

**A. I. N°** - 206859.0019/03-1  
**AUTUADO** - HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTE** - VLADIMIR MÁXIMO MOREIRA  
**ORIGEM** - INF AZ IGUATEMI  
**INTERNET** - 31/01/2005

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0007-03/05

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL HIDRATADO. ÓLEO DIESEL. GASOLINA **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. 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, além do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Infração parcialmente caracterizada. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Este órgão não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/12/03, para exigir o ICMS no valor de R\$1.345.312,20, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999, 2000, 2002 e 2003) – R\$179,42;
2. Falta de recolhimento do imposto, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999 a 2003) – R\$1.122.494,13;

3. Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (1999 a 2003) - R\$222.638,65.

O autuado apresentou defesa (fls. 1805 a 1820), inicialmente esclarecendo que atua no ramo de revenda de combustíveis, os quais são adquiridos à Texaco Brasil S/A com o ICMS já pago por substituição pela distribuidora, ou recebidos por transferência da matriz e de outras filiais. Aduz que iniciou suas atividades na condição de sucessor da empresa Leiro Postos de Serviços Ltda, titular da bandeira “Texaco”, inscrita sob o nº 44.800.518, a qual solicitou baixa regular de sua inscrição estadual no dia 10/09/99.

Acrescenta que, em 1999, a Leiro Construções e Incorporações Ltda., com sede na Rua Mato Grosso, 164, em Salvador, lhe vendeu o seu estabelecimento/fundo de comércio (Leiro Postos de Serviços Ltda.) e, na condição de sucessor, deu continuidade às atividades comerciais do estabelecimento adquirido no mesmo endereço cadastral da sucedida e, para comercializar os produtos gasolina, álcool e óleo diesel da Distribuidora Texaco, foi submetido a todo um processo burocrático e investigatório. Superada essa fase, diz que obteve a autorização definitiva para revender os produtos Texaco, passando à condição de titular da bandeira.

Prossegue dizendo que, “para não perder a oportunidade de negócios, do início de suas atividades, setembro de 1999 a fevereiro de 2001, quando passou à condição de titular da ‘bandeira’ TEXACO, sem nenhum intuito de prejudicar o Estado, utilizou a denominação social da LEIRO POSTOS DE SERVIÇOS LTDA., até então titular da referida bandeira, para realizar as aquisições dos produtos: Gasolina, Álcool e Óleo Diesel, cujas mercadorias eram recebidas com o ICMS já substituído pela Distribuidora TEXACO”. Afirma que, a partir de março de 2001, deixou de utilizar a denominação social da Leiro, passando a usar seus dados cadastrais completos na aquisição das mercadorias.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o autuante cometeu um “erro grave” ao indicar o levantamento de estoques de 2003 como se fosse fechado, quando na verdade se trata de exercício aberto, e, além disso, imputou a multa de 70% quando deveria ser de 60%, deixando de observar o rigor imposto pelos artigos 1º, 2º e 3º, da Portaria nº 445/98.

No mérito, alega que o autuante cometeu alguns equívocos, ao deixar de considerar os documentos fiscais de entradas, onde constava como adquirente a empresa Leiro Postos e Serviços Ltda., os quais foram regularmente escriturados nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC), uma vez que as mercadorias adentraram o seu estabelecimento, o que provocou um falso resultado de falta de registro de entradas de mercadorias.

Argumenta que, embora não tenha incluído as notas fiscais de entradas acima aludidas, o preposto fiscal considerou as saídas das mercadorias adquiridas através das referidas notas fiscais, registradas nos bicos das bombas e nos encerrantes, consignadas nos Livros de Movimentação de Combustíveis, o que compromete a ação fiscal e macula o lançamento, ficando este sujeito à nulidade, “já que o Estado não poderia retirar somente partes que lhe interessam”.

Aduz que o autuante não considerou as aferições diárias e a perda de 0,6% dos combustíveis, em razão de evaporação, esta última prevista na Portaria nº 283/80 editada pelo antigo CNP, atual ANP, e argumenta que, se tal fato não for levado em conta, “ter-se-á diferença grave e levará a suposta existência de sonegação ou falta de recolhimento do imposto”, “o que não é verdade”.

Acrescenta que o autuante tomou por referência, nas entradas, os documentos de compra, embora tenha apurado as saídas sem examinar os cupons fiscais, as notas fiscais série D-1 e Modelo 1, “atendo-se às saídas quantitativas dos LMC”.

Transcreve a ementa do Acórdão CJF nº 0393/99 e alega que “a falta de uso do critério legal para se realizar levantamento quantitativo de estoque, caracteriza a IMPROCEDÊNCIA do combatido Auto de Infração”.

Diz que sempre honrou suas obrigações, que jamais adquiriu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, que os produtos que comercializa têm o ICMS antecipado pela distribuidora e, consoante o artigo 354, do RICMS/97, somente lhe caberia o pagamento do imposto por responsabilidade supletiva, o que não é o caso dos autos.

Afirma que refez o levantamento de estoques e não apurou nenhuma omissão e se, por absurdo, houvesse omitido o registro de entradas de mercadorias, somente poderia ser aplicada a multa de 1%, por descumprimento de obrigação acessória, prevista no artigo 915, inciso XI, do RICMS/97, por se tratar de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Argumenta que a multa é confiscatória e, portanto, inconstitucional, que o presente Auto de Infração é um ato arbitrário e a lei estabeleceu que a responsabilidade pelo pagamento do tributo, por substituição tributária, seria da distribuidora e não do posto revendedor. Cita a doutrina sobre o conceito de ficção legal e argumenta que o lançamento “macula princípios constitucionais e infraconstitucionais, não só no que diz respeito a segurança e certeza jurídica, mas também naquilo que se refere ao verdadeiro confisco que é cobrar o imposto devido pela Distribuidora”, “quando o preço pago pela Defendente já abarcaria o montante do próprio imposto”.

Finaliza dizendo que o rigor da fiscalização é injustificável e ilegal, ao impingir-lhe o pagamento do imposto que seria de responsabilidade da distribuidora, pelo fato de as mercadorias estarem enquadradas na antecipação tributária.

Pede a realização de diligência, “para examinar a veracidade dos fatos e constatar que não é devido o valor do ICMS cobrado pelo autuante”, e, finalmente, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 1887), mantém a autuação, sob a alegação de que o autuado, apesar de ter afirmado que não foram consideradas aquisições de combustíveis em nome da Leiro Ltda., não apresentou nenhuma nota fiscal para materializar as suas afirmações, o que cerceou a sua manifestação, pelo “total desconhecimento” de tais documentos.

Tendo em vista que o contribuinte, apesar de não anexar fotocópias das notas fiscais, elaborou demonstrativos, referentes aos exercícios de 1999 a 2001, com a relação detalhada dos documentos fiscais que não teriam sido incluídos no levantamento de estoques, esta 3ª JF decidiu converter o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito (fls. 1891 e 1892), para que ele, à vista dos documentos e livros fiscais, inclusive do Livro de Movimentação de Combustíveis: a) verificasse, junto à repartição fazendária e na documentação fornecida pelo autuado, se realmente houve a sucessão de empresas, conforme alegado na peça defensiva; b) caso tenha havido a sucessão, nos moldes dos artigos 6º, inciso XI ; 161, § 1º, inciso II; 148; 202, § 6º e 321, todos do RICMS/97, incluísse as notas fiscais em que houve a aquisição de mercadorias em nome da sucedida, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001; c) verificasse se as quantidades de saídas de combustíveis, indicadas no levantamento fiscal, coincidiam com aquelas registradas nos

encerrantes e constantes no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC); d) incluísse, no levantamento de estoques, as aferições e as perdas por evaporação apenas se fossem devidamente comprovadas.

O diligente, Sr. Eduardo Ramos de Santana, apresentou o Parecer ASTEC nº 0142/2004 (fls. 1894 a 1900) informando que:

1. houve a sucessão de empresas, conforme o registro no banco de dados da Secretaria da Fazenda e que o autuado (como sucessor) continuou adquirindo mercadorias em nome do contribuinte sucedido, escriturando as notas fiscais no Livro de Movimentação de Combustíveis, mas deixando de escriturá-las no livro Registro de Entradas;
2. incluiu, no levantamento de estoques, os documentos fiscais emitidos em nome da empresa sucedida;
3. não considerou as mercadorias saídas por meio de documentos fiscais, pois já estavam incluídas nas saídas através das bombas;
4. quanto às perdas por evaporação, deixou de considerá-las, uma vez que não estavam comprovadas e, ademais, a sua inclusão prejudicaria o contribuinte;
5. as aferições não foram levadas em conta, já que apenas foram registradas no LMC, mas não existem documentos comprobatórios;
6. relativamente à alegação do contribuinte feita a ele, de que 255.000 litros de gasolina comum foram descarregados no tanque de gasolina aditivada, aduz que tal fato não restou comprovado e, se considerado, poderiam ocorrer duas situações: a) haveria a anulação da omissão de entradas apurada em relação à gasolina aditivada; b) porém, haveria, na mesma proporção, a elevação da omissão de entradas de gasolina comum.

Finaliza dizendo que, após os ajustes procedidos, o débito deve ser reduzido para R\$200.389,51, conforme os demonstrativos acostados às fls. 1901 a 1903.

O autuado foi intimado do resultado da diligência (fl. 2040), porém não se pronunciou.

O autuante se manifestou, às fls. 2042 a 2044, elogiando o trabalho realizado pelo diligente e ressaltando que a inclusão dos documentos fiscais de entradas emitidos em nome da empresa Leiro Ltda. fugia de sua competência, cabendo a este órgão julgador determinar o procedimento a ser seguido. Considera justa a inclusão, no levantamento de estoques, das referidas notas fiscais, “uma vez que os impostos daquelas aquisições já teriam sido retidos pelo Distribuidor”.

Entretanto, salienta que, da mesma forma que se deve levar em conta as notas fiscais no levantamento de estoques, deve-se considerá-las para aplicação da multa prevista no artigo 915, inciso XI, do RICMS/97, e estranha não ter sido incluído, no pedido de diligência feito por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que fosse intimado o contribuinte a apresentar os documentos fiscais aludidos.

Quanto às aferições, assegura que, em nenhum momento, deixou de reconhecer a sua ocorrência, razão pela qual apurou e considerou, como entrada, a quantidade total de aferições realizadas em cada exercício, consoante os demonstrativos de fls. 34 e 35 (exercício de 1999), 44 e 45 (exercício de 2000); 56 a 59 (exercício de 2001), 69 a 71 (exercício de 2002) e 82 a 84 (exercício de 2003).

Concorda com a redução do débito efetivada pelo diligente, de R\$1.345.312,30 para R\$200.389,51, porém diz que fica “no aguardo de que a Junta de Julgamento Fiscal busque os dados não requeridos anteriormente, ou seja, as notas fiscais (que nunca foram apresentadas ao autuante) de aquisições citadas no DEMONSTRATIVO do CONTRIBUINTE para, conhecendo o valor da base de

cálculo, aplique aquilo que já é JURISPRUDÊNCIA no CONSEF, a cobrança da OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA”.

Finalmente, salienta que o autuado não apenas deixou de escriturar as notas fiscais de entradas no livro Registro de Entradas, como deliberadamente omitiu a receita originária da venda dos produtos, o que pode ser comprovado pelo confronto entre os livros fiscais e as DMA's consolidadas, uma vez que o montante das saídas lançadas é equivalente ao total de entradas registradas e, “ao se adicionar o montante dos valores das aquisições (Leiro) por exercício fiscal teremos uma idéia aproximada da sonegação”. Por fim, pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que o estranho ao feito, apesar de ter afirmado que havia incluído, no levantamento fiscal, as notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas à empresa Leiro Postos de Serviços Ltda. (sucédida), não apresentou uma listagem analítica das mesmas, esta 3ª JJF mais uma vez deliberou converter o PAF em diligência à Inspeção de origem (fls. 2047 e 2048) para que fiscal estranho ao feito: a) elaborasse os demonstrativos analíticos com a relação das notas fiscais de entradas consideradas no levantamento de estoques; b) mantivesse as aferições já que foram incluídas pelo próprio autuante; c) intimasse o contribuinte a apresentar as fotocópias das notas fiscais de entradas relacionadas no demonstrativo de fls. 26 a 31 e informasse se foram lançadas no livro Registro de Entradas; d) elaborasse demonstrativo com a relação de todas as notas fiscais destinadas à empresa Leiro Postos de Serviços Ltda. que foram incluídas no levantamento de estoques, porque se encontravam registradas no Livro de Movimentação de Combustíveis, porém não se encontravam lançadas no livro Registro de Entradas do autuado; e) calculasse a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada no livro Registro de Entradas.

A Inspectora do Iguatemi retornou os autos ao CONSEF alegando que “a orientação da Diretoria Regional quanto ao PAF vermelho restringiu-se apenas aos Autos de Infração lavrados pelas IFEP e COFEP” (fl. 2051).

A Secretaria do CONSEF enviou novamente o PAF à Inspeção de origem (fl. 2053) “para adoção dos procedimentos fiscais vinculados à Diligência solicitada, às fls. 2047 e 2048, cuja atribuição acerca do PAF vermelho, doravante, é de responsabilidade da Unidade de Origem do lançamento do Crédito Tributário, de acordo com a orientação deste CONSEF, com base na decisão da Administração, acordada entre as Diretorias Regionais”.

O próprio autuante realizou a diligência solicitada e apresentou suas conclusões da seguinte forma (fls. 2056 a 2058):

1. diz que está acostando os demonstrativos analíticos das notas fiscais consideradas no levantamento fiscal e destinadas à Leiro Postos de Serviços Ltda. (sucédida) às fls. 2089 a 2108 e ressalta que, quanto às demais notas fiscais, os demonstrativos já foram anexados às fls. 34, 44, 45, 56 a 59, 68 a 71 e 82 a 84;
2. quanto às aferições, confirma que já foram consideradas no levantamento de estoques, conforme as planilhas de fls. 2109 a 2113;
3. assegura que as notas fiscais de entradas destinadas ao contribuinte sucédido não foram escrituradas no livro Registro de Entradas do autuado, de acordo com as fotocópias do referido livro juntadas às fls. 716 a 750, 962 a 1009, 1289 a 1337, 1610 a 1643 e 1753 a 1763;
4. aduz que está anexando demonstrativo, bem como fotocópias das notas fiscais de entradas (fls. 2116 a 2253), para comprovar o cálculo da multa de 1%, conforme solicitado por este órgão julgador, no valor de R\$34.328,42;

5. está juntando novos demonstrativos do levantamento de estoques (fls. 2254 a 2259) e o demonstrativo de débito (fls. 2260 a 2277), os quais comprovam que o valor a ser exigido deve ser reduzido para R\$302.481,28.

Por fim, pede a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado foi intimado do resultado da diligência (fl. 2278) e se manifestou às fls. 2280 a 2283 dizendo que concordou parcialmente com o valor apurado pelo diligente da ASTEC, conforme a petição protocolado sob o nº 13.987/2004-2, em 02/08/04, na qual apresentou as suas razões. Acrescenta que, por infelicidade, o pronunciamento foi intempestivo, razão pela qual não foi acostado ao PAF.

Quanto à diligência feita pelo autuante, afirma que “reitera todos os termos constantes da nossa defesa protocolada sob o nº 015938/2004-4, de 28/01/2004, bem como a nossa manifestação, protocolada sob o nº 13.987/2004-2 inerente a revisão da ASTEC, que apesar de ter sido rejeitada pela INFAZ, alegando intempestividade, entende o autuado, que em virtude de ter sido reaberto prazo para manifestação de assunto semelhante, tal direito, neste caso, volta a ser readquirido”.

Impugna a cobrança da multa de R\$34.328,42, decorrente da aplicação de 1% sobre o valor de cada nota fiscal de entrada não lançada no livro Registro de Entradas, pois os documentos fiscais foram lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), haja vista que este é um livro fiscal, previsto no artigo 314, inciso V, do RICMS/97 e são válidos os registros ali efetuados. Ressalta que a escrituração das notas fiscais não foi feita no livro Registro de Entradas, “em virtude de processo de transição que se realizava com o acervo pertencente a ‘Leiro’”.

Finalmente, diz que mantém as razões de defesa e de seu pronunciamento sobre a revisão do preposto fiscal, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou nova informação fiscal (fl. 2286), aduzindo que, apesar de manifestar a sua discordância com os valores apurados na diligência, o contribuinte não apresentou nenhum fato novo a ser analisado.

Quanto à multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas no livro Registro de Entradas, diz que o contribuinte demonstra a falta de conhecimento das características próprias de cada livro fiscal, contidas nos artigos 316, 319 e 322, do RICMS-BA.

Finalmente, pede a procedência parcial do lançamento “com base nos novos demonstrativos apurados quando do cumprimento da Diligência elaborada por esta 3ª JJF”.

Tendo em vista que atuou como diligente na presente lide, o Julgador Sr. Eduardo Ramos de Santana declarou-se, no início do julgamento do PAF, impedido de discutí-lo e votá-lo, nos termos do artigo 40, do Regimento Interno do CONSEF (Decreto nº 7.592/99).

## VOTO

Inicialmente, deve-se destacar que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Rejeito a preliminar de nulidade do lançamento suscitada pelo autuado, uma vez que o autuante utilizou, para efetuar seu trabalho, as notas fiscais de entradas e o Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), livro fiscal obrigatório previsto no artigo 314, inciso V, do RICMS/97, não havendo nenhuma irregularidade que pudesse ensejar a nulidade do Auto de Infração.

Também deixo de acatar a preliminar de nulidade, em razão de ter sido indicado o levantamento de estoques de 2003 como se fosse fechado quando na verdade se trata de exercício aberto, considerando que tal erro não implicou prejuízo para a defesa do contribuinte.

Quanto às multas de 60% e 70% (mencionadas nas infrações 2 e 3) são aquelas previstas para as irregularidades apontadas (artigo 42, inciso II, alínea “d” e inciso III, da Lei nº 7.014/96).

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado e aberto, de acordo com os demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 13 a 1801).

O autuado atua no comércio varejista de combustíveis e, como tal, normalmente recebe as mercadorias que adquire por meio de notas fiscais com o ICMS pago por antecipação. Entretanto, na situação em análise, deve-se exigir o imposto por solidariedade, bem como o ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (apurado em função do valor acrescido), em razão da constatação da falta de registro, em sua escrituração, de entradas de óleo diesel, gasolina e álcool hidratado ocorridas em seu estabelecimento, as quais foram apuradas através de levantamento de estoques.

Não obstante isso, o sujeito passivo impugnou o lançamento com fundamento nos seguintes argumentos: a) que não foram incluídas, pelo autuante, notas fiscais de entradas de combustíveis emitidas em nome da empresa Leiro Postos de Serviços Ltda. (no período de setembro de 1999 a fevereiro de 2001), embora se revestisse da qualidade de sucessor, por ter adquirido o estabelecimento e fundo de comércio, logo após a baixa da inscrição da sucedida, e os documentos fiscais estivessem escriturados nos Livros de Movimentação de Combustíveis (LMC); b) que o autuante não considerou as aferições diárias de combustíveis e a perda de 0,6% do combustível em razão de evaporação; c) que o autuante apurou as saídas sem examinar os cupons fiscais, as notas fiscais série D-1 e Modelo 1, “atendo-se às saídas quantitativas dos LMC”.

Tendo em vista as alegações defensivas, foram realizadas duas diligências nas quais foi reduzido o valor do débito exigido. Em ambos os trabalhos, foram incluídas as notas fiscais de entradas destinadas ao contribuinte sucedido, as quais não foram escrituradas no livro Registro de Entradas do autuado, não obstante terem sido lançadas no Livro de Movimentação de Combustíveis. Também já haviam sido consideradas, pelo autuante, as aferições existentes nos exercícios fiscalizados.

Quanto às saídas, o levantamento está correto, já que foram levadas em conta as quantidades registradas nos encerrantes das bombas de combustíveis, ao invés das saídas acobertadas por documentos fiscais, procedimento largamente aceito por este CONSEF nos levantamentos quantitativos de estoques realizados em revendedores de combustíveis.

Em relação às perdas por evaporação (0,6%), observo que, se fossem consideradas, teriam que incidir, no máximo, sobre o estoque inicial de combustíveis, jamais sobre o estoque final (que é contado fisicamente), ou sobre as saídas, pois não há como ocorrer evaporação no momento em que se está abastecendo o tanque dos veículos. Ressalte-se, ainda, quanto às entradas de mercadorias, que, em função da variação de temperatura no transporte dos combustíveis, tanto pode haver variação positiva como negativa de volume, fato que também impede a incorporação de perdas, como pleiteado pelo sujeito passivo. Sendo assim, a perda por evaporação somente provocaria aumento na omissão de entradas de mercadorias, prejudicando o próprio contribuinte, razão pela qual entendo que não podem ser incluídas no levantamento de estoques ora em lide.

Analisando os demonstrativos elaborados pelos diligentes, verifico que o resultado referente ao levantamento de estoques é muito semelhante, havendo uma divergência apenas no débito referente ao exercício de 2000 (infrações 2 e 3). Como o segundo diligente apresentou um

demonstrativo detalhado com todas as notas fiscais de entradas incluídas no levantamento de estoques, o que não foi feito pelo primeiro diligente, entendendo que deve ser acatada a conclusão do segundo diligente, por haver mais segurança na determinação da base de cálculo. Por outro lado, o autuado, embora tivesse tido duas oportunidades de impugnar especificamente o levantamento fiscal, não indicou nenhum equívoco, porventura cometido nos trabalhos diligenciais, ou apresentou comprovações que pudessem elidir a autuação.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito acostado pelo segundo diligente (fl. 2277), no que concerne ao levantamento quantitativo de estoques (infrações 1, 2 e 3).

Quanto à penalidade de 1% sobre o valor de cada nota fiscal de entrada não escriturada pelo contribuinte em seu livro Registro de Entradas, conforme aventado pelo autuante, verifico que o inciso XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece a multa de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

O sujeito passivo argumentou que tal penalidade não pode ser aplicada, tendo em vista que os documentos fiscais aludidos foram registrados no Livro de Movimentação de Combustíveis e este é um livro fiscal, consoante o disposto no artigo 314, inciso V, do RICMS/97.

Embora tenha sido solicitado por este órgão julgador que o diligente calculasse a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal destinada à empresa sucedida e não escriturada no livro Registro de Entradas, entendendo que esta é uma discussão que transcende este PAF, haja vista que a penalidade mencionada não foi originariamente exigida pelo preposto fiscal no presente Auto de Infração. Como não pode haver inovação na lide, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, e sendo esta uma matéria que causa alguma polêmica, pois depende da interpretação de cada órgão julgador, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, caso entenda que é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota %	Multa Fixa	Multa %	Débito R\$
1	31/12/99	09/01/00		17%	1 UPF		
1	31/12/00	09/01/01		17%	1 UPF		
1	31/12/01	09/01/02		17%	40,00		
1	31/12/02	09/01/03		17%	50,00		
1	31/12/03	09/01/04		17%	50,00		
2	31/12/99	09/01/00	768,06	17%		70%	130,57
2	31/12/00	09/01/01	261.409,52	25%		70%	65.352,38
2	31/12/01	09/01/02	583.142,56	25%		70%	145.785,64
2	31/12/02	09/01/03	15.807,52	27%		70%	4.268,03
2	31/12/03	09/01/04	25.983,63	27%		70%	7.015,58
3	31/12/00	09/01/01	52.281,88	25%		60%	13.070,47
3	31/12/01	09/01/02	116.628,52	25%		60%	29.157,13
3	31/12/02	09/01/03	4.419,85	27%		60%	1.193,36
3	31/12/03	09/01/04	7.272,33	27%		60%	1.963,53
TOTAL DO DÉBITO					2 UPF + 140,00		267.936,69

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206859.0019/03-1**, lavrado contra **HP COMÉRCIO E DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267.936,69**, sendo R\$130,57 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$267.806,12, acrescido das multas de 60% sobre R\$45.384,49 e 70% sobre R\$222.421,63, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas de **2 UPF-BA** e **R\$140,00**, previstas no artigo 42, XXII, da citada Lei.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2005

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR