de Inventário e as notas fiscais de entradas e de saídas do período objeto da autuação, pelo que a negligência teria existido por parte do contribuinte, que não atendeu às intimações, dificultando a ação fiscal.

No mérito, afirma que somente quando da impugnação o contribuinte apresentou os DANFES das NF-e de fls. 60 a 71. Que, diante das provas apresentadas, elabora novo demonstrativo do levantamento fiscal, expondo que restam parcialmente procedentes a Infração 03 no valor de R\$39,03, e a Infração 04 no valor de R\$11,80, conforme planilhas que acosta às fls. 76 a 82. Conclui pedindo pela procedência parcial da autuação.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal e das planilhas acostadas ao processo na informação, tendo-lhe sido concedido o prazo de dez dias para pronunciar-se, e manteve-se silente, tendo sido o processo encaminhado para julgamento, conforme documentos de fls. 82 a 84.

Consta, às fls. 85 a 87, extratos emitidos pelo sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, com a informação de pagamento de parte do débito, com “Benefício de Lei” no valor principal de R\$603,49, na data de 28/05/2010 (fl. 86), e de pagamento “Normal” no valor principal de R\$50,82, na data de 25/01/2011 (fl. 87).

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido genérico de declaração 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, 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, reconhecido em parte as imputações.

Quanto à intimação prévia à lavratura do Auto de Infração assiste razão ao Fisco quando afirma e comprova que o contribuinte foi regularmente intimado, conforme Termos de Intimação constantes dos autos, assinado pelo sujeito passivo, dando início à ação fiscal. Quanto a nova intimação ao sujeito passivo, esta após encerrado o procedimento de fiscalização, e prévia à lavratura do Auto de Infração, inexistente hipótese normativa com tal exigência, embora não seja defeso ao Fisco assim proceder, caso considere que a situação o requer.

Arguições de nulidade rejeitadas.

No mérito, o Auto de Infração em lide trata de quatro imputações, conforme descrito no Relatório que antecede este voto.

Quanto às Infrações 01 e 02, reconhecidas pelo sujeito passivo, inexistente lide a ser apreciada por este Conselho, e o reconhecimento do contribuinte atesta a sua procedência.

Quanto às Infrações 04 e 05, que tratam de levantamento quantitativo de estoque relativo ao período de 01/01/2010 a 09/02/2010, o contribuinte argumenta que o Fisco deixara de considerar várias notas fiscais referentes a este período elaborando, à fl. 57 dos autos, demonstrativo referente a estes documentos fiscais, cujas cópias anexa às fls. 60 a 7. O autuante, ao prestar a informação fiscal, afirmou que somente quando da impugnação o contribuinte apresentou os Documentos Auxiliares de Notas Fiscais Eletrônicas - DANFES das NF-e de fls. 60 a 71 e elabora novo demonstrativo do levantamento fiscal, restando parcialmente procedentes a Infração 03 no valor de R\$39,03, e a Infração 04 no valor de R\$11,80, conforme planilhas que acosta às fl. 76 a 82.

O contribuinte, tendo recebido cópia da informação fiscal e das novas planilhas acostadas ao processo na informação fiscal, não mais se pronunciou no processo e, já tendo procedido à quitação do débito referente às Infrações 01 e 02 na data de 28/05/2010 (fl. 86), procedeu ao pagamento do débito no valor principal de R\$50,82 na data de 25/01/2011 (fl. 87), valor este que coincide com o novo montante apurado na informação fiscal, pelo que deixou de existir controvérsia após a prestação da mesma.

Em relação às multas aplicadas, as mesmas estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$1.230,91, conforme tabela a seguir, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÃO	CONCLUSÃO	ICMS DEVIDO	MULTA
01	PROCEDENTE	898,25	70%
02	PROCEDENTE	281,83	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	39,03	70%

04	PROCEDENTE EM PARTE	11,80	60%
TOTAL		1.230,91	

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 **110427.0004/10-0**, lavrado contra **POSTO DOS ALAGOANOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.230,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$293,63, e de 70% sobre R\$937,28, previstas, respectivamente, no inciso II, alínea “d”, e inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais,

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR