

PROCESSO - A. I. Nº 060624.0001/12-2
RECORRENTE - POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0117-05/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0213-12/18

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. Ambas as infrações foram lavradas corretamente, com base nas legislações da época, visto a comprovada omissão de entradas de mercadorias. 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. Mantida decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 29/06/2016 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$162.535,83 (cento e sessenta e dois mil quinhentos e trinta e cinco reais e oitenta e três centavos), em decorrência do cometimento de 03 (três) infrações.

Infração 01. RV – 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 02. RV – 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 03. RV – Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não 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. Infração detectada no exercício

fechado de 2007 relativamente ao produto GASOLINA COMUM. Multa fixa no valor de R\$ 50,00.

O Autuado apresentou defesa administrativa face o auto de infração em epígrafe (fls. 500/504), impugnando integralmente a autuação.

O Autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 597/599), defendendo a manutenção do Auto de Infração em todo o seu teor.

Após novas manifestações e a realização de diligências, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JF que entendeu por bem, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

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- revogação

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 “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 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, Alcool 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 Alcool....,

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.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) Concluiu, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo Autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal seriam condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, teria sido 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.
- b) No que tange a arguição de inexistência de Termo de Início de fiscalização, pontuou que caberia observar o disposto no art. 26 do RPAF/BA, visto que além do Auto de Infração conter tal termo, constaria nos autos intimação para o autuado apresentar livros e documentos fiscais;
- c) Verificou que o levantamento quantitativo, por espécie de mercadorias, teria sido efetuado em conformidade com o disposto na Portaria nº 445/98, tendo em vista que as mercadorias em comento seriam enquadradas no regime de substituição tributária. Dessa forma, afirmou não se tratar, o caso em concreto, de presunção legal - prevista do art. 4º, §4º da Lei nº 7014/96;
- d) Observou que os autos foram baixados em diligência para a ASTEC, para que fossem analisadas as alegações de mérito do Contribuinte, no tocante às infrações 1 e 2. Frisou que fora reconhecido através das diligências que, os valores exigidos de ICMS foram alterados, tanto no Normal como no Antecipado, tendo sido alterada a infrações 1 para a monta de R\$125.536,88 e a infração 2 para o montante de R\$36.998,95;
- e) Quanto ao pedido de aplicação da multa formal de 1% sobre as entradas, destacou que tal pedido não encontra amparo legal, primeiro em razão de, na presente autuação, ter sido apurado omissão de saída, e segundo, em razão da procedente exigência ser por descumprimento de obrigação principal, no que tange as infrações 1 e 2.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 755/757)**.

- i. Requerendo a homologação do pagamento realizado, tendo em vista que teria a Recorrente realizado o pagamento da totalidade da condenação ou até mesmo em montante superior;
- ii. Em relação ao pedido de aplicação da multa formal de 1%, alegou que a JJF teria incorrido em erro, pelo fato de o caso em concreto versaria sobre a omissão de entradas; e não sobre a omissão de saídas, como teria sido apontado pela Junta.

Com o afastamento do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva, o processo foi redistribuído para instrução e voto por este Relator.

O Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira estava impedido de participar deste julgamento em razão de ter participado do julgamento da instância inferior.

VOTO

Temos sob apreciação o Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, que cobra do sujeito passivo ICMS por antecipação tributária e de responsabilidade solidária, ambas as infrações aplicadas após levantamento quantitativo de estoque dos exercícios de 2007 e 2008, bem como exige multa por omissão de saída de mercadorias isentas/não tributáveis efetuadas sem a emissão de documento fiscal.

Em sede de Recurso Voluntário o autuado apresentou o DAE (fl. 760) de código 1802 (ICMS Parcelamento) no valor total de R\$7.880,25, o respectivo comprovante de pagamento (fl. 759) da primeira parcela do total do auto de infração, pedindo o seu reconhecimento e homologação via Resolução, já que tal informação não constou expressa no voto de 1ª Instância.

Diante das provas apresentadas, farei o devido registro em resolução, cabendo à Administração deste Conselho acompanhar e homologar tais recolhimentos.

No que se refere à conversação dos valores lançados nas infrações 1 e 2 para aplicação da multa de 1% sobre o valor comercial das entradas não registradas, tal pedido carece de respaldo legal. As infrações foram lavradas por descumprimento do disposto na Portaria nº 445/98 e dos artigos que tratavam da solidariedade e substituição tributária do Regulamento do ICMS/BA, estando todos eles citados no campo de enquadramento do auto de infração, portanto rejeito as alegações recursais, por me coadunar inteiramente com o voto de piso.

Estando as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o lançamento está correto, já que restou comprovada a 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 no que tange a infração 2, tendo inclusive sido aplicado corretamente os percentuais de margem de valor agregado de cada produto, sendo deduzido o imposto destacado nas citadas notas fiscais.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0001/12-2**, lavrado contra **POSTO 4 COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS