

A. I. N º - 298920.0016/04-0
AUTUADO - A M ALMEIDA CARVALHO
AUTUANTE - HAROLDO ANSELMO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
ITERNET - 08.11.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0395-01/05

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Comprovado o pagamento de parte do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/09/2004, exige ICMS no valor de R\$228.058,71 e atribui ao autuado as seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “gasolina comum”, nos exercícios de 1999 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 83.929,28;
02. Falta de recolhimento de 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, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “gasolina comum”, nos exercícios de 1999 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 61.509,72;
03. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “diesel comum”, nos exercícios de 1999 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 53.126,84;

04. Falta de recolhimento de 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, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “diesel comum”, nos exercícios de 1999 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 21.709,13;
05. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “álcool comum”, nos exercícios de 1999, 2000 e 2002 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 6.020,23;
06. Falta de recolhimento de 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, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao produto “álcool comum”, nos exercícios de 1999, 2000 e 2002 a 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 1.763,51.

O autuado, através de seu patrono, apresentou defesa tempestiva (fls. 78 a 99), onde alegou que a autuação resultou de equívoco no roteiro de auditoria empregado, porque todas as suas operações foram realizadas com nota fiscal e se originaram de distribuidoras de combustíveis regularmente inscritas, o que o leva a concluir que não houve qualquer omissão de recolhimento do imposto, máxime porque o ICMS devido por substituição tributária e pela operação normal do remetente foi recolhido antecipadamente pelo substituto tributário. Argumentou que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado com base nos estoques de combustíveis e no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, quando a escrita dos postos de combustíveis “pouco ou nada refletem a realidade”, em face do imposto ser recolhido antecipadamente.

Disse que se a ação fiscal não tivesse se pautado nas informações constantes do LMC, mas em informações dos próprios distribuidores de combustíveis, o autuante constataria que todas as suas compras foram acompanhadas da respectiva documentação fiscal. Informou que estava anexando cópias das notas fiscais de saída dos distribuidores que lhe foram destinadas (fls. 103 a 169), e requereu dilação do prazo para apresentação dos outros documentos fiscais, hábeis a comprovar a regularidade de suas operações, em razão do curto espaço de tempo para a coleta das notas fiscais junto aos distribuidores, porque muitos deles se encontram sob ação fiscal e seus documentos se encontram de posse da SEFAZ/BA, não podendo atender ao seu pleito.

Argumentou que o autuante deixou de considerar diversos documentos apresentados, a exemplo das notas fiscais de compra de combustíveis, que elidem a presunção de omissão de entradas, não existindo nos autos nenhuma documentação que indique ou prove que a ação fiscal foi realizada de modo amplo, com circularização junto aos remetentes, mas limitando-se a confrontar as compras com os registros da bomba de combustível. Transcreveu ementas de acórdãos do TJ-RJ, do TFR-MG e de Junta de Julgamento Fiscal, de Câmara de Julgamento Fiscal

e da Câmara Superior deste CONSEF, aduzindo que o autuante lavrou um Auto de Infração totalmente destituído de elementos comprobatórios, deixando de proceder a uma adequada averiguação dos fatos e contrariando os princípios da segurança jurídica e da moralidade.

Afirmou que o imposto exigido já foi pago antecipadamente, configurando a cobrança em duplicidade, o que acarreta o enriquecimento ilícito e o caráter confiscatório, ficando patente que a exigência fiscal é totalmente desmotivada, transcrevendo ementa de acórdão de Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, o art. 150, IV da CF/88 e doutrina de Hugo de Brito Machado.

Acrescentou que o autuante não atentou para critérios técnicos e legais que impelem à apreciação das alterações decorrentes da aferição que diariamente acrescem 20 litros no encerrante, o que faria perceber que pelo menos 7.300 litros registrados no encerrante retornaram para a bomba e por isso não são passíveis de comprovação da origem, solicitando que seja abatido o referido montante de cada combustível em cada exercício. Destacou que os erros por parte dos prepostos fiscais são bastante comuns neste tipo de auditoria, sendo muitas vezes revistos pelo próprio órgão administrativo, transcrevendo ementas de acórdãos de Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração e salientou que o autuante deixou de considerar as seguintes entradas de combustíveis:

- Exercício de 2000: 132.500 litros de gasolina, 211.450 litros de diesel e 7.600 litros de álcool;
- Exercício de 2001: 5.000 litros de gasolina e 25.000 litros de diesel;
- Exercício de 2002: 27.500 litros de gasolina, 40.000 litros de diesel e 2.500 litros de álcool;
- Exercício de 2003: 10.000 litros de gasolina, 5.000 litros de diesel e 2.500 litros de álcool;
- Exercício de 2004: 10.000 litros de gasolina.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 173), afirmou que o autuado apresentou 68 notas fiscais em sua defesa, as quais foram analisadas, verificando que algumas constavam da relação inicial do seu levantamento, tendo sido apresentadas quando da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, e as demais foram incluídas na revisão que elaborou, culminando com os demonstrativos que anexou (fls. 174 a 190). Opinou pela manutenção da autuação.

Intimado a se manifestar sobre a informação fiscal (fl. 191), o autuado não se pronunciou a respeito.

À fls. 196 consta diligência à ASTEC, em que a 1^a JJF solicita que seja elaborado demonstrativo dos custos médios das aquisições, que sejam incluídos no total das entradas de álcool as Notas Fiscais nº 15.0901, 40.121, e [44.893] 44.983 e elaborar novo demonstrativo de cada combustível em cada exercício, considerando as alterações ocorridas. Em seguida, fosse dada ciência ao autuado e ao autuante.

Às fls. 198/199 consta Parecer da ASTEC nº 0123/2005, tendo o revisor fiscal, no cumprimento da diligência, reduzido o débito de R\$111.833,36 para R\$109.699,71.

Cientificados o autuado e autuante, não havendo nos autos nenhuma manifestação.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de não ter recolhido imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação

fiscal, ambas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade da autuação, aduzindo que o autuante exigiu imposto em duplicitade, sob fundamento de que já teria sido pago na aquisição das mercadorias pelo substituto tributário, e deixando de proceder a uma adequada averiguação dos fatos, entendendo que deveria ter sido feita uma circularização junto aos fornecedores.

Rejeito tal alegação por entender que nenhum aspecto formal foi descumprido, tendo sido especialmente atendidas as disposições do RPAF/99, já que foram consideradas todas as notas fiscais apresentadas nos respectivos demonstrativos. Quanto à utilização da circularização, entendo que o mesmo que se aplica ao procedimento em tela, já que a autuação diz respeito a mercadoria desacompanhada de documentação fiscal.

No mérito, constato que o autuado apresentou diversas notas fiscais que não constavam do levantamento do autuante, o qual revisou o seu trabalho em sua informação fiscal, culminando com a elaboração de novos demonstrativos, que foram fornecidos ao autuado posteriormente, concedendo prazo para impugnação, mas este não se manifestou sobre os demonstrativos revisados.

O autuado alegou que apresentaria outras notas fiscais de entrada de combustíveis até a data do julgamento, mas até o presente momento não as apresentou. Deste modo, não posso atender ao seu pleito referente à dilação de prazo para a coleta das notas fiscais junto aos distribuidores, sob a justificativa de que muitos deles se encontram sob ação fiscal e seus documentos se encontram de posse da SEFAZ/BA.

Entendo que tal justificativa não é plausível, pois é obrigação de qualquer estabelecimento comercial conservar os documentos fiscais que acobertaram as suas entradas e saídas de mercadorias, além de escriturá-los no seu livro Registro de Entrada e no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC, prova que não foi trazida pelo autuado. Ressalto que, em meu entendimento, o argumento de que a escrita dos postos de combustíveis “pouco ou nada refletem a realidade” só depõe contra o autuado, pois é a confissão do descumprimento de obrigação acessória prevista na legislação tributária.

O autuado alegou também que o autuante não considerou em seu levantamento as aferições que realiza diariamente no montante de 20 litros, devendo ser abatidos 7.300 litros de cada combustível em cada exercício. O autuado deveria também ter trazido a prova de que efetua as aferições diariamente, mediante a anexação das folhas do LMC em que as mesmas foram registradas. As aferições consignadas no LMC foram consideradas pelo autuante.

Verifiquei ainda que o autuante não anexou a planilha revisada com a relação das notas fiscais de entrada de gasolina do exercício de 2000, após ter incluído as quantidades constantes das notas fiscais que foram apresentadas na impugnação e que não constavam da relação originalmente acostada ao processo. No entanto as levou em consideração na sua revisão, tendo reduzido a omissão de entrada em 67.500 litros de gasolina nesse exercício.

Considerando que o autuante, de forma diversa daquela prevista no art. 60, inciso II “b”, 1º do RICMS/97, utilizou os custos médios de cada combustível durante todo o exercício, para definição dos valores unitários das mercadorias e que não adicionou ao total das entradas as quantidades de álcool relativas às Notas Fiscais 15.090, 40.121 e 44.983, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em Pauta Suplementar, converteu o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF, para sanar as falhas existentes, o que foi atendido por auditor fiscal estranho ao feito, o qual concluiu que o total do débito deveria ser reduzido para o valor de R\$ 109.699,71.

A revisão realizada pelo diligente está embasada nos demonstrativos e levantamento acostados ao parecer, os quais foram entregues ao autuado e ao autuante, não havendo manifestação do autuado.

Analizando o parecer da ASTEC, discordo parcialmente, em sua totalidade, por ter observado que o mesmo contém as seguintes falhas: 1) ocorreram trocas entre os valores dos débitos referentes a algumas das ocorrências das infrações 03 e 04, porém que não influenciaram nos totais apurados em cada uma dessas infrações; 2) já em relação à dedução da omissão de entradas correspondente à Nota Fiscal 15.090, foi efetuado o cálculo considerando que esse documento se referia a 2.500 litros de álcool hidratado, entretanto a quantidade correta é de 2.600 litros do produto.

Diante do exposto, entendo que as infrações são parcialmente subsistentes. Abaixo apresento um quadro resumo com os demonstrativos revisados pelo auditor fiscal da ASTEC, acrescido das alterações baseadas nas minhas constatações:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS Original Auto de Infração	ICMS Devido	% Multa	
01	11/8/1999	9/9/1999	439,04	439,04	70%	Procedente
01	31/12/1999	9/1/2000	9.848,82	9.849,27	70%	Procedente
01	31/12/2000	9/1/2001	24.018,16	1.401,31	70%	Parcialmente Procedente
01	31/12/2001	9/1/2002	1.987,36	76,81	70%	Parcialmente Procedente
01	31/12/2002	9/1/2003	14.339,44	3.294,21	70%	Parcialmente Procedente
01	31/12/2003	9/1/2004	16.829,40	10.377,04	70%	Parcialmente Procedente
01	10/8/2004	9/9/2004	16.467,06	10.877,87	70%	Parcialmente Procedente
Valor Total da Infração 01			83.929,28	36.315,55	70%	Parcialmente Procedente
02	11/8/1999	9/9/1999	515,56	514,99	60%	Parcialmente Procedente
02	31/12/1999	9/1/2000	11.565,47	11.565,99	60%	Procedente
02	31/12/2000	9/1/2001	15.172,27	885,21	60%	Parcialmente Procedente
02	31/12/2001	9/1/2002	1.379,63	53,32	60%	Parcialmente Procedente
02	31/12/2002	9/1/2003	11.157,52	2.563,23	60%	Parcialmente Procedente
02	31/12/2003	9/1/2004	10.977,81	7.310,46	60%	Parcialmente Procedente
02	10/8/2004	9/9/2004	10.741,46	7.663,28	60%	Parcialmente Procedente
Valor Total da Infração 02			61.509,72	30.556,48	60%	Parcialmente Procedente
03	11/8/1999	9/9/1999	800,26	800,21	70%	Parcialmente Procedente
03	31/12/1999	9/1/2000	3.984,48	3.984,48	70%	Procedente
03	31/12/2000	9/1/2001	15.726,55	-	70%	Improcidente
03	31/12/2001	9/1/2002	3.140,16	1.160,60	70%	Parcialmente Procedente
03	31/12/2002	9/1/2003	9.279,20	4.027,05	70%	Parcialmente Procedente
03	31/12/2003	9/1/2004	11.321,88	9.419,51	70%	Parcialmente Procedente
03	10/8/2004	9/9/2004	8.874,31	8.874,08	70%	Parcialmente Procedente
Valor Total da Infração 03			53.126,84	28.265,93	70%	Parcialmente Procedente
04	11/8/1999	9/9/1999	445,66	445,64	60%	Parcialmente Procedente
04	31/12/1999	9/1/2000	2.218,96	2.218,96	60%	Procedente
04	31/12/2000	9/1/2001	8.758,11	-	60%	Improcidente
04	31/12/2001	9/1/2002	807,34	298,39	60%	Parcialmente Procedente
04	31/12/2002	9/1/2003	3.856,44	1.673,64	60%	Parcialmente Procedente
04	31/12/2003	9/1/2004	3.152,01	2.622,51	60%	Parcialmente Procedente
04	10/8/2004	9/9/2004	2.470,61	2.470,54	60%	Parcialmente Procedente
Valor Total da Infração 04			21.709,13	9.729,68	60%	Parcialmente Procedente
05	11/8/1999	9/9/1999	79,51	79,51	70%	Procedente
05	31/12/1999	9/1/2000	1.015,39	1.015,39	70%	Procedente

05	31/12/2000	9/1/2001	1.715,74	1.361,86	70%	Parcialmente Procedente
05	31/12/2002	9/1/2003	898,39	144,07	70%	Parcialmente Procedente
05	31/12/2003	9/1/2004	2.128,73	948,88	70%	Parcialmente Procedente
05	10/8/2004	9/9/2004	182,47	182,47	70%	Procedente
Valor Total da Infração 05			6.020,23	3.732,18	70%	Parcialmente Procedente
06	11/8/1999	9/9/1999	25,20	25,20	60%	Procedente
06	31/12/1999	9/1/2000	321,78	321,78	60%	Procedente
06	31/12/2000	9/1/2001	399,42	317,03	60%	Parcialmente Procedente
06	31/12/2002	9/1/2003	284,70	45,66	60%	Parcialmente Procedente
06	31/12/2003	9/1/2004	674,59	300,70	60%	Parcialmente Procedente
06	10/8/2004	9/9/2004	57,82	57,82	60%	Procedente
Valor Total da Infração 06			1.763,51	1.068,19	60%	Parcialmente Procedente
Valor Total do Auto de Infração			228.058,71	109.668,01	-	Parcialmente Procedente

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 109.668,01, conforme demonstrativo acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298920.0016/04-0, lavrado contra **A M ALMEIDA CARVALHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 109.668,01**, sendo R\$ 31.260,13 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 15.092,63 e 70% sobre R\$ 16.167,50, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$78.407,88 acrescido das multas de 60% sobre R\$26.261,72 e 70% sobre R\$52.146,16, previstas no art. 42, II, “d” e III, da citada lei acima e dos acréscimos legais.

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 10.10.2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR