

A. I. Nº - 233014.0205/14-6
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS FUNCHAL LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/07/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-03/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Mantida a exigência fiscal. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2015, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$1.496.202,14, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2013 e 2014). Valor do débito: R\$1.119.928,58. Multa de 100%.

Infração 02 – 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, 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 calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2013 e 2014). Valor do débito: R\$365.447,88. Multa de 60%.

Infração 03 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2013; fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2014. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.825,68.

O autuado apresentou impugnação às fls. 149 a 157, ressaltando que o presente auto de Infração foi pautado em informações constantes na sua escrita fiscal e nos documentos fiscais apresentados ao Fisco no que tange a lançamentos de entradas e saídas de produtos derivados de

petróleo correspondentes aos anos de 2013 e 2014, e isto denota sua boa fé em informar à SEFAZ/BA todas as transações ocorridas nos períodos mencionados.

Informa que muito antes do início da ação fiscal já se dispôs em retificar os registros de entradas (aquisições) de Mercadorias, o que por motivos alheios à sua vontade não foi possível a conclusão em tempo hábil. Diz que as vendas (saídas) de combustíveis foram devidamente registradas, conforme documentação altamente comprobatória apresentada ao Fisco, e que não gerou qualquer dúvida ou questionamentos, ou seja, os valores escriturados nos livros de Registro de Vendas de Mercadorias analisados pelo Fisco são exatamente iguais aos valores informados nos acessórios como DMAs mensais apresentadas ao Estado, assim como as informações prestadas à Secretaria da Receita Federal e, consequentemente, com seus respectivos impostos apurados: PIS- Programa de Integração Social, COFINS - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica e CLSS - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, como previsto no seu Regime de Tributação Federal com base no Lucro Presumido, portanto, sobre sua Receita Bruta.

Diante dos fatos expostos, ressaltando a sua boa fé, pleiteia a impugnação deste Auto, por considerar de “valor impagável”, para a sua condição de pequeno empresário. Para confirmação de toda explanação dos fatos, ressalta que a documentação referente ao período fiscalizado (2013 e 2014) se encontra na empresa à disposição do Fisco, se assim se fizer necessário, comprovando assim a intenção de estar devidamente correto junto à SEFAZ/BA.

Frisa que a Constituição Federal proíbe que a União e os Estados, cobrem tributos cumulativos que possam incidir em mais de uma etapa de produção ou circulação, conforme art. 155, Parágrafo 2º, inciso I. Afirma que sua atividade mercantil tem por objetivo a revenda de derivados de petróleo, produtos que têm por obrigatoriedade que o ICMS seja pago no ato da compra e de uma única vez, conforme estabelece o art. 155, inciso XII, alínea “h” da CF/88, que reproduziu.

Comenta que Aristóteles dizia que a equidade servia (continua servindo) para corrigir a injustiça da Lei. Equidade significa o julgamento com o uso do bom senso.

Quanto à hipótese de suspensão do crédito tributário, cita o art. 151, inciso III, do CTN – Código Tributário Nacional. Acrescenta que a Constituição Federal proíbe, neste caso, que os entes públicos, tributem de forma muito elevada, de modo que possa configurar efeito confiscatório, nos termos do art. 150, inciso IV. Sobre essa matéria, reproduz decisão do STF e ressalta a impossibilidade real de pagamento do valor exigido neste Auto de Infração.

Entende que está demonstrado insubsistência e improcedência da ação fiscal no que tange a um “valor impagável”, e que o impossibilita totalmente de poder honrar qualquer possibilidade de pagamento, considerando a situação econômico-financeira da empresa como a da economia nacional. Em virtude disso, requer que a impugnação do Auto de Infração seja acolhida.

Afirma que a intenção de pagar as dívidas já ficou claramente demonstrada quando da execução das informações entregues nas entidades competentes citadas acima, além do mais os valores das vendas são iguais aos valores demonstrados nos acessórios informados, sendo coerente o pedido apresentado na impugnação.

Se for levado em consideração que não será objeto de questionamento/impugnação a outra parte do Auto de Infração com a multa por não escrituração das NFe de compras de mercadorias, nos livros fiscais de entradas, repete o motivo do pedido de impugnação.

Requer seja cancelado parcialmente o Auto de Infração, em cumprimento ao “Mandado de Procedimento Fiscal” nº 233014.0205/14-6, por questão de justiça, entendendo que se encontra devidamente esclarecida a sua boa fé, sem contar que todos os produtos adquiridos são enquadrados no regime de Substituição Tributária. Afirma que, se o ICMS já foi pago quando da compra, não será cabível a existência de dois fatos de iguais valores de um mesmo fato gerador

numa mesma entidade. Seria injusto, além de acarretar duplicidade de pagamento, o que é proibido por Lei.

O autuante presta informação fiscal às fls. 161/162 dos autos, dizendo que as infrações 01 e 02 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2013 e 2014), conforme demonstrativos e planilhas acostados aos autos, fls. 07 a 28, tendo como base o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) apresentado pelo autuado.

Informa que, concluído o levantamento quantitativo de estoque, foram apuradas as omissões de entradas dos combustíveis, diesel comum, diesel aditivado e gasolina comum. Em consequência dessas omissões, o autuado deixou de recolher o ICMS normal na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas dessas mercadorias.

Salienta que o defendente também deixou de recolher o imposto por antecipação tributária, na compra de combustível. Diz que o autuado não apresentou, em sua defesa, prova alguma que pudesse alterar as infrações constatadas, e a infração 03 não foi questionada pelo defendente. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, as infrações 01 e 02, serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que tratam de exigência do imposto decorrente de levantamento quantitativo de estoques, em exercícios fechados, e a infração 02 é consequência da apuração efetuada na infração 01.

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2013 e 2014).

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto, 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 calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados (2013 e 2014).

O defendente alegou que o presente Auto de Infração foi lavrado com base em informações constantes na sua escrita fiscal e nos documentos fiscais apresentados ao Fisco. Disse que muito antes do início da ação fiscal já se dispôs em retificar os registros de entradas (aquisições) de mercadorias, o que, por motivos alheios à sua vontade, não foi possível a conclusão em tempo hábil. Ressaltou que a documentação referente ao período fiscalizado (2013 e 2014) se encontra na empresa à disposição do Fisco, se assim se fizer necessário, comprovando a intenção de estar devidamente correto junto à SEFAZ/BA.

Vale salientar que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. Em relação a quaisquer inconsistências, equívocos ou divergências apuradas

quando da realização do levantamento quantitativo de estoques, cabe ao autuado indicar objetivamente, apresentando a escrituração e correspondente documentação fiscal.

No caso em exame, o defendente não apresenta elementos para comprovar as alegações defensivas. Deve o impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O autuante esclareceu que as infrações 01 e 02 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados (2013 e 2014), conforme demonstrativos e planilhas acostados aos autos, fls. 07 a 28. Concluído o levantamento quantitativo de estoque, foram apuradas as omissões de entradas dos combustíveis, diesel comum, diesel aditivado e gasolina comum. Em consequência dessas omissões, o autuado deixou de recolher o ICMS normal na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhados de documento fiscal e sem a respectiva escrituração das entradas dessas mercadorias.

Na realização de levantamento quantitativo de estoques são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário.

Observe que o lançamento efetuado na infração 02 é consequência da primeira infração, haja vista que foi realizado levantamento quantitativo de estoque com mercadoria inserida no regime de substituição tributária e, tendo sido constatado que houve omissão de entrada da mencionada mercadoria, conseqüentemente, cabe exigir antecipação tributária em relação a essas mercadorias.

Nas razões de defesa não foi apresentado qualquer documento ou argumento para contrapor os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo sido alegado que, se o ICMS já foi pago quando da compra, não será cabível a existência de dois fatos de iguais valores de um mesmo fato gerador.

Como se trata de omissão de entradas de mercadorias, implica dizer que foi constatada a aquisição de mercadorias sem o respectivo documento fiscal. Neste caso, inexistente comprovação de que o ICMS já foi pago quando da compra, em razão da falta do documento comprobatório da aquisição das mercadorias cuja omissão de entradas foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoques.

Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Neste caso, independentemente do valor devido e da intenção do contribuinte, deve ser efetuado o lançamento do imposto apurado no levantamento fiscal.

Entendo ficou devidamente comprovado nestes autos o valor efetivamente devido pelo autuado, concordando com as conclusões apresentadas pelo autuante. Voto pela subsistência do presente lançamento, salientando que as infrações apuradas estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 01), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada (Infração 02), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2013; fevereiro a setembro, novembro e dezembro de 2014. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$10.825,68.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

Mantida a exigência fiscal, no valor de R\$10.825,68, considerando que o defendente não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal. Infração subsistente.

Face ao 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 **233014.0205/14-6**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS FUNCHAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.485.376,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$365.447,88 e 100% sobre R\$1.119.928,58, previstas no art. 42, inciso II, “d”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$10.825,68**, prevista no art. 42, inciso XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA