

PROCESSO - A. I. N° 206977.0009/04-0  
RECORRENTE - AUTO POSTO CENTRAL LTDA.  
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 3<sup>a</sup> JJF n° 0086-03/05  
ORIGEM - INFAC JACOBINA  
INTERNET - 27/07/2005

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0225-11/05

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO, GASOLINA E ÓLEO DIESEL. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Modificada a Decisão recorrida. Exigência fiscal mantida parcialmente, após correção dos valores da ação fiscal. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em relação ao Acórdão nº 0086-03/05 proveniente da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 31/08/2004, para exigir R\$29.635,55 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$90,00, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, referente aos produtos gasolina e diesel, no exercício de 2001, sendo aplicada a multa de R\$40,00.
2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$21.799,06, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos exercícios de 2002 e 2003.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$6.750,27, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 2001, 2002 e 2003.
4. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, referente ao produto gasolina, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004, sendo aplicada a multa de R\$50,00.
5. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$831,40, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias

sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004.

6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$254,82, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em exercício aberto, período de 01/01/2004 a 27/07/2004.

Em sua impugnação o autuado reconhece parcialmente as infrações, trazendo alegações no que concerne à parte não acatada, apresentando notas fiscais de entradas de gasolina e diesel que não foram consideradas pelo autuante. Com relação a álcool diz não ter sido possível obter segundas vias de notas fiscais, em razão de a empresa fornecedora não mais existir. Do mesmo modo se refere a um conjunto de notas da mesma origem, mas referentes ao exercício de 2003.

O autuante apresentou informação fiscal à fl. 96 dos autos, dizendo que acata o pedido de revisão no que concerne às Notas Fiscais nºs 24.887, 30.934 e 27.106, não concordando com a inclusão da Nota Fiscal nº 5.127 e que a de nº 5.166 já havia sido lançada no levantamento fiscal. Quanto as Notas Fiscais nºs 5227, 5110, 5138, 5186, 4771, 4886, e 4825, disse serem inidôneas, por terem sido emitidas após o cancelamento da Inscrição Estadual da empresa emissora. Requerendo, desse modo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

A JJF converteu em diligência o presente PAF a INFAZ, para que o autuante refizesse os cálculos levando em conta as notas fiscais de entrada apresentadas pelo contribuinte. Cálculos refeitos o imposto cobrado ficou reduzido a R\$24.589,58, tendo sido também alterada a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, para R\$140,00.

O autuado ao se manifestar sobre os novos demonstrativos acostados aos autos, afirmou que só tomou conhecimento do cancelamento da IE do seu fornecedor a partir da presente autuação fiscal, e que não tem condições de avaliar os cadastros de seus fornecedores, e que somente a autoridade fiscal a tem. Prossegue na informação dizendo não vislumbrar nenhum fato ensejador da presunção de sonegação, considerando que as distribuidoras tinham e têm autorização da ANP para funcionar, afirma que houve desleixo da Administração Pública. Diz ainda, que a fiscalização não considerou as perdas pela evaporação na manipulação dos combustíveis, muita menos os cupons fiscais e as pequenas notas de sua emissão.

Afirma que não se pode imputar a responsabilidade ao posto revendedor que já pagou antecipadamente seu imposto, aduz que o RICMS não diz expressamente que o autuado tem obrigação de investigar o cadastro do seu fornecedor, antes de realizar suas compras e que a exigência de novo pagamento, agora por parte do contribuinte substituído se constitui em uma verdadeira bitributação.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 128 e 129), dizendo que a SEFAZ disponibiliza a consulta da situação cadastral dos contribuintes através da internet. Quanto à evaporação, alegada pelo autuado, disse que se fosse considerar tal situação acarretaria maior omissão de entradas. Informou que a apuração do imposto foi baseada nas informações constantes nos LMCs, nos quais foram registradas as leituras diárias dos contadores das bombas de combustíveis, sendo o mencionado livro uma exigência da ANP. Por isso, entende que não foi aplicada nenhuma legislação estranha a SEFAZ-BA. Disse, ainda, que não se pode falar em bitributação pelo fato de estar exigindo imposto sobre entradas de combustíveis desacompanhados de documentação fiscal, ou com documento inidôneo, consequentemente, sem o recolhimento do imposto por parte do fornecedor. Pede a manutenção integral do presente Auto de Infração.

Após conhecer as informações do autuante, assim se manifestou o autuado:

- a) que não se pode imputar responsabilidade ao Posto Revendedor que já pagou o imposto antecipadamente, e neste caso a responsabilidade é da distribuidora;
- b) que não foi levada em consideração a perda de 0,6%, em razão da evaporação;

- c) que foram consideradas somente as notas fiscais emitidas, não levando em conta os cupons fiscais e as pequenas notas, “*tudo para intuir que entrou combustível e não saiu, presumindo falta de recolhimento, sem conta a evaporação*”.

A 3<sup>a</sup> JJF a propósito das manifestações do autuado em suas alegações defensivas assim se manifestou:

- não merece prosperar a alegação defensiva de que, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, não é devido o imposto, haja vista que foi apurada omissão de entradas, e não ficou comprovada a origem das mercadorias, inexistindo consequentemente, comprovação do recolhimento do imposto normal e antecipado, e na apuração de omissão de saídas foi aplicada apenas a multa por falta de cumprimento de obrigação acessória.
- quanto à evaporação, de acordo com as Portarias n<sup>os</sup> 283/80 e 26/92, expedidas pelo CNP, as variações relativas às perdas por evaporação são calculadas sobre o estoque físico médio registrado nos LMCs. Concordo com o posicionamento do autuante de que, se fosse considerar tais perdas acarretaria maior omissão de entradas.
- o autuante considerou os totais de abertura e fechamento dos encerrantes de cada bico, na apuração das quantidades de saídas dos combustíveis, conforme demonstrativo às fls. 39 e 40, e não ficou comprovado pelo autuado erro em relação às quantidades consignadas no mencionado demonstrativo. Portanto, não procede a alegação defensiva de que não foram considerados cupons ou computadas as notas fiscais de saídas, de forma equivocada.
- relativamente à notas fiscais de aquisição emitidas pela empresa Sampaio Comercial de Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., as quantidades de combustíveis a elas correspondentes não foram consideradas no levantamento fiscal por dois motivos: a) Notas Fiscais de n<sup>os</sup> 5127 e 5138 não foram apresentadas pelo autuado, sendo alegado extravio dos documentos fiscais, inexistindo assim, comprovação das aquisições; b) as Notas Fiscais de n<sup>os</sup> 5186, 4771, 4886 e 4825, foram emitidas durante o exercício de 2003, quando a inscrição estadual do remetente já estava cancelada, de acordo com Informações do Contribuinte (INC), nesta SEFAZ, constando que o cancelamento ocorreu em 23/10/2002. Entendendo que não devem ser computadas as quantidades de combustíveis consignadas nos documentos fiscais em análise, por não ficar comprovada a entrada física dos produtos no estabelecimento autuado e as notas fiscais serem consideradas inidôneas, consoante o art. 209, VII, “b”, do RICMS/97.
- Quanto às demais Notas Fiscais (24887, 30934 e 27106), reclamadas pelo defensor, as respectivas quantidades foram incluídas no levantamento fiscal pelo autuante, que acatou as razões defensivas e refez os cálculos, conforme demonstrativos às fls. 101 a 104 do PAF.

Acatando o resultado da revisão efetuada pelo autuante, conclui que infrações apuradas e os respectivos valores exigidos estão conforme discriminação a seguir:

- Infrações 1 e 4: é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria nº 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII. AUTUANTE TAMBÉM LANÇOU MULTA EM 2004 no demonstrativo da revisão efetuada.
- Infrações 2 e 5: é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- Infrações 3 e 6: é devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98.

Assim, considerando que a exigência fiscal foi elidida parcialmente pelo autuado, fica alterado o imposto exigido para R\$24.589,58, e a multa de R\$140,00, conforme demonstrativo à fl. 101.

Face ao exposto, vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em sede de Recurso Voluntário o ora recorrente, levanta questões preliminares como cerceamento de direito e omissão em analisar os esclarecimentos apresentados, e determinar diligência quanto à sua solicitação, de se indagar a ANP sobre as condições da empresa distribuidora de combustíveis Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda. Alude o recorrente que a pressa demonstrada pela fiscalização em se fazer um julgamento rápido e descuidado, resultou em cerceamento do seu direito de defesa, em flagrante agressão ao art. 2º e 18, inciso II, do RPAF, requerendo por fim a nulidade da Decisão, com retorno dos autos a Junta de Origem a fim de que a diligência seja cumprida.

No mérito o recorrente traz novamente à discussão, como o fez em sua impugnação inicial, o fato de na qualidade de contribuinte sujeito à substituição tributária, não ter responsabilidade no recolhimento do imposto, uma vez que já efetuou o pagamento a seu fornecedor com a inclusão do ICMS. Quanto ao fato de o distribuidor estar com sua IE cancelada não lhe cabe responsabilidade alguma, pois é da Autoridade Fazendária a responsabilidade de fiscalizar e punir aqueles que descumprem as leis.

Conclui pedindo a improcedência do Auto de Infração em referência.

Em seu pronunciamento a Douta representante da PGE/PROFIS, afastou as preliminares suscitadas, enfatizando que a Decisão recorrida analisou a questão detalhadamente e fundamentou o afastamento da nulidade, por entender que o presente Auto de Infração foi lavrado a salvo de vícios e dentro da legislação, art. 39 do RPAF. Também refuta a argüição de ilegitimidade passiva, pois conforme ficou evidente o imposto deve ser recolhido pelo autuado pois as mercadorias ingressaram no estabelecimento sem a documentação fiscal, e sem provas de que o imposto teria sido recolhido em fase anterior.

No mérito, afirma a ilustre procuradora, depreende-se que a linha de argumentação é a mesma já analisada em 1ª Instância, não alcançando alterar a Decisão recorrida, que está correta e proferida com embasamento legal, evidenciando-se que o contribuinte não registrou as entradas de mercadorias discutidas, identificado-se as saídas sem tributação, sendo exigido o imposto devido por substituição, como também o de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Conclui afirmado que resta efetivamente comprovado o cometimento da infração e que o recorrente não apresenta qualquer documento ou fundamentos capazes de elidir a acusação, opinando desta feita pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e manutenção da Decisão recorrida.

## VOTO

O Auto de Infração objeto do Recurso Voluntário em análise, foi lavrado com as seguintes acusações: Infrações 1 e 4: descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria nº 445/98 e Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso XXII. Autuante também lançou multa em 2004 no demonstrativo da revisão efetuada.

Infrações 2 e 5: é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.

Infrações 3 e 6: é devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98.

Em sua impugnação o sujeito passivo apresentou algumas notas fiscais, não encontradas pelo auditor na fase de instrução do presente PAF, ensejando o retorno do mesmo à INFRAZ de origem

para que o auditor responsável elaborasse novo demonstrativo, levando em consideração os novos elementos apresentados. Os novos cálculos proporcionaram a redução do valor do imposto cobrado para R\$24.589,58 e multa de R\$140,00, conforme demonstrativo fl. 101.

Com respeito a outras notas fiscais de emissão da empresa distribuidora Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda. foram glosadas pela fiscalização sob a alegação de inidôneas, em razão de estar a citada distribuidora com a IE cancelada.

Defendeu-se o recorrente com o argumento de que não dispõe de condições para identificar quem está ou não com sua situação regular com a Fazenda Pública, entendendo na ser sua atribuição o exercício da investigação, mesmo porque se insere no regime de substituição tributária e entende já ter pago o imposto por antecipação.

As alegações preliminares argüidas pelo recorrente não devem prosperar desde que o julgador de primeira instância analisou os fundamentos apresentados afastando a pretensão de nulidade, por entender que o presente Auto de Infração está revestido de toda legalidade e se enquadra ao art. 39 do RPAF, com o que concordo afastando a pretensão de nulidade suscitada.

Observo que a JJF incorreu em equívoco ao não considerar as entradas de álcool, através das Notas Fiscais de nºs 5186, 4771, 4886 e 4825, todas de emissão confirmada da empresa Sampaio Comercial Lubrificantes e Derivados de Petróleo Ltda., pois, mesmo estando com sua Inscrição Estadual cancelada no cadastro estadual da Secretaria da Fazenda, na data da emissão das referidas Notas Fiscais, ainda assim a mercadoria foi adquirida com a respectiva Nota Fiscal.

Desse modo, considerando a entrada de 17.000 litros de álcool, através das Notas Fiscais acima referenciadas, teremos alterado o quadro demonstrativo de débito constante da fl. 101 deste PAF, onde aparece na coluna DÉBITO o valor de R\$8.470,80, deverá este valor ser substituído por R\$2.661,62 e na mesma coluna o valor de R\$2.624,88 será substituído por R\$832,88, reduzindo desta feita a exigência fiscal para R\$16.988,34.

Desse modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206977.0009/04-0, lavrado contra **AUTO POSTO CENTRAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.988,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.051,24 e 70% sobre R\$12.937,16, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS