

**A. I. Nº** - 110188.0021/03-9  
**AUTUADO** - COELHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARIA INEZ AGUIAR VIEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 13. 05. 2004

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0152-04/04**

**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. Não se incluí na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade. Refeito os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2003, exige 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, às fls. 34 a 44, impugnou o lançamento tributário alegando que o 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 (gasolina aditivada); 636.969 (gasolina aditivada e comum) e 647.178 (gasolina comum);
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 acostada pela defesa.
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.

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 anterior ao convênio firmado coma Agência Nacional de Petróleo.

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 autuação é ilegal, pois o imposto e multa seria de responsabilidade das distribuidoras.

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. 41/42 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, por cautela, requer, ainda, que se descaracterize a multa aplicada.

A autuante, às folhas 59/60, 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 a gasolina comum, houve uma inversão da leitura dos “bicos de bomba”, conforme fls. 11, 45, 46, 47, 48 e 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.

Afirma que, com base no novo demonstrativo, fls. 61 a 65, a infração que era de omissão de entradas, passou a ser omissão de saídas. Assim, considerando que essas omissões de saídas se referem a mercadorias pagas com ICMS antecipado, fica apenas a aplicação da multa de R\$50,00.

Ao finalizar, opina pela aplicação da multa acima indicada.

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

## **VOTO**

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança do imposto, resalto 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 entradas de 696.095,000 litros de gasolina comum, tendo exigido o imposto em função da falta de recolhimento pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infração 01), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 02).

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.

Entretanto, o autuado apontou erro no levantamento realizado pela auditora fiscal, 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.

A autuante, em sua informação fiscal, afirmou que analisou o demonstrativo juntamente com o supervisor da operação, tendo reconhecido a falha no levantamento inicial, acatando o argumento defensivo, conforme ficou comprovados nos novos demonstrativos que foram acostou pela autoridade fiscal, às folhas 61 a 65.

Efetivamente razão assiste ao autuado, conforme reconheceu a autuante, uma vez que nas quantidades consignadas no “DEMONSTRATIVO DO CONTRLOE DAS VENDAS DE COMBUSTÍVEIS – PERÍODO: 01/01/2003 a 17/09/2003”, fl. 08 do PAF, a auditoria incluiu no item Gasolina comum o “BICO 3” duas vezes, com valores de encerrantes iniciais e finais diferentes. Na primeira inclusão, consta com encerrante inicial 820.084,70 e final 998.742,40, registrando um consumo de 178.657,70 litros. Na segunda, consta com encerrante inicial 705,20 e final 974.969,21, correspondendo ao consumo de 974.264,00 litros. Assim, a saída de gasolina comum através do “BICO 3”, segundo o levantamento inicial da autuante, seria de 1.152.921,70 (178.657,70 + 974.264,00). Quando na verdade o valor do encerrante final, em 17/09/2004 é de 94.371,70, conforme cópia do LCM acostada pela defesa à folha 48.

Logo, a saída de gasolina comum registrada pelo “BICO 3” foi de:

Saída de Gasolina Comum - “BICO 3”				
Período de 01/01/03 a 17/09/03				
Período	Inicial	Final	saída	LMC fl.
01/01/03 a 11/03/03	820.547,50	998.742,40	178.194,90	45
em 12/06/03			1.962,80	46
13/12/03 a 17/09/03	705,20	94.371,70	93.666,50	47 e 48
Total do “BICO 3”			273.824,20	

O equívoco da autuante ocorreu em função do registro do encerrante do “BICO 3”, no dia 12 de junho de 2003, ter ultrapassado 999.999,99 litros, conforme cópia do LMC acosta à folha 46. Assim, a contagem foi reiniciada no mesmo dia, tendo o encerrante final registrado de 705,20, resultando na

venda total do dia de 1,962,80 litros. No dia seguinte, 13.06.2004, conforme cópia do LMC fl. 47, o “BICO 3” registrou como encerrante inicial 705,20 e final 1.804,70, correspondendo a venda de 1.099,50litros de gasolina comum.

Logo, da análise dos novos demonstrativos elaborados pela auditora autuante e das cópias do Livro de Movimentação de Combustíveis acostado pela defesa, o total das saídas de Gasolina Comum foi de:

Bicos	Inicial	final	Saídas
1	1.738.748,40	1.816.291,98	77.543,58
2	6.722.810,60	6.909.429,46	186.618,86
3	ver planilha acima		274.287,00
4	653.617,60	1.094.033,07	440.415,47
5	7.240.955,60	7.427.563,97	186.608,37
Total			1.165.473,28

Em relação às entradas de gasolina comum, o autuado alegou que não foram consideradas as notas fiscais nºs 636.969 e 647.178. Entretanto conforme consta no “Levantamento Quantitativo das Entradas”, folha 24, a nota fiscal 636.969 foi considerada na quantidade correta. Já a nota fiscal nº 647.178 não foi considerada. Desta forma, a quantidade total das entradas da referida mercadoria deve ser adicionada de mais 5.000 litros, totalizando 1.342.450,00 (1.336.450,00 + 5.000,00).

Assim, a omissão que era de entradas, passou a ser omissão de saídas. Por se tratar de mercadorias pagas com ICMS antecipado, a Portaria nº 445/98 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 parcialmente correto o procedimento fiscal, estando caracterizada em parte à infração 01, no valor de R\$ 50,00 e improcedente à infração 02.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 50,00.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110188.0021/03-9**, lavrado contra **COELHO COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, , XXII, da Lei 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR