

A. I. N° - 233080.0300/03-5
AUTUADO - VANDERLINO BARRETO & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ/JACOBINA
INTERNET - 08/04/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-01/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A falta de emissão de notas fiscais de mercadoria cujo imposto foi pago por antecipação, de acordo com a Portaria 445/98, art. 5º, III, deve ser punida com a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto a multa deve ser aplicada por autuação, independentemente da quantidade de exercício em que tenha ocorrido o descumprimento. Infração parcialmente caracterizada. **b)** 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 terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2003, exige ICMS no valor de R\$311.237,26, além de multa no valor de R\$ 219,42, em razão das seguintes irregularidades:

1. Multa no valor de R\$ 169,42, decorrente de operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechados de 1998, 1999, 2001 e 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$175.324,59, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo aos anos de 2000, 2001 e 2002.

3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$52.576,65, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativo ao ano de 2000, 2001 e 2002.
4. Multa no valor de R\$ 50,00, decorrente de operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado de 2003.
5. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$74.491,96, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2003.
6. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$8.844,06, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, 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, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, relativo ao ano de 2003.

O autuado, às fls. 57/61, impugnou o lançamento tributário alegando que constatou alguns equívocos no levantamento fiscal realizado, os quais passou a indicar:

1. Ano 2001
 - Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 415.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais nºs 000152, 000201 e 000252, recebidas em janeiro, março e julho de 2001, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 415.000 litros a omissão de saídas passa a ser omissão de entradas de 7.279 litros.
 - Gasolina - Não foram consideradas as aquisições de 20.000 litros de gasolina mediante Notas Fiscais nºs 000152, 000201 e 000252, recebidas em janeiro, março e julho de 2001, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 20.000 litros a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 9.444 litros.
2. Ano 2002
 - Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 220.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais nºs 000503 e 000751, recebidas em outubro e dezembro de 2002, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 220.000 litros a omissão de saídas passa a ser omissão de entradas de 4.144 litros.
3. Ano 2003
 - Óleo diesel – Não foram consideradas as aquisições de 215.000 litros de óleo diesel mediante Notas Fiscais nºs 000752, 000753, 000754 e 000756, recebidas em abril, julho, setembro e outubro de 2003, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao

processo. Após considerar as aquisições de 215.000 litros a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 5.390 litros.

- Gasolina - Não foram consideradas as aquisições de 10.000 litros de gasolina mediante Nota Fiscal nº 000753, recebidas julho de 2003, conforme fotocópias das notas fiscais, apensadas ao processo. Após considerar as aquisições de 10.000 litros a omissão de entradas passa a ser omissão de saídas de 6.143 litros.

Argumenta que na determinação da Base de Cálculo para fins de apuração do ICMS devido, o autuante cometeu equívoco ao considerar em todos os anos e em todos os combustíveis, o preço que estava sendo praticado no dia da medição dos tanques, 22/10/2003, quando o correto é ter considerado para o Óleo Diesel: 1998 a 2000 o preço máximo de venda ao consumidor, nos anos de 2001 a 2003 o preço médio de aquisição. Para o álcool e gasolina, o preço médio de aquisição em cada ano.

Ao finalizar, requer revisão fiscal por auditor estranho ao feito e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração.

O autuante, às folhas 103/105, ao prestar a informação fiscal, aduz que as cópias das notas fiscais acostadas pela defesa foram emitidas como operação de venda para destinatários outros, que não o autuado, como por exemplo: COELBA, PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRITIBA e DUTOBRAS CONSTRUÇÕES LTDA. Diz que o “contribuinte anexou ainda, cartas de correção, supostamente modificado aqueles destinatários e as respectivas operações.”

Salienta que, ao ser intimado, o contribuinte apresentou duas ocorrências policiais emitidas pela Delegacia de Polícia de Piritiba de nº 004/2004 e 005/2004, onde o mesmo compareceu no dia 26 de janeiro de 2004, alegando ter perdido, todos os livros e documentos solicitados na auditoria, daquele mesmo dia.

Argumenta que além disto todas estas operações alegadas pelo contribuinte como transferências de mercadorias do estabelecimento de Inscrição Estadual nº 12.090.585 para o estabelecimento de inscrição estadual nº 12.054.323 ambos pertencentes a mesma empresa, foram informados pelo mesmo à SEFAZ/Ba., por meio da DMA, como operação de venda, não constando nenhuma operação de transferência. Ademais, o contribuinte comete o absurdo de alegar ter recebido em determinados dias, transferências na ordem de 130.000, 235.000, 205.000 e 85.000 litros de combustíveis, quando nem o estabelecimento autuado nem o suposto remetente possuem condições de armazenarem tais quantidades dos produtos.

Ao finalizar, opina pelo envio dos documentos acostados pela defesa ao órgão de investigação e pela manutenção da autuação.

A INFAZ- Jacobina, através da intimação de fl. 114, entregou cópia da informação fiscal, estabelecendo o prazo de lei para se manifestar.

Em nova intervenção, às fl. 116/120, o autuado além de reiterar os argumentos defensivos, contestou a informação fiscal, alegando que o autuante não abordou o item 2.2 da defesa, onde o contribuinte contesta a base de cálculo. Diz que existe contradição na informação fiscal, pois a ocorrência Policial tem como data 26 de janeiro de 2004, em quanto a intimação do autuante para apresentação dos livros e documentos fiscais, ocorreu no dia 26 de março de 2004 (dois meses depois) e não no mesmo dia em que ocorreu o registro da Ocorrência Policial.

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

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência à ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 127.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0295/2004 às fls. 130/131 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, assim concluiu:

“Efetuados os cálculos do preço médio unitário, foram elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 132/135.

O valor original do débito cobrado pelo autuante, que era de R\$ 311.237,26 após a diligência efetuada alterou para R\$227.067,86 conforme demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Data Ocorr.	Data Vento.	ICMS
2	31.12.2000	09.01.2001	10.926,82
2	31.12.2001	09.01.2002	61.285,40
2	31.12.2002	09.01.2003	46.639,88
3	31.12.2000	09.01.2001	2.459,74
3	31.12.2001	09.01.2002	15.523,21
3	31.12.2002	09.01.2003	19.383,54
5	22.10.2003	09.11.2003	63.163,13
6	22.10.2003	09.11.2003	7.686,14
Total			227.067,86

Em nova manifestação, às folhas 144/146, o autuado ressaltou que a diligência limitou-se somente a se pronunciar sobre os preços médios. Entretanto, em relação ao ano de 2000, referente ao Óleo Diesel, o diligente utilizou os preços de aquisição agregando a MVA, sem observar, que no referido ano, prevalecia o valor máximo do preço a consumidor, determinado pela ANP, (R\$0,823), não havendo nenhuma agregação de margem de lucro.

Reiterou o argumento em relação as notas fiscais de entrada não consideradas pelo autuante.

Ao finalizar, requereu a realização de diligência e que a autuação seja julgada parcialmente procedente.

VOTO

Da análise das peças que compõem o presente PAF, constato que o autuante utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque apurou omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (Infrações 01 e 04); 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 (Infrações 02 e 05), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 03 e 06).

Em sua primeira peça defensiva o autuado argumentou que o autuante não levou em consideração diversas aquisições de combustíveis realizadas, tendo acostado aos autos fotocópias das notas fiscais na tentativa de comprovar sua alegação. Entretanto, conforme destacou o autuante, quando da informação fiscal, em tais notas fiscais o destinatário das mercadorias não é o autuado, são outras empresas, tais como: Nota Fiscal Nº 000201, como 130.000 litros de Óleo Diesel Dutobras Construções Ltda.; Nota Fiscal Nº 000503, como 205.000 litros de Óleo Diesel Prefeitura Municipal de Piritiba. Em relação a essas notas fiscais, além das supostas quantidades transferidas, entre os estabelecimentos matriz e filial, serem bastante superiores a capacidade de transporte de qualquer veículo existente no País, cartas de correções apresentadas pela defesa, não são capazes de elidir a autuação, uma vez que a legislação do ICMS, mais especificamente o § 6º, do artigo 201, do RICMS/97, estabelece que:

“Art. 201...

§ 6º As chamadas "cartas de correção" apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto ou quando não implicarem mudança completa do nome do remetente ou do estabelecimento destinatário.”

Em relação às Notas Fiscais Nºs.: 000152, como 50.000 litros de Óleo Diesel; 000525, como 235.000 litros de Óleo Diesel; 000752, como 85.000 litros de Óleo Diesel; 000753, como 70.000 litros de Óleo Diesel e 000754, como 45.000 litros de Óleo Diesel, as mesmas não podem ser acolhidas, uma vez que as supostas quantidades transferidas, entre os estabelecimentos matriz e filial, são bastante superiores a capacidade de transporte de qualquer veículo existente no País. Assim como, o autuado não comprova ter capacidade de armazenagem de 235.000 litros de Óleo diesel.

Quanto as Notas Fiscais Nºs.: 000751 e 000756, assim como as demais, foram acostada pelo autuado em sua peça defensiva datada de 03/02/2004, em cópia xerográfica, entretanto, conforme declaração do próprio autuado, nas Ocorrências Policiais Nºs 004/2004 e 005/2004, datadas de 26/01/2004, documentos também acostado pelo autuado, o mesmo teria perdido os livros de Movimentação de Combustíveis, livros de Inventários, livros Diários, livros Razão, livros de Entradas, livros de Saídas e Apuração de ICMS, notas fiscais de entrada, notas fiscais de saídas, movimentos bancários e relatórios de cupons fiscais, todos dos exercícios de 1996 a 2003, dos dois estabelecimentos. Tal fato impossibilita que seja realizada qualquer diligência para comprovar a veracidade dos argumentos apresentados pela defesa, pois as cópias das notas fiscais apresentadas pela defesa não podem ser aceita como verdadeira, sobre hipótese alguma, uma vez que consta das Ocorrências Policiais, ressalto mais uma vez, acostadas pela defesa, que no dia 26/01/2004, todos os livros e documentos acima relacionados foram perdidos, inclusive as notas fiscais de entradas (estabelecimento matriz - autuado) e as notas fiscais de saídas (estabelecimento filial, emitente das mesmas), assim, não seria possível que o autuado levem as referidas notas fiscais para serem autenticadas no dia 03/02/04, data posterior as Ocorrências Policiais de perdas dos referidos documentos.

Em relação ao argumento defensivo de que o autuante cometeu erros da apuração da base de cálculo do ICMS, salienta que o PAF foi baixado em diligência que fossem sanadas as incorreções relativas ao preço utilizada pelo autuante quando da apuração da base de cálculo.

Concluída a diligência, após serem refeitos os cálculos, os valores das infrações 02, 03, 05 e 06, foram reduzidos de R\$ 311.237,26 para R\$227.067,86, conforme demonstrativo de débito a seguir:

Infração	Data Ocorr.	Data Vencto.	ICMS
2	31.12.2000	09.01.2001	10.926,82

2	31.12.2001	09.01.2002	61.285,40
2	31.12.2002	09.01.2003	46.639,88
3	31.12.2000	09.01.2001	2,459,74
3	31.12.2001	09.01.2002	15.523,21
3	31.12.2002	09.01.2003	19.383,54
5	22.10.2003	09.11.2003	63.163,13
6	22.10.2003	09.11.2003	7.686,14
Total			227.067,86

Entretanto, ao ser notificado da informação fiscal e de ter recebido os novos demonstrativos, o autuado, na 2ª peça defensiva, alegou que em relação ao ano de 2000, referente ao Óleo Diesel, o diligente utilizou os preços de aquisição agregando a MVA, sem observar, que no referido ano, prevalecia o valor máximo do preço a consumidor, determinado pela ANP, (R\$0,823), não havendo nenhuma agregação de margem de lucro. O argumento deve ser acolhido, pois encontra-se amparado na Portaria Inter-Ministerial nº 417/00, sendo reduzido, na infração 03, com data de ocorrência de 31/12/2000, vencimento em 09.01.2001, o valor para R\$ 1.958,55.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque no exercício de 2000 (infrações 02, 03 05 e 06) 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:

- 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);
- 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”).

Assim, entendo que as infrações 02, 03, 05 e 06, restaram parcialmente caracterizadas, nos valores abaixo indicados:

Infração	Data Ocorr.	Data Vencto.	ICMS
2	31.12.2000	09.01.2001	10.926,82
2	31.12.2001	09.01.2002	61.285,40
2	31.12.2002	09.01.2003	46.639,88
Total Infração2			118.852,10
3	31.12.2000	09.01.2001	1.958,55
3	31.12.2001	09.01.2002	15.523,21
3	31.12.2002	09.01.2003	19.383,54
Total Infração3			36.865,30
5	22.10.2003	09.11.2003	63.163,13
6	22.10.2003	09.11.2003	7.686,14
Total			226.566,67

Quanto as Infrações 01 e 04, a Portaria 445/98 determina, em seu art. 5º, III, que seja aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Porém, o CONSEF firmou o entendimento de que a multa deve ser aplicada por autuação,

independente da quantidade de exercício. Assim, a infração 01 restou parcialmente caracteriza em R\$ 50,00, não subsistindo a infração 04.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento do auditor autuante, estando caracterizada a infração 1, no valor de R\$ 50,00 e parcialmente comprovada às infrações 2, 3, 5 e 6, nos valores respectivos de R\$ 118.852,10, R\$ 36.865,30, R\$63.163,13 e R\$7.686,14.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARE** o Auto de Infração nº 233080.0300/03-5, lavrado contra **VANDERLINO BARRETO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$226.566,67**, acrescido das multas de 70% sobre R\$182.015,23 e de 60% sobre R\$44.551,44, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2005.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA– PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR