

**PROCESSO** - A.I. Nº 110188.0021/03-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.  
**RECORRIDO** - COELHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JF nº 0152-04-04  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 13.07.04

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0151-12/04

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Na informação fiscal a autuante refez os levantamentos, tendo apurado omissão de saídas. A falta de emissão de notas fiscais de mercadoria cujo imposto foi pago por antecipação, de acordo com a Portaria 445/98, art. 5º, III, deve ser punida com a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2003, para exigir ICMS no valor de R\$413. 651,82, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$323. 266, 52, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$90. 385,30, 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 desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O autuado impugnou o lançamento tributário alegando que combustível é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora.

Argumenta que a autuante não considerou todas as notas fiscais de entradas, apurando a menos as quantidades, conforme documentos que acostou.

Em seguida apontou os seguintes erros no levantamento do autuante:

1. Deixou de contabilizar as Notas Fiscais números 647.180; 636.969 e 647.178;

2. Errou na medição por ter tomado encerrante do início do dia, enquanto que o encerramento do LMC considera todo o dia, tudo consoante destacado nos demonstrativos e notas fiscais acostadas.
3. Errou na tomada dos encerrantes, não levando em conta as alterações dos equipamentos, como registrado no LMC, encontrando total a maior de 1.045.677,10 de gasolina comum.

Alega: (I) - que a lavratura do Auto de Infração foi precipitada e desconsiderou que os combustíveis comercializados têm características de volatilização (0,6%), conforme Portaria nº 283, de 02 de junho de 1980, do antigo CNP, atual ANP; (II) - que somente foram consideradas as saídas com notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e nem as pequenas notas retiradas, tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo-se falta de recolhimento, sem contar a evaporação; (III) - que a fiscalização por parte da SEFAZ é nula, pois os fatos foram anteriores ao convênio firmado com a Agência Nacional de Petróleo; (IV) - que, em relação ao demonstrativo de saídas, existem erros, ao não considerar a evaporação prevista em lei e a verificação de regularidade dos equipamentos de medição, 20 (vinte) litros por dia/bico, totalizando 73.000 litros anos; (V) - que a autuação é ilegal, pois o imposto e a multa seriam de responsabilidade das distribuidoras; (VI) - que a lavratura do Auto de Infração contra a empresa é um ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, citando dispositivos do CTN, CF, para embasar seu argumento.

Às fls. 41 e 42 dos autos, o autuado transcreve entendimento de autores sobre o conceito de substituto legal tributário para concluir que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais e que não é possível o Estado buscar locupletar-se com a cobrança de imposto já pago pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação, e, por cautela, requer, ainda, que se descaracterize a multa aplicada.

A autuante, às folhas 59 e 60, ao prestar a informação fiscal diz que analisando os documentos e demonstrativos anexados pela defesa, fls. 45 a 54, efetuou novo demonstrativo, que será parte integrante da informação fiscal, uma vez constatado que no confronto do LMC com a leitura dos encerrantes no que se refere à gasolina comum, houve uma inversão da leitura dos “bicos de bomba”, conforme fls. 11 e 45 a 49.

Ressalta que a análise dos documentos e demonstrativo apresentados pela defesa, foi efetuada em conjunto com o supervisor da programação da Infaz/Bonocô, para entendimento e realização de um novo demonstrativo. Em consequência, e com base no novo demonstrativo, fls. 61 a 65, a infração que era de omissão de entradas, passou a ser omissão de saídas. Considerando que essas omissões de saídas se referem a mercadorias pagas com ICMS antecipado, fica apenas a aplicação da multa de R\$50, 00.

A INFAZ-Bonocô, através da intimação de fls. 67 e 68, entregou cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos, porém o contribuinte não se manifestou.

O julgador de Primeira Instância rejeita, inicialmente, a arguição de inconstitucionalidade, ressaltando que o art. 167, I do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a sua declaração. Em relação à nulidade suscitada, diz que a mesma não pode ser acolhida, pois o Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, é um livro fiscal que se encontra devidamente previsto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto nº 6.284/97, em seu art. 314, inciso V.

No mérito, concorda com as alegações do autuado ao apontar erros no levantamento, acatadas pelo fiscal autuante, que, em sua informação fiscal, afirma que analisou o demonstrativo juntamente com o supervisor da operação, tendo reconhecido a falha no levantamento inicial, aceitando o argumento defensivo, conforme ficaram comprovados nos novos demonstrativos que foram acostados às folhas 61 a 65.

Conclui que razão assiste efetivamente ao autuado, após análise dos novos demonstrativos elaborados pela auditora autuante e das cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis acostado pela defesa.

Finalmente, considera parcialmente correto o procedimento fiscal, estando caracterizada a improcedência da infração 2, e em parte a infração 1, no valor de R\$ 50,00, relativa à multa pela omissão de saídas.

Vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no valor de R\$ 50,00.

### **VOTO**

Os argumentos apresentados pelo autuado, corroborados pela comprovação dos documentos acostados ao processo, e ainda mais, a expressa concordância por parte do autuante e a criteriosa análise dos autos promovida pelo julgador, não deixam a menor dúvida quanto à correta Decisão de primeiro grau. Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110188.0021/03-9**, lavrado contra **COELHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS