

A. I. N° - 298951.1001/03-7
AUTUADO - CENTRO AUTOMOTIVO PNEUS DOURADO COM. E SERVIÇO LTDA.
AUTUANTES - EDIJALMA F. DOS SANTOS, JOSÉ O. SOUZA e ANANIAS JOSÉ C. FILHO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 09.03.2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0044-03/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ÁLCOOL, 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. Foi feito o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/10/2003, refere-se à exigência de R\$10.555.711,03 de ICMS, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades mediante levantamento quantitativo de estoques:

1. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, no valor de R\$6.531.309,75, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercícios de 1998 a 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, no valor de R\$137.959,10 por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exercício aberto, período de 01/01/2003 a 10/09/2003.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$3.844.471,58, 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 1998 a 2002.
4. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$41.970,60, 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, exercício aberto, período de 01/01/2003 a 10/09/2003.

O autuado apresentou impugnação às fls. 2361 a 2363, alegando que a autuação é fruto de lamentável equívoco do autuante, uma vez que desprezou todos os elementos das escritas contábil e fiscal da empresa, desprezando também a realidade fática do contexto do mercado na região oeste, exigindo a astronômica e irreal soma de R\$22.922.613,66. Disse que a omissão de entradas imputada na autuação é de tal absurdo que a empresa teria que ter adquirido quatro carretas de combustível diariamente, e com isso, sozinha responderia pela comercialização de todos os concorrentes estabelecidos na região, ressaltando que o mais agravante é que sua capacidade de armazenamento é de apenas 45.000 litros para diesel, 45.000 litros para gasolina e 15.000 litros para álcool, totalizando 105.000 litros de combustível em suas dependências. Acrescentou também, que a estrutura física do estabelecimento está projetada pela Esso, e se funcionar com 100% da capacidade, comercializa com 600 mil litros de combustível, e para comercializar com a quantidade que o autuante informou ter omitido, o autuado necessitaria de quase triplicar a sua estrutura física e operacional.

Aduziu que o autuante somou as quantidades diárias provenientes do bico da bomba com as notas fiscais de saídas, presumindo que a diferença seria omissão de entrada, e com esse método dobrou a movimentação de combustível, provocando indevida cobrança de imposto. Disse que foram apresentados todos os documentos contábeis e fiscais, mas, estes foram desprezados pelo autuante, que preferiu o método da soma do bico com as notas fiscais de saídas, como se o bico da bomba se constituísse numa espécie de Emissor de Cupom Fiscal.

O defendente entende que o método adotado pela fiscalização, impõe a não determinação do débito do imposto, tornando totalmente insubsistente o seu demonstrativo, inexistindo liquidez e certeza do procedimento. Pede a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa.

Argumentou, ainda, que é improcedente a exigência fiscal porque numa simples e superficial análise do demonstrativo de apuração do imposto se constata a configuração de “bis in idem”, por entender que foi exigido em duplicidade o pagamento do ICMS sobre operações devidamente acobertadas por notas fiscais de entradas, emissão de notas fiscais de saídas e seus devidos registros nos livros competentes, com o correspondente imposto pago antecipadamente pelo Regime da Substituição Tributária, por isso, pergunta, onde estaria demonstrado o prejuízo para o Estado. Pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, e se ultrapassada a preliminar de nulidade, que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante Ananias José Cardoso Filho apresentou informação fiscal às fls. 2365 a 2369, dizendo que o autuado equivoca-se ante os demonstrativos e demais elementos probantes fotocopiados e anexados ao presente processo, ressaltando que o óleo diesel apresenta o maior volume comercializado, tem saídas expressivas para empresas da mesma titularidade, sem registro de entradas em todo o período fiscalizado, e confrontando-se as saídas para essas empresas com as omissões de entrada, evidencia-se claramente as fraudes registradas em todos os exercícios fiscalizados. Disse que se vê o grande volume de saídas de óleo diesel comum a granel, fato repetitivo a menor, mas expressivo, em relação aos outros combustíveis: álcool e gasolinas, comum e aditivada.

Acrescentou outros fatos às irregularidades constatadas:

- Significativos volumes de saídas de óleo diesel comum para Prefeituras Municipais
- Auto-abastecimentos em volumes expressivos com o fito de regularização de estoque.

- Expressivas saídas, a granel e com lacres, de diesel para produtores rurais sem evidências de saídas por bico/bomba, e combustíveis diversos para empresas da própria e de outras regiões.
- Volumes diários disponíveis e comercializados por tanque que superam a capacidade máxima suportada pela empresa, o que está desconforme com as afirmações do autuado, como destacado na relação de saídas de diesel comum no LMC.

O autuante afirma que os fatos evidenciados com o óleo diesel comum atestam as irregularidades com os demais combustíveis e empresas fiscalizadas da mesma titularidade. Informou ainda, que durante os trabalhos foram observados os procedimentos fiscais conforme disposto no RICMS-BA, Portaria SEFAZ Nº 445/98 e Convênio ICMS Nº 03/99. Juntou aos autos relação das notas fiscais de saídas e fotocópias de notas fiscais e de folhas do LMC. Por fim, pede a manutenção do Auto de Infração.

De acordo com a intimação à fl. 2484 dos autos, o contribuinte tomou conhecimento da informação fiscal e respectivos demonstrativos, tendo apresentado novas razões de defesa, fls. 2486 a 2488, alegando que a intervenção do autuante nada acrescentou, apenas confirma o equívoco metodológico e as alegações e presunções não são merecedoras de qualquer confirmação. Disse que é preciso que o fisco comprove a efetiva existência de omissão de entradas; que o autuante não demonstra a irregularidade do procedimento adotado, não demonstrou que foi utilizado o bico de bomba como forma independente de registro de saídas, sendo necessário que se considere os elementos disponíveis, como as escritas fiscal e contábil para uma correta demonstração do débito.

Por fim, argumentou que em função da grande quantidade de documentos fiscais e contábeis é impossível juntá-los aos autos, por isso, apresenta os demonstrativos de entradas e saídas que retratam a realidade operacional da empresa, requerendo que seja deferido o pedido de diligência fiscal por estranho ao feito.

Considerando as alegações defensivas e os demonstrativos divergentes apresentados pelo autuado, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, para apurar se efetivamente foram computadas em duplicidade as vendas efetuadas através do bico de bomba; se todas as notas fiscais de entradas e saídas de mercadorias foram consideradas no levantamento fiscal, bem como em relação aos estoques inicial e final, se foram corretamente lançados no demonstrativo elaborado pela autuante, fazendo as necessárias correções.

O PAF foi encaminhado pela ASTEC à INFAZ de origem para ser realizada a diligência fiscal por estranho ao feito lotado na Inspetoria Fiscal.

Conforme Parecer às fls. 2821 a 2828, foi realizada a diligência fiscal, tendo sido apresentadas pelo diligente, considerações iniciais quanto ao método utilizado pelos autuantes para a realização do levantamento quantitativo de estoques, ressaltando que foi utilizada planilha padronizada e criada pela SEFAZ; que foram considerados dois tipos de saídas, devido à constatação de que nem todas as saídas de combustíveis foram realizadas por meio dos bicos das bombas. Assim, foram consideradas as saídas realizadas pelos bicos das bombas, de acordo com as quantidades registradas nos encerrantes e as saídas realizadas a granel, não computadas nos encerrantes, mas que resultaram em vendas ou transferências, e nas vendas por atacado, foram consideradas quantidades iguais ou superiores a 1.000 litros.

O diligente informou que o trabalho fiscal por ele realizado consistiu na comparação entre o levantamento fiscal e os relatórios apresentados pelo contribuinte, e como esses relatórios foram insuficientes, efetuou a verificação diretamente nos documentos fiscais. Assim, foram

verificadas todas as entradas e saídas de combustíveis, de forma que nenhum lançamento fosse excluído ou incluído indevidamente. Disse que a empresa, apesar de ser obrigada a realizar venda a varejo, também efetuava venda em grande quantidade, muito superior à capacidade de abastecimento de automóveis e caminhões, e tal constatação foi feita por meio de notas fiscais de venda. A empresa também faz transferências para a sua filial, que atua como Transportador Revendedor Retalhista (TRR), e tal operação não é permitida pela ANP, além de descaracterizar a atividade do contribuinte, ressaltando que em relação ao diesel as saídas em atacado representam 73,47% do total, e as vendas realizadas para estabelecimento do mesmo grupo econômico, 83,46%.

O diligente relatou os problemas constatados na escrituração dos livros fiscais, a exemplo de: a) divergências constatadas entre o LMC e o Registro de Inventário, sendo considerados no levantamento fiscal os dados do Registro de Inventário; b) notas fiscais de transferências emitidas após a saída das mercadorias. Ressaltou que as vendas e transferências não foram registradas nas bombas, nem escrituradas no LMC, tendo em vista que no mencionado livro foram lançadas somente as vendas por meio das bombas.

Prosseguindo, informou: “percebe-se, então, que os auditores não realizaram qualquer lançamento em duplicidade, mas, pelo contrário, computaram as vendas a atacado, o que tornou inequívocas as omissões de entradas da empresa ora fiscalizada”.

Quanto aos estoques iniciais e finais disse que o saldo de óleo diesel em 31/12/99 foi acrescido em 1.678 litros, no demonstrativo da diligência, decorrente da falta de lançamento do saldo constante na página 42 do livro Registro de Inventário 01, não observado pelo autuante, e apesar dessa omissão, os saldos iniciais e finais dos demais anos foram lançados corretamente, sendo confirmado que o erro encontrado foi corrigido na diligência fiscal.

Nas considerações finais o diligente informou que realizou as correções no levantamento fiscal, conforme demonstrativos que acostou aos autos, ressaltando que essas correções não provocaram modificação relevante no resultado da Auditoria. Disse que houve pequena redução do imposto exigido, cujo somatório de todos os exercícios é de R\$6.291.589,51 de ICMS normal e R\$3.585.986,73 para o ICMS por antecipação. Ressaltou que em nenhum momento foi cerceado o direito de defesa, uma vez que a SEFAZ atendeu a solicitação do contribuinte e determinou a realização de diligência por estranho ao feito, trabalho que foi realizado com imparcialidade.

O autuante Ananias José Cardoso Filho, à fl. 3573, tomou conhecimento do Parecer exarado por estranho ao feito, mas não se manifestou.

Intimado a tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, o contribuinte apresentou nova manifestação (fls. 3577 a 3580), contestando a metodologia de apuração, que, conforme informação do diligente, foi efetuada a soma das saídas apuradas por meio das quantidades constantes nos encerrantes das bombas com as quantidades das notas fiscais de saídas. Perguntou se existe manual de contabilidade ou Regulamento de ICMS, ou alguma Lei estabelecendo essa metodologia de apuração de omissão de entradas. Disse que a própria Secretaria da Fazenda em Barreiras já adquiriu combustível no estabelecimento autuado, cuja nota fiscal foi superior a 1.000 litros, e o mesmo procedimento foi adotado em relação a outros órgãos, a exemplo de INSS, CODEVASF e Prefeituras Municipais. Disse que o diligente atesta o equívoco metodológico do autuante, que lançou saídas em duplicidade. Os livros e documentos fiscais foram apresentados, por isso, entende que não há justificativa legal para essa metodologia adotada. Entende que não ocorreu qualquer omissão de entradas, porque o autuante adotou metodologia não prevista, chegando à absurda conclusão corroborada pelo diligente de que as quantidades dos encerrantes somadas com as quantidades das notas fiscais de saídas iguais ou superiores a mil litros

representam a realidade das saídas do autuado. Requer que seja deferida perícia contábil, por entender que a diligência fiscal atesta que ocorreu distinção dos lançamentos realizados pelo autuante.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal efetuada por estranho ao feito.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada na impugnação do autuado, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, período de 01/01/98 a 10/09/2003, sendo constatadas diferenças quantitativas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas.

O autuado alegou em sua defesa que a autuação é fruto de lamentável equívoco do autuante, uma vez que desprezou todos os elementos constantes das escritas contábil e fiscal da empresa, ressaltando que o mais agravante é que sua capacidade total de armazenamento é de 105.000 litros de combustível. Apresentou levantamento efetuado pela empresa apurando diferenças divergentes da fiscalização.

O PAF foi convertido em diligência para estranho ao feito apurar as divergências, e de acordo com o Parecer às fls. 2821 a 2828, foi informado pelo diligente que o trabalho por ele realizado consistiu na comparação entre o levantamento fiscal e os relatórios apresentados pelo contribuinte. Disse que foram analisadas todas as entradas e saídas de combustíveis, de forma que nenhum lançamento foi excluído ou incluído indevidamente. Informou que o sujeito passivo, apesar de ser obrigado a realizar venda a varejo, também efetuava venda em grande quantidade, e tal constatação foi feita por meio de notas fiscais de venda. Além disso, o autuado também faz transferências para a sua filial, que atua como Transportador Revendedor Retalhista (TRR), e em relação ao diesel, 73,47% do total representam saídas em atacado, enquanto as vendas realizadas para estabelecimento do mesmo grupo econômico, a proporcionalidade é de 83,46%.

O diligente disse, ainda, que as vendas e transferências realizadas pelo autuado não foram registradas nos encerrantes, nem escrituradas no LMC, tendo em vista que no mencionado livro foram lançadas somente as vendas por meio das bombas, e quanto aos estoques iniciais e finais disse que o saldo de óleo diesel em 31/12/99 foi acrescido em 1.678 litros, no demonstrativo da diligência, decorrente da falta de lançamento do saldo constante na página 42 do livro Registro de Inventário 01, não observado pelo autuante.

Concluindo, o diligente informou que realizou as correções no levantamento fiscal, conforme demonstrativos que acostou aos autos, ressaltando que essas correções não provocaram modificação relevante no resultado da auditoria de estoques.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais fornecidos pelo autuado, conforme demonstrativos acostados aos autos, além de fotocópias de notas fiscais, dos livros Registro de Inventário e do Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), ressaltando que embora o autuado não tenha acatado o resultado da diligência fiscal, conforme nova manifestação acostada aos autos, não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento realizado pelo diligente, tendo sido apresentadas as mesmas alegações da impugnação inicial.

Quanto ao argumento defensivo de que foram somadas indevidamente as quantidades diárias provenientes do bico da bomba com as notas fiscais de saídas, foi esclarecido pelo diligente que: a) o autuado realizou venda em grande quantidade, constatação feita por meio de notas fiscais de venda; b) a empresa também faz transferências para a sua filial, que atua como Transportador Revendedor Retalhista (TRR), e essas as vendas e transferências realizadas pelo autuado não foram registradas nas bombas, nem escrituradas no LMC, fato não contestado pelo defendente; c) os auditores não realizaram qualquer lançamento em duplicidade, mas, pelo contrário, computaram as vendas por atacado, o que tornou inequívocas as omissões de entradas.

Em relação à informação do autuante, confirmada pelo diligente, de que foram consideradas as notas fiscais constando quantidades superiores a mil litros, entendo que foi adotado um parâmetro aceitável, haja vista que as vendas superiores à mencionada quantidade indicam que foram realizadas por atacado, e neste caso, o combustível não sairia pelo bico da bomba. Ademais, o fato de o autuante não ter computado as notas fiscais referentes às quantidades inferiores a mil litros, não registradas no LMC e nos encerrantes, beneficiou o autuado.

Ressalto que não é acatada a alegação defensiva de que foi exigido em duplicidade o pagamento do ICMS e que o imposto foi pago antecipadamente pelo Regime da Substituição Tributária, haja vista que, sendo apurada omissão de entradas, os valores exigidos estão conforme em vigor, a seguir:

- É devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infrações 1 e 2), conforme arts. 10, I, “a” e 15, I, “a”, da Portaria Nº 445/98 c/c o art. 39, V, do RICMS/97.
- 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 (infrações 3 e 4), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria Nº 445/98.

Assim, acatando o resultado da diligência fiscal realizada por estranho ao feito, concluo que o valor exigido no presente lançamento deve ser alterado para R\$9.877.576,24, conforme demonstrativo de débito elaborado à fl. 2830, e quadro abaixo:

<i>INFRAÇÃO Nº</i>	<i>IMPOSTO</i>	<i>OBS.</i>
01 e 02	6.291.589,51	Resp. Solidária Antecipação
03 e 04	3.585.986,73	
-	9.877.576,24	-

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 298951.1001/03-7, lavrado contra **CENTRO AUTOMOTIVO PNEUS DOURADO COM. E SERVIÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.877.576,24**, sendo R\$5.676.256,68, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$3.448.119,49 e 60% sobre R\$2.228.137,19, previstas no art. 42, inciso III e II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$4.201.319,56, acrescido das multas de 70% sobre

R\$2.843.470,02 e 60% sobre R\$1.357.849,54, previstas no art. 42, inciso III e II, alínea “d, da citada Lei e dos acréscimos legais.

Recorre-se 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, 23 de fevereiro de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR