

A. I. Nº - 060624.0001/12-2
AUTUADO - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMUBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-05/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Acolhida parte das arguições defensivas, constatada através de diligência. Reduzidos os valores exigidos nas infrações 01 e 02. Infrações parcialmente procedentes. 2. SAÍDA DE MERCADORIAS NÃO MAIS TRIBUTADAS SEM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MULTA. Constatada a saída de mercadorias não mais tributadas, cabe a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória exigida. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, faz exigência de ICMS no valor de R\$183.185,77, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 04.05.08. 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 em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008 em relação aos produtos: ÁLCOOL no valor de R\$16.833,53 (dezesesseis mil oitocentos trinta três reais e cinquenta três centavos); DIESEL COMUM, no valor de R\$71.054,83 (setenta e um mil cinquenta quatro reais e oitenta três centavos); GASOLINA ADITIVADA no valor de R\$6.420,89 (seis mil quatrocentos vinte reais e oitenta nove centavos); GASOLINA COMUM no valor de R\$47.087,85 (quarenta sete mil oitenta sete reais e oitenta cinco centavos). Perfazendo um total de débito de R\$141.397,10 (cento quarenta um mil trezentos noventa sete reais e dez centavos). Multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 – 04.05.09. Falta de recolhimento, por antecipação ou substituição tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008 em relação aos produtos: ÁLCOOL no valor de R\$5.334,55 (cinco mil trezentos trinta quatro reais cinquenta e cinco centavos); DIESEL COMUM, no valor de R\$19.781,67 (dezenove mil setecentos oitenta um reais e sessenta sete centavos); GASOLINA ADITIVADA no valor de R\$1.700,31 (hum mil setecentos reais e trinta e um

centavos); GASOLINA COMUM no valor de R\$14.922,14 (quatorze mil novecentos vinte e dois reais e quatorze centavos). Perfazendo um total de débito de R\$41.738,67 (quarenta um mil setecentos trinta oito reais e sessenta sete centavos). Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – 04.05.03. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Infração detectada no exercício fechado de 2007 relativamente ao produto GASOLINA COMUM. Multa fixa no valor de R\$ 50,00.

O autuado em sua defesa, às fls. 500 a 504 dos autos, requer, inicialmente, que doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura.

Em preliminar, pede a nulidade da autuação, por ausência do necessário "Termo de Início da Fiscalização", bem como por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores. Com efeito, a ação fiscal não foi precedida do "Termo de Início de Fiscalização" válido, como indica a data da própria O.S. (13/12/11), o que, segundo a jurisprudência firmada pelo CONSEF, conduz a nulidade do lançamento, apresentando decisão precedente:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0157-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO JURIDICAMENTE EFICAZ (CTN, art. 196; COTEB, art. 127, § 1º, II; RPAF, art. 28, I). O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

Alinha que o roteiro de auditoria de estoques não é capaz de provar a acusação, ou seja, que houve “*aquisição de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal*”. No máximo, restaria a prática de “omissão de saídas” (receita), causada pela VENDA SEM NF.

Alega que, com efeito, a Lei nº 7.014/96, no seu art. 4º, § 4º, com redação dada pela Lei nº 8.542/02 e efeitos a partir de 28/01/02, prevê que “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*”

Entende constatar-se que a autuação, em verdade, se reporta a “omissão de saídas”. Frente a esta definição legal, que é imutável, não existe amparo para se dizer que houve “aquisições sem notas”, o que se provaria através de outros roteiros de auditoria. E se a LEI só contemplava a hipótese de “omissão de saídas”, tais vendas não mais podem ser tributadas, eis que o foram em etapa anterior, devido ao instituto da substituição tributária. É inaplicável, como visto, aos produtos substituídos, ao menos para fins de constatação de “aquisições sem documento fiscal”, a auditoria de estoques, bem como não há fundamento legal para a exigência de imposto por presunção, diante da tipificação legal já discutida.

Alude que, se as mercadorias saíram dos distribuidores sem NF (o que não ficou comprovado), a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do fornecedor, como substituto tributário, posto que, de acordo com o inciso I do § 1º do art. 125 do RICMS, norma que segue o art. 129, inciso II,

“e”, do COTEB, deve o Fisco demonstrar que as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição foram esgotadas, o que não encontramos no presente caso. O autuado é sujeito ilegítimo para figurar no pólo passivo da autuação.

No mérito registra que o item 2 depende diretamente do item 1, pois exige imposto em decorrência da aplicação da MVA sobre as “omissões” detectadas no primeiro, o que implica dizer que a ineficácia de um atinge o outro, o autuado indicará os equívocos cometidos na autuação, por produto auditado, restando elidida, já viciada, presunção.

Afirma que as diferenças apontadas no AI não existem. Tiveram origem na falta de contagem das operações comprovadas através da documentação anexa, composta de NF'S, LRE e LMC, a saber:

- Nota Fiscal nº 289612, LMC e Registro de Entrada anexos;
- Notas Fiscais nºs. 318915 e 318733, LMC anexo;
- Nota Fiscal nº 311323, NF e LRE, em anexo;
- Notas Fiscais nºs. 294364 e 295340, consoante cópias e LMC, cujas entradas foram equivocadamente lançadas no LMC como Gasolina Comum e Aditivada ao mesmo tempo;
- Nota Fiscal nº 305678, lançada no LMC como Gasolina Comum e Aditivada ao mesmo tempo;
- Nota Fiscal nº 301485, conforme cópia e lançamento no Registro de Entradas, tudo anexo.

Assegura que, feitas as correções nas quantidades, decorrentes das operações acima citadas, as diferenças apresentadas no AI desaparecem.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base na documentação ora apresentada, revisão fiscal para conciliação de quantidades e valores, o autuado protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A autuante, às fls. 597 a 599 dos autos, apresenta informação fiscal, resumindo, às fls. 597/599, a impugnação do autuado que alegou, tempestivamente: "1) - ausência do termo de início de fiscalização. 2) - incapacidade do roteiro de auditoria de estoque... 3) - as diferenças apontadas no ai não existem". Informa que o autuado inadvertidamente pede nulidade do presente Auto de Infração alegando a ausência do Termo de Início de Fiscalização sem perceber que o mesmo encontra-se às fls. de nº. 06 do PAF em questão, e às fls. de nº. 07 o Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, que poderá substituí-lo, como se vê abaixo, no inciso II do art. 28 do RPAF. Cita o dispositivo.

Na alegação de que "AUDIF-207 AUDITORIA DOS ESTOQUES" tem apenas a função de definir os procedimentos a serem seguidos na efetivação do levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias que constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. Procedemos ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado que apresentou como resultado a maior, conforme documentos e livros digitados, um resultado com vendas maior que as compras o que caracteriza omissão de entradas, conforme determina a Portaria nº 445/98 que fixa procedimentos para esse tipo de realização. Mais especificamente, nos arts. 5º e 10º. Reproduz a portaria com os artigos citados.

Afirma que o autuado não apresentou as Notas Fiscais nºs 289612, 318915, 318733, 311323, 294364, 295340, 305678, 324088, 324270, 22479, 22409 e 319029, pois disse que foram as mesmas representadas através de cópias dos LIVROS REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E DOS LIVROS LMC. Na tentativa de fazer prova com tais cópias eivadas de erros nos respectivos registros, que apenas comprovariam o cumprimento da obrigação acessória, não aventada no momento. E, portanto não servirão como prova na presente autuação, pois tais elementos não trarão à luz elementos como idoneidade do documento, origem deste, e dos produtos neles lançados etc.,

imprescindíveis ao esclarecimento buscado pela autuada.

Acrescenta que foram apresentadas as Notas Fiscais nºs 301488, sem registro no livro Registro de Entradas de Mercadorias, não aceita por tratar-se de documento não registrado na escrita fiscal, a Nota Fiscal nº 294364, lançada às fls. 49 e 77 deste PAF, e a Nota Fiscal nº 311323, já lançada à fl. 27, Nota Fiscal nº 5077, lançada às fls. 29, 54 e 93; à fl. 523 do presente processo foi anexada uma NF com número e data ilegíveis, a Nota Fiscal nº 325156, lançada à fl. 28; 322010, lançada às fls. 53 e 92; 320331, lançada à fl. 53; 320390, lançada à fl. 53.

Sustenta que a presente autuação, tanto do item 1, quanto do item 2 estão legalmente fundamentadas como se vê no decorrer de toda a informação fiscal conforme as demonstrações feitas através de elementos legais e esclarecedores devidamente apresentados.

Diante disto solicita a manutenção do presente Auto de Infração.

À fl. 604 dos autos, consta pedido de diligência à ASTEC, considerando a alegação do autuado de que as diferenças de estoques se originam da falta de contagem das operações das Notas Fiscais nºs 289612, constante do LMC e do Registro de Entradas, Notas Fiscais nºs 318915, 318733 e 311323, anexa aos autos, e 294364 e 295340, constante cópia e LMC cujas entradas equivocadamente lançadas no LMC como gasolina comum e aditivada ao mesmo tempo, nota 305678 lançada no LMC como gasolina comum e aditivada ao mesmo tempo e nota 301485, conforme cópia e registro de entradas.

Considerando ainda que em sua informação fiscal o autuante afirma que o autuado não apresentou as Notas Fiscais nºs 289612, 318915, 318733, 311323, 294364, 295340, 305678, 324270, 22479, 22409, 329029 e, portanto, não servirão como prova da alegação da autuada. Quanto à Nota Fiscal nº 301488, diz que não foi lançada no livro de entrada, razão para não considerá-la. Já as Notas Fiscais nºs 294364, 311323, 5077, 325156, 322010, 320331 e 320390, afirma que foram devidamente consideradas no levantamento fiscal. Por fim, salienta que a nota fiscal a fl. 523 dos autos encontra-se com número e data ilegíveis.

Solicita a 5ª JJF que a ASTEC intime o contribuinte para apresentar os documentos acima que não se encontram nos autos ou que se apresentem ilegíveis e posteriormente refaça o levantamento quantitativo de estoque, quanto às referidas notas fiscais, considerando os documentos porventura apresentados, assim como a Nota Fiscal de nº 301488, não considerada por não se encontrar lançada no registro de entradas, de forma a se apurar a existência dos reais valores devidos.

A ASTEC apresenta Parecer nº 03/2013 de MARIA DO SOCORRO – Nas fls. 606/607, em cumprimento à diligência solicitada pela JJF, afirmando que foram realizados os seguintes procedimentos fiscais:

- 1. No dia 03/01/2013, o autuado foi intimado a apresentar as “ORIGINAIS E CÓPIAS DAS NOTAS FISCAIS Nº 289612, 318915, 318733, 311323, 294364, 295340, 305678, 324088, 324270, 22479, 22409, 319029, 301488, 5077, 325156, 322010, 320331, 320390 e 523 para que comprovem as alegações da defesa” ficando agendado para o dia 23/01/2013, conforme Intimação fiscal às fls 612 a 621.*
- 2. No dia 15/01/2013, o autuado solicitou prorrogação de prazo para a entrega dos documentos solicitados, ficando agendado, para o dia 23/01/2013 (fls. 610/611).*
- 3. No dia 23/01/2013, como combinado, o autuado apresentou as originais e cópias das notas fiscais nº 294364 (fl. 612), 295340 (fl. 613), 305678 (fl. 614), 311323 (fl. 615), referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (fl. 616), 320390 (fl. 617), 322010 (fl. 618), 324088 (fl. 619), 324270 (fl. 620), 325156 (fl. 621), referentes ao exercício de 2008, as quais após confrontos com as cópias apresentadas foram devolvidas.*
- 4. Após as análises e devidos confrontos das notas fiscais nº 294364 (fl. 612), 295340 (fl. 613), 305678 (fl. 614), 311323 (fl. 615), referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (fl. 616), 320390 (fl. 617), 322010 (fl. 618), 324088 (fl. 619), 324270 (fl. 620), 325156 (fl. 621), referentes ao exercício de 2008, apresentadas pelo autuado com as Relações das Notas Fiscais de Entradas de 2007 e 2008, às fls. 49, 77, 27, 28, 79, 53, 92, 79, 92, relacionadas pela autuante, constata-se que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas como indicadas nas*

referidas notas fiscais.

Afirma que em relação às notas fiscais apresentadas, não foram refeitos os levantamentos quantitativo de estoque, permanecendo, assim, os valores apurados pela autuante.

Concluiu que considerando que as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão corretamente lançadas na Relação das Entradas de 2007 e 2008, não foi feito o levantamento quantitativo de estoque, permanecendo, assim os valores apurados pela autuante.

O autuado, às fls. 625 a 626 dos autos, apresenta nova manifestação, ratificando as arguições defensivas e acrescentando que localizou as Notas Fiscais nº 301485 (29/05/2007 - original e cópia e LRE anexos), que se reporta a 5 mil litros de gasolina aditivada e 5 mil litros de diesel. Encontrou, ainda, a anexa Nota Fiscal nº 5077 (30/05/2008 - original, cópia, LMC e LRE anexos), referente a 5 mil litros de álcool, gasolina comum e diesel. Pede que tais documentos sejam considerados na apuração.

Argui que na informação fiscal, segundo consta às fls. 604, a Autuante justifica sua pretensão se reportando a outras notas, que não teriam sido apresentadas (324088, 324270, 22479, 22409 e 319029). Com relação à Nota Fiscal nº 301488, também não citada pela defesa, alega que não foi lançada no LRE. Diz, por fim, que as Notas Fiscais nº 294364, 311323, 5077, 325156, 322010, 320331 e 320390, foram devidamente consideradas.

Afirma que o autuado não se reportou à Nota Fiscal nº 301488 e, sim, 301485, anexa e devidamente registrada no LRE. A Nota Fiscal nº 289612 se encontra devidamente registrada no LMC e LRE, juntados com a defesa, e deve ser considerada. Afirma que o autuado está tentando conseguir cópia do documento junto ao fornecedor e, assim que conseguir, encaminhará ao PAF. O mesmo acontece no que diz respeito às Notas Fiscais nº 318915, 318733, 22479 e 22409. Protesta pela posterior juntada.

No que tange aos demais documentos, reportados pela ASTEC como corretamente consideradas, observa que a ASTEC não apurou se tais registros estão corretos no LMC. Apesar da possibilidade de correção do lançamento das notas corretamente na auditoria, ou seja, nos quantitativos das entradas, se houve equívocos no LMC a repercussão aparece nos estoques. E como disse o autuado em sua defesa, existem notas que, por equívoco foram lançadas no LMC de formas diversas, a exemplo das Notas Fiscais nº 294364, 295340 e 305678.

Conclui que, ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base na documentação ora apresentada, efetiva revisão fiscal para conciliação de quantidades e seus lançamentos no LMC, e correspondente repercussão na auditoria o autuado protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Após a manifestação do autuado, a 5ª JJF, solicita nova diligência à ASTEC para que se apure as alegações defensivas trazidas às fls. 625 e 626, ou seja, se as notas fiscais efetivamente devem ser incluídas no levantamento quantitativo e/ou se ocorreram os equívocos alegados nos lançamentos das notas fiscais enumeradas pela defesa.

A ASTEC, às fls. 643 e 644 dos autos, afirma que foram analisadas e os devidos confrontos das Notas Fiscais de nº 301.485 fls. 627 e 0005.077 fls. 630, referentes ao exercício de 2007 e 2008, apresentadas pelo autuado, com as relações das notas fiscais de entradas de 2007 e 2008, e ficou comprovado que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas pelo autuante no levantamento das respectivas entradas como se verifica nas referidas notas fiscais, às fls. 50, 77, 54, 93 e 29 dos autos, como abaixo indicadas.

Notas fiscal 301485, fls. 627, 5.000 diesel aditivado, fl. 50, e gasolina aditivada 5.000, fl. 77.

Nota fiscal 5077, fl. 630, Diesel aditivado, fl. 54, Gasolina comum fl. 93, 5.000, Álcool 5.000, fl. 29.

Conclui que, considerando que as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão corretamente

lançadas na relação das entradas de 2007 e 2008, não foi feito o levantamento.

O autuado, às fls. 650 e 651 dos autos, volta a se manifestar ratificando as arguições anteriores e acrescentando que a ASTEC não atendeu integralmente à solicitação da JJF, pois se reportou apenas quanto às Notas Fiscais nºs 301485 e 5077, não abordando os demais pontos levantados na petição protocolada dia 18/03/1013, deferida pela Junta no despacho de fl. 641.

Entende que a ASTEC não avaliou as seguintes alegações defensivas:

"Na informação fiscal, segundo consta às fls. 604, a Autuante justifica sua pretensão se reportando a outras notas, que não teriam sido apresentadas (324088, 324270, 22479, 22409 e 319029). Com relação à NF 301488, também não citada pela defesa, alega que não foi lançada no LRE. Diz, por fim, que as notas 294364, 311323, 5077, 325156, 322010, 320331 e 320390, foram devidamente consideradas.

*A Autuada não se reportou à NF 301488 e, sim, **301485**, anexa e devidamente registrada no LRE. A NF 289612 s encontra devidamente registrada no LMC e LRE, juntados com a defesa, e deve ser considerada. A Autuada está tentando conseguir cópia do documento junto ao fornecedor e, assim que conseguir, encaminhará ao PAF. O mesmo acontece no que diz respeito às NF'S 318915, 318733, 22479 e 22409. Protesta pela posterior juntada.*

No que tange aos demais documentos, reportados pela ASTEC como corretamente consideradas, insta observar que a ASTEC não apurou se tais registros estão corretos no LMC. Apesar da possibilidade de correção do lançamento das notas corretamente na auditoria, ou seja, nos quantitativos das entradas, se houve equívocos no LMC a repercussão aparece nos estoques. E como disse a Autuada em sua defesa, existem notas que por equívoco foram lançadas no LMC de formas diversas, a exemplo das notas 294364, 295340 e 305678."

Complementa que a intimação ora respondida não se fez acompanhar da respectiva comprovação, contida no PAF, de que os documentos comentados foram apropriados no levantamento fiscal, prejudicando a defesa.

Ante o exposto, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, com base na documentação ora apresentada, efetiva revisão fiscal para conciliação de quantidades e seus lançamentos no LMC, e correspondente repercussão na auditoria o autuado protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Nas fls. 697/702, tem decisão da Segunda Instância, na qual o colegiado proveu o Recurso Voluntário, juntamente com a Procuradoria do Estado, que em preliminar de nulidade da decisão suscitada pelo autuado de que na análise da impugnação o relator não ponderou argumentos quanto ao item 7 que aduz responsabilidade do pagamento do imposto ser do fornecedor, no qual o fisco teria que demonstrar as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição foram esgotadas.

Na fl. 714, o relator converte os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que o diligente examine as notas fiscais anexadas pelo autuado, fls. 683/685, alegando não terem sido consideradas no levantamento quantitativo de estoque:

"1 - Apure se são pertinentes as alegações defensivas, conforme acima alinhadas, ou seja, se as notas fiscais efetivamente devem ser incluídas no levantamento quantitativo;

2 - Efetue os ajustes no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, caso se confirmem as aludidas arguições;

3 - Deverão ser fornecidas ao autuado os documentos produzidos pelo diligente, acompanhados do presente pedido, bem como a concessão de prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar".

Em Parecer da ASTEC nº 26/2016, fls. 716/718, a diligente realizou os seguintes procedimentos:

"1 - Foram confrontadas as Notas Fiscais nº 22.409 (fl. 684) e 22.479 (fl. 685) com e relação das notas fiscais de entradas apuradas pela autuante (fls. 94, 80, 55 e 30 dos autos), e constatado que não constam no levantamento fiscal, referente às aquisições de 5.000 l. de Gasolina Comum, 5.000 l. de Óleo Diesel Aditivado e 5.000 l. de Alcool..., referente ao levantamento fiscal de 2008.

2 - Após as devidas exclusões foram apuradas as seguintes omissões".

Junta demonstrativo do exercício de 2008, conforme fls. 716/717, referente à base de cálculo, no qual diz que os valores exigidos de ICMS foram alterados, tanto no Normal como no Antecipado e faz demonstrativo dos valores remanescentes, das infrações 1 (R\$125.536,88) e 2 (R\$36.998,95), conforme fl. 718.

Em manifestação do contribuinte, fl. 725, o representante do autuado ratifica os termos da defesa, assim, como a solicitação de que as intimações relativa ao feito sejam encaminhadas aos advogados regulamente constituídos. Acrescenta que o Parecer ASTEC confirmou a ausência de inclusão das Notas Fiscais nºs 22409 e 22.479, sendo apresentado os cálculos de fls. 716/718, os quais, sem embargo das demais arguições defensivas, devem ser acatadas.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e demonstrações. Alega, ainda, nulidade/improcedência ou procedência parcial do Auto de Infração, para aplicação da multa formal de 1% sobre o valor comercial das entradas não registradas, ou ao menos para que seja deduzida a parcela do imposto normal, pela alíquota interna.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla três infrações, já devidamente relatadas, sendo a primeira e a segunda, por descumprimento de obrigação principal e a terceira por descumprimento de obrigação acessória, todas apuradas através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

No que tange a arguição de inexistência de Termo de Início de fiscalização, cabe observar o disposto no art. 26 do RPAF/BA, visto que além do Auto de Infração conter tal termo, consta nos autos intimação para o autuado apresentar livros e documentos fiscais.

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado

Verifico que o levantamento quantitativo, por espécie de mercadorias, foi efetuado em conformidade com o disposto na Portaria nº 445/98 e, tendo em vista que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, o autuante aplicou, em relação às infrações 1 e 2, os procedimentos previstos no art. 10 do aludido ato normativo:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de

documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, “d”);

II - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, se ficar comprovado que, não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação, a operação de saída posterior foi tributada normalmente, observar-se-á o seguinte:

a) não se exigirá o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a multa de 60% (RICMS/97, art. 915, § 1º, I);

b) a providência de que cuida a alínea anterior não dispensa a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, nos termos da alínea “a” do inciso anterior.

Conforme se pode extrair do aludido dispositivo, diferente do alegado, não se trata de presunção legal, prevista do art. 4º, §4º da Lei nº 7014/96, pois as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, cabendo a exigência tributária ao autuado, apurada omissão de entrada, na condição de responsável solidário, na medida em que adquiriu mercadorias sem emissão de notas fiscal, concernente a infração 1 e na condição de responsável por substituição tributária, tendo em vista que essas mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, cabendo-lhe a responsabilidade por retenção e recolhimento do imposto devido, conforme base de cálculo corretamente apurada na forma da aludida portaria, concernente à infração 2.

Quanto à infração 2, foi apurada a falta de recolhimento, por antecipação ou substituição 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 documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Irregularidade apurada nos exercícios de 2007 e 2008.

No que tange às alegações defensivas relativas ao mérito das infrações 1 e 2, bem como as específicas notas fiscais alinhadas na defesa, foi destinada diligência a ASTEC/CONSEF, que apresentou parecer.

No Parecer nº 03/2013 da lavra da Auditora Fiscal MARIA DO SOCORRO, às fls. 606/607, em cumprimento à diligência solicitada pela JJF, afirmando que foram realizados os seguintes procedimentos fiscais:

1. No dia 03/01/2013, o autuado foi intimado a apresentar as “ORIGINALS E CÓPIAS DAS NOTAS FISCAIS Nº 289612, 318915, 318733, 311323, 294364, 295340, 305678, 324088, 324270, 22479, 22409, 319029, 301488, 5077, 325156, 322010, 320331, 320390 e 523 para que comprovem as alegações da defesa” ficando agendado para o dia 23/01/2013, conforme Intimação fiscal às fis 612 a 621.

2. No dia 15/01/2013, o autuado solicitou prorrogação de prazo para a entrega dos documentos solicitados, ficando agendado, para o dia 23/01/2013 (fis. 610/611).

3. No dia 23/01/2013, como combinado, o autuado apresentou as originais e cópias das notas fiscais nº 294364 (fl. 612), 295340 (II. 613), 305678 (fi. 614) , 311323 (fi. 615) , referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (ti. 616) , 320390 (fi. 617), 322010 (fi. 618), 324088 (fi. 619) , 324270 (fi. 620) , 325156 (fi. 621), referentes ao exercício de 2008, as quais após confrontos com as cópias apresentadas foram devolvidas.

4. Após as análises e devidos confrontos das notas fiscais nº 294364 (fi. 612), 295340 (fi. 613), 305678 (fi. 614), 311323 (fi. 615) , referentes às entradas de combustíveis do exercício de 2007 e as notas fiscais 320331 (fi. 616) 320390 (II. 617), 322010 (fi. 618), 324088 (fi. 619) , 324270 (fi. 620) 325156 (fi. 621), referentes ao exercício de 2008, apresentadas pelo autuado com as Relações das Notas Fiscais de Entradas de 2007 e 2008, às fis. 49, 77, 27 , 28, 79, 53, 92, 79, 92, relacionadas pela autuante, constata-se que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas como indicadas nas referidas notas fiscais.

O sujeito passivo, volta a se manifestar afirmando que as notas fiscais, por ele indicadas,

efetivamente devem ser incluídas no levantamento quantitativo e/ou ocorreram os equívocos alegados nos lançamentos das notas fiscais enumeradas pela defesa.

Solicitada, mais uma vez, diligência para examinar os argumentos defensivos quanto às notas apontadas pelo autuado, a ASTEC/CONSEF, apresenta novo parecer aduzindo que as mesmas foram analisadas e os devidos confrontos das Notas Fiscais de nºs 301.485 fls. 627 e 0005.077 fls. 630, referentes ao exercício de 2007 e 2008, apresentadas pelo autuado, com as relações das notas fiscais de entradas de 2007 e 2008, e ficou comprovado que todas as notas fiscais e respectivas quantidades de combustíveis estão corretamente lançadas pelo autuante no levantamento das respectivas entradas como se verifica nas referidas notas fiscais, às fls. 50, 77, 54, 93 e 29 dos autos, como abaixo indicadas.

Notas fiscal 301485, fls. 627, 5.000 diesel aditivado, fl. 50, e gasolina aditivada 5.000, fl. 77.

Nota fiscal 5077, fl. 630, Diesel aditivado, fl. 54, Gasolina comum fl. 93, 5.000, Álcool 5.000, fl. 29.

Conclui o parecer da ASTEC que, considerando que as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão corretamente lançadas na relação das entradas de entradas de 2007 e 2008, não foi refeito o levantamento.

Quanto aos demais argumentos defensivos de que não foram analisados os lançamentos no LMC ou de que não foi indicado o lançamento pelo parecer, não tem amparo, pois ficou demonstrado que o autuante efetuou, com exceção das notas fiscais constantes do Parecer da ASTEC a seguir, corretamente o registro das quantidades constantes nas notas aludidas pelo impugnante. Cabe, ainda, observar que o sujeito passivo não anexou para prova de sua arguição a Nota Fiscal nº 289612.

Ocorre que em novo Parecer da ASTEC nº 26/2016, fls. 716/718, a diligente conclui que: "*1 - Foram confrontadas as Notas Fiscais nº 22.409 (fl. 684) e 22.479 (fl. 685) com e relação das notas fiscais de entradas apuradas pela autuante (fls. 94, 80, 55 e 30 dos autos), e constatado que não constam no levantamento fiscal, referente às aquisições de 5.000 l. de Gasolina Comum, 5.000 l. de Óleo Diesel Aditivado e 5.000 l. de Álcool...., referente ao levantamento fiscal de 2008. 2 - Após as devidas exclusões foram apuradas as seguintes omissões*".

A diligente junta demonstrativo do exercício de 2008, conforme fls. 716/717, referente à base de cálculo, no qual diz que os valores exigidos de ICMS foram alterados, tanto no Normal como no Antecipado e faz demonstrativo dos valores remanescentes, das infrações 1 (R\$125.536,88) e 2 (R\$36.998,95), conforme fl. 718, com o qual concordamos para se incorporar ao presente voto, com os valores reduzidos.

Quanto ao pedido de aplicação da multa formal de 1% sobre as entradas não encontra amparo legal, primeiro em razão de ter sido apurado omissão de saída e segundo em razão da procedente exigência ser por descumprimento de obrigação principal, no que tange as infrações 01 e 02.

As infrações 01 e 02, portanto, são parcialmente procedentes, conforme fls. 716/717, referente à base de cálculo, no qual diz que os valores exigidos de ICMS foram alterados, tanto no Normal como no Antecipado e faz demonstrativo dos valores remanescentes, das infrações 1 (R\$125.536,88) e 2 (R\$36.998,95), conforme fl. 718.

Quanto à infração 3, não foi apresentada impugnação de mérito, cabendo a manutenção da exigência fiscal por descumprimento de obrigação acessória. Infração mantida.

Assim, diante das diligências efetuadas, bem como o fato de o levantamento de estoque ter atendido ao disposto na Portaria nº 445/98, além de não ter havido violação ao devido processo legal, considero mantida as exigências tributárias constantes nas infrações 1, 2 e 3.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0001/12-2**, lavrado

contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMUBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$162.535,83**, acrescido da multa de 60% sobre R\$36.998,95 e 70% sobre R\$125.536,88, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no inciso XXII, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR