

A. I. N ° - 207160.0008/03-7  
AUTUADO - SINO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA  
ORIGEM - INFRAZ VALença  
INTERNET - 18. 11. 2005

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0422-04/05**

**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. O CONSEF já firmou o entendimento de que a multa deve ser aplicada por Auto de Infração lavrado, independente da quantidade de exercício. Infrações parcialmente comprovadas. 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 terceiro mercadoria desacompanhada 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. Infrações parcialmente caracterizadas. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/12/2003, exige ICMS no valor de R\$5.293,19, além de multas no valor total de R\$259,13, em razão das seguintes irregularidades, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque:

1. Multas no valor de R\$ 209,13, referente a operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, relativo aos anos de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002.
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$1.578,76, 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, relativo aos anos de 1999, 2000, 2001, 2002.
3. Multas no valor de R\$ 50,00, referente a operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, relativo ao ano 2003.
4. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$2.842,31, 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, relativo ao ano de 2003.

5. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$872,12, 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 desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária relativo ao ano 2003.

O autuado, às fls. 91 a 101, impugnou o lançamento tributário, preliminarmente, argüindo decadência em relação ao exercício de 1998.

Aduz que as etapas de comercialização dos produtos possibilitam a existência de diferenças, tais como: recebimento e transportes; evaporação no armazenamento; instrumentos de medição dos tanques; variações ocorridas na comercialização do produto e aferições.

Em seguida passou a apontar, às folhas 95/97, os equívocos que entende ter cometido o autuante

- Inclusão da Nota Fiscal nº 135862, de 25.01.01, 5.000 litros de diesel, que não foi considerado;
- Deve-se considerar as Notas Fiscais Nº 153819, 31.12.01, contendo 5.000 litros de Diesel e 5.000 litros de Gasolina e Nº 153841, 31/12/01, contendo 5.000 litros de Gasolina, como sendo do exercício 2002 e não do exercício de 2001, em virtude do Estoque final considerado para o ano 2001 pela auditoria da SEFAZ não incluí-las;
- Que seja considerada como entrada para o exercício de 2003 a Nota Fiscal nº 174984 de 31/12/02, contendo 5.000 litros de Gasolina, pelo mesmo motivo anteriormente citado, ou seja, o estoque final considerado para o ano de 2002 não a incluiu.

Alega que a autuação é ilegal, pois o imposto e multa seria de responsabilidade das distribuidoras.

Diz que a autuação é nula, pois em seu entendimento a SEFAZ/Ba. não poderia utilizar os dados do LMC

Sustenta que a lavratura do Auto de Infração contra a empresa é um ato arbitrário, podendo ser tomado como verdadeiro confisco, já que o Estado tem instrumentos jurídicos para alcançar quem realmente deixou de cumprir a obrigação tributária, citando dispositivos do CTN, CF, para embasar seu argumento.

Às fls. 99/100 dos autos, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo substituto legal tributário e diz que a lavratura do Auto de Infração macula princípios constitucionais.

Aduz que não é possível que o Estado busque e venha a se locupletar com a cobrança de imposto já cumprido pelo revendedor, em decorrência da substituição tributária.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação.

Às fls. 114 e 115 dos autos, o autuante ressalta mantém em parte os termos de sua autuação, acatando apenas da defesa referente à Nota Fiscal Nº 135862 no tocante a 5.000 litros de óleo diesel, já que os 10.000 litros de gasolina comum foram considerados no levantamento fiscal das entradas.

Ao finalizar, opina pela procedência em parte do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª.JJF decidido que o mesmo encontrava-se em condições de ser instruído, devendo ser redistribuído ao Relator para incluir em pauta de julgamento.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 119.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 0123/2004 às fls. 121 a 123 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:

**“3 – CONCLUSÃO**

*Diante ao exposto, efetuamos o cálculo do imposto devido referente a omissão de entradas (Infração 02) verificada no levantamento quantitativo de estoque fechado, exercícios de 1999/2002. Foi aplicado o disposto na Portaria 445/98 (imposto devido por solidariedade e imposto devido por antecipação tributária), conforme demonstrativo à fl. apurando-se o imposto devido de R\$1.652,98, valor superior ao exigido no A . Infração (R\$1.578,51), de acordo com resumo abaixo:*

Exercício	IMPOSTO DEVIDO				Total
	R. solidária	Multa	Ant. Tributária	Multa	
1999	475,23	70%	150,60	60%	625,83
2000	4,56	70%	1,45	60%	6,01
2001	338,58	70%	107,30	60%	445,88
2002	436,86	70%	138,40	60%	575,26
	1.255,23		397,75		1.652,98

*Quanto às infrações 03 e 04, referentes a omissão de entradas apurada através de levantamento quantitativo de estoque em aberto, o valor que era de R\$ 2.842,31 e 872,12 passam a ser de R\$1.853,85 e R\$278,75, respectivamente, conforme demonstramos:*

Exercício	IMPOSTO DEVIDO				Total
	R. solidária	Multa	Ant. Tributária	Multa	
2003	1.853,85	70%	278,75	60%	2.132,60

Às folhas 136/139, o autuado salienta que, consoante o Parecer ASTEC nº 0123/2004, foram corrigidos os estoques iniciais e finais de gasolina e diesel constantes dos lançamentos referentes aos exercícios de 2001 e 2002. Entretanto, foram retificados apenas os estoques iniciais e finais de gasolina dos exercícios de 2002 e 2003, procedimento que não foi observado para o Diesel cujos levantamentos iniciais estão em desacordo com os registros constantes no LMC, indicando como correto a quantidade de 12.081, conforme LMS nº17, fl. 073, cópia que anexou folha142 e reitera os argumentos anteriores.

**VOTO**

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o auditor fiscal, utilizando o roteiro de Auditoria de Estoque, apurou omissões de saídas de mercadorias com fase de tributação encerrada pela substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (Infrações 01 e 03); falta de recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Infrações 02 e 04), bem como de não ter recolhido o imposto por antecipação tributária, em função do valor acrescido (Infração 05).

Em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, ademais as multas aplicadas encontram-se prevista na legislação do ICMS.

Quanto a argüição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, a mesma não pode ser acolhida, tendo em vista que a auditoria realizada pelo autuante atendeu as determinações prevista na Portaria 445/98, além de não se observar qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em sua peça defensiva o autuado argumentou que trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e, quando da sua aquisição, vem embutido o valor do ICMS, cujo imposto é de responsabilidade da distribuidora. Ocorre que, ao adquirir mercadorias sem nota fiscal, o autuado torna-se o responsável pelo imposto daquele produto, conforme determina o art. 39, V, do RICMS/97.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o livro de Movimentação de Combustíveis – LMC não é um livro regularmente escriturado, pois trata-se de um livro fiscal que se encontra devidamente previsto no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 6.284/97, em seu art. 314, inciso V, devendo os registros realizados pelo contribuinte representarem a sua real movimentação de combustível.

Ressalto que o PAF foi convertido em diligência à ASTEC, tendo corrigido os equívocos da autuação. Quanto o argumento do autuado, em sua manifestação após a revisão fiscal, de que o estoque de Diesel no exercício de 2002 é de 12.081 litros, uma vez que foi apurado omissão de entradas, o mesmo não pode ser considerado neste PAF pois elevaria o valor do débito, o que é vedado pelo RPAF/99, somente poderá ser cobrado mediante nova ação fiscal.

Quanto à Infração 01 e 06, 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 caracterizada em R\$ 50,00, não subsistindo a infração 03.

Face à constatação das diferenças comprovadas pela Auditoria de Estoque (infrações 02, 04 e 05) 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”).

Com base na explanação acima, considero correto parcialmente o procedimento do auditor autuante, estando caracterizadas as infrações 2, 4 e 5, com base no Parecer ASTEC Nº 0123/2004, uma vez que o procedimento do autuante foi revisado pela auditora da Assessoria Técnica do CONSEF, tendo resultado na redução do débito das infrações 2, 4 e 5, respectivamente para R\$1.653,02, R\$1.853,85 e R\$278,75.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$3.785,62, além da multa de R\$50,00, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO	MULTAS EM R\$	MULTA %
1	PROC.PARTE	-	50,00	-
2		1.653,02	-	60
3		0,00	-	-
4		1.853,85	-	70
5		278,75	-	60
TOTAL		3.785,62	50,00	-

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0008/03-7, lavrado contra **SINO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$3.785,62**, sendo R\$625,83 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art., 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$3.159,79 acrescido das multas de 60% sobre R\$1.305,94 e de 70% sobre R\$1.853,85, previstas no art. 42, II, “d” e III, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR