

**A. I. Nº** - 108881.0030/03-8  
**AUTUADO** - AUTO POSTO VANESSA LTDA.  
**AUTUANTE** - EDILTON OLIVEIRA SAMPAIO  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 13. 05. 2004

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0153-04/04

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Refeito os cálculos. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2003, exige ICMS no valor de R\$351.054,40, em razão das seguintes irregularidades apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$314.880,98, 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\$36.173,42, 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. 622 a 629, 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 o autuante não considerou todas as notas fiscais de entradas, apurando a menos as quantidades, conforme documentos que acostou.

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 com a 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, ademais não considerou as transferências de combustível por se tratar de empresas do mesmo grupo.

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. 627 e 628 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.

O autuante, às folhas 739 e 740, ao prestar a informação fiscal diz que as notas fiscais consideradas foram as apresentadas pela empresa. 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 só foram entregues pela empresa as notas fiscais série 1.

Esclarece que a empresa foi intimada em 16.10.2003, 75 dias antes de finalizar a fiscalização, tempo mais que suficiente para entrega de toda documentação e livros solicitados.

Salienta que: “Das notas fiscais emitida no ano de 1999 acostada ao processo, só não foram consideradas, por falta de apresentação na data oportuna, as de seguintes números: 1489, 1499, 203, 156, 164, 65 e 135. Estas notas tomaram, respectivamente, os seguintes números de folhas no processo: 693, 695, 708, 711, 712, 720 e 739. Só não foi considerada, quando da feitura do levantamento, o produto álcool da nota fiscal no. 6, folha 680 do processo. As demais notas acostadas são dos exercícios de 1998 e 2000, que não têm nada a ver com o presente Auto de Infração”.

Ressalta que o autuado não apresentou nenhum levantamento alternativo contestando os cálculos constantes dos demonstrativos. Limitou-se a argumentar que não foram considerados todos os documentos necessários e cita alguns livros e documentos que fizeram parte da apuração do imposto devido.

Ao finalizar, diz que diante das correções nos cálculos, opinam redução do imposto para o valor de R\$308.828,89, conforme demonstrativos acostados às folhas 741 a 751.

A INFAZ-Feira de Santana, através da intimação de fls. 754/755, entregou cópia da informação fiscal dos novos demonstrativos, porém o contribuinte não se manifestou.

O autuado recebeu cópia dos novos levantamentos, fls. 754 e 755, sendo intimado para se manifestar, porém silenciou.

## VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade 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, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque apurou a falta de recolhimento do imposto 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 os levantamentos realizados foram baseados nos registros realizados pelo próprio autuado, com base no livro LMC, assim os valores consignados serviram de base para o trabalho de auditoria realizado pelo autuante.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque nos exercício de 2003 (infrações 01 e 02) 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”).

Entretanto, o valor objeto da autuação deve ser reduzido conforme os novos cálculos apresentados na informação fiscal, cujas planilhas foram entregues ao autuado, para se pronunciar, porém, o mesmo silenciou. Interpreto este silêncio com reconhecimento tácito dos valores reclamado. Ademais, as outras notas fiscais apontadas pela defesa não podem ser aceitas para elidir a presente autuação, uma vez que muitas delas são dos exercícios de 1998 e 2000 e outras de 1999 foram consideradas no levantamento fiscal, realizado na ação fiscal.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento do auditor autuante, estando caracterizadas parcialmente as infrações 1, 2, nos valores respectivos de R\$274.917,91 e R\$33.910,98.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$308.828,89.

## 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 **108881.0030/03-8**, lavrado contra **AUTO POSTO VANESSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$308.828,89**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$274.917,91 e de 60% sobre R\$33.910,98, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

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