

A. I. Nº - 206955.0030/03-2  
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO  
ORIGEM - INFAC BONOCÔ  
INTERNET - 30.03.04

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0059-04/04**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **b)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/10/2003, exige ICMS no valor de R\$409,33, além de multa no valor de R\$100,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 50,00, referente a operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, relativo ao ano de 2002.
2. Multa no valor de R\$ 50,00, operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque, relativo ao ano de 2003.
3. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$348,59, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto, relativo aos anos de 2001 e 2003.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$60,74, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado e aberto, relativos aos anos de 2001 e 2003.

O autuado, às fls. 61 a 70, impugnou o lançamento tributário alegando que o combustível álcool 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.

Aduz 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.

Diz 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.

Assegura que a fiscalização por parte da SEFAZ é nula, pois os fatos foram anteriores ao convênio firmado com a Agência Nacional de Petróleo.

Salienta que o demonstrativo de cálculo das supostas omissões não tem sentido quando se tomam as notas não consideradas pela fiscalização e que foram emitidas em favor do autuado por fontes diversas, que por engano da contabilidade deixou de ser lançada, tendo anexado cópias das notas fiscais. Em relação ao demonstrativo de saídas, diz que existem erros, quando não considerou a evaporação prevista em lei e verificação de regularidade dos equipamentos de medição, 20 (vinte) litros por dia/bico, totalizando 73.000 litros/anos.

Alega que a empresa não tem condição de detectar o problema com a distribuidora, cabendo ao Estado identificar e cobrar das mesmas que não tenham recolhido os tributos.

Sustenta 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. 67 e 68 dos autos, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Aduz que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação.

A autuante, às folhas 107 a 110, ao prestar a sua informação fiscal diz que o autuado não registrou no LMC os valores que deveriam ser apropriados a títulos de evaporação. Assegura que se procedesse o cálculo de 0,6% sobre as entradas seria uma escrituração fictícia uma vez que esse percentual é o limite máximo previsto da Portaria. Ressalta que qualquer valor que fosse apropriado a título de evaporação iria aumentar o valor do ICMS reclamado.

Quanto ao questionamento do autuante de que não foram considerados valores relativos a pequenas notas fiscais e cupons fiscais, aduz que não tem nenhum fundamento técnico uma vez que a leitura dos encerrantes realizadas nos BICOS abrange todo o conteúdo operacional de saída de combustíveis do posto.

Argumenta que as aferições devem ser escrituradas no LMC, conforme determina a Portaria 26/92, condição esta que determina para a fiscalização sua apropriação na apuração dos estoques. Assim, considerar valores não registrados e não declarados oficialmente pelo contribuinte significa uma ficção e consequentemente não deve ser procedimento da fiscalização.

Ressaltam que o autuado não apresentou quaisquer valores que viessem a modificar as tabelas utilizadas na apuração dos estoques, não houve apresentação de novos dados relativos aos estoques, entradas e saídas que viessem a modificar aqueles considerados no sistema SAFA – Roteiro de Auditoria de Estoques que foi aplicado tomando-se por base os valores que constam no LMC e nas leituras dos encerrantes finais.

Ao finalizarem, opinam pela manutenção da ação fiscal.

## VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança do imposto, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em relação a nulidade suscitada pelo sujeito passivo, 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 6.284/97, em seu art. 314, inciso V.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o presente PAF, constato que a auditora fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou omissões de saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada pela substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (Infrações 01 e 02); falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 03), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 04).

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que trata-se de 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. Ocorre que, ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o autuado torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que não foram consideradas as perdas e as aferições, uma vez que o livro de Movimentação de Combustíveis – LMC não é um livro obrigatório, devendo os registros realizados pelo contribuinte representarem a sua real movimentação de combustível. Os levantamentos realizados foram baseados nos registros realizados pelo próprio autuado, assim os valores consignados serviram de base para o trabalho de auditoria realizado pela autuante. Ademais o autuado simplesmente alegou, sem apresentar que elemento probante.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercícios de 2003 (infrações 03 e 04) e por ser mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o art. 10, I, da Portaria nº 445/98, determina que deve ser exigido o pagamento:

- a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada da documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V);
- 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, 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”).

Quanto às Infrações 01 e 02, a mesma Portaria determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento da auditora autuante, estando caracterizadas as infrações 1, 2, 3 e 4.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206955.0030/03-2, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS SETE PORTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$409,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$348,59 e de 60% sobre R\$60,74, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais, além da multa no valor **R\$100,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR