

A. I. N° - 140844.0008/03-0
AUTUADO - EDINADLDO LOPES DA CUNHA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 17/12/004

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0497-01/04

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. Infrações caracterizadas. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/11/03, exige ICMS no valor de R\$356.166,78, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$131.416,02, 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, no valor de R\$64.684,16, 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.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$43.561,31, 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.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$28.653,60, 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.
5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$12.178,78, 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.

6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$7.443,53, 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.

7. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$43.745,63, 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.

8. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$24.483,75, 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.

O autuado, às fls. 147 a 154, impugnou o lançamento tributário alegando que procedeu a revisão dos levantamentos efetuados pelo autuante e constatou ter ocorrido alguns equívocos, os foram discriminados por exercício e produto, às folhas 150 a 154:

1-Exercício de 1998 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel e gasolina, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.903.136,48 litros e 447.192,04 litros, quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 1.613.571 litros (óleo diesel), fl. 155, e 428.513 litros (gasolina), fl.161.

2- Exercício de 1999 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel e gasolina, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.879.415,65 litros e 459.702 litros, quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 1.773.838 litros (óleo diesel), fl. 156, e 452.102 litros (gasolina), fl.162.

ENTRADAS, em relação ao produto óleo diesel, diz que o autuante totalizou erradamente as entradas nas quantidades respectivas de 1.770.000 litros, quando a quantidade com base nas notas fiscais é de 1.780.000, fl. 156.

3- Exercício de 2000 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel e gasolina, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.850.303,44 litros e 415.983 litros, quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 1.671.521 litros (óleo diesel), fl. 157, e 425.983 litros (gasolina), fl.163.

ENTRADAS, em relação ao produto gasolina, diz que o autuante totalizou erradamente as entradas nas quantidades respectivas de 410.000 litros, quando a quantidade com base nas notas fiscais é de 420.000, fl. 163.

4- Exercício de 2001 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel, gasolina e álcool, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.779.902 litros, 358.771 litros e 115.897 litros, quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 1.497.975 litros de óleo diesel (fl. 158), 336.230,96 litros de gasolina (fl.164) e 90.656 litros de álcool (fl. 167).

ENTRADAS, em relação aos produtos gasolina e álcool, diz que o autuante totalizou erradamente as entradas nas quantidades respectivas de 335.000 litros e 30.000 litros, quando a quantidade com base nas notas fiscais é de 340.000 litros de gasolina (fl. 164) e 35.000 litros de álcool (fl. 167).

5- Exercício de 2002 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel, gasolina e álcool, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.396.597,22 litros, 403.495,71 litros e 158.418 quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 1.189.551 litros de óleo diesel (fl. 159), 380.663 litros de gasolina (fl.165) e 63.938,66 litros de álcool (fl.168)

ENTRADAS, em relação aos produtos óleo diesel e álcool, diz que o autuante totalizou erradamente as entradas nas quantidades respectivas de 1.195.000 litros e 50.000 litros, quando a quantidade com base nas notas fiscais é de 1.200.000 litros de óleo diesel (fl. 159) e 55.000 [35.000] litros de álcool (fl.168).

6 - Exercício de 2003 - SAÍDAS, em relação aos produtos óleo diesel, gasolina e álcool, diz que o autuante totalizou erradamente as saídas nas quantidades respectivas de 1.022.494 litros, 289.791 litros e 94.457 quando as quantidades com base nas notas fiscais são de 883.376 litros de óleo diesel (fl. 160), 266.680 litros de gasolina (fl.166) e 39.769,94 litros de álcool (fl.169)

ENTRADAS, em relação ao produto óleo diesel, diz que o autuante totalizou erradamente a entrada nas quantidade de 855.000 litros, quando a quantidade com base nas notas fiscais é de 865.000 litros de óleo diesel (fl. 160).

Ao finalizar, aduz que as saídas através de das notas fiscais é que dão respaldo legal ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias pois é o documento fiscal exigido pela Lei que instituiu o ICMS, tendo solicitado revisão por fiscal estranho ao feito e pelo procedência parcial da ação fiscal.

O auditor autuante, à fl. 208, ao prestar sua informação fiscal, esclareceu que o autuado apresentou cópias de algumas notas fiscais de aquisição de combustíveis as quais não foram entregues à fiscalização por ocasião dos trabalhos de auditoria e outras foram computadas equivocadamente.

Argumenta que após refazer os cálculos considerando as aquisições através das notas fiscais apresentada pela defesa, reproduziu os Demonstrativos de Estoque de Entradas de Mercadorias e Cálculo do ICMS normal e Substituído dos anos de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003, que anexou ao processo.

Ressalta que, quanto às saídas de combustíveis, foram consideradas em conformidade com a orientação da Administração para esta Operação, ou seja, pelo Livro de Movimentação de Combustíveis.

A INFAZ-Serrinha, através das intimações de fls. 245 e 246, cientificou o autuado, para se manifestar sobre a informação fiscal.

Em sua nova intervenção às fls 248 e 249 dos autos, o autuado aduziu que ao analisar a informação fiscal, constatou não terem sido consideradas as alegações da impugnante quanto ao fato do autuante não ter efetuado o levantamento do estoque, de referência às saídas, pelas notas fiscais e sim pelo livro LMC.

Assevera que o LMC, como não era exigido pelos prepostos da fiscalização estadual e raramente era verificado pela ANP, houve equívocos na sua escrituração. Ademais o documento exigido pela fiscalização estadual na saída das mercadorias é a emissão da nota fiscal.

Ao finalizar, reiterou o pedido de realização de diligência por fiscal estranho ao feito e pela procedência parcial da autuação.

À folha 250, o autuante em sua nova manifestação, ressaltou que o autuado não se pronunciou quanto à informação fiscal prestada, ratificando os termos da defesa anterior.

Ao finalizar, opina pela realização de diligência por fiscal estranho.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 253.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0229/2004 às fls. 256/260 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante informou que:

“3 - DA DILIGÊNCIA FISCAL

Na realização da diligência, foi constatado que o autuante deixou de incluir no valor do débito as parcelas abaixo relacionadas, as quais se incluídas, o total do débito passaria para R\$383.855,45.

Período	Produto	Fl. do PAF	Valor
31.12.1998	Gasolina	33	658,34
31.12.1999	Álcool e gasolina	53	963,93
31.12.2000	Álcool e gasolina	72	6.882,54
31.12.2001	Álcool e gasolina	90	5.802,00
31.12.2002	Álcool e gasolina	107	13.381,86
VALOR NÃO AUTUADO			27.688,67
VALOR AUTUADO			356.166,78
T O T A L			383.855,45

Conforme solicitado, foram verificadas as saídas constantes dos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 44/52, 64/71, 82/89, 98/106, 116/124 e 132/139, em confronto com o levantamento sintético efetuado pelo autuado, às fls. 155/169, juntamente com os documentos fiscais apresentados pelo autuado.

O autuado anexou levantamento sintético das saídas dos produtos ÓLEO DIESEL (exercícios de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003), fls. 155/160, GASOLINA (exercícios de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003), fls. 161/166 e ÁLCOOL (exercícios de 2001, 2002 e 2003), fls. 167/169, acatando conseqüentemente as saídas de álcool, referentes aos exercícios de 1998 e 1999.

Quanto às aquisições, o autuado anexou levantamento detalhado, conforme fls. 170/205, tendo sido efetuadas as devidas correções pelo autuante, conforme se observa nos demonstrativos de fls. 209/244.

Foram verificadas as notas fiscais série A-1 e por amostragem, devido ao grande número de documentos fiscais, as notas fiscais série D-2, nos demonstrativos de fls. 269/ 286 elaborados pelo autuado.

4 – CONCLUSÃO

Efetuada as devidas verificações nos demonstrativos anexados pelo autuante e pelo autuado, foram elaborados dois demonstrativos de estoque a serem apreciados pelo Senhor Relator, sendo o ANEXO I, fls. 261/264, com os dados do autuante, o qual considerou as saídas pelo Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC) e o ANEXO II, fls. 265/268 com os elementos fornecidos pelo autuado, o qual considerou as quantidades saídas pelas notas fiscais de saídas.

- 1) Entendendo o Senhor Relator ser devido o método utilizado pelo autuante, ou seja a utilização do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), deve prevalecer o ANEXO I, fls. 261/264.
- 2) Contudo, se o Senhor Relator entender que devem prevalecer as alegações do autuado, quanto à utilização do levantamento através das notas fiscais de saídas, deverá prevalecer o ANEXO II, fls. 265/268.

O valor original do débito cobrado pelo autuante, que era R\$356.166,78, após a diligência efetuada alterou para: conforme “ANEXO I” R\$379.053,82 conforme “ANEXO II” R\$27.186,86, e demonstrativos de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO CONFORME “ANEXO I”

Infração	Data Ocorr.	Data Vencdo.	I C M S
01	31.12.1998	09.01.1999	10.938,18
01	31.12.1999	09.01.2000	11.468,90
01	31.12.2000	09.01.2001	24.709,52
01	31.12.2001	09.01.2002	37.862,80
01	31.12.2002	09.01.2003	44.349,30
02	31.12.1998	09.01.1999	3.268,83
02	31.12.1999	09.01.2000	3.789,63
02	31.12.2000	09.01.2001	26.047,07
02	31.12.2001	09.01.2002	25.097,26
03	31.12.2002	09.01.2003	42.114,98
04	31.12.2001	09.01.2002	9.734,52
04	31.12.2002	09.01.2003	18.431,57
05	26.09.2003	09.10.2003 *1	16.152,29
06	26.09.2003	09.10.2003 *1	8.009,68
07	26.09.2003	09.10.2003	42.430,99
08	26.09.2003	09.10.2003	29.826,57
	31.12.1998	09.01.1999 *2	653,77
	31.12.1999	09.01.2000 *2	958,84
	31.12.2000	09.01.2001 *2	5.805,04
	31.12.2001	09.01.2002 *2	5.556,16
	31.12.2002	09.01.2003 *2	11.847,96
	T O T A L		R\$379.053,82

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO CONFORME “ANEXO II”

Infração	Data Ocorr.	Data Vencdo.	I C M S
01	31.12.2002	09.01.2003	0,07
02	31.12.1999	09.01.2000	1.718,63
02	31.12.2000	09.01.2001	5.258,68
02	31.12.2001	09.01.2002	10.936,33
03	31.12.2002	09.01.2003	1.690,76
03	31.12.2002	09.01.2003	0,43
04	31.12.2002	09.01.2003	0,03
06	26.09.2003	09.10.2003	657,23
06	26.09.2003	09.10.2003	0,01
08	26.09.2003	09.10.2003	2.073,94
08	26.09.2003	09.10.2003	0,03
	31.12.1999	09.01.2000 *2	544,64
	31.12.2000	09.01.2001 *2	1.224,22
	31.12.2001	09.01.2002 *2	2.545,98
	31.12.2002	09.01.2003 *2	535,80
	31.12.2002	09.01.2003 *2	0,08
	T O T A L		R\$27.186,86

OBS. *1: Nas infrações 07 e 08, no demonstrativo de fl. 126, o autuante só cobrou saídas anteriores, não cobrando responsabilidade solidária, razão pela qual alterou para mais o valor do imposto cobrado.

OBS. *2: O autuante não cobrou as parcelas em negrito, relacionadas no demonstrativo de débito à fl. 259, conforme já citado e constantes às fls. 33, 53, 72, 90 e 107, porém foram incluídas pelo diligente.”

A INFAZ- Serrinha, através das intimações de fls. 294/296, cientificou o autuado e o autuante, para se manifestarem com relação ao Parecer da ASTEC, tendo o autuante silenciado.

Às folhas 298/300, o autuado em nova manifestação fiscal, após transcrever parte do parecer, alegou que apresentou na impugnação inicial a saída de forma sintética devido aos seguintes fatores: 1- A impugnante não contestou por haver equívoco aqui ou acolá, mais em virtude da autoridade constituinte do crédito tributário ter efetuado a auditoria do estoque com base LMC e não com base na documentação fiscal exigida pela legislação do ICMS e 2 – A grande quantidade de documentos fiscais a serem manuseados, fato este comprovado pela autoridade diligente, levando o mesmo a utilizar o processo de “amostragem”. Ao finalizar, requer pelo julgamento parcial do Auto de Infração, considerando o levantamento quantidade através das notas fiscais e não com base no LMC.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou 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 1, 2, 3, 7 e 8), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 4, 5 e 6).

Em sua peça defensiva o autuado apontou alguns erros do auditor na elaboração dos levantamentos e alegou que o LMC, como não era exigido pela fiscalização, não refletia a sua movimentação.

A alegação acima 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, sendo um livro obrigatório, devendo os registros realizados pelo contribuinte representar a sua real movimentação de combustível.

Também não pode ser acolhida a alegação em relação às saídas com notas fiscais, pois ressalto que o autuado comercializa com combustível no varejo, ou seja, suas vendas são realizadas através das “Bicos” das Bombas existentes nos postos e registradas no LMC. O argumento defensivo somente seria pertinente se o mesmo realizasse vendas no atacado, o que é proibido pela legislação vigente.

Face a constatação das diferenças comprovadas pela na Auditoria de Estoque (infrações 1 a 8), fato comprovado pela diligência da ASTEC 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 aos valores apurados pela ASTEC que não foram incluídos da autuação, os mesmo não podem ser considerados na presente lide, uma vez que agravaria o valor do imposto reclamado no Auto de Infração, o que somente pode ocorrer em nova ação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$344.349,61:

Infração	Data Ocorr.	ICMS da Infração	Revisão Fiscal I C M S	Julgamento ICMS Devido
1	31.12.1998	10.938,18		
1	31.12.1999	11.468,90		
1	31.12.2000	24.709,52		
1	31.12.2001	37.862,80		
1	31.12.2002	44.349,30		
Soma Infração 1		129.328,70	129.328,70	129.328,70
2	31.12.1998	3.268,83		
2	31.12.1999	3.789,63		
2	31.12.2000	26.047,07		
2	31.12.2001	25.097,26		
Soma Infração 2		58.202,79	58.202,79	58.202,79
3	31.12.2002		42.114,98	42.114,98
4	31.12.2001	9.734,52		
4	31.12.2002	18.431,57		
Soma Infração 4		28.166,09	28.166,09	28.166,09
5	26.09.2003		16.152,29	12.178,78
6	26.09.2003		8.009,68	7.443,53
7	26.09.2003		42.430,99	42.430,99
8	26.09.2003		29.826,57	24.483,75
Total do Débito			354.232,09	344.349,61

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140844.0008/03-0**, lavrado contra **EDINADLDO LOPES DA CUNHA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$344.349,61**, acrescido das multas de 70% sobre R\$308.739,99 e de 60% sobre R\$35.609,62, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR