

A. I. Nº - 206941.0100/03-8
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.08.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0287-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. A legislação tributária estadual veda, expressamente, a utilização de crédito na situação em foco. **b)** DIFERIMENTO. TERMO FINAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO. ÁLCOOL HIDRATADO ADQUIRIDO EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. Com a retificação de equívocos no levantamento, a infração foi parcialmente comprovada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO ICMS NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto em questão, definido através de Convênio entre os estados envolvidos na operação. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração comprovada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Diligência apura erros no levantamento o que diminui o valor do imposto exigível. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada **b)** ATIVO FIXO. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/06/2003, exige ICMS de R\$ 886.552,26, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. O contribuinte utiliza-se do procedimento

de creditar-se do ICMS de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária em contrapartida efetua o estorno de crédito no quadro 003 do Livro Registro de Apuração do ICMS, com valores inferiores ao creditado no livro Registro de Entradas de Mercadorias. ICMS de R\$ 423.904,39 e multa de 60%.

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto. ICMS no valor de R\$ 124.848,66 e multa de 60%.
3. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. O contribuinte utilizou a MVA de 23,28%, quando o correto seria a MVA de 31,69%. ICMS de R\$ 23.457,48 e multa de 60%.
4. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte utilizou a alíquota de 25%, quando deveria ter utilizado a alíquota de 27%. ICMS de R\$ 18.662,22 e multa de 60%.
5. Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. ICMS de R\$ 4.344,25 e multa de 60%.
6. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação 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 calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no ano de 2002, e no período de 01 a 31 de janeiro de 2003, no valor de R\$ 288.920,23 e multa de 60%.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 889,09 e multa de 60%.
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ICMS no valor de R\$ 1.525,94 e multa de 60%.

O autuado, através de seu advogado ingressa com defesa, fls. 97/111, e inicialmente clama pela tempestividade da defesa, pois a intimação se deu em 11.07.2003, uma Sexta-feira, pelo que excluindo-se o dia do início e incluindo-se o do vencimento, tem-se que o termo final de fluência do prazo será em 10.08.2003, um Domingo.

Quanto à infração 01, aduz que o fato gerador teria ocorrido em 31.07.2002, e seria uma duplicidade de tributação, haja vista que essa mesma cobrança está sendo feita na descrição 02, do presente Auto de Infração. Por outro lado, trata a hipótese de estorno de crédito fiscal, e o autuante não apresentou, nos meses relativos à ocorrência dos fatos geradores, os valores referentes aos créditos fiscais possuídos pela defendant, em cada período fiscal, o que é relevante, no caso, uma vez que os valores dos créditos fiscais podem ser maiores do que os estornos pretendidos. Dessa forma, o estorno somente seria possível quando, em cada período fiscal, o crédito fosse menor do que o crédito a estornar. Pede a realização de diligência, pois trata-se de uma prova eminentemente técnica e indica assistente técnico. Elabora os quesitos que deverão ser respondidos:

- a) no período fiscalizado de 31.01.2002 a 31.03.2003, quais os valores não estornados de créditos fiscais, em cada período, referentes a entradas por substituição tributária?

- b) no mesmo período da alínea anterior, quais os créditos fiscais possuídos pela impugnante no RAICMS?
- c) houve em algum período fiscal valor de estorno a ser feito menor ou maior do que o crédito fiscal escriturado?
- d) Qual o resultado após o refazimento da escrita fiscal?

No que tange à infração 02, aponta que o valor de R\$ 38.799,18 consta em duplicidade com o demonstrativo da infração 01, e deve ser excluído.

Quanto ao valor de R\$ 7.411,34 cuja base de cálculo seria R\$ 45.596,11, com fato gerador ocorrido em 31.12.2002, está fazendo juntada de comprovante de pagamento do ICMS, devendo também ser excluído.

Também quanto ao valor de R\$ 13.610,79, cuja base de cálculo seria de R\$ 80.063,47, com ocorrência do fato gerador em 30.05.2002, faz a juntada de cópias de notas fiscais, comprovando que houve aquisição em outro Estado, de álcool hidratado, no mesmo período fiscalizado, porém referente a transferências de sua matriz em Recife- PE, (Distribuidora de Combustíveis), cujo imposto foi destacado normalmente nas referidas notas fiscais, registradas no livro Registro de Entradas, sendo indevido o ICMS cobrado, devendo também ser excluído.

Quanto ao valor de R\$ 11.121,66, tem-se que não se refere a valor diferido, e sim destacado nas notas fiscais de aquisição, logo o ICMS fora incluso no preço, conforme notas fiscais anexas, cabendo ao remetente o recolhimento do imposto destacado. Diz que pode utilizar os mesmos argumentos anteriormente expostos, uma vez que o autuante não apresentou os valores referentes aos créditos fiscais, em cada período fiscal. Pede a realização de diligência.

Reconhece as infrações 03, 04, 05, 07 e 08 do Auto de Infração, conforme documento acostado, que trata do parcelamento nº 000826403-1.

Com relação à infração 06, esta refere-se à omissão de entradas de 195.544 litros de gasolina tipo A e 530.641 litros de óleo diesel, conforme demonstrativo do levantamento físico dos produtos constantes do Anexo V. Aponta que não tem cabimento a pretensão fazendária, pelo seguinte:

- a) Os saldos de estoques do exercício de 2001, considerados pelo autuante não correspondem aos do inventário da contabilidade: havia 10.024 litros de gasolina no Inventário inicial e 1.333.470 litros de diesel.
- b) O autuante utilizou o percentual de 75% para mistura do anidro, em todos os meses, e o autuado utilizou os seguintes percentuais para mistura: em janeiro de 2002, 78,00%; de fevereiro a junho de 2002, 76%; de julho a dezembro de 2002, 75%.

Deste modo, como o autuante utilizou 75% para a mistura, o levantamento do autuante acusou a diminuição do volume de saída da Gasolina A em 310.889 litros, e um aumento do Anidro na mesma quantidade.

- c) Para eliminar as diferenças apuradas pelo autuante, na gasolina e no diesel, devem ser acrescentados 0,6%, a título de perdas por evaporação ou manuseio de cabotagem, de acordo com o art. 9º da Portaria 09, de 26/03/92, do Departamento Nacional de Combustíveis aplicado sobre as compras.
- d) Nas entradas o autuante só considerou as compras e devoluções.
- e) Nas saídas o autuante só considerou as vendas e as devoluções.

Diz que foram desconsideradas as diversas incertezas do método, utilizado para aferir os volumes dos estoques físicos, além de haverem sido cometidas diversas falhas operacionais. Também foram desconsideradas as características e natureza do produto (granel líquido, volátil e suscetível a variações de volumes em função da temperatura), e das condições e modais de transporte, que comprometeu o resultado da apuração.

Assim, a fiscalização não levou em consideração as eventuais diferenças que ocorrem na movimentação de gasolina C e gasolina C aditivada, pois o combustível é de fato a mistura da gasolina A e álcool etílico anidro carburante, realizada no momento do carregamento do caminhão tanque, em percentuais previamente determinados pela ANP e Ministério da Agricultura, tendo uma tolerância de mais ou menos 1%, devido às incertezas dos instrumentos medidores de volumes utilizados no carregamento, conforme comprova a especificação da gasolina C, constante do Regulamento Técnico 5/2001, instituído pela Agência Nacional do Petróleo ANP.

Ao final, pede a realização de perícia para que se comprove a veracidade do relatório da Movimentação de Estoques de janeiro a dezembro de 2002, na forma que apresenta à folha 110 do PAF.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal, fls. 144/153, e esclarece todos os pontos argüidos pela defesa, como segue:

- 1) Na infração 01 – Aponta que na pág. 12 do PAF, há um demonstrativo, com a respectiva ciência do autuado, com todos os valores mensais dos estornos de créditos lançados e dos créditos da substituição tributária registrada e nas páginas 15, 17, 19, 21, 23, 25, 26 28 e 30, constam que, neste período, o contribuinte efetuou recolhimentos de ICMS, o que contraria a alegação de que os créditos fiscais seriam maiores do que os estornos pretendidos pelo fisco.
- 2) Reconhece que o valor de ICMS de R\$ 38.799,18 consta da infração 02. Desta forma, diz que este valor deve ser abatido do débito levantado da infração 02, mantendo a infração 01, na sua integralidade, tendo em vista que o contribuinte se credita dos valores de ICMS tributado pelo regime de substituição tributária no Livro de Entradas de Mercadorias, e estorna o valor a menor no livro de Apuração do ICMS, e com isto manipula o valor do ICMS a recolher no período. Ressalta que tal procedimento já fora objeto de autuação anterior, conforme Auto de Infração nº 2929490003/02-4, que recebeu julgamento procedente, por unanimidade da 4ª JJF.
- 3) Na infração 02 – Diz que o defensor mistura conceitos distintos, tais como valor diferido, termo essencialmente contábil, com o instituto de diferimento, constante no RICMS, sendo que este instituto tem a característica de proporcionar ao contribuinte a postergação do pagamento do ICMS, mas é condicionado ao cumprimento de algumas obrigações acessórias e, dentre elas, a nossa legislação só permite que tal crédito seja utilizado com o comprovante do recolhimento. Acata que houve o lançamento em duplicidade referente ao mês de julho de 2002, no valor de R\$ 38.799,18, mantido na infração 01. Quanto ao valor de R\$ 7.411,34, referente ao mês 12/2002, reconhece que deve ser abatido, pois o autuado faz a juntada do comprovante de pagamento. Reduz o valor da infração para R\$ 78.638,14.

- 4) Infração 06 – Na sua defesa o autuado contesta os saldos considerados pelo autuante, que não corresponderiam aos dos inventários da contabilidade. Só que os valores apresentados pelo autuante referem-se aos números constantes de Livro Registro de Inventário do autuado, acostado às folhas 86/88, e se o próprio contribuinte alega sua incorreção, então fica patente que a respectiva defesa tem a finalidade ou de retardar o andamento do processo ou de tumultuar a sua regularidade. Quanto à utilização do percentual de 75%, para a mistura do anidro, em todos os meses, o objetivo era proporcionar melhor condição, para o autuado. No que concerne ao percentual de perda/ganho, este fator deve ser observado e contabilizado dentro do exercício, já que existe a perspectiva também da perda, e os dados fornecidos pelo autuado para fins fiscais divergem dos contábeis. Lembra que o livro de Inventário tem um valor probatório indiscutível, haja vista que trata-se de declaração prestada pelo contribuinte, ao fisco. Esclarece que se levar em consideração os argumentos da defesa, em vez de diminuir o valor do ICMS, este aumentaria de R\$ 149.331,56 para R\$ 369.220,53. Opina pelo indeferimento do pedido de perícia, pois todo o seu trabalho foi desenvolvido com as provas da escrituração fiscal e contábil do contribuinte, de modo que as verificações solicitadas em sua quesitação referem-se a documentos que se encontram acostados ao PAF.
- 5) Reduz o valor original do Auto de Infração para 820.341,74.

O autuado manifesta-se acerca da informação fiscal, fls. 162/164, e pede vênia para que o auditor fiscal desconsidere, o equívoco cometido às fls. 12 e 14 da defesa administrativa, devendo basear-se pelos valores constantes no Livro de Inventário, de 31 de dezembro de 2001, como já o fez na sua planilha de demonstração, como também considerar os volumes constantes da fl. 04, de 31 de dezembro de 2002, que ora acosta, posto que não foi considerado na citada planilha de cálculo. Deste modo, considerando a movimentação de entradas e saídas constantes do Livro de Inventário, encontrou os volumes que demonstram serem irrelevantes as diferenças de estoques, da gasolina A de (9.411) litros e de Diesel de (-1). No que concerne ao percentual de 75% para a mistura do álcool anidro, concorda com o critério utilizado pelo auditor fiscal, por estar previsto na legislação vigente. Requer seja reconsiderado o Auto de Infração em discussão.

O autuante vem ao PAF, fls. 174/175, e aduz que o autuado reconhece o equívoco quanto às informações apresentadas na contestação do item 06 do Auto de Infração, referente ao levantamento quantitativo, concordando com os valores, bem como com o percentual de mistura do álcool anidro, que considera o mais favorável ao contribuinte.

Alerta que o autuado busca artifícios para contrapor o seu levantamento, e desta feita, anexa cópia do livro de Inventário, folhas 165/168, com novos valores e quantidades de mercadorias em estoque, apesar de, na peça anterior, concordar com os dados, contrapondo apenas no inventário de 2001, e dos dados referentes a 2002, que consta no demonstrativo de estoques apresentado pelo autuado, e acostado ao PAF, fl. 87, em razão do Livro de Inventário estar em poder do fisco estadual, e não ter havido argumento contrário na época da defesa. Ressalva que na infração 06, o autuado não acrescentou elementos que promovam a elucidação da infração, pelo que renova a integralidade da ação fiscal.

Na ocasião a 3^a JJF, deliberou que o presente PAF fosse encaminhado para o autuante, para que fossem verificadas as seguintes situações, com relação às infrações 02 e 06, como segue:

Infração 02 – Que o autuado fosse intimado a apresentar as notas fiscais de aquisição, referidas no item 13 de sua peça de defesa (fl. 103 do PAF), bem como o Livro Registro de Entradas (REM). Também que fossem anexadas as fotocópias do Livro REM e das notas fiscais acima mencionadas.

Infração 06 – Que o autuante apresentasse os demonstrativos com a relação analítica e detalhada das notas fiscais de entradas e de saídas, em relação ao óleo diesel e à gasolina (tipos A, C e C aditivada), bem como relativamente ao álcool etílico hidratado, esclarecendo melhor como chegou aos números apresentados na planilha de fl. 85.

Também que explicasse como chegou aos números das omissões constatadas.

Verificasse se a cópia do Livro Registro de Inventário, acostada às fls. 167 e 168, pelo contribuinte, confere com o original, e caso seja autêntica, refizesse o levantamento quantitativo, levando em consideração os novos estoques finais de mercadorias constantes no Inventário de 2002.

O autuante, cumprindo o solicitado na diligência, manifesta-se às fls. 181/191, nos seguintes termos:

Infração 02:

Intimou o contribuinte nos termos do pedido desta Relatora, conforme termo de intimação e as informações constantes a partir da fl. 192 do PAF.

Infração 06:

Em atendimento ao solicitado, apresentou os demonstrativos analíticos das entradas e saídas dos produtos constantes da infração 06 do PAF (volume 02 do PAF). Quanto aos números apresentados na planilha da fl. 85, são os resultados constantes dos somatórios de entradas, bem como de saídas dos produtos constantes do levantamento fiscal. Já os números dos estoques iniciais foram extraídos do Livro Registro de Inventário, e os números do estoque final foram extraídos do demonstrativo constante do PAF, fl. 89, já relatado anteriormente.

Apresenta a fórmula utilizada para apuração dos estoques da gasolina A.

Os preços unitários foram calculados considerando os valores constantes das entradas no período de 01 a 30 de dezembro de 2002, não levando em consideração as entradas do dia 31, que ora corrige, observando os termos do art. 60, II, “b” do RICMS/97.

Aponta o preço médio da gasolina “A”, no mês 12/02, de R\$ 1,6196 e de óleo Diesel de R\$ 1,1073.

Tece algumas considerações, de modo que fiquem definitivamente esclarecidas, as questões, como segue:

“Na ocasião em que foi concluída a ação fiscal que ora se discute, o contribuinte ainda não tinha escrito o Livro Registro de Inventário, referente ao exercício de 2002, já que o referido livro encontrava-se em poder do fisco, pelo fato de o contribuinte atrasar a entrega de documentos em fiscalização anterior. Assim, na ausência do livro de inventário, devidamente escrito, o contribuinte apresentou o demonstrativo denominado REGISTRO DE INVENTÁRIO, que consta da folha número 89 do PAF com efeito de inventário referente ao exercício de 2002, reconhecido como tal na resposta à intimação constante da fl. 222 do PAF, sendo este o inventário que este preposto fiscal utilizou para efetuar a fiscalização do roteiro de auditoria de estoque, levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, que resultou no auto de infração ora em discussão.

De referência ao livro Registro de Inventário acostado ao processo, constatamos a sua autenticidade a vista dos originais apresentados a este preposto fiscal e autenticados na repartição conforme fls. 196 a 198 do PAF.”

Não obstante o autuante ter constatado a autenticidade do Livro Registro de Inventário, fls. 167 e 168 do PAF, aponta que o contribuinte apresentou no decorrer de suas manifestações, algumas contradições, inclusive sendo os seguintes os dados do inventário apresentados:

a) estoques apresentados no processo de fiscalização:

PRODUTO	ESTOQUE INICIAL	ESTOQUE FINAL
GASOLINA A	Zero	203.701
ÓLEO DIESEL	1.358.824	2.634.163

b) estoques apresentados na primeira defesa:

PRODUTO	ESTOQUE INICIAL	ESTOQUE FINAL
GASOLINA A	10.024	Não contestado
ÓLEO DIESEL	1.133.470	Não contestado

c) registro de inventário folha 04 do 02.

PRODUTO	ESTOQUE INICIAL	ESTOQUE FINAL
GASOLINA A	Zero	50.018
ÓLEO DIESEL	1.358.824	2.293.422

Diz que face às contradições apresentadas, observou que inicialmente o contribuinte pretendeu contestar as informações do inventário inicial, para em seguida insurgir-se contra o inventário final, indo de encontro ao art. 123, § 1º e inciso III, § 5º do RPAF/99.

Opina pela procedência parcial do Auto, conforme a primeira informação fiscal, de fls. 144 a 153 do PAF.

O autuado, após ser cientificado da informação fiscal, manifesta-se às fls. 813/815, e em primeiro lugar reconhece que apresentou valores díspares acerca das entradas e saídas de Gasolina A e de Diesel, o que suscitou dúvidas no auditor quanto à veracidade dos mesmos. A fim de aniquilar qualquer contradição acerca dos reais valores do estoque, acostou ao presente processo cópia do seu Livro Registro de Inventário, único documento legalmente apto a comprovar a realidade dos fatos e a esclarecer, de uma vez, o mal entendido instaurado. Não obstante a autenticidade do referido livro, o auditor entendeu por não aceitar o mesmo, sob o argumento de que tal documento não estava escriturado à época da fiscalização, no que se refere ao exercício de 2002, uma vez que o mesmo encontrava-se em poder do fisco, o que levou-o a considerar o demonstrativo apresentado pela empresa, durante a fiscalização, como se Livro Registro de Inventário fosse, o que, à evidência, não pode ser considerado diante dos fatais erros que apresenta. Ocorre que não se verifica nos autos do processo em tela qualquer documento comprobatório de que o Livro Registro de Inventário não se encontrava escriturado, à época da fiscalização, portanto não poderia o autuante não aceitar os valores constantes deste Livro, único documento legal, sem ao menos comprovar, documentalmente, os motivos de tal recusa. Por

outro lado, há de ser desconsiderado o demonstrativo, fornecido durante o processo de fiscalização, uma vez que, visivelmente, apresenta erros de transcrição do Livro Registro de Inventário ao fazer referência a “estoques em poder de terceiros”, quando na verdade deveria ser “estoques de terceiro em nosso poder”, também apresentando falhas na transcrição dos valores constantes do referido Livro. Aduz que tal equívoco é de fácil constatação, bastando para tanto, uma simples análise das notas fiscais de remessa e as de devolução de armazenagem de terceiros em seu poder, que ora acosta, mesmo porque possui terminal próprio nesta localidade, sendo assim, totalmente descabido supor que armazena produto em outros terminais. Também que as notas fiscais de remessa e as de devolução de armazenamento comprovam, à exaustão, que, na verdade, o que existe é estoque de terceiro em poder da Total Distribuidora e não o contrário.

O autuante ao tomar conhecimento da manifestação acima, reitera as suas informações, fls. 980/891, e pede a procedência parcial do Auto de Infração, pois de outra forma, as ações fiscais não terão mais sentido, pois as infrações cometidas, poderão ser corrigidas após a ação fiscal.

Na ocasião, a 3^a JJF, na assentada de julgamento, deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência à inspetoria de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências, com relação à infração 06:

1. Verificasse se as notas fiscais de remessa e de devolução de armazenamento, relativas ao período fiscalizado, correspondem aos estoques de terceiros em poder da Total Distribuidora, se correspondem às originais e se estão registradas nos livros fiscais, no período fiscalizado.
2. Verificasse através dos livros e documentos fiscais e contábeis, se o autuado possuía, no período fiscalizado, “estoques em poder de terceiros”.
3. Também se as retificações efetuadas no Livro Registro de Inventário, correspondem à realidade fática e documental da empresa, e retratam o estoque final do exercício de 2002.

O autuante, em resposta ao solicitado emite a manifestação de fls. 903/904, como segue:

1 – Verificou as notas fiscais de remessa e de retorno das remessas da Federal Distribuidora de Petróleo Ltda, para armazenagem na empresa Total Distribuidora, considerando os estoques declarados como sendo o estoque final pertencente a terceiros, e pode identificar que os valores batem, com exceção para o álcool anidro, que apresentou uma diferença de 25.000 litros (fl. 905), conforme demonstrativos anexo, fls. 905 a 908 do PAF.

Quanto ao estoque da empresa Star, encontrou apenas notas fiscais de remessa da Total para Star, apresentando uma diferença de 20.000 litros de álcool anidro, 52.000 litros de álcool hidratado e 585 litros de óleo diesel, (fl. 909), conforme demonstrativo de fls. 909 a 910 do PAF.

2 – Durante o período de 2002, a empresa realizou remessa para depósito de terceiro, e de acordo com o novo levantamento, constatou uma diferença de 17.347 litros de gasolina A (fl. 911), nas remessas para armazenagem em poder de terceiros, conforme demonstrativo de fls. 911 e 912 do PAF.

3 – Diz que as retificações efetuadas no Livro Registro de Inventário não correspondem à realidade fática e documental da empresa e não retratam o estoque final do exercício de 2002. As diferenças encontradas nos demonstrativos de fls. 905 a 912, são as provas cabais das incorreções detectadas:

- a) Folha 905, armazenagem da Federal, na Total, diferença de 25.000 litros de álcool anidro.
- b) Folha 909, armazenagem da Star, na Total, diferença de 20.000 litros de álcool hidratado, 52.000 litros de álcool anidro e 585 litros de óleo diesel.
- c) Folha 911, armazenagem da Total na Vopak, diferença de 17.347 litros de gasolina A.

O autuado, ao ser cientificado do resultado acima, aduz novas razões às fls. 916/920, nos seguintes termos:

Não obstante a farta documentação antes acostada, o autuante, nas informações ora impugnadas, encontrou diferenças, de fato inexistentes, entre os valores escriturados no Livro de Inventário e as notas fiscais de remessa e de devolução de armazenagem.

Em resposta ao quesito 01, o autuante reconhece que, na verdade, as notas fiscais comprovam a existência de estoque de terceiro em seu poder e não o contrário. Todavia, encontrou diferenças entre os valores de remessa e de devolução de armazenagem que não procedem.

Em relação às operações realizadas com a Federal Distribuidora de Petróleo, a hipotética diferença na verdade corresponde a uma remessa realizada pelo autuado para aquela distribuidora, na quantidade de 25.000 litros de álcool anidro, emitida em 23.12.2002, através da NF 31926 (documento em poder da fiscalização), cuja devolução de empréstimo deu-se em 31.01.2003, conforme consta da NF 1220 emitida pela Federal Distribuidora em 31.01.2003. Logo, resta comprovado que a alegada omissão de saída sem nota fiscal não existe, uma vez que o produto retornou ao estabelecimento da Total Distribuidora.

Afirma que as notas fiscais de remessa de armazenagem para a Star Petróleo do Brasil Ltda, foram devidamente entregues a esta fiscalização quando da intimação procedida em 14 de janeiro do corrente ano. No caso de álcool hidratado, a remessa de armazenagem deu-se através da NF 5245, emitida em 31/12/2001, pela Star Petróleo, na quantidade de 20.000 litros. Do mesmo modo, a remessa de armazenagem do álcool anidro deu-se através da NF 5246, em 31.12.2001, no total de 52.000 litros.

No que concerne ao óleo diesel, verifica-se que no Livro de Inventário consta, erroneamente, um saldo de 586 litros de produto armazenado, pela Star, quantidade esta não encontrada nas notas de devolução de armazenagem.

Neste aspecto, reconhece que o Livro de Inventário apresenta um erro material de escrituração, todavia, levando-se em consideração o volume das operações realizadas pela Total, essa diferença de óleo diesel é irrisória, devendo ser desprezada.

Quanto ao quesito 02, diz que é inverídica a afirmação do fiscal de que possui estoque em poder de terceiro, constatando uma suposta diferença de 17.347 litros de gasolina ^a

O autuado adquiriu da Petro Energia Indústria e Comércio Ltda, através das notas fiscais 114 e 115, de 25.04.2002, 2.031,106 litros de gasolina A a 20°C, importada através do navio Mar Tirreno, descarregada no Porto de Aratu. Armazenando este produto no terminal da Vopak Brasterminais.

Ressalta que no momento das compras, por tratar-se de produto importado, houve o recolhimento do ICMS devido, inclusive o ICMS - ST, no desembarço aduaneiro, utilizando como base de cálculo do imposto a quantidade de 2.031.106 litros de gasolina A, portanto a carga tributária arcada pelo autuado foi superior à quantidade efetivamente recebida. Dessa forma, a diferença encontrada pelo autuante na verdade diz respeito a perdas de produto cujo

recolhimento do ICMS já havia sido efetuado. De outro modo, torna-se descabido não levar em consideração as características e a natureza do produto, ou seja, o fato de se tratar de granel líquido, volátil e susceptível a variações de volumes em função da temperatura, vem como das condições e modais de transporte, o que pode, ocasionar diferença no resultado da apuração.

Por fim, que a resposta ao quesito 03 deve ser desconsiderada, haja vista que as incorreções apresentadas pelo autuante foram desconstituídas, permanecendo apenas uma ínfima diferença de óleo diesel, totalmente admissível em razão do volume das vendas que opera o autuado.

Outrossim, que é forçoso admitir que os valores escriturados no Livro de Inventário correspondem à realidade fática e documental do autuado, retratando assim o estoque final do exercício de 2002.

Nova diligência foi solicitada, desta feita para que não pairasse dúvidas quanto à autenticidade do Livro Registro de Inventário, e da escrituração relativa ao “estoque de terceiros em poder da empresa.” (se as notas fiscais de remessas e de retornos das mercadorias para armazenagem só idôneas).

Em atendimento à diligência solicitada, o autuante informa, especificamente com relação à infração 06, nos seguintes termos:

“O autuado contesta nosso levantamento conforme acostado ao PAF, folhas 916 a 920, apenas com relato, sem apresentar as provas cabais, tendo apresentado apenas uma nota fiscal da Federal Distribuidora de Petróleo Ltda, como argumento de regularização de estoque. Ocorre que o levantamento de estoque realizado, refere-se ao período de 2002, exercício fechado e nota fiscal 001220, foi emitida em 31/01/2003, exercício não fiscalizado na ação fiscal que resultou no auto de infração ora discutido, o que só vem a provar a má-fé da defendant.

Quanto ao item 2, a informação solicitada consta das folhas 903/904 do PAF, posto que o mesmo questionamento já foi formulado na diligência anterior.

Com relação ao item 3, posição do autuante permanece inalterada, uma vez que tal posicionamento está respaldado nos demonstrativos elaborados em atendimento a diligência dessa relatora, constante das folhas 178, cujos demonstrativos se fazem presentes às páginas 181/191.

Com referência à infração ora discutida, constatamos que a cada momento o contribuinte muda sua posição quanto ao quantitativo de estoques, conforme demonstrativos da paina 190, levando a ilustre relatora a formular a cada nova alegação do contribuinte que este preposto fiscal proceda a novas diligências de modo a atender os seguidos e divergentes pleitos do contribuinte, procedimento que entendemos ir de encontro com o artigo 123 parágrafo único do RPAF”.

Mantém a ação fiscal nos termos de sua última informação.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado atendendo às exigências formais, conforme a previsão do art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, inicialmente constato que o autuado reconheceu o cometimento das infrações apontadas nos itens 3, 4, 5, 7 e 08, razão porque me abstendo de tecer considerações sobre elas.

Resta passarmos ao exame das demais infrações apontadas neste Auto de Infração, como segue. A infração 01, refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Foi constatado pela fiscalização que o contribuinte utiliza-se do procedimento de creditar-se do ICMS de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária, em contrapartida efetua o estorno de crédito no quadro 003 do Livro Registro de Apuração do ICMS, com valores inferiores ao creditado no Livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Constato que no demonstrativo de fl. 12 do PAF, lastreado no LRAICMS, cujas cópias encontram-se às fls. 14/30, o autuante discriminou mensalmente os valores relativos à infração, referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2002 e de janeiro a março de 2003. Verifico ainda que este demonstrativo além de ser auto explicativo, está embasado nos registros efetuados, pelo contribuinte, no Livro de Apuração do ICMS, e nele, no período objeto da infração, não houve saldo credor, vez que, mensalmente, houve pagamentos de ICMS, o que responde aos questionamentos efetuados na peça de defesa, não restando dúvida quanto ao cometimento da infração por parte do contribuinte.

Deste modo, o autuado infringiu o disposto no art. 97, IV, “b” do RICMS/97, que veda a utilização de crédito na hipótese apontada.

Quanto ao valor de R\$ 38.799,18 referente ao mês de julho de 2002, com base de cálculo de R\$ 228.230,47, o autuante reconhece que deve ser abatido da infração 02.

Portanto, como o autuado não elidiu a infração, vez que restou provado a utilização do artifício de creditar-se dos valores de ICMS tributados pelo regime de substituição tributária, no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, e estornar o valor a menor, no Livro Registro de Apuração do ICMS, entendo que a exigência fiscal deve ser mantida na íntegra.

No que concerne à infração 02, esta decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas de comprovante de recolhimento do imposto. Refere-se a aquisição de álcool hidratado adquirido em outro Estado, sem o comprovante do recolhimento do ICMS.

As operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento, não terão o destaque do ICMS nos documentos fiscais.

O autuado em sua peça de defesa aponta que foram cometidos alguns equívocos no levantamento de fls. 32/33, dos quais o autuante em sua informação fiscal reconhece que devem ser excluídos nos valores de R\$ 38.799,18 pois consta em duplicidade com o demonstrativo da infração 01, como também o valor de R\$ 7.411,34, com base de cálculo de R\$ 43.596,11 com fato gerador ocorrido em 31/12/2002, devido à juntada do comprovante de pagamento do ICMS.

Com relação ao valor de ICMS de R\$ 13.610,79 que o autuado argüi tratar-se de transferência de álcool etílico hidratante carburante de sua matriz, no Estado de Pernambuco, cujo imposto estava

destacado na nota fiscal de aquisição, verifico através dos documentos juntados ao PAF, que o impugnante não tem razão, no que concordo com a manifestação do autuante.

Constato que as disposições contidas no Protocolo ICMS 19/99, que dispõe sobre a adoção do regime de diferimento ou suspensão do ICMS nas operações com álcool etílico hidratado combustível, do qual os Estados da Bahia e Pernambuco são signatários, especificamente os §§ 2º e 3º da Cláusula Terceira, determinam que o produto, no seu transporte, deverá estar acompanhado de uma via da guia de recolhimento, a qual habilitará o destinatário a creditar-se do valor correspondente.

Também o valor do ICMS de R\$ 11.121,66, o autuado argumenta que não se refere a valor diferido e sim destacado nas notas fiscais de aquisição, logo o ICMS fora incluso no preço, cabendo ao remetente o recolhimento do imposto destacado. Constato que a alegação do impugnante não tem o condão de elidir a infração, pois não há provas de que houve o pagamento do imposto ora exigido.

Deste modo, a infração ora em exame passa a ter a seguinte configuração:

Data Ocorr.	Data Venc.	Base de cálculo	Alíquota	Multa	Valor do ICMS
31/01/2002	09/02/2002	32.683,64	17	60	5.505,22
28/02/2002	09/03/2002	12.966,94	17	60	2.204,38
30/04/2002	09/05/2002	61.480,47	17	60	10.451,68
31/05/2002	09/06/2002	80.063,47	17	60	13.610,79
30/10/2002	09/11/2002	65.421,52	17	60	11.121,66
30/11/2002	09/12/2002	210.261,23	17	60	35.744,41
Total		462.877,27			78.638,14

Portanto o valor do ICMS a ser exigido nesta infração perfaz o total de R\$ 78.638,14.

Quanto à infração 06, detectada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, no qual foram apontadas a omissão de entradas de 195.544 litros de gasolina tipo A e 530.641 litros de óleo diesel, constantes do demonstrativo do Anexo V, fl. 85, o autuante ao efetuar a diligência solicitado, concluiu que a omissão de entradas de gasolina tipo A perfaz o total de 9.411 litros, o que resulta no ICMS omitido de R\$ 7.450,44. Quanto ao óleo diesel não houve omissão de entradas, relativo ao exercício de 2003.

Estes resultados decorreram da retificação do preço unitário, de R\$ 1,6196 para a gasolina "A", e da constatação de que o Livro Registro de Inventário acostado ao PAF, pelo autuado, após a ação fiscal, é autêntico à vista dos originais apresentados ao preposto fiscal e autenticados na repartição, conforme fls. 196 a 198 do PAF. Também restou comprovado a existência de "estoque de terceiros" em poder da empresa.

Assim, concluo que os números a serem considerados no levantamento, para fins de apuração dos estoques iniciais e finais, são os constantes do Livro Registro de Inventário, pois a sua autenticidade foi constatada na diligência, como segue:

PRODUTO	ESTOQUE INICIAL	ESTOQUE FINAL
GASOLINA A	Zero	50.018
ÓLEO DIESEL	1.358.824	2.293.422

Deste modo, entendo que o valor desta infração passa a ser de R\$ 7.450,44 relativo à omissão de entradas de gasolina “A”, referente ao exercício de 2002, concordando com o resultado da diligência efetuada pelo autuante.

Em conclusão, os valores a serem exigidos no presente Auto de Infração são os seguintes:

Infração	Multa	ICMS
01	60%	423.904,39
02	60%	78.638,14
03	60%	23.457,48
04	60%	18.662,22
05	60%	4.344,25
06	60%	7.450,44
07	60%	889,09
08	60%	1.525,94
TOTAL		558.871,95

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206941.0100/03-8, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 558.871,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “d”, “e”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício 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, 10 de agosto de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR