

A. I. N° - 156494.0001/12-1
AUTUADO - TEIXEIRA & COELHO LTDA. (POSTO AZULÃO)
AUTUANTE - AILTON REIS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 23/04/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-02/15

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO; b) MERCADORIAS ISENTAS. MULTA; c) MERCADORIAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que o próprio autuante admite que o lançamento contém deficiências a ensejar “um novo levantamento e apurar o débito real do contribuinte”, bem como considerando que o mesmo se revelou impossibilitado de fazê-lo “por razões técnicas”, entendo que restou evidenciado que o Auto de Infração padece de incerteza relativamente à ocorrência do próprio ilícito, quedando-se por vício insanável a fulminar-lhe a validade. Infração elidida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2012, exige créditos tributários no valor histórico de R\$61.564,66, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 05.04.08: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhados de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos meses dezembro de 2010, dezembro de 2011 e dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$46.619,81. Multa proposta de 70% e 100%;

INFRAÇÃO 2 - 05.05.03: Omissões de saída de mercadorias isentas e/ou tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos meses de dezembro de 2008, dezembro de 2009 e dezembro de 2011. Valor da multa: R\$150,00;

INFRAÇÃO 3 - 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento de estoque, em exercício fechado, nos meses de dezembro de 2009, dezembro de 2010 e dezembro de 2011. Valor do ICMS: R\$14.974,85. Multa proposta de 60%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 48 a 102, na qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Destaca, inicialmente, que é uma empresa em atividade há mais de 13 anos no seguimento de

revenda de combustíveis e lubrificantes, garantindo que jamais usou ou usará de meios fraudulentos para obtenção de qualquer vantagem financeira, pois, por ser empresa idônea e cumpridora dos seus deveres, busca de forma constante e incessante acompanhar a legislação Fiscal, mesmo com suas inúmeras alterações, visando sempre oferecer produtos de qualidade, bem como prestar o melhor serviço aos seus clientes, atendendo de forma imediata as solicitações dos órgãos fiscalizadores a fim de dar transparência a sua gestão fiscal.

Preliminarmente, observa que o Auto de Infração demonstra no seu escopo que o Autuado foi enquadrado em vários artigos e/ou decretos do RICMS-BA, sem que haja embasamento legal que permita tal sustentação, sendo passível de nulidade parcial ou total, uma vez que, tais artigos não se coadunam com a falta apontada por essa fiscalização. Alega restar claro que, pelas cópias em anexo, que o Autuado não incorreu em tais penalidades, bem como que o diploma legal que norteou o Auto de Infração buscou amparo no art. 125, inciso I, que foi revogado na data de 12/02/2004, publicado no Diário Oficial dia 13/02/2004 com efeitos a partir de 01/03/2004, tornando assim totalmente nula a Infração 1. Transcreve o artigo citado em apoio ao seu ponto de vista.

Conclui, portanto, que descabe a presunção de que o art. 125, inciso I, alínea “a”, supracitado, pudesse estar em consonância com o ocorrido porque o mesmo perdeu seu efeito legal na data citada.

Transcreve o art. 371, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA para, a seguir, alegar que a acusação perde total sustentação, pois só adquire produtos de uma mesma empresa, sediada no estado da Bahia e com a devida retenção do imposto, descrito no escopo de todas as NF’s de compra de combustíveis.

Transcreve, também, o art. 322 do mesmo diploma regulamentar para, a seguir, afirmar que não é cabível tal base legal para o enquadramento, pois este artigo destina-se exclusivamente a orientação para efeito de preenchimento.

Transcreve, ainda, o art. 39, inciso V do RICMS/BA para, a seguir, concluir que fica esclarecido que tal artigo penaliza diretamente quem incorreu em algumas das atividades, o que não foi praticado pela autuada.

Salienta, também, que o art. 10, inciso I, alínea “a” da Portaria nº 445/98 é, concomitante com o art. 39 do RICMS/BA, onde resta esclarecido que por não haver fato gerador, inexistente obrigação do pagamento, principalmente por existir um único fornecedor em relação aos combustíveis comercializados, bem como que há falta de motivação para a aplicação da multa prevista no dispositivo acima indicado.

Alega que a infração 3, com base no inciso II do art. 125 do RICMS/BA, perde também total sustentação, pois todos os combustíveis adquiridos para comercialização, têm sua origem dentro do Estado da Bahia, uma vez que a sede do seu único fornecedor de combustíveis é na cidade de Candeias/BA e não fora do estado como prevê o referido artigo.

Quanto aos fatos narrados no lançamento, afirma que, no relatório de Auditoria apresentado, encontra-se com quantitativos de estoques iniciais, as quantidades dos combustíveis datados do último dia do exercício anterior, desconsiderando as vendas e/ou compras efetuadas neste dia, dados esses explicitados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) – (cópias em anexo), bem como o recebimento de várias Notas Fiscais dos anos de 2009, 2010 e 2011 (cópias em anexo), todas devidamente escrituradas nos Livros de Entrada (cópias em anexo). Alega que os estoques finais também não reproduzem fielmente as informações dos LMC’s, uma vez que não conferem com os dados escriturados.

Paralelo ao período apontado pela fiscalização, alega ter identificado que o exercício do ano de 2008, já havia sido fiscalizado, bem como o primeiro semestre do ano de 2009, compreendidos entre 01/01/2009 à 30/06/2009, inclusive com pagamentos de impostos referente aos períodos informados, como poderá ser facilmente comprovado por SEFAZ/BA, causando estranheza novo procedimento de fiscalização deste mesmo período.

Anexa relação de notas fiscais de entrada, alegando que não foram consideradas no levantamento fiscal, embora tenham sido devidamente escrituradas nos Livros de Entrada, caracterizando o que denomina de “inconsistência de informações”, já que prejudica totalmente o somatório dos quantitativos de estoques inicial e final, descritos na autuação.

Por todo o exposto, e de acordo com as informações e com os documentos acostados, solicita que: 1) Seja anulado definitivamente o Auto de Infração; 2) Caso seja interesse deste órgão, procedam-se novas diligências a fim de confirmar e atualizar os quantitativos referente às NF's não consideradas pela fiscalização.

Nestes termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal à folha 106, tecendo as considerações a seguir.

Afirma que a peça da defesa tenta anular a ação fiscal, apresentando novos levantamentos e documentos que não fizeram parte do processo de fiscalização na época oportuna. Informa que tentou, por inúmeras vezes, comparar os documentos apenas ao processo com os originais em poder do contribuinte mas, por dificuldade técnica, não o conseguiu. Sugere que o processo deve ser convertido em diligência para que fiscal estranho ao feito possa elaborar, à vista dos documentos em poder do contribuinte, um novo levantamento e apurar o débito real do processo.

À folha 115, a 4ª JJF, em sessão realizada no dia 30/06/14, decidiu converteu o processo em diligência ao autuante, com vista a atender o que segue: a) Produzir uma nova informação fiscal, manifestando-se especificamente em relação aos valores de estoque inicial e final questionados pela autuada, bem como tecendo considerações acerca das cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) acostadas ao processo; b) Relativamente às notas fiscais de entrada listadas à folha 52, incluí-las no levantamento fiscal, ou justificar o porquê de não fazê-lo, uma vez que a empresa acostou cópias ao processo.

À folha 117, o autuante proferiu despacho, informando que o processo esteve em seu poder por determinado período, tentando uma possibilidade de comparar os dados acostados ao processo com os documentos originais existentes em poder do contribuinte. Afirma que, por razões técnicas e de força maior, não conseguiu os citados documentos, os quais serão imprescindíveis ao novo levantamento. Como já sugerido na informação anterior, solicita que o processo seja convertido em nova diligência, com fiscal estranho ao feito para realização de um novo levantamento, se houver condições para tal feito.

VOTO

Examinando os autos, observo que o lançamento decorreu de acusação fiscal pelo cometimento de três infrações distintas, apuradas, todas, a partir do levantamento quantitativo de estoques, conforme se depreende da leitura da peça inaugural do Auto de Infração.

Em sua defesa, a autuada opõe-se ao lançamento, apontando várias inconsistências como erro na informação relativa aos estoques inicial e final, ausência de consideração de documentos fiscais de entradas e outros, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 51, transcrito a seguir.

“No relatório de Auditoria apresentado, encontra-se com quantitativos de estoques iniciais, as quantidades dos combustíveis datados do último dia do exercício anterior, desconsiderando as vendas e/ou compras efetuadas neste dia, dados esses explicitados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) – (cópias em anexo), bem como o recebimento de várias Notas Fiscais dos anos de 2009, 2010 e 2011(cópias em anexo), todas devidamente escrituradas nos Livros de Entrada (cópias em anexo).

Destarte, os estoques finais também não reproduzem fielmente as informações das LMC's, uma vez que não conferem com os dados escriturados.”

Em sua informação fiscal, o autuante não se contrapõe aos argumentos deduzidos pela defesa, deixando de tecer qualquer consideração em defesa do lançamento por ele efetuado. Limitou-se, apenas, a alegar dificuldade técnica para comparar os documentos anexados pela autuada com os

seus respectivos originais, sugerindo que o Auto de Infração seja convertido em diligência a fiscal estranho ao feito, conforme se lê á folha 106, abaixo reproduzido.

“..., tentamos por inúmeras vezes comparar os documentos apensos ao processo com os originais em poder do contribuinte mas, por dificuldade técnica não o conseguimos, portanto conforme sugere o próprio contribuinte o processo deveria ser convertido em diligencia para que fiscal estranho ao feito possa elaborar a vista dos documentos em poder do mesmo, um novo levantamento e apurar o debito real do contribuinte.”

Tendo em vista que o autuante não teceu qualquer consideração em defesa do lançamento fiscal, o processo foi convertido em diligência com vistas a que o autuante corrigisse o lançamento e voltasse a se manifestar, acatando a defesa, ou ratificando o lançamento.

Em nova manifestação, o autuante reitera os termos da sua manifestação anterior, admitindo as deficiências do lançamento fiscal, suscitadas pela defesa. Admite, ainda, a necessidade de acesso aos documentos originais para realização de novo levantamento. Como não conseguiu, solicita nova diligência para fiscal estranho ao feito, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça informativa, á folha 117, abaixo transcrito.

“O processo em epigrafe esteve em nosso poder por determinado período de tempo tentando uma possibilidade de comparar os dados acostados ao processo com os documentos originais existentes em poder do contribuinte.

Por razões técnicas e de força maior, não conseguimos esses documentos que serão imprescindíveis ao novo levantamento, e como já sugerido na informação anterior, solicito que o processo seja convertido em nova diligencia, com fiscal estranho ao feito para realização de um novo levantamento, se houver condições para tal feito.”

Pois bem, como é de conhecimento comum dentre aqueles que labutam cotidianamente na atividade de fiscalização de estabelecimentos, o roteiro fiscal denominado “*Levantamento Quantitativo de Estoques*” consiste em se avaliar a movimentação de mercadorias (algumas ou todas) no âmbito do estabelecimento fiscalizado, cotizando-se o estoque inicial e as entradas (de um lado) com o estoque final e as saídas (por outro).

Resulta, portanto, em procedimento de auditoria que envolve elevada complexidade, alcançando a movimentação econômica do estabelecimento, em todo o período fiscalizado. Não pode, portanto, ser levado a termo sem um prévio conhecimento do objeto social da empresa, na medida em que demandará, antes da sua execução, uma série de ajustes que implicarão em agregação de itens e adoção de critérios específicos para exclusão e inclusão de determinadas operações, sem os quais a movimentação global poderá padecer por incoerência.

Por isso, faz-se indispensável que, todas as vezes que se revelar necessária uma revisão nesse tipo de procedimento, tal deva ser capitaneado pelo próprio autuante, pois somente ele possui conhecimento acerca dos critérios de agrupamento e de desagregação necessários a evitar as distorções que eventualmente se manifestam na apuração da movimentação econômica.

Somente é possível atribuir a revisão a fiscal estranho ao feito quando houverem de ser corrigidas questões pontuais, devidamente especificadas pelo relator do processo, tarefa que possui contornos objetivos, inexistindo espaço para o exercício de qualquer atividade cognitiva por parte do diligente. Somente nesses casos.

Quando, porém, houver necessidade de se refazer todo o procedimento fiscal, torna-se inviável atribuir-se tal tarefa a outra pessoa, senão ao próprio autor do lançamento, o qual terá condições de empreender as ações necessárias, corrigindo os equívocos já detectados relativamente ao lançamento de ofício anterior.

Ora, considerando que o próprio autuante admite que o lançamento contém deficiências a ensejar “*um novo levantamento e apurar o débito real do contribuinte*” (conforme escreve á folha 106) bem como considerando que o mesmo se revelou impossibilitado de fazê-lo “por razões técnicas”, entendo que restou evidenciado que o presente lançamento padece de incerteza relativamente à ocorrência da própria infração, quedando-se por vício insanável a fulminar-lhe a validade.

Diante do exposto, julgo NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156494.0001/12-1**, lavrado contra **TEIXEIRA & COELHO LTDA. (POSTO AZULÃO)**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR ANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR