

A. I. Nº - 206855.0036/03-2
AUTUADO - POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 20.04.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0101-02/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES COMBUSTÍVEIS. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada a regularidade parcial das entradas de mercadorias. Reduzido o débito. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Débito reduzido, haja vista a prova da regularidade parcial das entradas de mercadorias. **c)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infração mantida com relação ao último período fiscalizado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/12/2003, exige ICMS no valor de R\$ 105.271,18, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de 01 UPF, nos exercícios de 1998 e de 1999.
2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 69.879,72 e multa de 70%.
3. 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, deduz. Parcada do tributo calculado a partir de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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. ICMS de R\$ 14.098,35 e multa de 60%.
4. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Multa de R\$ 50,00.
5. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente,

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 aberto. ICMS de R\$ 12.796,25 e multa de 70%.

6. Falta de recolhimento do ICMS por Antecipação Tributária, 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 desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributário, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. ICMS de R\$ 8.367,44.

O autuado ingressa com defesa, às fls. 269 a 278, na qual tece os seguintes argumentos:

Assevera, prefacialmente, “que os produtos comercializados pela autuada foram adquiridos junto a fornecedores regulares, conforme cópia da escrituração contábil e do Livro de Movimentação de Combustíveis-LMC em anexos (sic)” e que “o agente fiscalizador levantou números mirabolantes, desconhecendo que a substituição tributária imposta por lei e que fora cumprida. Além disso, pode-se resumir a questão, no fato do Fisco omitir a existência de notas fiscais contabilizadas - de entradas e de saídas - e, de forma pouco recomendável (sic), deixar a entender que existiriam notas cujas emitentes estariam irregulares e/ou cancelada (é o que sugere ao indicar que as mercadorias estariam desacompanhadas de documentação fiscal), porém não as menciona, além de contabilizar quantidades menores das que constam das notas fiscais”. Aduz, ainda, que a questão não deve ser tratada da maneira como agiu o autuante, porque diz respeito a combustível, cuja obrigatoriedade da substituição tributária existe e quando o valor do produto é pago pelo comerciante, já encontra-se embutido o valor do ICMS, sendo, segundo ele, de responsabilidade da distribuidora o recolhimento do imposto.

Diz que Agente Fiscalizador não tomou os números corretos do LMC, não observou corretamente os encerrantes, além de ter omitido a existência de notas fiscais, apesar de apresentadas, lançando, assim, quantidades de combustíveis de maneira, consoante ele, equivocada, “tudo recaindo no malfadado auto de infração ora impugnado”, conclui.

Quanto às supostas omissões, argüi que “não tem sentido o demonstrativo e deve-se a erro no levantamento”. Aponta erro no demonstrativo de leitura de encerrantes de gasolina comum no ano de 1999, ocasionando distorção em mais de 214.000 litros. Também que o autuante não levou, de forma correta, em conta as questões das aferições e menos da evaporação. Em relação às omissões, afirma, por derradeiro, que elas não existiram, imputando o equívoco ao levantamento do autuante, informando que o imposto fora recolhido, tendo sido pago por antecipação, conforme documentação em anexo.

Ressalta, ainda, que a lavratura do auto de infração em exame “macula princípios constitucionais e infraconstitucionais”.

Com base nos fatos explanados, requer que seja o auto de infração improcedente, bem como, preventivamente, acaso não seja assim considerado, que se descaracterize a multa aplicada.

Requer, por derradeiro, a nulidade dos demonstrativos feitos pelo autuante pelo fato de, segundo ele, “macularem a legislação que rege a matéria”.

O autuante presta informação fiscal às fls. 330 a 336, onde mantém a autuação.

Em pauta suplementar, a 3^a JJF deliberou que o presente processo fosse encaminhado à ASTEC, para a verificação dos argumentos constantes na manifestação do Autuado de fls. 344/351.

Em atendimento ao solicitado, a ASTEC elaborou Parecer de nº 236/2004, de fls. 418 a 421, e concluiu: “Foram efetuados os ajustes das entradas, conforme documentos e livros apresentados pelo autuado, anteriormente já mencionados, tendo em vista as comprovações de suas alegações. Quanto à segunda solicitação, não foi possível acolher, tendo em vista a apresentação de elementos materiais que nos certificasse que a diferença entre o autuante e o autuado em relação às saídas de Gasolina Comum no exercício de 1999, decorrem, efetivamente, de erros de lançamento no LMC, resultante da remuneração das Bombas. Entretanto, foram apresentados, opcionalmente, os levantamentos e demonstrativos de débitos contemplando as saídas pleiteadas pelo autuado, conforme constam às fls. 491 e 492 dos autos. Destacamos a exclusão das perdas computadas pelo autuante resultante da evaporação (0,6%), já que são limites de perdas aceitas pelo DNC sem maiores comprovações e tendo em vista que o autuado alega não tê-las ocorrida (sic), além de não haver os respectivos lançamentos nos livros. Por fim, apresentamos às fls. 424, 463 e 478 dos atos (sic), as planilhas de cálculos após as correções nas quantidades de entradas, assim como os demonstrativos de débito resultantes, constantes à fl. 423”.

Retificou o débito conforme os demonstrativos abaixo:

INFRAÇÃO 01

DATA OCOR	DATA VCTO	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA FIXA	VL HISTÓRICO	VL EM REAL
31/12/1998	9/1/1999					39,71
31/12/1999	9/1/2000					39,71
TOTAL DÉB						79,42

INFRAÇÃO 02

DATA OCOR	DATA VCTO	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA	VL HISTÓRICO	VL EM REAL
31/12/1999	9/1/2000	201.391,99		70	50.348,00	50.348,00
TOTAL DÉB						50.348,00

INFRAÇÃO 03

DATA OCOR	DATA VCTO	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA	VL HISTÓRICO	VL EM REAL
31/12/1999	9/1/2000	40.278,40	25%	60	10.069,60	10.069,60
TOTAL DÉB						10.069,60

INFRAÇÃO 04

DATA OCOR	DATA VCTO	B. CÁLCULO	ALIQ %	MULTA FIXA	VL HISTÓRICO	VL EM REAL
19/9/2003	9/10/2003			50	67,18	67,18
TOTAL DÉB						67,18

O autuado, cientificado do resultado da diligência se manifesta às fls. 531 a 533, apresentando a sua explanação em tópicos, como segue:

a) Comprovação das trocas das bombas.

O autuado alega que “as notas fiscais das novas bombas bem como a ordem de execução de serviço de troca das mesmas (páginas 509 e 512, respectivamente, deste processo). Portanto, o primeiro fato está irrefutavelmente comprovado, que foi a troca efetiva das bombas. Esta informação tinha sido por nós prestada na página 144 do LMC (página do produto gasolina comum)”. Assevera ainda que “em relação ao primeiro, informamos que não tem sentido existir um relatório ou atestado de intervenção já que o erro de re-numeração dos bicos foi erro humano,

corrigido após a verificação do mesmo com nova numeração correta dos bicos no dia 01/11; só haveria relatório se fosse uma queima de CPU (comando eletrônico da bomba que registra os encerrantes) da bomba que originasse um novo registro. Em relação ao registro no LMC, assentimos o erro de não informação do ocorrido, mas lembramos que tudo ali registrado é informação do operador que, se não a prestou no momento da ocorrência do fato, o está fazendo agora”. E, por derradeiro, que “entendemos que o mérito principal não está no momento em que se dá a informação, mas na veracidade que ela contém. Portanto, não faz sentido não considerar a informação prestada alegando não estar escrita no LMC; o que faz sentido é verificar a coerência da informação seja ela escriturada ou não no LMC”.

b) Impossibilidade Técnica do volume supostamente comercializado.

Neste turno, o autuado procura fundamentar a veracidade das suas informações, aduzindo que: “em primeiro lugar, como seria possível em um único bico que tem uma capacidade de vazão limitada e que recebe produto de um tanque com capacidade de 15.000 litros vender, entre o fechamento do dia 28/10 e abertura do dia 29/10, a quantidade de 218.831 litros? Lembramos que este registro, como aparece no LMC, não aconteceria em 1 dia, mas instantaneamente (sic), pois o bico 6 encerra com um registro e abre com outro superior em litros na diferença supracitada. O tanque que abastece o bico 6 é o mesmo que abastece o bico 5 que apresentou vendas conforme registrado no LMC. Mesmo se o tanque só abastecesse o bico 6, significaria que o mesmo teria que ser reabastecido quase quinze vezes em uma fração de segundo”. E conclui expondo a seguinte questão: “como seria possível tal operação, sabendo que o transporte é feito em caminhões-tanque com capacidade média de 20.000 litros e que cada viagem da base até o posto com a devida descarga dura em média 2 horas?”.

c) Desvio sobre a média de litros mensalmente comercializados.

Nesse tópico, o autuado levanta a questão da média histórica mensal de venda de gasolina comum, alegando que: “caso o auditor João Emanoel tivesse procedido à leitura de encerrante mês a mês e não anual como foi feito, encontraria uma discrepância no mês de outubro que apresentaria uma venda superior a 510.000 litros. Isto teria chamado sua atenção para averiguar o acontecido, pois teria-se um incremento de venda superior a média em 67%. Em novembro e dezembro esta média volta ao normal. E finaliza com a seguinte questão: “como explicar este aumento de venda tão expressivo e pontual?”.

d) Mesmo problema de re-numeração dos bicos 5 e 6 e procedimento distinto da parte autuante.

Nesta última parte de sua explanação, o autuado afirma ter existido o mesmo problema com o bico 5, o qual, segundo ele, foi ignorado pelo autuante: “aconteceu com o bico 5 o mesmo erro de re-numeração ocorrido com o bico 6. O encerrante do bico 5, no dia 28/10, fecha com 376.435 e no dia 29 abre com 1.328.877. Isto significaria uma ‘venda’ de 952.442 litros instantaneamente. Neste caso, porém, o auditor João Emanoel não computou esta ‘venda’, pois apurou as saídas até o dia 28/10 com o encerrante antes da mudança e a partir do dia 29/10 assumiu o novo encerrante sem computar a diferença entre um e outro, que seria de 952.442 litros. Por derradeiro, assevera que “para a mesma situação foram adotados critérios diferentes. Inclusive a tabela elaborada pelo auditor Ângelo Pitombo faz alusão a esta diferença na página 493 deste processo”.

Com arrimo nas alegações supra mencionadas, o autuado solicita a este Conselho “que acate o Demonstrativo de Débito Retificados com a Revisão – A (página 491 deste processo) elaborado pelo auditor Ângelo Pitombo”, que, segundo ele, “expressa a verdade dos fatos”.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, bem como o ICMS devido pelo autuado na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (combustíveis).

As infrações foram detectadas através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, sendo que as infrações 02 e 03 são relativas a exercícios fechados (1998 e 1999), e as infrações 05 e 06, referem-se, a exercício aberto (parte de 2003).

As infrações 03 e 06 dizem respeito ao imposto devido por antecipação, calculado sobre o valor acrescido, com relação às mesmas mercadorias, por estarem estas sujeitas ao regime de substituição tributária.

Também está sendo exigida, na infração 01, multa de 1 UPF/BA, nos exercícios de 1998 e de 1999, em decorrência de omissão de saídas isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Entendo que estas penalidades não devem subsistir, pois na infração 04, está sendo exigida multa com base no mesmo fundamento, relativo ao exercício de 2003. Assim, conforme o art. 42, XXII, deve ser mantida a multa aplicada na infração 04, “R\$ 50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.”

Quanto às infrações, 02 e 03 coaduno com o resultado da diligência, devendo ser exigido o ICMS no valor de R\$ 50.348,00 e de R\$ 10.069,60, respectivamente.

No que concerne às infrações 05 e 06, devem ser mantido os valores originariamente apontados, o que perfaz o ICMS de R\$ 12.796,25 e de R\$ 8.367,44, respectivamente.

O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS	Multa
02	31/12/1999	09/01/2000	50.348,00	70
03	31/12/1999	09/01/2000	10.069,00	60
04	19/09/2003	09/10/2003		50,00
05	19/12/2003	09/01/2004	12.796,25	70
06	19/12/2003	09/01/2004	8.367,44	60

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 206855.0036/03-2, lavrado contra **POSTO DE SERVIÇO GRANDE AVENIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 81.580,69**, sendo R\$ 60.417,00, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 10.069,00 e de 70% sobre R\$ 50.348,00, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$ 21.163,69, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 8.367,44 e de 70% sobre R\$ 12.796,25, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR